

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

NADRIJK VERBODEN

Erasmus School of Economics

Masterscriptie fiscale economie

Grensoverschrijdende finale verliesverrekening

Een uitbreiding van de liquidatie- en stakingsverliesregeling?

Naam: R.J.M. van Zijl

Studentnummer: 414033

Scriptiebegeleider: Prof. dr. P. Kavelaars

Tweede beoordelaar: Mr. Y. Vink

Datum definitieve versie: 15 december 2020

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

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1: Inleiding	4
1.1. Aanleiding en relevantie	4
1.2. Onderzoeksvraag	5
1.3. Opzet van het onderzoek	6
1.4. Toetsingscriterium en afbakening	7
Hoofdstuk 2: Finale verliesverrekening onder het fiscale-eenheidsregime	8
2.1. Inleiding	8
2.2. Het fiscale-eenheidsregime	8
2.2.1. <i>Voorwaarden voor de totstandkoming van een fiscale eenheid</i>	8
2.2.2. <i>Het bestaan van een fiscale eenheid</i>	10
2.2.3. <i>Ontwikkelingen omtrent het fiscale-eenheidsregime</i>	11
2.3. Toetsing van een nationale fiscale groepsregeling aan het EU-recht	11
2.4. Totstandkoming van de Marks & Spencer uitzondering	12
2.5. Toepassing van de Marks & Spencer uitzondering onder het fiscale-eenheidsregime	13
2.5.1. <i>De Marks & Spencer uitzondering onder een regeling van winstoverdracht</i>	14
2.5.2. <i>De Marks & Spencer uitzondering onder de objectvrijstelling</i>	14
2.5.3. <i>De Marks & Spencer uitzondering onder het fiscale-eenheidsregime</i>	15
2.5.3.1. <i>Grensoverschrijdende fiscale eenheid</i>	15
2.5.3.2. <i>Papillon en zuster fiscale eenheid</i>	16
2.5.3.3. <i>Toepassing van de per-elementbenadering op de horizontale verliesverrekening</i>	17
2.5.3.4. <i>Toepassing van de per-elementbenadering op de Marks & Spencer uitzondering</i>	19
2.6. Deelconclusie	21
Hoofdstuk 3 - Wanneer is er sprake van een finaal verlies	23
3.1. Inleiding	23
3.2. Historisch uitputtingsvereiste	23
3.3. Toekomstig uitputtingsvereiste	24
3.4. Toepassingsbereik van de Marks & Spencer uitzondering	27
3.5. De vaststelling van het finale grensoverschrijdende verlies	29
3.5.1. <i>Verlies van de dochtervennootschap of verlies van de moedervennootschap</i>	30
3.5.2. <i>Voortgewentelde verliezen of binnensjaarse verliezen</i>	32
3.5.3. <i>Omrekening naar de maatstaven van de lidstaat van de moedervennootschap</i>	34
3.6. Deelconclusie	36
Hoofdstuk 4: De liquidatie- en stakingsverliesregeling in verhouding tot het EU-recht	37
4.1. Inleiding	37
4.2. Achtergrond en systematiek van de liquidatieverliesregeling	37

4.3. Verhouding van de liquidatieverliesregeling met het EU-recht	39
4.3.1. <i>Reikwijdte van de liquidatieverliesregeling</i>	39
4.3.2. <i>Omvang van het liquidatieverlies</i>	40
4.3.3. <i>Tijdstip van verliesneming</i>	43
4.3.4. <i>Niet-voortzettingseis</i>	44
4.3.5. <i>Fiscale tegemoetkomingseis</i>	45
4.4. Achtergrond en systematiek van de stakingsverliesregeling	46
4.5. Verhouding van de stakingsverliesregeling met het EU-recht	48
4.5.1. <i>Omvang van het verlies</i>	48
4.5.2. <i>Niet-voortzettingseis</i>	48
4.5.3. <i>Driejaarseis</i>	49
4.6. Deelconclusie	50
Hoofdstuk 5: Grensoverschrijdende verliesverrekening onder een keuzeregeling	52
5.1. Inleiding	52
5.2. Wetsvoorstel beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling	52
5.3. Verhouding wetsvoorstel beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling met het EU-recht	53
5.3.1. <i>Kwantitatieve voorwaarde</i>	53
5.3.2. <i>Temporele voorwaarde</i>	55
5.3.3. <i>Toepassing Marks & Spencer uitzondering onder de FE-uitzondering</i>	56
5.4. Grensoverschrijdende verliesverrekening onder een toekomstig fiscaal groepsregime	57
5.5. Keuzeregeling onder de liquidatie- en stakingsverliesregeling	59
5.5.1. <i>Vormgeving van de keuzeregeling onder het fiscale-eenheidsregime</i>	59
5.5.2. <i>De keuzeregeling bij een overgang naar de alternatieve fiscale groepsregeling</i>	61
5.5.3. <i>Mogelijkheden voor de verrekening van forfaitaire liquidatie- en stakingsverliezen</i>	62
5.6. Deelconclusie	64
Hoofdstuk 6: Conclusie	66
6.1. Samenvatting van het onderzoek	66
6.2. Beantwoording van de onderzoeksvraag en aanbevelingen	69
Bibliografie	70
Artikelen, boeken en rapporten	70
Jurisprudentie	71
Parlementaire stukken	72
Overige stukken	73

Lijst met afkortingen

Art.	Artikel
A-G	Advocaat-Generaal
BFE 2003	Besluit Fiscale Eenheid 2003
CCCTB	Common Consolidated Corporate Tax Base
EER	Europese Economische Ruimte
EU	Europese Unie
HR	Hoge Raad
HvJ	Hof van Justitie
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
MvT	Memorie van Toelichting
NDFR	Nederlandse Documentatie Fiscaal Recht
NOB	Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
p.	Pagina
r.o.	Rechtsoverweging
TFO	Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht
V-N	Vakstudie Nieuws
VWEU	Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie
Wet Vpb 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad Fiscaal Recht

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1. Aanleiding en relevantie

Nederland beschikt met haar fiscale eenheidsregime in de vennootschapsbelasting over een unieke concernregeling in Europa. De fiscale eenheid biedt de mogelijkheid om twee of meer in Nederland gevestigde vennootschappen binnen eenzelfde concern voor fiscale doeleinden te laten behandelen als één belastingplichtige. Door de fiscale consolidatie van de werkzaamheden en het vermogen genieten vennootschappen binnen een fiscale eenheid diverse voordelen. Zo zijn binnen een fiscale eenheid onderlinge verhoudingen onzichtbaar, hoeft er op interne transacties geen winstneming plaats te vinden en kan er tussen de vennootschappen horizontale verliesverrekening plaatsvinden.

Door een uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ) is het Nederlandse fiscale eenheidsregime echter onder druk komen staan.¹ Het HvJ oordeelde in deze zaak dat ieder voordeel dat wordt behaald door de samenloop van de fiscale eenheid en een andere fiscale regeling ook in een grensoverschrijdende situatie moet worden verleend. Na de bevestiging van dit oordeel door de Hoge Raad, heeft de wetgever enkele spoedreparatiemaatregelen geïntroduceerd.² Hierdoor moeten diverse fiscale bepalingen bij de aanwezigheid van een fiscale eenheid worden toegepast alsof de betreffende vennootschap geen onderdeel uitmaakt van de fiscale eenheid.

De mate van complexiteit van het Nederlandse fiscale eenheidsregime is sinds de introductie van de spoedreparatiemaatregelen verder toegenomen. Volgens de wetgever zijn enkele elementen onder het huidige gerepareerde fiscale eenheidsregime daarnaast nog steeds kwetsbaar voor strijdigheid met het EU-recht.³ De wetgever heeft daarom aangekondigd de huidige fiscale eenheid op termijn te zullen vervangen door een meer robuuste fiscale groepsregeling. Hiertoe heeft een internetconsultatie plaatsgevonden waarin door de wetgever vier alternatieve fiscale groepsregelingen zijn toegelicht.

Op basis van de reacties op de internetconsultatie heeft de wetgever inmiddels geconcludeerd dat er voor slechts twee van de vier voorgestelde groepsregelingen voldoende draagvlak bestaat.⁴ Dit betreft enerzijds de continuatie van het fiscale-eenheidsregime, inclusief de spoedreparatiemaatregelen en indien nodig uitgebreid met aanvullende reparatiemaatregelen. Anderzijds betreft dit de introductie van een alternatieve fiscale groepsregeling in de vorm van een regeling van verlies- of winstoverdracht dan wel systeem van resultatenpooling. Alhoewel de continuatie van het fiscale-eenheidsregime op basis van de internetconsultatie de meeste voorstanders heeft, acht de wetgever het in het licht van het minimaliseren van EU-rechtelijke risico's toch raadzaam om te kijken naar een alternatieve fiscale groepsregeling.⁵

Bij een overgang naar een alternatieve fiscale groepsregeling blijft het fiscale-eenheidsregime ook de komende jaren nog gelden, omdat een dergelijke overgang een ingrijpend en complex proces vormt. Mocht worden besloten tot invoering van een alternatieve fiscale groepsregeling, dan zijn de EU-rechtelijke risico's daarmee niet direct geweken. Het is in dit kader dan ook interessant om te kijken naar de introductie van nieuwe maatregelen die de EU-rechtelijke risico's kunnen verkleinen voor zowel het huidige fiscale-eenheidsregime als voor de mogelijk te introduceren alternatieve groepsregeling. Hiervoor is het van belang dat deze nieuwe maatregelen zich richten op een gemeenschappelijk kenmerk van beide groepsregelingen.

Het belangrijkste gemeenschappelijke kenmerk van het fiscale-eenheidsregime en de alternatieve fiscale groepsregeling betreft de mogelijkheid tot onderlinge verliesverrekening tussen de maatschappijen van dezelfde fiscale groep. Deze onderlinge verliesverrekening vindt enkel plaats in binnenlandse situaties. Op

¹ HvJ 22-02-2018, C-398/16 (X BV).

² Wet van 24-04-2019, Stb. 2019, 175 (Wet spoedreparatie fiscale eenheid).

³ Ministerie van Financiën 17 juni 2019, 4653, V-N 2019/35.12.

⁴ Brief staatssecretaris van Financiën van 15 september 2020, nr. 2020-0000168588.

⁵ Brief staatssecretaris van Financiën van 15 september 2020, nr. 2020-0000168588, p. 9-10

grond van het Marks & Spencer arrest is een lidstaat niet verplicht om onder een fiscale groepsregeling een grensoverschrijdend verlies in aanmerking te nemen, tenzij sprake is van een definitief geleden verlies (hierna: finaal verlies).⁶ In dit geval moet de vestigingslidstaat van de moedervenootschap wel toestaan dat dit grensoverschrijdende verlies bij haar in aanmerking wordt genomen. De wetgever acht de liquidatie- en stakingsverliesregeling thans voldoende om dergelijke finale grensoverschrijdende verliezen bij de moedervenootschap in aanmerking te kunnen nemen.⁷ In de literatuur speelt echter een discussie over de vraag of de huidige liquidatie- en stakingsverliesregeling wel in overeenstemming is met het EU-recht.⁸

De afgelopen jaren heeft het HvJ diverse arresten gewezen ten aanzien van de grensoverschrijdende verrekening van finale verliezen.⁹ Hieruit lijkt te volgen dat zowel de finale verliezen van buitenlandse dochtervenootschappen als van buitenlandse vaste inrichtingen bij de moedervenootschap c.q. het hoofdhuis in aanmerking moeten worden genomen. Daarnaast heeft het HvJ geprobeerd te verduidelijken vanaf welk moment er precies sprake is van finale verliezen en op welke wijze deze finale verliezen precies in aanmerking moeten worden genomen. Anno 2020 bestaat er echter nog steeds discussie omtrent de reikwijdte van de Europeesrechtelijke verplichting omtrent grensoverschrijdende verliesverrekening.¹⁰

In het licht van de mogelijke introductie van een alternatieve groepsregeling is het van belang om de Europeesrechtelijke verhouding tussen de liquidatie- en stakingsverliesregeling en de fiscale eenheid beter in beeld te brengen. De wetgever gaat er namelijk vanuit dat zij via de liquidatie- en stakingsverliesregeling voldoet aan haar Europeesrechtelijke verplichtingen omtrent het in aanmerking nemen van finale grensoverschrijdende verliezen. Mocht echter blijken dat het verrekenen van deze finale verliezen via de liquidatie- en stakingsverliesregeling niet in lijn is met het EU-recht, dan zal Nederland deze finale verliezen via haar fiscale-eenheidsregime in aanmerking moeten nemen. Een eventuele strijdigheid zal ook gevolgen hebben voor de alternatieve fiscale groepsregeling, omdat Nederland dan ook onder deze groepsregeling de mogelijkheid zal moeten bieden om finale grensoverschrijdende verliezen in aanmerking te kunnen nemen.

In de literatuur is de verhouding tussen de liquidatie- en stakingsverliesregeling, grensoverschrijdende finale verliesverrekening en de twee voorgestelde fiscale groepsregelingen vooralsnog beperkt belicht. Met deze thesis wordt getracht de literatuur op dit gebied aan te vullen door te onderzoeken welke mogelijkheden de wetgever heeft om finale grensoverschrijdende verliezen onder een fiscale groepsregeling in aanmerking te nemen en in hoeverre deze verplichting kan worden ingevuld via de liquidatie- en stakingsverliesregeling.

1.2. Onderzoeksvraag

Alvorens een weldoordachte keuze te kunnen maken voor een toekomstbestendige fiscale groepsregeling, is het van belang dat alle elementen van de twee voorgestelde fiscale groepsregelingen uitgebreid worden belicht. Zoals toegelicht, betreft het belangrijkste gemeenschappelijke element onder beide regelingen de mogelijkheid tot onderlinge verliesverrekening tussen binnenlandse groepslichamen en vaste inrichtingen. Nederland is echter in bepaalde situaties ook verplicht om grensoverschrijdende verliezen in aanmerking te nemen. Vooralsnog is aan deze Europeesrechtelijke verplichting invulling gegeven via de liquidatie- en stakingsverliesregeling. Mocht Nederland echter verplicht worden om de finale grensoverschrijdende verliezen direct onder het fiscale-eenheidsregime in aanmerking te nemen, dan is de huidige liquidatie- en stakingsverliesregeling niet toereikend. In deze thesis staat daarom de volgende onderzoeksvraag centraal:

Is het wenselijk dat de wetgever in aanvulling op de huidige liquidatie- en stakingsverliesregeling een mogelijkheid gaat bieden om finale grensoverschrijdende verliezen in aanmerking te kunnen nemen en hoe zou deze verliesverrekeningsmogelijkheid dan het beste kunnen worden vormgegeven met het oog op de mogelijke vervanging van het fiscale-eenheidsregime door een alternatieve fiscale groepsregeling?

⁶ HvJ EU 13-12-2005, nr. C-466/03 (Marks & Spencer).

⁷ Kamerstukken II 2004/05, 30107, 2, p. 36 (Nota Werken aan winst).

⁸ Zie o.a. A.W. Hofman, 'Hoog tijd voor modernisering liquidatieverliesregeling', WFR 2014/787 en T.H.J. Verhagen, 'Grensoverschrijdende verliesverrekening', WFR 2019/55.

⁹ Zie bijvoorbeeld de recente arresten Memira Holding AB (C-607/17) en Holmen AB (C-608/17).

¹⁰ Zie D.R. Post, 'Art 20a Wet VPB 1969 en het altijd-ergens beginsel', Cursus Belastingrecht Vpb.4.0.1.l.c.

In het kader van deze onderzoeksvraag zullen de volgende deelvragen worden beantwoord:

Hoofdstuk twee:

- In hoeverre is Nederland op grond van het EU-recht verplicht om onder haar fiscale-eenheidsregime finale grensoverschrijdende verliezen in aanmerking te nemen?

Hoofdstuk drie:

- Vanaf welk moment en in welke situaties is er sprake van een finaal grensoverschrijdend verlies?

Hoofdstuk vier:

- In hoeverre vormen de huidige liquidatie- en stakingsverliesregeling een correcte invulling van de Europeesrechtelijke verplichting om finale grensoverschrijdende verliezen in aanmerking te nemen?

Hoofdstuk vijf:

- Welke mogelijkheden heeft Nederland om in aanvulling op de liquidatie- en stakingsverliesregeling ook finale grensoverschrijdende verliezen in aanmerking te nemen en in hoeverre beïnvloedt de introductie van een alternatieve fiscale groepsregeling deze mogelijkheden?

1.3. Opzet van het onderzoek

In hoofdstuk twee wordt allereerst het fiscale-eenheidsregime beschreven. Hierbij wordt met name ingegaan op de fiscale-eenheidsvoorwaarden en de wijze van verliesverrekening. Vervolgens wordt diverse jurisprudentie van het HvJ geanalyseerd omtrent de verplichting om grensoverschrijdende finale verliezen in aanmerking te nemen. Het doel van dit hoofdstuk is om na te gaan in hoeverre Nederland verplicht is om onder het fiscale-eenheidsregime ook finale grensoverschrijdende verliezen in aanmerking te nemen.

In hoofdstuk drie wordt vervolgens ingegaan op het begrip finale grensoverschrijdende verliezen. In dit kader wordt diverse jurisprudentie van het HvJ geanalyseerd zodat een goed inzicht kan worden verkregen in het begrip finale grensoverschrijdende verliezen. Het doel van dit hoofdstuk is om na te gaan vanaf welk moment en in welke situaties er sprake is van een finaal grensoverschrijdend verlies dat door Nederland onder het fiscale-eenheidsregime in aanmerking moet worden genomen.

In hoofdstuk vier wordt vervolgens gekeken naar de huidige liquidatie- en stakingsverliesregeling. De wetgever meent dat Nederland via de liquidatie- en stakingsverliesregeling voldoet aan haar verplichting om finale grensoverschrijdende verliezen in aanmerking te nemen. Daarom wordt onderzocht in hoeverre de liquidatie- en stakingsverliesregeling daadwerkelijk in lijn is met de jurisprudentie van het HvJ. Hierbij wordt nagegaan hoe deze regelingen zich verhouden tot de bevindingen uit hoofdstuk twee en drie. Het doel van dit hoofdstuk is om na te gaan of Nederland op dit moment op een juiste manier invulling geeft aan de Europeesrechtelijke verplichting om finale grensoverschrijdende verliezen in aanmerking te nemen.

In hoofdstuk vijf wordt gekeken naar de mogelijkheden om onder de liquidatie- en stakingsverliesregeling ook finale grensoverschrijdende verliezen in aanmerking te nemen. In dit kader wordt eerst gekeken naar de voorgestelde inperking van de liquidatie- en stakingsverliesregeling. Vervolgens wordt nagegaan in hoeverre finale grensoverschrijdende verliezen onder het fiscale-eenheidsregime en de alternatieve fiscale groepsregeling in aanmerking moeten worden genomen. Aan de hand van deze uitkomst, wordt een voorstel gedaan om in de liquidatie- en stakingsverliesregeling een nieuwe keuzeregeling op te nemen. Afsluitend wordt ingegaan op de consequenties van deze keuzeregeling voor de liquidatie- en stakingsverliesregeling.

In hoofdstuk zes wordt de scriptie afgerond met een samenvatting en een beantwoording van de onderzoeksvraag. Op basis van de uitkomsten van het onderzoek worden enkele aanbevelingen gedaan aan de Nederlandse wetgever. Ten slotte volgt er nog een aanbeveling aan het HvJ.

1.4. Toetsingscriterium en afbakening

De wenselijkheid en optimale vormgeving van een aanvullende mogelijkheid om grensoverschrijdende finale verliezen te verrekenen, kan vanuit meerdere perspectieven worden beoordeeld. In deze scriptie is ervoor gekozen om de wenselijkheid en vormgeving enkel vanuit een Europeesrechtelijk perspectief te beoordelen. Andere aspecten zoals de uitvoerbaarheid van de regeling en de impact van de regeling op het Nederlandse vestigingsklimaat zijn niet bij deze beoordeling in overweging genomen. Bovendien is niet onderzocht hoe de verrekening van finale grensoverschrijdende verliezen in andere lidstaten geschiedt.

De verplichting om finale grensoverschrijdende verliezen in aanmerking te nemen, vloeit voort uit het EU-recht. In dit onderzoek wordt daarom enerzijds getoetst hoe de huidige liquidatie- en stakingsverliesregeling zich verhouden tot de jurisprudentie van het HvJ inzake de verrekening van finale grensoverschrijdende verliezen. Anderzijds wordt de afweging omtrent de wenselijkheid en optimale vormgeving van een aanvullende mogelijkheid om grensoverschrijdende finale verliezen te verrekenen gebaseerd op mijn interpretatie van de jurisprudentie van het HvJ. In dit onderzoek wordt geen aandacht besteed aan het voorstel van de EU voor een gemeenschappelijke (geconsolideerde) heffingsgrondslag, de C(C)CTB.

De wijze waarop finale grensoverschrijdende verliezen moeten worden verrekend is afhankelijk van de wijze waarop binnenlandse verliezen onder een fiscale groepsregeling kunnen worden verrekend. In dit onderzoek wordt in dit kader alleen gekeken naar de twee fiscale groepsregelingen met voldoende draagvlak, te weten het huidige fiscale-eenheidsregime en de alternatieve fiscale groepsregeling. Aangezien dit onderzoek enkel betrekking heeft op de verrekening van finale grensoverschrijdende verliezen, worden de groepsregelingen niet verder toegelicht dan voor dit onderzoek relevant is. Zodoende wordt niet ingegaan op de meest geschikte verliesverrekeningsmogelijkheden onder een fiscale groepsregeling in een binnenlandse situatie.

Ten slotte wordt alleen vanuit Nederlands perspectief onderzoek gedaan naar de wenselijkheid en optimale vormgeving van een aanvullende mogelijkheid om grensoverschrijdende finale verliezen te verrekenen. Of en in hoeverre een finaal grensoverschrijdend verlies in een andere lidstaat in aanmerking moet worden genomen is namelijk afhankelijk van de aldaar geldende wetgeving en de aanwezigheid van een fiscale groepsregeling. De conclusies uit dit onderzoek zijn daarom alleen relevant in een Nederlandse context.

Hoofdstuk 2: Finale verliesverrekening onder het fiscale-eenheidsregime

2.1. Inleiding

De verrekening van finale grensoverschrijdende verliezen is veelvuldig in de jurisprudentie van het HvJ aan bod gekomen. In dit hoofdstuk wordt aan de hand van deze jurisprudentie bepaald of Nederland verplicht is om onder het fiscale-eenheidsregime deze finale verliezen in aanmerking te nemen. Hiertoe wordt eerst het huidige fiscale-eenheidsregime beschreven. Daaropvolgend wordt gekeken naar de beginselen van het EU-recht en naar de wijze waarop het fiscale-eenheidsregime aan het EU-recht kan worden getoetst. Vervolgens wordt de relevante jurisprudentie van het HvJ inzake de verrekening van grensoverschrijdende finale verliezen geanalyseerd. Aan de hand van mijn bevindingen zal vervolgens worden vastgesteld of Nederland verplicht is om deze finale verliezen onder het fiscale-eenheidsregime in aanmerking te nemen.

2.2. Het fiscale-eenheidsregime

In de vennootschapsbelasting wordt ieder subjectief belastingplichtig lichaam in beginsel zelfstandig in de heffing betrokken. Het belastingplichtige lichaam is dienaangaande het aangrijpingspunt voor de belastingheffing over het resultaat.¹¹ In een winstjaar wordt het behaalde resultaat belast met vennootschapsbelasting. Hier staat tegenover dat in een verliesjaar rekening wordt gehouden met het behaalde resultaat door deze te verrekenen met het resultaat van andere winstjaren.

Door de mogelijkheid tot verliesverrekening worden schommelingen in het resultaat van een belastingplichtige opgevangen. De wijze waarop een verlies kan worden verrekend, is wettelijk vastgelegd in art. 20 tot en met art. 21a Wet VPB 1969. Een verlies kan thans worden verrekend met de winst van het voorafgaande boekjaar en met de winsten van de zes daaropvolgende boekjaren. Met betrekking tot de volgorde van verliesverrekening bepaalt art. 20, lid 4, Wet VPB 1969 dat de verrekening plaatsvindt in de volgorde waarin de verliezen zijn ontstaan en de winsten zijn gemaakt.

De Wet VPB 1969 bevat een regeling die een uitzondering maakt op de zelfstandige belastingheffing van subjectief belastingplichtige lichamen. Deze regeling is terug te vinden in art. 15 Wet VPB 1969 en betreft de fiscale eenheid. Onder het fiscale-eenheidsregime kan een groep van lichamen worden behandeld alsof zij één belastingplichtige vormen. Alle lichamen die onderdeel uitmaken van deze fiscale groep verruilen hiermee hun zelfstandige belastingheffing voor één gezamenlijke belastingheffing. Onder deze gezamenlijke belastingheffing worden de winsten en verliezen van de lichamen van de groep onderling met elkaar verrekend. Het aangaan van een fiscale eenheid leidt zodoende tot een uitbreiding van de reguliere verliesverrekeningsmogelijkheden.

2.2.1. Voorwaarden voor de totstandkoming van een fiscale eenheid

Een fiscale eenheid vennootschapsbelasting ontstaat niet van rechtswege. Om een fiscale eenheid te kunnen vormen dient op grond van art. 15, lid 12, Wet VPB 1969 door de belastingplichtige maatschappijen een verzoek te worden ingediend. De inspecteur geeft alleen een beschikking af voor de totstandkoming van een fiscale eenheid indien de maatschappijen op het voegingstijdstip aan de wettelijke voorwaarden voldoen. Deze voorwaarden worden hieronder toegelicht.

Bezitsvereiste

Blijkens art. 15, lid 1, Wet VPB 1969 kan een moedermaatschappij een fiscale eenheid vormen met een dochtermaatschappij indien zij voldoet aan enkele bezitseisen (hierna: het bezitsvereiste). Het bezitsvereiste impliceert dat de moedermaatschappij in het bezit moet zijn van ten minste 95% van het juridische en economische eigendom van de aandelen in het nominaal gestorte aandelenkapitaal van de

¹¹ S.A. Stevens, 'Naar een evenwichtige behandeling van verliezen', WFR 2005/1503, p. 1.

dochtermaatschappij. Dit bezit dient ten minste 95% van de statutaire stemrechten te vertegenwoordigen alsmede recht te geven op ten minste 95% van de winst en het vermogen van de dochtermaatschappij.

De moedermaatschappij hoeft niet onmiddellijk in het bezit te zijn van het 95%-belang in de dochtermaatschappij. Uit art. 15, lid 3, Wet VPB 1969 volgt namelijk dat ook middellijk gehouden 95%-belangen onderdeel kunnen uitmaken van een fiscale eenheid. Art. 15, lid 3, onderdeel a en b, Wet VPB 1969 spreken over een of meer belastingplichtigen die onderdeel uitmaken van de fiscale eenheid respectievelijk een of meer tussenmaatschappijen. Het is derhalve niet vereist dat één vennootschap onmiddellijk in het bezit is van het 95%-belang.

Ingevolge art. 15, lid 2, Wet VPB 1969 kunnen daarnaast ook zustermaatschappijen een fiscale eenheid vormen. Voor de vorming van een zuster-fiscale eenheid dient de zogenoemde topvennootschap ten aanzien van de twee of meer betrokken zustervennootschappen aan het bezitsvereiste te voldoen. Hierbij zijn dezelfde voorwaarden van toepassing, zoals die gelden voor een fiscale eenheid op de voet van het eerder toegelichte art. 15, lid 1, Wet VPB 1969. De topmaatschappij zelf kan geen deel uitmaken van de fiscale eenheid.

Rechtsvormvereiste

Niet alle lichamen kunnen deel uitmaken van een fiscale eenheid. Art. 15, lid 4, onderdeel d en e, Wet VPB 1969 bepaalt welke Nederlandse rechtsvormen in dit kader zijn toegestaan als kwalificerende rechtsvormen voor de moeder- en dochtermaatschappij. Ook buitenlandse equivalenten kunnen worden aangemerkt als kwalificerende rechtsvorm. Het dient dan te gaan om een naar aard en inrichting vergelijkbaar lichaam dat is opgericht naar het op de BES eilanden geldende recht dan wel het recht van Aruba, Curaçao, Sint Maarten, een lidstaat van de EU/EER of een staat waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten waarin een bepaling is opgenomen die discriminatie naar nationaliteit verbiedt. In art. 3 BFE 2003 is aangegeven onder welke voorwaarden er sprake is van een naar aard en inrichting vergelijkbaar lichaam.

Vestigingsplaatsvereiste

Ingevolge art. 15, lid 4, onderdeel c, Wet VPB 1969 kan een maatschappij in beginsel alleen worden gevoegd indien deze zowel feitelijk als op basis van een eventueel belastingverdrag, de Belastingregeling voor het Koninkrijk, de Belastingregeling voor het land Nederland of de Belastingregelingen met Curaçao en St. Maarten in Nederland is gevestigd. Mocht een maatschappij niet in Nederland zijn gevestigd, maar wel in Nederland een onderneming drijven middels een vaste inrichting, dan biedt art. 15, lid 8, Wet VPB 1969 de mogelijkheid om deze vaste inrichting onder voorwaarden in de fiscale eenheid op te nemen.

Indien zowel de moeder-, dochter- als kleindochtermaatschappij in Nederland zijn gevestigd, kan een moedermaatschappij op grond van art. 15, lid 3, onderdeel a, Wet VPB 1969 enkel een fiscale eenheid vormen met de kleindochtermaatschappij als ook de dochtermaatschappij onderdeel vormt van deze fiscale eenheid. In binnenlandse situaties dient derhalve sprake te zijn van een verticaal geïntegreerde keten van fiscale-eenheidsmaatschappijen. Indien de dochtermaatschappij in het buitenland is gevestigd en geen vaste inrichting in Nederland bezit, kan de moedermaatschappij alleen een fiscale eenheid aangaan met haar kleindochtermaatschappij.¹² In deze situatie hoeft dus geen sprake te zijn van een verticaal geïntegreerde keten. De dochtermaatschappij moet dan wel kwalificeren als een tussenmaatschappij.¹³

Overige vereisten

Alle fiscale-eenheidsmaatschappijen moeten blijkens art. 15, lid 4, onderdeel b, Wet VPB 1969 eenzelfde winstbepalingssysteem hanteren. Voor het aangaan van een fiscale eenheid moeten voorts de boekjaren van de fiscale-eenheidsmaatschappijen samenvallen. Deze zogenoemde boekjaarseis volgt uit art. 15, lid 4, onderdeel a, Wet VPB 1969. Zonder de boekjaarseis zou het praktisch moeilijk zijn om alle resultaten te

¹² E.J.W. Heithuis, R.P. van den Dool, G.W.J.M. Kampschöer, M. Nieuweboer, R.C. de Smit en H.A. Vollebregt, 'Compendium Vennootschapsbelasting', Deventer: Wolter Kluwer 2017, p. 356-360.

¹³ In de zin van art. 15, lid 5, Wet VPB 1969. Ook de topmaatschappij van een zuster-fiscale eenheid moet op grond van deze bepaling een tussenmaatschappij vormen.

consolideren. Tenslotte bepaalt art. 15, lid 4, onderdeel f, Wet VPB 1969 dat een lichaam niet in een fiscale eenheid kan worden gevoegd indien de aandelen in dit lichaam worden aangehouden als voorraad.

2.2.2. Het bestaan van een fiscale eenheid

De voeging van een dochtermaatschappij in een fiscale eenheid leidt tot het einde van de zelfstandige belastingplicht van dat lichaam. De dochtermaatschappij sluit daarom direct voorafgaand aan de voegingsdatum haar boekjaar af. Het vermogen en de werkzaamheden van het gevoegde lichaam worden vervolgens met ingang van de datum van voeging toegerekend aan de moedermaatschappij van de fiscale eenheid. Vanaf dat moment worden de fiscale-eenheidsmaatschappijen aangemerkt als één belastingplichtige voor vennootschapsbelastingdoeleinden.

Het fiscale-eenheidsregime is gestoeld op de fiscale consolidatie. Door de fictieve toerekening van de werkzaamheden en het vermogen van de fiscale-eenheidsmaatschappijen aan de moedermaatschappij is er namelijk gedurende het bestaan van de fiscale eenheid slechts sprake van één geconsolideerde fiscale balans en één geconsolideerde fiscale resultatenrekening. Deze geconsolideerde benadering leidt tot een fiscale-eenheidsregime met enkele bijzondere kenmerken.¹⁴

Horizontale verliesverrekening

De fiscale resultaten van de lichamen die deel uitmaken van een fiscale eenheid worden op het niveau van de fiscale eenheid geconsolideerd en toegerekend aan de moedermaatschappij. Door deze geconsolideerde benadering worden de door de fiscale-eenheidsmaatschappijen in een boekjaar geleden verliezen automatisch afgezet tegen de winsten van gevoegde lichamen in datzelfde boekjaar.¹⁵ Het salderen van de verliezen en winsten van de fiscale-eenheidsmaatschappijen kan verlichting geven voor de belastingdruk van het concern van vennootschappen.

Geen winstneming op onderlinge transacties

De fiscale consolidatie brengt met zich dat onderlinge transacties tussen de fiscale eenheidsmaatschappijen niet zichtbaar zijn. Door de non-existentie van onderlinge transacties hoeven er binnen de fiscale eenheid in beginsel geen zakelijke verrekenprijzen te worden gehanteerd. De transacties zijn immers binnen de fiscale eenheid onzichtbaar en leiden niet tot additionele winst- of verliesneming. De fiscale consolidatie brengt voorts met zich dat onderlinge vermogensrelaties binnen een fiscale eenheid non-existent zijn.

Geruisloze overdracht van vermogensbestanddelen

De fiscale eenheid maakt het mogelijk om een reorganisatie door te voeren zonder dat dit gepaard gaat met een fiscale afrekening.¹⁶ Binnen een fiscale eenheid zijn transacties tussen de fiscale-eenheidsmaatschappijen niet zichtbaar, omdat alle resultaten en vermogensbestanddelen worden toegerekend aan de moedermaatschappij. Hierdoor kunnen vermogensbestanddelen worden overgedragen zonder dat dit leidt tot de realisatie van stille reserves. Het vermogensbestanddeel blijft immers ook na de transactie onderdeel uitmaken van het vermogen van de moedermaatschappij.

Fiscale indeplaatstreding

Door de voeging van een lichaam in de fiscale eenheid gaan de fiscale rechten en verplichtingen van dit lichaam over op de moedermaatschappij. Zodoende zijn de omstandigheden van de dochtermaatschappij voortaan van belang voor de belastingheffing van de moedermaatschappij. Hierdoor schuift bijvoorbeeld het opgeofferde bedrag van een deelneming gehouden door de dochtermaatschappij na de voeging door naar de moedermaatschappij. Door de fiscale indeplaatstreding zullen alle fiscale-eenheidsmaatschappijen voorts gezamenlijk aansprakelijk worden voor de vennootschapsbelasting van de fiscale eenheid.

¹⁴ Zie E.J.W. Heithuis, R.P. van den Dool, G.W.J.M. Kampschöer, M. Nieuweboer, R.C. de Smit en H.A. Vollebregt, 'Compendium Vennootschapsbelasting', Deventer: Wolter Kluwer 2017, p. 371-373 en Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 15 Wet VPB 1969, aant. 1.4.1 t/m 1.4.5.

¹⁵ S.A.W.J. Strik, 'Resultatensaldering van rechtswege', Cursus belastingrecht Vpb.2.9.1.B.c1

¹⁶ S.A.W.J. Strik, 'Voordelen van de fiscale eenheid', Cursus belastingrecht Vpb.2.9.1.B.c

Samenloop van fiscale bepalingen

Gedurende het bestaan van de fiscale eenheid moeten fiscale bepalingen op het niveau van de fiscale eenheid in aanmerking worden genomen, tenzij wettelijk anders wordt bepaald. Deze samenloop heeft tot gevolg dat enkele bepalingen gunstiger kunnen uitvallen dan wanneer er geen sprake zou zijn geweest van een fiscale eenheid. Dit kan bijvoorbeeld van invloed zijn op de omvang van de investeringsaftrek of op de aanwending van een herinvesteringsreserve.

2.2.3. Ontwikkelingen omtrent het fiscale-eenheidsregime

Door Europeesrechtelijke ontwikkelingen staat het Nederlandse fiscale-eenheidsregime inmiddels juridisch onder druk. Het HvJ heeft zich op 22 februari 2018 uitgesproken over het Nederlandse fiscale-eenheidsregime in verhouding tot de vrijheid van vestiging in de Nederlandse zaak X BV.¹⁷ Het HvJ heeft in deze zaak geoordeeld dat ieder voordeel dat wordt behaald door de samenloop van het fiscale-eenheidsregime en een andere fiscale regeling ook in een grensoverschrijdende situatie moet worden verleend, tenzij er voor het weigeren van een voordelig element een rechtvaardigingsgrond bestaat. Dit staat bekend als de per-element benadering.

Na de bevestiging van de per-elementbenadering door de Hoge Raad, heeft de wetgever in art. 15, lid 16, Wet VPB 1969 met terugwerkende kracht spoedreparatiemaatregelen geïntroduceerd. Hierdoor moeten diverse bepalingen worden toegepast alsof de betreffende maatschappij geen deel uitmaakt van een fiscale eenheid. Door het voordeel ook in binnenlandse situaties te onthouden, wordt de verschillende behandeling van binnenlandse en buitenlandse situaties weggenomen. De wetgever heeft aangegeven dat de spoedreparatiemogelijkheden thans zien op de meest kwetsbare elementen van de fiscale eenheid, maar sluit niet uit dat aanvullende maatregelen nodig zijn.¹⁸

In de literatuur is inmiddels de vraag opgekomen of men op basis van de per-elementbenadering ook finale grensoverschrijdende verliezen in aanmerking moet nemen.¹⁹ Mocht dit het geval zijn, dan is Nederland namelijk op grond van het EU-recht verplicht om ook finale grensoverschrijdende verliezen direct onder het fiscale-eenheidsregime in aanmerking te nemen. Om meer inzicht in dit vraagstuk te verkrijgen, zal in de volgende paragraaf worden gekeken naar de beginselen van het EU-recht en de wijze waarop een fiscale groepsregeling aan het EU-recht kan worden getoetst.

2.3. Toetsing van een nationale fiscale groepsregeling aan het EU-recht

Een van de primaire doelen van de Europese Unie vormt het creëren van een Europese interne markt waarbinnen goederen, personen, diensten en kapitaal zich vrijelijk kunnen verplaatsen. De totstandkoming van deze Europese interne markt wordt voornamelijk bereikt door verschillende nationale regelingen van de lidstaten op Europees niveau te harmoniseren, zogenoemde positieve integratie.²⁰ Het verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: VEU) en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) bevatten hiertoe de regels waaraan de lidstaten van de EU zijn gebonden.

Een uitzondering op het vlak van Europese harmonisatie betreft de fiscale wetgeving van de lidstaten. De heffing van directe belastingen vormt voor de lidstaten in beginsel een soevereine aangelegenheid.²¹ Desalniettemin moet de nationale fiscale wetgeving van een lidstaat wel in overeenstemming zijn met het EU-recht. Zodoende mag een nationale bepaling niet haaks staan op de verkeersvrijheden. Daarnaast kent het VWEU een algemeen verbod op discriminatie naar nationaliteit, alhoewel dit verbod ook impliciet valt terug te lezen in de verkeersvrijheden.

¹⁷ HvJ 22-02-2018, C-398/16 (X BV)

¹⁸ Kamerstukken II 2017/18, 34959 nr. 3, V-N 2018/36.3, p. 4.

¹⁹ HvJ 22-02-2018, ECLI:EU:C:2018:110, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws (X BV).

²⁰ A.M. van den Bossche, 'Over de EU-grenzen aan fiscale concurrentie tussen lidstaten: Interne markt, Unietrouw, staatssteun', SEW 2016, nr. 7/8, p. 293-294.

²¹ D.M. Weber. *Cursus Belastingrecht, Europees belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2020, paragraaf 5.0.0. en 5.0.1.

Mocht een bepaling onder de fiscale wetgeving van een lidstaat in strijd zijn met het EU-recht, dan kan het HvJ deze nationale fiscale regeling buiten werking stellen. Deze lidstaat wordt daardoor gedwongen haar fiscale wetgeving overeenkomstig het oordeel van het HvJ aan te passen. Dit vormt zogenoemde negatieve integratie. De afgelopen decennia is veel Europese jurisprudentie verschenen omtrent de strijdigheid van nationale bepalingen met de Europese verkeersvrijheden. In de jurisprudentie waar de verrekening van grensoverschrijdende verliezen centraal staat, gaat het om de strijdigheid met de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaal. Deze jurisprudentie is van overeenkomstige toepassing binnen de Europese Economische Ruimte (EER) waar eveneens de vrijheden van vestiging en kapitaal gelden.²²

Als gevolg van de fiscale soevereiniteit, is het aan de lidstaten zelf voorbehouden om al dan niet een fiscale groepsregeling in de nationale fiscale wetgeving op te nemen. Deze groepsregelingen beperken zich echter wel doorgaans tot onderlinge verliesverrekening in binnenlandse situaties. Alhoewel er geen Europeesrechtelijke regelingen bestaan die grensoverschrijdende verliesverrekening voorschrijven, kan een fiscale groepsregeling wel strijdig zijn met de verkeersvrijheden. Voor de toetsing van nationale regelingen aan de verkeersvrijheden, heeft HvJ in diens jurisprudentie een algemeen toetsingskader ontwikkeld.²³ Dit toetsingskader kan worden opgesplitst in een vijftal stappen.

1. Bestaat er toegang tot het VWEU?
2. Zo ja, is er sprake van een belemmering of discriminatie?
3. Zo ja, bestaan er rechtvaardigingsgronden voor deze belemmering?
4. Zo ja, is de nationale regeling geschikt om deze gerechtvaardigde doelstellingen te verwezenlijken?
5. Zo ja, gaat de nationale maatregel niet verder dan noodzakelijk om het nagestreefde doel te bereiken?

Aan de hand van de vijf bovenvermelde stappen kan uiteindelijk worden vastgesteld of een nationale groepsregeling in strijd is met het EU-recht door geen grensoverschrijdende verliesverrekening toe te staan.

2.4. Totstandkoming van de Marks & Spencer uitzondering

Marks & Spencer is de eerste zaak waarin het HvJ heeft geoordeeld dat een lidstaat onder voorwaarden verplicht is om finale grensoverschrijdende verliezen in aanmerking te nemen.²⁴ In deze zaak had Marks & Spencers, een vennootschap gevestigd in het Verenigd Koninkrijk, alle activiteiten van haar verliesgevende dochtervennootschappen in België en Duitsland gestaakt. Marks & Spencers deed vervolgens een beroep op de zogenoemde Britse group relief regeling teneinde de onverrekenende verliezen van haar buitenlandse groepsvennootschappen over te dragen aan de moedervernootschap in het Verenigd Koninkrijk.

De group relief is een regeling van verliesoverdracht en biedt vennootschappen in het Verenigd Koninkrijk de optie om verliezen over te dragen aan andere in het Verenigd Koninkrijk gevestigde winstgevende groepsvennootschappen. De regeling voorzag echter alleen in de overdracht van verliezen in binnenlandse situaties. Het Verenigd Koninkrijk weigerde het verzoek van Marks & Spencer om de onverrekenende verliezen in aanmerking te nemen, omdat deze verliezen buiten het Verenigd Koninkrijk waren geleden.

Volgens het HvJ leverde het beperken van de regeling tot binnenlandse verliezen een cashflowvoordeel op voor binnenlandse groepsvennootschappen. Dit cashflowvoordeel was niet beschikbaar voor buitenlandse groepsvennootschappen in het Verenigd Koninkrijk. Derhalve was sprake van een ongelijke behandeling van objectief vergelijkbare binnenlandse en buitenlandse situaties. Het HvJ oordeelde dan ook dat de group relief een belemmering van de vrijheid van vestiging vormde. Het HvJ achtte het verschil in behandeling evenwel gerechtvaardigd op basis van de samenhang van drietal rechtvaardigingsgronden.

²² C. Wisman, 'Grensoverschrijdende verrekening van 'definitieve verliezen' binnen de EU', fiscaal thema geraadpleegd op 26-03-2020, onderdeel 1.

²³ HvJ 30-11-1995, C-55/94 (Gebhard).

²⁴ HvJ 13-12-2005, C-446/03 (Marks & Spencer).

Het uitsluiten van buitenlandse verliezen onder de regeling waarborgt volgens het HvJ ten eerste de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten. Vennootschappen zouden anders vrijelijk kunnen kiezen in welke lidstaat zij hun verliezen wensen te verrekenen. Ten tweede voorkomt de uitsluiting van buitenlandse verliezen dat deze verliezen dubbel in aanmerking zouden kunnen worden genomen. Tenslotte bestrijdt de uitsluiting van buitenlandse verliezen het risico op belastingontwijking, omdat verliezen anders zouden kunnen worden overgedragen aan lidstaten waar de fiscale waarde van deze verliezen het grootst is. Deze rechtvaardigingsgronden vormden gezamenlijk een rechtvaardiging voor het uitsluiten van buitenlandse verliezen.

Het uitsluiten van buitenlandse verliezen gaat onder de regeling van verliesoverdracht in bepaalde situaties evenwel verder dan noodzakelijk om de gerechtvaardigde doelstellingen te behalen. Volgens het HvJ moet de moeder vennootschap daarom alsnog buitenlandse verliezen in aanmerking nemen indien sprake is van finale verliezen. Dit is het geval indien:

- *'de niet-ingezeten dochtervennootschap de in haar vestigingsstaat bestaande mogelijkheden van verliesverrekening heeft uitgeput voor het belastingjaar waarvoor het verzoek om een belastingaftrek is ingediend, alsmede voor vroegere belastingjaren, in voorkomend geval via een overdracht van dat verlies aan een derde of via de verrekening ervan met de winst van de dochtervennootschap in vroegere belastingjaren, en*
- *er geen mogelijkheid bestaat dat het verlies van de buitenlandse dochtervennootschap in toekomstige belastingjaren in de vestigingsstaat wordt verrekend, hetzij door de dochtervennootschap zelf, hetzij door een derde, met name ingeval de dochtervennootschap aan een derde is verkocht'.²⁵*

Teneinde de buitenlandse finale verliezen bij de moedermaatschappij in aanmerking te kunnen nemen, moet de moeder vennootschap kunnen aantonen dat sprake is van finale verliezen. Het HvJ merkt in dit kader op dat lidstaten het recht blijven behouden om belastingvoordelen die voortvloeien uit kunstmatige constructies die tot doel hebben de nationale fiscale wetgeving te ontlopen, uit te sluiten.

Uit Marks & Spencer kan worden afgeleid dat de lidstaat van een moeder vennootschap verplicht is om finale verliezen van een in een andere lidstaat gevestigde dochtervennootschap in aanmerking te nemen, mits de lidstaat van de moeder vennootschap een fiscaal groepsregime kent waarbij verliezen onderling kunnen worden overgedragen.²⁶ Er is sprake van finale verliezen indien de dochtervennootschap alle mogelijkheden tot verliesverrekening in haar vestigingsstaat heeft uitgeput en er ook geen mogelijkheid bestaat om het verlies in toekomstige belastingjaren te verrekenen. In het vervolg zal dit worden aangeduid als de Marks & Spencer uitzondering.

In de zaak Marks & Spencer was sprake van een regeling van verliesoverdracht. Het fiscale eenheidsregime biedt, net als een regeling van verliesoverdracht, de mogelijkheid tot onderlinge verliesverrekening. Het fiscale eenheidsregime gaat evenwel verder door hierbij alle werkzaamheden en vermogensbestanddelen van alle fiscale-eenheidsmaatschappijen te consolideren.²⁷ De verliesverrekening onder het fiscale-eenheidsregime vloeit derhalve voort uit de fiscale consolidatie. In dit kader is de vraag opgekomen of Nederland ook verplicht is om onder het fiscale-eenheidsregime finale grensoverschrijdende verliezen in aanmerking te nemen. Deze vraag zal in de volgende paragraaf worden beantwoord.

2.5. Toepassing van de Marks & Spencer uitzondering onder het fiscale-eenheidsregime

In deze paragraaf wordt beoordeeld of onder het fiscale-eenheidsregime een beroep kan worden gedaan op de Marks & Spencer uitzondering. In dit kader wordt de jurisprudentie van het HvJ geanalyseerd die naar

²⁵ HvJ 13-12-2005, C-446/03 (Marks & Spencer), r.o. 55.

²⁶ W.J.H.A. de Groot, 'Keuzestelsel in de vennootschapsbelasting na 2007?', MBB 2006/02-02, p. 4.

²⁷ E.C.C.M. Kemmeren, 'Marks & Spencer: balanceren op grenzeloze verliesverrekening', WFR 2006/2011, p. 11-12.

mijn mening relevant is voor de beoordeling of de Marks & Spencer uitzondering onder het fiscale-eenhedenregime van toepassing is.

2.5.1. De Marks & Spencer uitzondering onder een regeling van winstoverdracht

De tegenhanger van de regeling van verliesoverdracht betreft de regeling van winstoverdracht. In Oy AA heeft het HvJ zich uitgelaten over de toepassing van de Marks & Spencer uitzondering onder de regeling van winstoverdracht.²⁸ Volgens het HvJ vormt ook het voorbehouden van de regeling van winstoverdracht tot binnenlandse situaties een belemmering van de vrijheid van vestiging, maar dit kan evenwel worden gerechtvaardigd op basis van een combinatie van de waarborging van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en het tegengaan van belastingontwijking. De regeling van winstoverdracht gaat voorts niet verder dan noodzakelijk, waarbij niet door het HvJ is ingegaan op de Marks & Spencer uitzondering.

In tegenstelling tot in Marks & Spencer, werd het tegengaan van het risico op dubbele verliesverrekening in Oy AA niet als rechtvaardigingsgrond erkend. Dit zou voortvloeien uit het feit dat slechts sprake is van winstoverdracht. Bedrijfseconomisch is er echter geen verschil tussen de overdracht van winsten en verliezen, omdat in beide situaties slechts het saldo wordt belast. Het risico op dubbele verliesverrekening had volgens Kiekebeld dan ook wel als rechtvaardigingsgrond moeten worden aangemerkt.²⁹ In dit geval moet de Marks & Spencer uitzondering ook toepassing vinden onder een regeling van winstoverdracht, omdat hierbij materieel eenzelfde verliesverrekening plaatsvindt als bij een regeling van verliesoverdracht.

De gedachtegang van Kiekebeld is later bevestigd door het EVA hof in de zaak Yara International.³⁰ Het HvJ oordeelde in deze zaak dat een regeling van winstoverdracht niet proportioneel is indien winsten van een moedervennootschap onder deze regeling niet kunnen worden overgedragen aan een dochtervennootschap in een andere lidstaat waarvan de verliezen finaal zijn. Uit Oy AA en Yara international volgt derhalve dat de Marks & Spencer uitzondering zich ook uitstrekt tot een regeling van winstoverdracht.

2.5.2. De Marks & Spencer uitzondering onder de objectvrijstelling

In Lidl Belgium heeft het HvJ zich uitgelaten over de toepassing van de Marks & Spencer uitzondering onder de objectvrijstelling.³¹ Onder de objectvrijstelling kunnen de verliezen van buitenlandse vaste inrichtingen niet in de lidstaat van het hoofdhuis in aanmerking worden genomen, terwijl dit wel mogelijk is voor de verliezen van binnenlandse vaste inrichtingen. Het HvJ oordeelde dat sprake is van een belemmering van de vrijheid van vestiging, omdat buitenlandse vaste inrichtingen nadeliger worden behandeld dan binnenlandse vaste inrichtingen. Alhoewel deze belemmering kan worden gerechtvaardigd, is het uitsluiten van buitenlandse vaste-inrichtingsverliezen onder de objectvrijstelling niet proportioneel ingeval deze verliezen finaal zijn in de zin van de Marks & Spencer uitzondering.

De A-G had in zijn conclusie bij het onderhavige arrest eerder geconcludeerd dat de objectvrijstelling alleen proportioneel was onder een systeem van onmiddellijke verliesverrekening met een inhaalregeling.³² Het HvJ ziet dit echter anders en acht de objectvrijstelling ook proportioneel onder de voorwaarde dat finale verliezen in de zin van de Marks & Spencer uitzondering onder de vrijstelling in aanmerking kunnen worden genomen. De lidstaat waar het hoofdhuis zich bevindt, is derhalve verplicht om een regeling te hebben waarmee finale vaste-inrichtingsverliezen in aanmerking kunnen worden genomen. Aangezien ten aanzien van vaste inrichtingen de vrijheid van vestiging geldt, is de lidstaat van het hoofdhuis niet verplicht om rekening te houden met finale verliezen van in derde landen gelegen vaste inrichtingen.³³

²⁸ HvJ 18-07-2007, C-231/05 (Oy AA).

²⁹ B.J. Kiekebeld, 'Grensoverschrijdende verliesverrekening', NTFR 2007/47, onderdelen 2.2 en 4.

³⁰ EVA 13-09-2017, E-15/16, V-N 2018/3.18 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

³¹ HvJ 15-05-2008, C-414/06 (Lidl Belgium).

³² HvJ 15-05-2008, ECLI:EU:C:2008:278, V-N 2008/25.16 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

³³ HvJ 15-05-2008, ECLI:EU:C:2008:278, NTFR 2008/1030 m.nt. W.F.E.M. Egélie, punt 2.

Lidl Belgium is voorts relevant in het kader van de mogelijke introductie van een grensoverschrijdend fiscale-eenheidsregime. Een gevoegde dochtervennootschap wordt in Nederland fiscaal behandeld als een vaste inrichting van de moedermaatschappij van de fiscale eenheid. In dit kader was de vraag opgekomen of de voeging van een buitenlandse dochtervennootschap in een grensoverschrijdende fiscale eenheid er eveneens toe zou leiden dat deze dochtervennootschap vanuit fiscaal oogpunt als een vaste inrichting moet worden behandeld. Alhoewel het HvJ het antwoord op deze vraag schuldig is gebleven, lijkt het belang van deze vraag door Lidl Belgium te zijn afgenomen.³⁴ Mocht Nederland er namelijk voor kiezen om in de toekomst een grensoverschrijdende fiscale eenheid te introduceren, dan zal Nederland onder deze regeling de finale verliezen van zowel dochtervennootschappen als vaste inrichtingen in aanmerking moeten nemen.

2.5.3. De Marks & Spencer uitzondering onder het fiscale-eenheidsregime

2.5.3.1. Grensoverschrijdende fiscale eenheid

Naar aanleiding van de jurisprudentie van het HvJ was de vraag opgekomen of Nederland verplicht is een grensoverschrijdende fiscale eenheid toe te staan. Deze vraag is door het HvJ beantwoord in de zaak X Holding.³⁵ In X Holding hadden een Nederlandse moedervernootschap en een Belgische dochtervennootschap een verzoek ingediend om een fiscale eenheid te gaan vormen. Nederland had dit verzoek geweigerd, omdat de dochtervennootschap niet in Nederland was gevestigd. De uitsluiting van een buitenlandse dochtervennootschap van een fiscale eenheid vormde een belemmering van de vrijheid van vestiging die echter kon worden gerechtvaardigd in het kader van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten. Wanneer een buitenlandse dochtervennootschap onderdeel zou kunnen uitmaken van een fiscale eenheid, zou een moedervernootschap namelijk vrijelijk kunnen kiezen in welke lidstaat de verliezen van deze dochtervennootschap worden verrekend door al dan niet voor een korte periode een fiscale eenheid aan te gaan. Het fiscale-eenheidsregime was volgens het HvJ voorts proportioneel.

Uit X Holding volgt dat Nederland het fiscale-eenheidsregime mag beperken tot binnenlandse situaties. Het voordeel van het fiscale-eenheidsregime bestaat volgens het HvJ uit de horizontale verliesverrekening en de fiscaal neutrale groepstransacties. Bij de rechtvaardiging van het voorbehouden van dit voordeel tot binnenlands situaties is evenwel alleen ingegaan op het voordeel van de horizontale verliesverrekening. Dit element kan op grond van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten worden voorbehouden aan binnenlandse situaties. Het lijkt aannemelijk dat enkel is ingegaan op de rechtvaardiging van de horizontale verliesverrekening, omdat slechts de toekenning van een fiscale-eenheidsbeschikking centraal stond.³⁶ Door het toekennen van deze beschikking zou een moedervernootschap vrijelijk kunnen kiezen waar de verliezen van haar dochtervennootschap in aanmerking worden genomen. Het HvJ acht het daarom gerechtvaardigd de horizontale verliesverrekening voor te behouden aan binnenlandse situaties. Derhalve mocht Nederland de fiscale-eenheidsbeschikking weigeren en lijkt het inderdaad niet nodig om nader in te gaan op de rechtvaardiging van de fiscaal neutrale groepstransacties.

Naar aanleiding van X Holding was in de literatuur discussie ontstaan omtrent de vraag waarom het HvJ in casu de Marks & Spencer uitzondering niet had aangehaald. Egelie betoogde in dit kader dat niet op de Marks & Spencer uitzondering was ingegaan, omdat de fiscale eenheid niet zou zijn op te splitsen in verschillende elementen.³⁷ Onder het fiscale-eenheidsregime zou dan ook niet enkel een beroep kunnen worden gedaan op de verrekening van finale verliezen. Kok meende daarentegen dat uit X-Holding niet kan worden afgeleid dat de Marks & Spencer uitzondering onder het Nederlandse fiscale-eenheidsregime geen toepassing vindt, omdat er in casu simpelweg geen sprake was van verliezen.³⁸ Het betrof namelijk enkel de vraag of Nederland een grensoverschrijdende fiscale-eenheidsbeschikking moest afgeven.

³⁴ HvJ 15-05-2008, ECLI:EU:C:2008:278, NTFR 2008/1030 m.nt. W.F.E.M. Egelie, punt 6.

³⁵ HvJ 25-02-2010, C-337/08 (X-Holding).

³⁶ HvJ 02-09-2015, ECLI:EU:C:2015:524, BNB 2015/223 m.nt. O.C.R. Marres, onderdeel 3.

³⁷ HvJ 25-02-2010, BL6388, NTFR 2010/541 m.nt. W.F.E.M. Egelie, onderdeel 5.

³⁸ Q.W.J.C.H. Kok, 'De onmogelijkheid van een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting', WFR 2010/607, p. 2-3.

In de zaak A Oy is vervolgens duidelijk geworden dat de Marks & Spencer uitzondering pas van toepassing is zodra niet langer een keuzemogelijkheid bestaat in welke lidstaat het grensoverschrijdende verlies wordt verrekend.³⁹ In casu wilde een Finse moedervennootschap fuseren met haar verlieslijdende Zweedse dochtervennootschap teneinde de huurcontracten van de dochtervennootschap over te kunnen nemen. Na deze juridische fusie zou niet langer sprake zijn van een vaste inrichting of dochtervennootschap in Zweden. Finland stond het echter niet toe om bij de juridische fusie de Zweedse verliezen in aanmerking nemen, omdat verliezen alleen konden worden overgedragen bij juridische fusies tussen Finse vennootschappen. Alhoewel de belemmering kon worden gerechtvaardigd op basis van dezelfde drie rechtvaardigingsgronden als in Marks & Spencer, was het weigeren van verliezen volgens het HvJ echter disproportioneel voor zover er bij de grensoverschrijdende juridische fusie sprake was van finale grensoverschrijdende verliezen.

A-G Kokott had eerder geconcludeerd dat überhaupt niet aan de verrekening van grensoverschrijdende verliezen zou worden toegekomen, omdat een juridische fusie een vrije keuze van de moedervennootschap zou zijn. Volgens de A-G zou dit de moedervennootschap de mogelijkheid bieden om vrijelijk te kunnen bepalen in welk land de verliezen van haar dochtervennootschap in aanmerking worden genomen.⁴⁰ Het HvJ ging niet mee in het betoog van de A-G, maar achtte daarentegen de drie rechtvaardigingsgronden uit Marks & Spencer van overeenkomstige toepassing op A Oy. Volgens het HvJ kan een moedervennootschap bij een juridische fusie niet jaarlijks vrijelijk kiezen aan welke belastingregeling de dochtervennootschap onderworpen is. Alhoewel reguliere grensoverschrijdende verliezen mogen worden uitgesloten, is de lidstaat van de moedervennootschap verplicht om bij een juridische fusie met een buitenlandse dochtervennootschap de finale verliezen van deze dochtervennootschap in aanmerking te nemen.

Blokland, Honert en Weber betogen mijns inziens terecht dat de Marks & Spencer uitzondering ook in Nederland toepassing moet vinden ten aanzien van het fiscale-eenheidsregime.⁴¹ In X-Holding achtte het HvJ het voorbehouden van het fiscale-eenheidsregime tot binnenlandse situaties gerechtvaardigd op grond van het waarborgen van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid. De moedervennootschap zou anders vrijelijk kunnen kiezen waar de verliezen van de dochtervennootschap worden verrekend door al dan niet een fiscale eenheid aan te gaan. Volgens Weber is in A Oy bevestigd dat de Marks & Spencer uitzondering evenwel alsnog toepassing kan vinden in het geval dat de moedervennootschap niet (langer) vrijelijk kan kiezen waar het resultaat van de dochter in aanmerking wordt genomen. In de situatie waarin sprake is van finale verliezen bestaat niet langer de keuzevrijheid om te bepalen waar de verliezen worden verrekend. Naar mijn mening lijkt de uitsluiting van finale verliezen onder het fiscale-eenheidsregime dan ook niet (langer) op basis van de rechtvaardigingsgrond in X-Holding te kunnen worden geaccepteerd.

2.5.3.2. *Papillon en zuster fiscale eenheid*

Nederland is niet verplicht een grensoverschrijdende fiscale eenheid toe te staan. Uit latere jurisprudentie van het HvJ is gebleken dat Nederland echter wel een fiscale eenheid moet faciliteren in situaties waarin de tussenliggende dochtervennootschap of de gezamenlijke moedervennootschap in een andere lidstaat is gevestigd. Zo oordeelde het HvJ in de Franse zaak Papillon dat Frankrijk de toepassing van een fiscale integratieregeling tussen een Franse moeder- en kleindochtervennootschap moet toestaan in de situatie waarin de tussenholding in Nederland is gevestigd.⁴² Een kleindochter mag namelijk niet onvoorwaardelijk van de fiscale integratieregeling worden uitgesloten als gevolg van de vestigingsplaats van de tussenholding.

De uitsluiting van een kleindochter van een fiscale groepsregeling is in bovengenoemde situatie volgens het HvJ gerechtvaardigd in het kader van de samenhang van het belastingstelsel. Hierbij kan namelijk dubbele

³⁹ HvJ 21-02-2013, C-123/11 (A Oy).

⁴⁰ HvJ 21-02-2013, ECLI:EU:C:2013:84, V-N 2013/13.16 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

⁴¹ D.M. Weber, 'De per element benadering onder het fiscale-eenheidsregime nader bezien in het licht van de Finanzamt Linz- en de Groupe Steria-zaak', WFR 2015/696, p. 8 en G.M.R. Blokland en M.J.A. van den Honert, 'X Holding vandaag de dag: kan de wetgever nu daadwerkelijk rustig ademen?', WFR 2011/782

⁴² HvJ 27-11-2008, C-418/07, ECLI:EU:C:2008:659 (Papillon).

verliesverrekening optreden, omdat het kleindochterverlies enerzijds direct bij de moeder kan worden verrekend via de integratieregeling en anderzijds indirect bij de moeder kan worden verrekend via een waardedaling van de tussenholding. Indien de tussenholding deel uitmaakt van de integratieregeling kan deze waardedaling zich niet voordoen, omdat de waardedaling dan door de fiscale consolidatie wordt geneutraliseerd. Het uitsluiten van kleindochters ingeval van de aanwezigheid van een buitenlandse tussenholding is echter disproportioneel, omdat uitsluiting alleen mag plaatsvinden indien sprake is van dubbele verliesverrekening. Als kan worden aangetoond dat geen sprake is van dubbele verliesverrekening, gaat het uitsluiten van kleindochters van de integratieregeling volgens het HvJ verder dan noodzakelijk.⁴³

In SCA Group Holding heeft het HvJ zijn oordeel in de zaak Papillon van overeenkomstige toepassing verklaard op het Nederlandse fiscale-eenheidsregime.⁴⁴ De waarborging van de coherentie van het belastingstelsel werd in tegenstelling tot in de zaak Papillon niet als rechtvaardigingsgrond geaccepteerd, omdat het HvJ meende dat in Nederland door de toepassing van de deelnemingsvrijstelling nooit sprake kan zijn van dubbele verliesverrekening. Nederland is zodoende verplicht de mogelijkheid te bieden om een fiscale eenheid tot stand te brengen tussen een moeder en kleindochter indien de tussenholding is gevestigd in een andere EU/EER-staat. Dit staat bekend als de Papillon fiscale eenheid. Daarnaast is Nederland ook verplicht een fiscale eenheid te faciliteren tussen twee zustervennootschappen met een gezamenlijke moedervenootschap die is gevestigd in de EU/EER. Dit staat bekend als de zuster fiscale eenheid.

Het HvJ had in zijn oordeel in SCA Group Holding geen rekening gehouden met het feit dat een kleindochterverlies ook buiten de deelnemingsvrijstelling om bij de tussenhoudster in aanmerking kan worden genomen. Zo kan een kleindochterverlies als gevolg van de liquidatieverliesregeling bijvoorbeeld dubbel in Nederland in aanmerking kan worden genomen.⁴⁵ Voorts kan ook dubbele verliesverrekening optreden bij de afwaardering van een interne vordering. Deze dubbele verliesneming kan ook optreden bij een fiscale eenheid tussen een in Nederland gevestigde vennootschap en een buitenlandse vennootschap met een vaste inrichting in Nederland. Alhoewel deze fiscale-eenheidsvorm een grensoverschrijdend element bevat, beschouw ik deze vorm in dit onderzoek niet als een grensoverschrijdende fiscale eenheid. Teneinde voorgenoemde fiscale eenheden te kunnen faciliteren, moest Nederland flankerende maatregelen introduceren om te voorkomen dat de verliezen toch dubbel in aanmerking konden worden genomen.

2.5.3.3. Toepassing van de per-elementbenadering op de horizontale verliesverrekening

Kort na SCA Group Holding heeft het HvJ opnieuw een uitspraak gedaan die van invloed is geweest op de vormgeving van het Nederlandse fiscale-eenheidsregime. In de zaak Groupe Steria moest Frankrijk namelijk een voordeel dat was voorbehouden aan Franse vennootschappen die deel uitmaakten van een fiscale groep ook toekennen aan buitenlandse vennootschappen die op basis van hun vestigingsplaats geen deel konden uitmaken van deze fiscale groep.⁴⁶ In casu werden dividenden van vennootschappen die deel uitmaakten van dezelfde fiscale groep namelijk volledig vrijgesteld, terwijl dividenden afkomstig van buitenlandse groepsvennootschappen slechts voor 95% waren vrijgesteld. Het HvJ achtte dit in strijd met de vrijheid van vestiging en zag voor deze belemmering geen rechtvaardigingsgrond.

De Franse integratieregeling fungeerde als tussenschakel om de toekenning van het met de vrijstelling van het dividend gemoeide voordeel te kunnen beperken tot binnenlandse vennootschappen. Uit Groupe Steria volgt dat een voordeel dat op grond van een fiscale groepsregeling wordt voorbehouden aan binnenlandse vennootschappen ook moet worden toegekend aan buitenlandse vennootschappen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden. Voor ieder afzonderlijk voordeel dat voortvloeit uit de groepsregeling moet volgens het HvJ worden beoordeeld of dit voordeel mag worden voorbehouden aan binnenlandse situaties. Dit staat bekend als de zogenoemde per-elementbenadering. Naar aanleiding van Groupe Steria was de vraag opgekomen of ook ten aanzien van het fiscale-eenheidsregime een beroep kan worden gedaan op

⁴³ HvJ 27-11-2008, ECLI:EU:C:2008:659, V-N 2008/59.20 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

⁴⁴ HvJ 12-06-2014, C-39/13, C-40/13 en C-41/13 (SCA Group Holding).

⁴⁵ HvJ 12-06-2014, C-39/13, C-40/13 en C-41/13, V-N 2014/30.9 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

⁴⁶ HvJ 02-09-2015, C-386/14 (Groupe Steria).

individuele voordelen van de regeling. In tegenstelling tot de Franse regeling, vloeien alle voordelen alsmede alle nadelen rechtstreeks voort uit de fiscale consolidatie van het fiscale-eenheidsregime waardoor het niet louter een tussenschakel vormt om voordelen te kunnen beperken tot binnenlandse situaties.⁴⁷

In de zaken X B.V. en X N.V. is vervolgens de vraag aan bod gekomen of de per-elementbenadering ook van toepassing is onder het fiscale-eenheidsregeling.⁴⁸ Het HvJ merkte op dat in X-Holding reeds was geoordeeld dat het fiscale-eenheidsregime een voordeel biedt aan binnenlandse vennootschappen, omdat zij onder dit regime alle activiteiten en werkzaamheden kunnen consolideren. Hierdoor kunnen winsten en verliezen onderling worden verrekend en zijn onderlinge transacties fiscaal non-existent. Het voorbehouden van de fiscale eenheid aan binnenlandse situaties kon in X-Holding evenwel worden gerechtvaardigd op basis van het waarborgen van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten en werd voorts proportioneel geacht.

Het HvJ benadrukt dat zijn oordeel in X-Holding niet impliceert dat alle voordelen die voortvloeien uit het fiscale-eenheidsregime mogen worden voorbehouden aan binnenlandse situaties, maar dat voor ieder ander afzonderlijk voordeel dan de horizontale verliesverrekening moet worden beoordeeld of dit voordeel mag worden voorbehouden aan binnenlandse situaties. De toepassing van de per-elementbenadering onder het fiscale-eenheidsregime was hiermee een feit. Voor ieder voordelig fiscaal-eenheidselement moet zodoende worden nagegaan of dit voordeel ook in grensoverschrijdende situaties moet worden toegekend.⁴⁹ In zowel X B.V. als X N.V. hebben belastingplichtigen in dit kader een beroep gedaan op een fiscaal-eenheidselement.

In het arrest X B.V. had een Nederlandse belastingplichtige een lening verkregen van haar Zweedse moedermaatschappij waarna de belastingplichtige deze gelden als kapitaal in haar Italiaanse dochtermaatschappij had gestort. De rentekosten vielen onder het bereik van art. 10a, Wet VPB 1969 en waren derhalve niet aftrekbaar. Deze renteaftrekbeperking was in een binnenlandse situatie onder het fiscale-eenheidsregime niet van toepassing geweest, omdat de kapitaalstorting dan fiscaal non-existent zou zijn geweest. Voor deze belemmering konden geen rechtvaardigingsgronden worden geaccepteerd. Op grond van de per-elementbenadering kon de belastingplichtige alsnog de rentekosten in aanmerking nemen.

In X N.V. wenste een moedervennootschap middels de per-elementbenadering de valutaresultaten van een buitenlandse deelneming in aanmerking te nemen. Het HvJ meende echter dat er geen sprake was van vergelijkbare situaties, omdat in binnenlandse situaties in de regel geen valutaverlies op een deelneming kon ontstaan. In de bijzondere situatie dat dit toch het geval zou zijn, was geen sprake van een verschillende behandeling. In de buitenlandse situatie was het verlies niet aftrekbaar door de deelnemingsvrijstelling. Echter ook in de binnenlandse situatie kon dit valutaverlies niet ten laste van het fiscale-eenheidsresultaat worden gebracht, omdat de deelnemingsverhouding onder het fiscale-eenheidsregime neutraal zou zijn.

De Hoge Raad heeft inmiddels geoordeeld dat een beroep op de per-elementbenadering niet impliceert dat de buitenlandse dochtervennootschap deel uitmaakt van een grensoverschrijdende fiscale eenheid.⁵⁰ De buitenlandse dochtervennootschap wordt derhalve niet fiscaal aangemerkt als een vaste inrichting. Dit ligt in lijn met het oordeel van het HvJ in X-Holding, X B.V. en X N.V. waarbij niet is overgegaan tot filialisering van de buitenlandse dochtervennootschappen. Zo werd in X B.V. de rentelast niet toegerekend aan een buitenlandse vaste inrichting, maar bleef deze toegerekend aan de Nederlandse vennootschap. In X N.V. werd op deze wijze het valutaverlies op de dochtermaatschappij aangemerkt als een vrijgesteld deelnemingsverlies en niet als een aftrekbaar valutaverlies op een vaste inrichting. En in X-Holding hoefde het reguliere verlies van een buitenlandse dochtervennootschap niet als vaste-inrichtingsverlies onder de indertijd van toepassing zijnde inhaalregeling in aanmerking te worden genomen.

⁴⁷ S. Jankie, 'Het arrest-Groupe Steria is irrelevant voor de Nederlandse fiscale eenheid', WFR 2016/43.

⁴⁸ HvJ 22-02-2018, C-398/16 en C-399/16 (X BV en X NV).

⁴⁹ HvJ 22-02-2018, ECLI:EU:C:2018:110, V-N 2018/11.14 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

⁵⁰ HR 19-10-2018, nr. 15/00878, ECLI:NL:HR:2018:1968, BNB 2019/17 m.nt. O.C.R. Marres.

Naast de wijze waarop de per-elementbenadering toepassing vindt, is de vraag opgekomen of de per-elementbenadering ten aanzien van alle fiscale-eenheidsvoordelen toepassing kan vinden. In de literatuur wordt gesuggereerd dat de voordelen die specifiek samenhangen met de fiscale consolidatie mogelijk buiten de per-elementbenadering vallen.⁵¹ Kok geeft naar mijn mening echter goed weer waarom het niet aannemelijk is dat onder de per-elementbenadering onderscheid moet worden gemaakt tussen het feit of een fiscale-eenheidselement specifiek voortvloeit uit de fiscale consolidatie of niet.⁵² Door alle elementen integraal op te nemen in een fiscale-eenheidsregeling in plaats van in separate bepalingen, zouden alle voordelen voortvloeien uit de consolidatie. Indien het niet mogelijk is om middels de per-elementbenadering een beroep te doen op deze voordelen dan zou de per-elementbenadering eenvoudig kunnen worden ontlopen door discriminatoire bepalingen integraal te verwerken in het fiscale-eenheidsregime.

Ik ben het met Kok eens dat geen onderscheid moet worden gemaakt tussen het feit of een fiscale-eenheidselement specifiek voortvloeit uit de fiscale consolidatie of niet. In rechtsoverweging 39 van de zaak X B.V. benadrukt het HvJ dat in de zaak X-Holding een beroep was gedaan op de consolidatie van winsten en verliezen. Het voorbehouden van dit voordeel tot binnenlandse situaties was evenwel gerechtvaardigd op grond van de waarborging van de verdeling van de heffingsbevoegdheid. In rechtsoverweging 40 merkt het HvJ vervolgens op dat het ontgaan van de aftrekbepierking geen specifiek aan de fiscale eenheid verbonden voordeel betreft, waardoor een beroep op waarborging van de verdeling van de heffingsbevoegdheid niet slaagt. Ik leid hieruit af dat belastingplichtigen zich via de per-elementbenadering op zowel specifieke als niet-specifieke voordelen kunnen beroepen. Een beroep is echter alleen succesvol indien er voor de weigering van het fiscale-eenheidselement geen rechtvaardigingsgrond bestaat. Een beroep op de horizontale verliesverrekening zal in dit kader niet succesvol zijn, omdat de weigering van dit element kan worden gerechtvaardigd op grond van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid.

2.5.3.4. Toepassing van de per-elementbenadering op de Marks & Spencer uitzondering

Alhoewel in X B.V. en X N.V. was bevestigd dat de horizontale verliesverrekening als element kon worden voorbehouden tot binnenlandse situaties, was nog niet duidelijk of een beroep op de horizontale verrekening van finale verliezen wel succesvol zou zijn. In de zaak Bevola is ingegaan op de vraag of de Marks & Spencer uitzondering toepassing vindt onder een systeem van resultatenpooling.⁵³ Bevola was een Deense vennootschap met een vaste inrichting in Finland. Aangezien de vaste inrichting verlieslijdend was, werden de activiteiten door Bevola gestaakt. Denemarken weigerde het Finse vaste-inrichtingsverlies vervolgens in aanmerking te nemen, omdat Bevola niet had geopteerd voor het stelsel van de internationale gezamenlijke aanslag. Volgens het HvJ was sprake van een belemmering, omdat een binnenlands vaste-inrichtingsverlies wel zonder de toepassing van de internationale gezamenlijke aanslag in aanmerking kon worden genomen.

De optie van het stelsel van de internationale gezamenlijke aanslag maakt dit volgens het HvJ niet anders, omdat de voorwaarden van dit stelsel een te zware last vormen. Alhoewel de verschillende behandeling van vaste inrichtingsverliezen in beginsel kan worden gerechtvaardigd, gaat dit verder dan noodzakelijk indien sprake is van finale verliezen. Bij een finaal vaste inrichtingsverlies bestaat er namelijk geen risico op dubbele verliesverrekening, omdat het finale verlies niet meer in de vaste-inrichtingsstaat kan worden verrekend. Hierdoor zou het in aanmerking nemen van een finaal verlies in beide situaties leiden tot eenzelfde vermindering van de financiële draagkracht van de vennootschap van de vaste inrichting.

Uit Bevola lijkt te volgen dat de Marks & Spencer uitzondering ook toepassing vindt ten aanzien van fiscale consolidatieregimes. Onder het Deense systeem van resultatenpooling worden de resultaten van alle groepslichamen geconsolideerd op het niveau van één groepslichaam. De Deense wetgeving kent in dit kader twee varianten. Onder het stelsel van de nationale gezamenlijke aanslag worden alle in Denemarken gelegen vennootschappen, vaste inrichtingen en onroerende zaken verplicht gezamenlijk belast, waarbij de

⁵¹ HvJ 22-02-2018, ECLI:EU:C:2018:110, BNB 2018/92 m.nt. R.J. de Vries, onderdelen 11 en 12.

⁵² Q.W.J.C.H. Kok, 'De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting in EU-rechtelijk perspectief', TFO 2016/146.1, p. 4.

⁵³ HvJ 12-06-2018, C-650/16 (Bevola).

resultaten uit buitenlandse vaste inrichtingen en onroerende zaken onder de objectvrijstelling vallen. Naast voorgenoemd verplicht stelsel, kan optioneel gebruik worden gemaakt van het stelsel van de internationale gezamenlijke aanslag. Onder dit stelsel kunnen buitenlandse vennootschappen, vaste inrichtingen en onroerende zaken op verzoek voor een periode van tien jaar gezamenlijk als onderdeel van de groep worden belast, waarbij buitenlandse verliezen onder voorwaarden in Denemarken kunnen worden verrekend.⁵⁴

Het HvJ acht het gerechtvaardigd dat buitenlandse verliezen alleen in aanmerking kunnen worden genomen onder het optionele stelsel van de internationale gezamenlijke aanslag, omdat een vennootschap anders vrijelijk zou kunnen kiezen waar haar buitenlandse vaste-inrichtingsverlies in aanmerking wordt genomen. Het voorbehouden van de horizontale verliesverrekening tot binnenlandse situaties was dan ook gerechtvaardigd op grond van de noodzaak tot het waarborgen van de heffingsbevoegdheid tussen de verschillende lidstaten, de samenhang van het belastingstelsel en het risico op dubbele verliesverrekening. Deze rechtvaardigingsgronden kunnen echter niet worden geaccepteerd indien sprake is van finale vaste-inrichtingsverliezen. Net als bij de grensoverschrijdende juridische fusie in A Oy, bestond dus ook onder het Deense systeem van resultatenpooling niet langer de mogelijkheid om vrijelijk te kunnen kiezen waar een finaal buitenlandse verlies in aanmerking wordt genomen. De lidstaat van het hoofdhuis is derhalve verplicht om onder de regeling van de nationale gezamenlijke aanslag rekening te houden met de finale verliezen.

Inmiddels ligt ook bij de Hoge Raad de vraag voor of op basis van de per-elementbenadering een succesvol beroep kan worden gedaan op de horizontale verrekening van finale grensoverschrijdende verliezen in de zin van de Marks & Spencer uitzondering. De belanghebbende heeft in casu betoogd dat voorgenoemde mogelijk moet zijn en stelt dat uit Bevola kan worden afgeleid dat de Marks & Spencer uitzondering ook van toepassing is onder het fiscale eenheidsregime. Alhoewel het in Bevola een vaste-inrichtingsverlies betrof, zou het HvJ volgens belanghebbende geen verschil maken tussen vennootschappen en vaste inrichtingen.⁵⁵

Gerechtshof Amsterdam heeft geoordeeld dat de belanghebbende op grond van de per-element benadering geen finale verliezen in aanmerking mag nemen.⁵⁶ Volgens het gerechtshof kan op grond van de per-element benadering alleen een beroep worden gedaan op afzonderlijke elementen van het fiscale eenheidsregime. Uit X B.V. en X N.V. zou reeds zijn gebleken dat de horizontale verliesverrekening een wezenlijk element van het fiscale eenheidsregime vormt en zodoende geen afzonderlijk element is waar een beroep op kan worden gedaan. Ook het feit dat mogelijk sprake is van finale verliezen in de zin van Marks & Spencer maakt dit volgens het gerechtshof niet anders, omdat het in Marks & Spencer een systeem van verliesoverdracht betrof. De fiscale eenheid is daarentegen een consolidatieregime waarbij volgens het hof geen beroep kan worden gedaan op de verliesverrekening als afzonderlijk element.

A-G Wattel heeft in tegenstelling tot het gerechtshof geconcludeerd dat de belanghebbende zich wel op de per-element benadering kan beroepen. De A-G merkt in beginsel op dat onder de per-element benadering geen succesvol beroep kan worden gedaan op de wezenlijke elementen van het fiscale-eenheidsregime.⁵⁷ Uit de jurisprudentie van het HvJ maakt hij, conform het gerechtshof, op dat het beperken van de horizontale verliesverrekening reeds in X-Holding, X B.V. en X N.V. als gerechtvaardigd en proportioneel is afgedaan. Voorgenoemde zaken zouden volgens de A-G echter niet impliceren dat ook de horizontale verrekening van finale grensoverschrijdende verliezen mag worden geweigerd.

In tegenstelling tot het gerechtshof, meent de A-G dat de Marks & Spencer uitzondering niet beperkt blijft tot regelingen van verliesoverdracht. Aan Bevola zou namelijk kunnen worden ontleend dat finale verliezen altijd ergens in aanmerking moeten worden genomen, ongeacht het mechanisme waarmee verliezen binnen een fiscale groepsregeling worden verrekend.⁵⁸ In Marks & Spencer werd in dit kader het finale verlies verrekend onder een regeling van verliesoverdracht, in Yara International werd het finale verlies verrekend

⁵⁴ HvJ 12-06-2018, ECLI:EU:C:2018:424, NTFR 2018/1780 m.nt. W.F.E.M. Egelie.

⁵⁵ Gerechtshof Amsterdam 11-06-2019, nr. 17/00284, ECLI:NL:GHAMS:2019:1990, r.o. 4.2.1. en 4.2.2.

⁵⁶ Gerechtshof Amsterdam 11-06-2019, nr. 17/00284, ECLI:NL:GHAMS:2019:1990, r.o. 4.4.9.

⁵⁷ Advocaat-Generaal Wattel 20-03-2020, nr. 19/03443, ECLI:NL:PHR:2020:265, r.o. 5.18 en 5.19.

⁵⁸ Advocaat-Generaal Wattel 20-03-2020, nr. 19/03443, ECLI:NL:PHR:2020:265, r.o. 5.22 en 5.25

onder een regeling van winstoverdracht en in Bevola werd een finaal verlies verrekend onder een systeem van resultatenpooling. Alhoewel het voorbehouden van de horizontale verliesverrekening tot binnenlandse situaties is gerechtvaardigd, is een groepsregeling toch disproportioneel indien niet de mogelijkheid worden geboden om finale verliezen in aanmerking te nemen. Derhalve dient ook Nederland onder het fiscale-eenheidsregime finale grensoverschrijdende dochter- en vaste inrichtingsverliezen in aanmerking te nemen.

Ik sluit mij aan bij de conclusie van de A-G en acht de uitspraak van gerechtshof Amsterdam onjuist. Het Deense systeem van resultatenpooling is vergelijkbaar met het Nederlandse fiscale-eenheidsregime. Zo worden de resultaten van alle fiscale groepslichamen onder beide regelingen geconsolideerd op het niveau van een aangewezen groepslichaam. Onder het Deense stelsel lijkt evenwel alleen sprake te zijn van de fiscale consolidatie van resultaten, terwijl het fiscale-eenheidsregime fictief alle vermogensbestanddelen en werkzaamheden toerekent aan de moedervenootschap. Ondanks dit verschil, zorgt de fiscale consolidatie van winsten en verliezen er onder beide regelingen voor dat horizontale verliesverrekening binnen de groep mogelijk is. In Bevola is gebleken dat een belastingplichtige succesvol een beroep kan doen op de horizontale verrekening van finale buitenlandse vaste-inrichtingsverliezen onder het Deense systeem van resultatenpooling. Dit duidt er mijns inziens op dat de Marks & Spencer uitzondering ook toepassing vindt ten aanzien van volledige consolidatieregimes zoals het Nederlandse fiscale-eenheidsregime. De rechtvaardigingsgrond omtrent de waarborging van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid lijkt dan ook niet langer geaccepteerd te kunnen worden indien sprake is van finale verliezen. Ik ben derhalve van mening dat onder de per-elementbenadering een succesvol beroep kan worden gedaan op de horizontale verrekening van finale grensoverschrijdende verliezen onder het fiscale-eenheidsregime.

2.6. Deelconclusie

In de vennootschapsbelasting wordt ieder subjectief belastingplichtig lichaam in beginsel zelfstandig in de heffing betrokken. De fiscale eenheid vormt evenwel een uitzondering op deze zelfstandige benadering. Onder het fiscale-eenheidsregime kan een groep van lichamen onder voorwaarden worden behandeld alsof zij één belastingplichtige vormen. Door de consolidatie worden alle vermogensbestanddelen en resultaten op fiscale-eenheidsniveau gesaldeerd waardoor de winsten en verliezen van fiscale-eenheidsmaatschappijen onderling worden verrekend. In de literatuur speelt thans een discussie over de vraag in hoeverre ook finale grensoverschrijdende verliezen onder het fiscale-eenheidsregime in aanmerking moeten worden genomen.

In Marks & Spencer is gebleken dat de lidstaat van een moedervenootschap geen buitenlandse verliezen onder een regeling van verliesoverdracht in aanmerking hoeft te nemen, tenzij sprake is van finale verliezen. De lidstaat van de moedervenootschap is in dat geval verplicht de finale buitenlandse dochterverliezen onder de regeling van verliesoverdracht in aanmerking te nemen. In latere jurisprudentie is de Marks & Spencer uitzondering van overeenkomstige toepassing verklaard op een regeling van winstoverdracht en op de objectvrijstelling. Lidstaten die een objectvrijstelling hanteren, zijn dan ook verplicht om een regeling te hebben waarmee finale vaste-inrichtingsverliezen in aanmerking kunnen worden genomen.

Nederland is niet verplicht om een grensoverschrijdende fiscale eenheid te faciliteren. Door de toekenning van een grensoverschrijdende fiscale-eenheidsbeschikking zou een moedervenootschap namelijk vrijelijk kunnen kiezen in welke lidstaat de verliezen van haar dochtervenootschap in aanmerking worden genomen. Het voorbehouden van de horizontale verliesverrekening tot binnenlandse situaties kan daarom als gerechtvaardigd worden gezien. In A Oy is evenwel duidelijk geworden dat de Marks & Spencer uitzondering alsnog van toepassing is indien niet langer een keuzemogelijkheid bestaat in welke staat een verlies in aanmerking wordt genomen. Dit duidt erop dat een belastingplichtige toch grensoverschrijdende verliezen in aanmerking kan nemen in situaties waarin sprake is van een finaal verlies, mits een belastingplichtige onder de per-elementbenadering een beroep kan doen op de Marks & Spencer uitzondering.

In X B.V. en X N.V. is vervolgens bevestigd dat de per-elementbenadering van toepassing is op het fiscale-eenheidsregime. Voor ieder voordelig fiscale-eenheidselement moet worden nagegaan of dit voordeel ook in grensoverschrijdende situaties moet worden toegekend. Naar mijn mening kan hierbij een beroep worden

gedaan op alle fiscale-eenheidsvoordelen, ongeacht het feit of het voordeel al dan niet specifiek voortvloeit uit de fiscale consolidatie. Een beroep op de per-elementbenadering betekent niet dat de buitenlandse dochtervennootschap onderdeel uitmaakt van een grensoverschrijdende fiscale eenheid. Een buitenlandse vennootschap zal derhalve niet fiscaal worden behandeld als een buitenlandse vaste inrichting.

Het Deense systeem van resultatenpooling is vergelijkbaar met het fiscale-eenheidsregime. Zo worden de resultaten van de groepslichamen onder beide regelingen geconsolideerd op het niveau van één groepslichaam. De fiscale consolidatie van winsten en verliezen zorgt er onder beide regelingen voor dat horizontale verliesverrekening binnen de groep mogelijk is. In Bevola kon een belastingplichtige zich onder het Deense systeem van resultatenpooling succesvol beroepen op de horizontale verrekening van finale vaste-inrichtingsverliezen. Dit duidt er mijns inziens op dat de Marks & Spencer uitzondering ook toepassing vindt ten aanzien van volledige consolidatieregimes zoals het Nederlandse fiscale-eenheidsregime. Ik ben dan ook van mening dat op basis van de per-elementbenadering een succesvol beroep kan worden gedaan op de horizontale verrekening van finale grensoverschrijdende verliezen onder het fiscale-eenheidsregime.

Hoofdstuk 3 - Wanneer is er sprake van een finaal verlies

3.1. Inleiding

Nu in voorgaand hoofdstuk is geconcludeerd dat de verrekening van finale verliezen in de zin van Marks & Spencer ook toepassing moet vinden onder het Nederlandse fiscale-eenheidsregime, is het van belang om na te gaan wanneer precies sprake is van dergelijke finale verliezen. In Marks & Spencer is geoordeeld dat sprake is van een finaal verlies indien alle verliesverrekeningsmogelijkheden zijn uitgeput. Dit vereiste uit Marks & Spencer kan mijns inziens worden opgesplitst in een historisch uitputtingsvereiste en een toekomstig uitputtingsvereiste. Er is namelijk sprake van een finaal verlies indien de buitenlandse dochtervennootschap alle *vroegere en bestaande* mogelijkheden tot verliesverrekening in haar vestigingsstaat heeft uitgeput én er voorts geen mogelijkheden bestaan om het verlies in *toekomstige* belastingjaren te verrekenen. Uit Marks & Spencer volgt evenwel niet duidelijk op welk moment en in welke situaties hier precies sprake van is.

In dit hoofdstuk wordt eerst ingegaan op de jurisprudentie van het HvJ die nader invulling heeft gegeven aan het historisch en toekomstig uitputtingsvereiste van de Marks & Spencer uitzondering. Vervolgens wordt ingegaan op de reikwijdte van de Marks & Spencer uitzondering door aan te geven in welke situaties hierop een beroep kan worden gedaan. Ten slotte wordt afgesloten met de beantwoording van de vraag op welke wijze de Marks & Spencer uitzondering onder de fiscale wetgeving van een lidstaat moet worden toegepast.

3.2. Historisch uitputtingsvereiste

Het historisch uitputtingsvereiste impliceert dat de verliesverrekeningsmogelijkheden in de vestigingsstaat van de dochtervennootschap moeten zijn uitgeput in het jaar waarin de moedervernootschap de finale verliezen van de dochtervennootschap in aanmerking wenst te nemen alsmede in vroegere belastingjaren. In het kader van de 'uitputting' mag het verlies dat betrekking heeft op deze jaren volgens het HvJ voorts niet aan een derde zijn overgedragen en evenmin zijn verrekend met vroegere winsten van de dochtervennootschap. In de jurisprudentie heeft het HvJ nader invulling gegeven aan deze voorwaarden.

Zo is in KR Wannsee ingegaan op de vraag in hoeverre het historisch uitputtingsvereiste afhankelijk is van de wettelijke verliesverrekeningsmogelijkheden in de lidstaat van een vaste inrichting.⁵⁹ Uit Lidl Belgium is reeds gebleken dat een lidstaat niet verplicht is om onder de objectvrijstelling vaste-inrichtingsverliezen in aanmerking te nemen, tenzij sprake is van finale vaste-inrichtingsverliezen.⁶⁰ Een lidstaat is dus niet verplicht om een inhaalregeling te (her)introduceren, maar moet onder de objectvrijstelling wel de Marks & Spencer uitzondering in acht nemen. In KR Wannsee staat de vraag centraal of het terugnemen van een verlies onder de voorganger van de Duitse objectvrijstelling, de inhaalregeling, strijdig is met het EU-recht.

Onder de inhaalregeling werden de verliezen van zowel binnenlandse als buitenlandse vaste inrichtingen in aanmerking genomen. Bij daaropvolgende vaste-inrichtingswinsten, werden de vaste inrichtingsverliezen weer bij de winst van het hoofdhuis geteld. Aangezien alle buitenlandse vaste-inrichtingsverliezen onder de inhaalregeling in Duitsland werden verrekend, bestond er in tegenstelling tot onder de objectvrijstelling geen discussie over onverrekenende verliezen.⁶¹ De teruggenomen verliezen konden in de winstjaren van een vaste inrichting in casu echter niet in Oostenrijk worden verrekend met de aldaar behaalde vaste-inrichtingswinsten. Oostenrijk erkende namelijk enkel een vaste-inrichtingsverlies indien het hoofdhuis en de vaste inrichting in een jaar gezamenlijk gezien een verlies hadden geleden. Dit was in KR Wannsee echter niet het geval, waardoor in Oostenrijk belasting was verschuldigd over de latere vaste-inrichtingswinsten.

⁵⁹ HvJ 23-10-2008, C-157/07 (KR Wannsee).

⁶⁰ HvJ 15-05-2008, C-414/06 (Lidl Belgium).

⁶¹ HvJ 23-10-2008, ECLI:EU:C:2008:588, V-N 2008/55.14 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

De Marks & Spencer uitzondering waarbij verliezen ten minste eenmaal binnen de EU in aanmerking moeten worden genomen, vond in casu geen toepassing, ondanks het feit dat de vaste-inrichtingsverliezen niet in Oostenrijk konden worden verrekend.⁶² Dat de inhaalregeling tot dubbele belastingheffing had geleid, was namelijk niet het gevolg van de inhaalregeling zelf, maar was enkel te wijten aan (de wetgeving van) de vaste-inrichtingsstaat. Het feit dat de vaste inrichting uiteindelijk was verkocht en per saldo een verlies had geleden, maakt dit niet anders.⁶³ De Marks & Spencer uitzondering vindt zodoende geen toepassing indien een verlies niet kan worden verrekend als gevolg van de nationale wetgeving van een andere lidstaat. Hierbij is het niet van belang of hierdoor al dan niet dubbele belastingheffing wordt vermeden.

In K is vervolgens nader invulling gegeven aan de reikwijdte van het historisch uitputtingsvereiste.⁶⁴ Uit deze zaak volgt dat de lidstaat van een moedervenootschap op basis van de Marks & Spencer uitzondering niet verplicht is een verlies uit de vestigingsstaat van haar dochtervenootschap in aanmerking te nemen indien de belastingwetgeving van die lidstaat nooit heeft voorzien in de verrekening van dat verlies.⁶⁵ In dit geval is volgens het HvJ namelijk niet aan het historische uitputtingsvereiste voldaan, omdat nooit een mogelijkheid tot verliesverrekening in de lidstaat van de dochtervenootschap heeft bestaan. In latere jurisprudentie is het oordeel in K van overeenkomstige toepassing verklaard op dochtervenootschappen.⁶⁶

In casu had een Finse belastingplichtige een woning in Frankrijk met verlies verkocht. Finland kende een regeling om vermogensverliezen te verrekenen, terwijl Frankrijk een dergelijke regeling niet kende. Aangezien de woning in Frankrijk was gelegen, kon het vermogensverlies niet in Finland worden verrekend. Alhoewel sprake was van een belemmering van de vrijheid van het kapitaalverkeer, werd het uitsluiten van buitenlandse vermogensverliezen aangemerkt als rechtvaardig en proportioneel. Zodoende was er geen strijdigheid met de vrijheid van kapitaalverkeer. Aangezien een lidstaat dergelijke verliezen mag weigeren zonder dat dit leidt tot strijdigheid met het EU-recht, lijkt de Marks & Spencer uitzondering niet beperkt te blijven tot de economische finale verliezen van vaste inrichtingen en dochtervenootschappen.⁶⁷

Met een verwijzing naar KR Wannsee werd door het HvJ in de zaak K opgemerkt dat een lidstaat niet verplicht is om de nadelen die voortvloeien uit de wetgeving van een andere lidstaat voor zijn rekening te nemen.⁶⁸ Hieruit leid ik af dat ook een verlies van een dochtervenootschap dat wel compensabel is geweest, maar dit op een gegeven moment niet langer is als gevolg van een wettelijke bepaling uit een andere lidstaat, niet door de moedervenootschap hoeft te worden verrekend. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien een verlies niet langer verrekend kan worden als gevolg van een anti-misbruik bepaling of als gevolg van een aflopende verliesverrekeningstermijn. Anders zou een lidstaat alsnog opdraaien voor de nadelen die voortvloeien uit de wetgeving van een andere lidstaat. Er is derhalve niet aan het historische uitputtingsvereiste van Marks & Spencer voldaan indien een verlies als gevolg van de nationale wetgeving van een andere lidstaat nooit of niet langer in aanmerking kan worden genomen. Het verlies moet dus op grond van de nationale wetgeving van een lidstaat nog verrekend kunnen worden.

3.3. Toekomstig uitputtingsvereiste

Het toekomstig uitputtingsvereiste impliceert dat pas kan worden gesproken van een finaal verlies indien er geen mogelijkheid meer bestaat dat het verlies van de buitenlandse dochtervenootschap in toekomstige belastingjaren in de vestigingsstaat wordt verrekend, hetzij door de dochtervenootschap zelf, hetzij door een derde, met name ingeval de dochtervenootschap aan een derde is verkocht. In de jurisprudentie van het HvJ is nader invulling gegeven aan deze voorwaarden.

⁶² D.E. van Sprundel, 'Verslag van het EFS Seminar "Grensoverschrijdende fiscale eenheid: fata morgana?"', WFR 2008/1443, p. 2.

⁶³ HvJ 23-10-2008, ECLI:EU:C:2008:588, NTFR 2008/2306 m.nt. W.F.E.M. Egelie, onderdelen 6 en 7.

⁶⁴ HvJ 07-11-2013, C-322/11 (K).

⁶⁵ HvJ 07-11-2013, ECLI:NL:XX:2013:CA0369, V-N 2013/57.29 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

⁶⁶ HvJ 03-02-2015, C-172/13 (CIE/VK), r.o. 33.

⁶⁷ HvJ 03-02-2015, ECLI:EU:C:2015:50, NTFR 2015/23 m.nt. B.J. Kiekebeld, onderdeel 1.

⁶⁸ HvJ 07-11-2013, C-322/11 (K), r.o. 79 en 80.

Zo is in Commissie/Verenigd Koninkrijk (hierna: CIE/VK) ingegaan op de vraag wanneer geen mogelijkheid meer bestaat dat een verlies in toekomstige jaren door de dochtervennootschap kan worden verrekend.⁶⁹ Het Verenigd Koninkrijk had naar aanleiding van de zaak Marks & Spencer haar groepsregeling aangepast zodat ook grensoverschrijdende finale verliezen onder de regeling in aanmerking konden worden genomen. Hiertoe moesten alle mogelijkheden tot verliesverrekening zijn uitgeput. De vraag of verliezen in toekomstige jaren nog konden worden verrekend moest vlak na het einde van het belastingjaar worden beantwoord. Volgens de Europese Commissie maakte dit het nagenoeg onmogelijk om finale verliezen in aanmerking te nemen, omdat verliezen alleen konden worden verrekend indien de dochtervennootschap voor het einde van het desbetreffende belastingjaar in vereffening is gesteld.

Het HvJ meende dat niet automatisch uit de regeling volgt dat de vennootschap voor het einde van het jaar in vereffening moet zijn gesteld om aan te kunnen tonen dat sprake is van finale verliezen. Met een verwijzing naar Marks & Spencer merkte hij op dat pas sprake kan zijn van finale verliezen indien *'deze onderneming geen inkomsten meer heeft in de lidstaat waar zij is gevestigd. Zolang deze dochteronderneming - zelfs maar minieme - inkomsten blijft ontvangen, bestaat immers een mogelijkheid dat de geleden verliezen nog kunnen worden verrekend met toekomstige winst die wordt geboekt in de lidstaat waar deze onderneming is gevestigd'*.⁷⁰ Het Verenigd Koninkrijk had een concreet geval aangedragen waarin zij buitenlandse finale verliezen in aanmerking had genomen in een situatie waarbij de activiteiten van een vennootschap vlak na het einde van het belastingjaar waren gestaakt en de activa waren verkocht. Dienaangaande werd de regeling niet strijdig geacht met de vrijheid van vestiging.

De voorwaarden voor de kwalificatie van finale verliezen in de zin van Marks & Spencer en CIE/VK zijn vervolgens in Bevola op overeenkomstige wijze van toepassing verklaard op buitenlandse vaste-inrichtingsverliezen. Volgens het HvJ is sprake van een finaal stakingsverlies indien *'de vennootschap waartoe deze vaste inrichting behoort, alle mogelijkheden van aftrek van dit verlies heeft uitgeput die haar worden geboden door het recht van de lidstaat waar deze vaste inrichting is gelegen, en anderzijds, zij van deze vaste inrichting geen inkomsten meer ontvangt, zodat er geen enkele mogelijkheid meer bestaat om dit verlies in die lidstaat te verrekenen'*.⁷¹ De zinsnede dat de verliezen in de toekomst niet door een derde mogen worden verrekend, kwam in dit kader evenwel niet terug in de gestelde voorwaarde.

Een vennootschap of vaste inrichting voldoet zodoende pas aan het toekomstig uitputtingsvereiste indien zij geen inkomsten meer uit de vestigingsstaat geniet. De onderneming van de vennootschap of de vaste inrichting lijkt derhalve volledig te moeten zijn gestaakt of verkocht voordat een eventueel resterend verlies kan worden aangemerkt als een finaal verlies.⁷² Bij vennootschappen lijkt bovendien sprake te moeten zijn van een liquidatie, omdat de verliezen anders nog steeds verrekend kunnen worden met toekomstige winsten. Dit is niet het geval indien de dochtervennootschap wordt geliquideerd.⁷³ Het is dan immers zeker dat geen inkomsten meer zullen worden verkregen uit de vestigingslidstaat van de dochtervennootschap.

In Memira is later invulling gegeven aan de vraag op welk moment is voldaan aan het vereiste dat het verlies niet in aanmerking kan worden genomen door een derde.⁷⁴ Het betrof de vraag of bij de beoordeling van een verlies rekening moet worden gehouden met het feit dat de vestigingsstaat van de dochtervennootschap (Duitsland) niet toestaat dat verliezen bij een juridische fusie worden overgedragen, terwijl de vestigingsstaat van de moedervernootschap (Zweden) dit wel toestaat, maar deze overdracht van verliezen evenwel beperkt tot binnenlandse situaties. Volgens het HvJ vormt het voorbehouden van de overdracht van verliezen tot binnenlandse fusies een belemmering van de vrijheid van vestiging, maar kan deze evenwel worden gerechtvaardigd. Indien echter sprake is van finale verliezen, is de Zweedse fusieregeling niet proportioneel, omdat ook grensoverschrijdende finale verliezen in aanmerking moeten worden genomen.

⁶⁹ HvJ 03-02-2015, C-172/13 (CIE/VK).

⁷⁰ HvJ 03-02-2015, C-172/13 (CIE/VK), r.o. 36.

⁷¹ HvJ 12-06-2018, C-650/16 (Bevola), r.o. 64.

⁷² HvJ 03-02-2015, ECLI:EU:C:2015:50, NTFR 2015/23 m.nt. B.J. Kiegebeld, onderdeel 1.

⁷³ HvJ 03-02-2015, ECLI:EU:C:2015:50, V-N 2015/11.14 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

⁷⁴ HvJ 19-06-2019, C-607/17 (Memira).

Het HvJ benadrukte dat bij de beoordeling van finale verliezen rekening moet worden gehouden met het feit dat die verliezen in toekomstige belastingjaren door een derde in aanmerking kunnen worden genomen. Een verlies kan namelijk ook economisch worden benut door het verlies over te dragen middels een verkoop van de vennootschap tegen een prijs waarbij rekening wordt gehouden met de compensabele verliezen. Het feit dat de vestigingslidstaat van de verdwijnende dochtervennootschap het bij een binnenlandse fusie niet toestaat om een verlies over te dragen aan de verkrijger is dan ook niet voldoende om te kunnen concluderen dat sprake is van finale verliezen. Het verlies kan pas als finaal worden aangemerkt indien de moeder kan aantonen dat geen enkele derde partij het verlies van de dochter had kunnen benutten.

De A-G had in zijn conclusie al opgemerkt dat geen sprake kan zijn van uitputting van alle mogelijkheden tot verliesverrekening indien de moedervennootschap nog gecompenseerd zou kunnen worden voor de verliezen van haar dochtervennootschap door deze vennootschap over te dragen aan een derde.⁷⁵ Het HvJ heeft dit advies van de A-G overgenomen in zijn oordeel in Memira. De A-G had evenwel opgemerkt dat de beoordeling van finale verliezen bij een dergelijke beslissing meer afhankelijk wordt van de wetgeving van de andere lidstaat. De beoordeling van een finaal verlies wordt namelijk afhankelijk van het feit of de andere lidstaat een mogelijkheid biedt om de vennootschap met de verliezen over te dragen aan een derde zonder dat de compensabele verliezen hierbij verdampen.⁷⁶

Het oordeel van het HvJ heeft nader inzicht geboden in het onderscheid tussen de feitelijke en de juridische onmogelijkheid van verliesverrekening.⁷⁷ Een verlies dat nooit of niet langer verrekenbaar is (geweest) kan niet als finaal worden aangemerkt. In Memira was het verlies daarentegen op grond van de nationale wetgeving nog wel verrekenbaar, waardoor dit verlies (mogelijk) wel als finaal verlies in aanmerking kon worden genomen. In het toekomstig uitputtingsvereiste wordt aangegeven dat er geen mogelijkheid mag bestaan voor de dochtervennootschap of voor *een derde* om deze verliezen te kunnen verrekenen. Uit Memira kan dus worden afgeleid dat een derde het verlies niet meer kan verrekenen indien de moeder kan aantonen dat het verlies van de dochter niet langer economisch kan worden benut door de dochter aan een derde over te dragen tegen een prijs waarbij rekening wordt gehouden met het compensabele verlies.⁷⁸

Het HvJ verwijst in zijn uitspraak naar de zaak A Oy waarin was geoordeeld dat het feit dat zich na een juridische fusie geen vaste inrichting of dochtervennootschap meer in een lidstaat bevond, niet voldoende was om te kunnen concluderen dat alle verliesverrekeningsmogelijkheden waren uitgeput.⁷⁹ Het was namelijk aan de moedermaatschappij om aan te tonen dat haar buitenlandse dochtervennootschap alle verliesverrekeningsmogelijkheden had uitgeput en dat zijzelf, noch een derde de verliezen in toekomstige jaren in haar vestigingsstaat kon verrekenen. Aan de hand van Memira is thans duidelijk geworden dat het niet voldoende is dat er na een juridische fusie geen vaste inrichting of dochtervennootschap resteert, omdat ook moet worden aangetoond dat de verliezen niet economisch hadden kunnen worden benut.

Het is aan de belastingplichtige om aan te tonen dat de verliezen niet langer economisch kunnen worden benut door de vennootschap over te dragen aan een derde. De Redactie Vakstudie Nieuws vraagt zich in dit kader naar mijn mening terecht af op welke wijze dit dan precies zou moeten worden aangetoond.⁸⁰ Enerzijds kan namelijk worden aangesloten bij de reeds gemaakte keuzes van een belastingplichtige. Anderzijds kan echter ook worden gekeken naar alle beschikbare juridische opties die een belastingplichtige tot zijn beschikking heeft gehad. Mijns inziens moet aansluiting worden gezocht bij de beschikbare juridische opties. Dit leid ik af uit het feit dat er na een juridische fusie in de vestigingsstaat geen activiteiten achterbleven in A Oy niet voldoende was om een verlies als finaal aan te kunnen merken. Dit

⁷⁵ A-G HvJ 10-01-2019, zaak C-607/17 (Memira Holding AB), ECLI:EU:C:2019:8, r.o. 65-70.

⁷⁶ Het Nederlandse equivalent hiervan is terug te vinden in art. 20a Wet VPB 1969.

⁷⁷ J.J. van den Broek, 'Verliezen bij grensoverschrijdende fusies', NTFR 2019/33, p. 6.

⁷⁸ HvJ 19-06-2019, ECLI:EU:C:2019:510, V-N 2019/32.9 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

⁷⁹ HvJ 21-02-2013, ECLI:EU:C:2013:84, V-N 2013/13.16 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

⁸⁰ HvJ 19-06-2019, ECLI:EU:C:2019:510, V-N 2019/32.9 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

duidt er mijns inziens op dat de alternatieve keuzes die een moedervennootschap op het vereffeningstijdstip had kunnen maken van belang zijn voor de beoordeling van een finaal dochterverlies.

Uit Memira volgt voorts dat sprake kan zijn van finale Duitse verliezen ondanks het feit dat Duitsland verliesoverdracht bij fusie niet toestaat. Indien deze verliesoverdracht bij fusie wel mogelijk was geweest, was het voor de beoordeling van een finaal verlies niet relevant geweest of in Duitsland andere entiteiten bestonden die het verlies hadden kunnen overnemen.⁸¹ Aangezien in de toekomstige uitputtingseis wordt gesproken over het verrekenen van een verlies door de dochteronderneming of door een derde, lijkt een groepsvennootschap derhalve niet te kunnen worden aangemerkt als een dergelijke derde.⁸² Het feit dat de verliezen van de Duitse dochtervennootschap eventueel door een andere Duitse groepsvennootschap hadden kunnen worden overgenomen, lijkt derhalve niet relevant voor het toekomstig uitputtingsvereiste.

Het HvJ heeft niet toegelicht hoe Memira moet worden geïnterpreteerd in het licht van een vaste inrichting, omdat het in casu een dochtervennootschap betrof. In Bevola zijn de voorwaarden waaronder sprake is van een finaal verlies bij dochtervennootschappen mutatis mutandis van toepassing verklaard op finale vaste-inrichtingsverliezen. In dit kader werd geoordeeld dat de vennootschap geen inkomsten meer van zijn vaste inrichting mag ontvangen, maar werd echter niet de voorwaarde gesteld dat een vaste-inrichtingsverlies niet door een derde mag worden verrekend.⁸³ Het lijkt aannemelijk dat het verschil kan worden verklaard door het feit dat het vaste-inrichtingsverlies en het hoofdhuiverlies samen het verlies van een vennootschap vormen. Als een vennootschap wordt verkocht dan wordt in beginsel dus ook het compensabele vaste-inrichtingsverlies overgedragen. Bij de overdracht van een vaste inrichting worden daarentegen in beginsel enkel de activiteiten verkocht, maar niet de (aandelen in de) vennootschap. Een verlies van een vaste inrichting kan zodoende niet zelfstandig economisch worden benut, omdat dergelijke verliezen in beginsel niet kunnen worden overgedragen aan een derde zonder ook de aandelen in de vennootschap over te dragen.

3.4. Toepassingsbereik van de Marks & Spencer uitzondering

Uit Marks & Spencer en Lidl Belgium is gebleken dat de Marks & Spencer uitzondering in ieder geval toepassing vindt ten aanzien van een buitenlandse dochtervennootschap of buitenlandse vaste inrichting. Finale grensoverschrijdende verliezen moeten zodoende verplicht onder een fiscaal groepsregime in aanmerking kunnen worden genomen in de lidstaat van de moedervennootschap respectievelijk het hoofdhuus. In latere jurisprudentie heeft het HvJ toegelicht in welke situaties de Marks & Spencer uitzondering nog meer van toepassing is.

Zo is in Holmen invulling gegeven aan de vraag of onder de Marks & Spencer uitzondering ook finale verliezen van kleindochtervennootschappen in aanmerking moeten worden genomen.⁸⁴ Volgens het HvJ hoeft de lidstaat van een moedervennootschap geen rekening te houden met finale kleindochterverliezen indien de dochtervennootschap en de kleindochtervennootschap ieder in een andere lidstaat zijn gevestigd. Anders zou namelijk een mogelijkheid tot tax planning ontstaan, omdat de groep de keuze wordt geboden om het finale verlies te verrekenen in de lidstaat van de dochtervennootschap of in de lidstaat van de moedervennootschap. Dit zou het risico op dubbele verliesverrekening vergroten en zou de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten in gevaar kunnen brengen. Derhalve is de Marks & Spencer uitzondering in een dergelijke situatie niet van toepassing.

De lidstaat van de moedervennootschap is daarentegen wel verplicht om finale verliezen van een kleindochtervennootschap in aanmerking te nemen indien de tussenliggende dochtervennootschap in dezelfde lidstaat als de kleindochtervennootschap is gevestigd. In dit geval is het risico op dubbele verliesverrekening en het gevaar van verstoring van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid

⁸¹ J.J. van den Broek, Verliezen bij grensoverschrijdende fusies, NTFR 2019/33, p. 5.

⁸² HvJ 19-06-2019, ECLI:EU:C:2019:510, NLF 2019/1509 m.nt. G.F. Boulogne.

⁸³ HvJ 12-06-2018, ECLI:EU:C:2018:424, FED 2018/131 m.nt. I.M. de Groot, onderdeel 6.

⁸⁴ HvJ 19-06-2019, C-608/17 (Holmen).

volgens het HvJ “van dezelfde grootteorde als het gevaar dat het Hof in (...) Marks & Spencer heeft vastgesteld”.⁸⁵ In deze situatie is de Marks & Spencer uitzondering wel van toepassing.

De Redactie Vakstudie Nieuws merkt op dat het HvJ er in Holmen vanuit lijkt te gaan dat in de lidstaat van de dochtervennootschap altijd een fiscale groepsregeling aanwezig is.⁸⁶ In dat geval zou het niet nodig zijn om de moedervennootschap een kleindochterverlies in aanmerking te laten nemen, omdat het verlies altijd bij de dochtervennootschap kan worden verrekend. De Redactie Vakstudie Nieuws vraagt zich af of deze redentatie ook opgaat indien de lidstaat van de dochtervennootschap geen groepsregeling kent. Van den Broek merkt op dat ingeval de lidstaat van de dochtervennootschap geen fiscale groepsregeling kent, deze lidstaat niet verplicht is finale verliezen in aanmerking te nemen.⁸⁷ In deze situatie zou dan ook geen keuzemogelijkheid meer bestaan waar de finale verliezen worden verrekend. Van den Broek meent daarom dat de lidstaat van de moedervennootschap in deze situatie alsnog een finaal kleindochterverlies in aanmerking moet nemen. Alhoewel inderdaad niet langer een risico bestaat op dubbele verliesverrekening, meen ik dat het gevaar van een inbreuk op de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid echter aanwezig blijft. De groep zal in dat geval namelijk nog steeds de keuze bezitten om de kleindochterverliezen in de lidstaat van de dochtervennootschap in aanmerking te nemen (waar zij niet verrekend kunnen worden) of in de lidstaat van de moedervennootschap (waar zij wel verrekend kunnen worden).

Ook in de situatie waar zowel de tussenliggende dochtervennootschap als de kleindochtervennootschap in dezelfde lidstaat zijn gevestigd, kan volgens de Redactie Vakstudie Nieuws sprake zijn van tax planning.⁸⁸ Het lijkt erop dat de Redactie Vakstudie Nieuws hiermee doelt op de keuze of de kleindochterverliezen bij de tussenliggende dochtervennootschap in aanmerking worden genomen of bij de moedervennootschap in een andere lidstaat. In dit kader is enkel duidelijk dat de moedervennootschap moet aantonen dat alle mogelijkheden tot verliesverrekening ten aanzien van de kleindochtervennootschap zijn uitgeput. Het is echter niet duidelijk aan welke voorwaarden de tussenliggende dochtervennootschap precies moet voldoen.

Een finaal verlies van een buitenlandse dochtervennootschap moet in aanmerking worden genomen, omdat dit verlies mogelijk wel hadden kunnen worden verrekend indien deze dochtervennootschap onderdeel had kunnen uitmaken van een fiscale eenheid. Uit Holmen lijkt te volgen dat finale kleindochterverliezen op basis van eenzelfde redentatie in aanmerking moeten worden genomen. Een kleindochtervennootschap kan evenwel pas onderdeel uitmaken van een fiscale eenheid indien ook de tussenliggende dochtervennootschap onderdeel vormt van de fiscale eenheid. Aangezien deze dochtervennootschap in een andere lidstaat is gevestigd, is dit evenwel niet mogelijk. Derhalve dient ten aanzien van zowel de dochtervennootschap als de kleindochtervennootschap een beroep te worden gedaan op de per-elementbenadering.

In het licht van het Nederlandse fiscale-eenheidsregime, duidt het oordeel van het HvJ er mijns inziens op dat middels de per-elementbenadering succesvol een beroep kan worden gedaan op de verrekening van finale kleindochterverliezen. In de zaak X N.V. was dit vraagstuk reeds in een prejudiciële vraag aan het HvJ voorgelegd. Deze vraag luidde als volgt: “(...) kan of moet (...) voor de vaststelling van het in aanmerking te nemen valutaverlies ervan worden uitgegaan dat ook (een of meer van) de door de betrokken moedervennootschap middellijk, via [de in de eerste vraag bedoelde] dochtervennootschap, gehouden en in de Europese Unie gevestigde directe en indirecte dochtervennootschappen zouden zijn opgenomen in de fiscale eenheid?”.⁸⁹ Aangezien het HvJ in X N.V. had geoordeeld dat geen sprake was van vergelijkbare situaties is zij echter niet op deze vraag ingegaan. Op grond van Holmen lijkt deze vraag nu bevestigend te moeten worden beantwoord, mits de tussenliggende vennootschap in dezelfde lidstaat is gevestigd. Het is echter niet precies duidelijk aan welke voorwaarden de tussenliggende dochtervennootschap moet voldoen.

⁸⁵ HvJ 19-06-2019, C-608/17 (Holmen), r.o. 31 Holmen.

⁸⁶ HvJ 19-06-2019, ECLI:EU:C:2019:511, V-N 2019/32.10 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

⁸⁷ J.J. van den Broek, ‘Verliezen bij grensoverschrijdende fusies’, NTFR 2019/33, p. 8.

⁸⁸ HvJ 19-06-2019, ECLI:EU:C:2019:511, V-N 2019/32.10 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

⁸⁹ HvJ 22-02-2018, C-398/16 en C-399/16 (X B.V. en X N.V.), r.o. 12.

Stel dat een in lidstaat A gevestigde moeder vennootschap een dochter vennootschap opricht in lidstaat B. De activiteiten van de dochter vennootschap in lidstaat B zijn verliesgevend en worden uiteindelijk gestaakt. Vervolgens wordt de dochter vennootschap geliquideerd waarna compensabele verliezen resteren die voldoen aan het historisch en toekomstig uitputtingsvereiste. In deze situatie is het duidelijk dat lidstaat A verplicht is om de finale verliezen bij de moeder vennootschap in aanmerking te nemen.

Stel nu dat de (tussenliggende) dochter vennootschap in lidstaat B de activiteiten heeft ondergebracht in twee kleindochter vennootschappen die eveneens in lidstaat B zijn gevestigd. De activiteiten van deze kleindochter vennootschappen zijn verliesgevend en worden derhalve gestaakt. Vervolgens worden de kleindochter vennootschappen geliquideerd. In deze situatie komt de vraag op of de tussenliggende dochter vennootschap in lidstaat B deze verliezen in aanmerking moet nemen of dat de moeder vennootschap in lidstaat A deze verliezen als finale verliezen in aanmerking moeten nemen.

Indien de tussenliggende dochter vennootschap in lidstaat B deze verliezen in aanmerking kan nemen, hoeft de moeder vennootschap hier in eerste instantie niet voor op te draaien. De verliezen vormen dan onderdeel van het compensabele verlies van de tussenliggende dochter vennootschap. Zodra de tussenliggende dochter vennootschap in de toekomst wordt geliquideerd, kunnen deze compensabele verliezen alsnog in aanmerking worden genomen in de lidstaat van de moeder vennootschap, mits aan het historisch en toekomstig uitputtingsvereiste is voldaan. Indien de tussenliggende dochter vennootschap in lidstaat B de kleindochter verliezen echter niet in aanmerking kan nemen, komt de vraag op of de lidstaat van de moeder vennootschap dan verplicht is deze verliezen in aanmerking te nemen. De lidstaat van de moeder vennootschap wordt dan namelijk afhankelijk van de wetgeving van lidstaat B. Dit probleem doet zich niet voor indien de activiteiten worden uitgevoerd vanuit één buitenlandse dochter vennootschap.

De moeder vennootschap moet op grond van het toekomstig uitputtingsvereiste kunnen aantonen dat het kleindochterverlies niet door een derde in aanmerking kan worden genomen. In dit kader lijkt ook te moeten worden uitgesloten dat de dochter vennootschap het verlies nog in aanmerking kan nemen. Indien kan worden aangetoond dat het kleindochterverlies niet door de dochter vennootschap en niet door een derde in aanmerking kan worden genomen, moet de lidstaat van de moeder vennootschap het kleindochterverlies mijns inziens in aanmerking nemen. Ik meen dat deze interpretatiewijze in lijn is met Holmen, omdat de groep op deze wijze geen keuzemogelijkheid heeft in welke lidstaat het finale kleindochterverlies wordt verrekend. Er is namelijk geen planningsmogelijkheid tussen de lidstaat van de dochter vennootschap en de lidstaat van de moeder vennootschap. Het feit dat wel planningsmogelijkheden bestaan in de lidstaat van de dochter- en kleindochter vennootschap lijkt niet van belang, omdat dit beperkt blijft tot de planning binnen één lidstaat.⁹⁰ Zodoende vormt dit geen gevaar voor de verdeling van de heffingsbevoegdheid.

In de zaak Aures heeft het HvJ de reikwijdte van de Marks & Spencer uitzondering ingeperkt door te oordelen dat een lidstaat niet verplicht is om na een zetelverplaatsing de finale verliezen uit de oude vestigingsstaat van de vennootschap in aanmerking te nemen indien de nieuwe vestigingslidstaat gedurende de periode voorafgaand aan de zetelverplaatsing niet heffingsbevoegd was ten aanzien van deze vennootschap.⁹¹ In dit geval is namelijk geen sprake van vergelijkbare binnenlandse en buitenlandse situaties waardoor de Marks & Spencer uitzondering geen toepassing vindt. De bescherming van het Unierecht lijkt derhalve pas te gelden vanaf het moment dat gebruik wordt gemaakt van de verkeersvrijheden zoals in casu de zetelverplaatsing.⁹² De Marks & Spencer uitzondering kan zodoende geen toepassing vinden ten aanzien van finale grensoverschrijdende verliezen die zijn geleden vóór dat tijdstip.

3.5. De vaststelling van het finale grensoverschrijdende verlies

Nu is vastgesteld in welke situaties een finaal grensoverschrijdend verlies in aanmerking moet worden genomen, wordt in deze paragraaf onderzocht hoe dit verlies in de importerende lidstaat moet worden

⁹⁰ HvJ 19-06-2019, ECLI:EU:C:2019:511, V-N 2019/32.10 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

⁹¹ HvJ 27-02-2020, C-405/18 (Aures).

⁹² HvJ 27-02-2020, ECLI:EU:C:2020:127, V-N 2020/14.11 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

vastgesteld. Hiertoe wordt eerst ingegaan op de vraag of moet worden aangesloten bij het compensabele verlies van de buitenlandse dochtervennootschap of bij het verlies dat de moedervennootschap lijdt op haar investering in de dochtervennootschap. Vervolgens wordt nagegaan in hoeverre de buitenlandse finale verliezen in aanmerking moeten worden genomen. Tenslotte wordt gekeken naar de wijze waarop het buitenlandse verlies moet worden herrekend naar nationale maatstaven.

3.5.1. *Verlies van de dochtervennootschap of verlies van de moedervennootschap*

Een finaal grensoverschrijdend verlies kan op twee manieren in de lidstaat van de moedervennootschap of het hoofdhuis worden vastgesteld. Enerzijds kan de omvang van het finale verlies worden vastgesteld op basis van de wetgeving van de vestigingslidstaat van de dochtervennootschap of vaste inrichting. Anderzijds kan de omvang van het finale verlies van de dochtervennootschap of vaste inrichting worden vastgesteld op basis van de wetgeving van de vestigingslidstaat van de moedervennootschap of het hoofdhuis.⁹³

Het HvJ heeft in *A Oy* aangegeven dat het in aanmerking nemen van buitenlandse finale verliezen niet nadeliger mag uitvallen dan het in aanmerking nemen van binnenlandse finale verliezen.⁹⁴ In dit kader is benadrukt dat de vergelijking moet worden gemaakt met de berekeningsregels die in binnenlandse situaties op de verrekening van de verliezen van toepassing zouden zijn geweest. Hieruit lijkt impliciet te kunnen worden afgeleid dat een finaal grensoverschrijdend verlies zal moeten worden (her)berekend volgens de belastingwetgeving van de moedervennootschap die de verliezen in aanmerking moet nemen.

Over de wijze van herberekening van het buitenlandse verlies bestaan in de literatuur verschillende visies. Zo meent Verhagen dat het verlies dat een moedervennootschap of het hoofdhuis lijdt op de investering in haar dochtervennootschap respectievelijk vaste inrichting leidend moet zijn bij de toepassing van de *Marks & Spencer* uitzondering. Verhagen verwijst in dit kader naar een passage in de conclusie in *Holmen* waar A-G Kokott concludeert dat een inbreuk wordt gemaakt op de fiscale autonomie van de lidstaat van de moedervennootschap indien zij een verlies in aanmerking moet nemen dat is vastgesteld conform de belastingwetgeving van de lidstaat van dochtervennootschap.⁹⁵ Verhagen ondersteunt deze visie van A-G Kokott en meent dat een lidstaat bij de toepassing van zijn belastingwetgeving geen rekening hoeft te houden met eventuele nadelen die voortvloeien uit de belastingwetgeving van een andere lidstaat.

Volgens Verhagen kan de *Marks & Spencer* uitzondering ook toepassing vinden zonder de fiscale autonomie van de lidstaten te beperken.⁹⁶ Het feit dat in *A Oy* wordt gesproken over het verlies van de buitenlandse dochtervennootschap, betekent volgens Verhagen niet dat ook moet worden uitgegaan van het verlies conform de aldaar geldende belastingwetgeving. Met de keuze van het begrip finale verliezen, zou het HvJ namelijk een gelijke behandeling van verliezen van binnenlandse en buitenlandse vaste inrichtingen en dochtervennootschappen hebben nagestreefd. Volgens Verhagen moet daarom worden aangesloten bij het resultaat dat het hoofdhuis of de moedervennootschap per saldo op haar vaste inrichting respectievelijk dochtervennootschap heeft behaald nadat alle activiteiten in de vestigingslidstaat zijn gestaakt. Mocht een negatief saldo resteren, dan zou alleen dit verlies als finaal verlies in aanmerking moeten worden genomen. Op deze wijze vloeit een finaal verlies enkel voort uit de feitelijke onmogelijkheid tot verliesverrekening in de andere lidstaat en is het niet afhankelijk van juridische beperkingen van een andere lidstaat.

Alhoewel de visie van Verhagen er inderdaad voor zorgt dat niet langer sprake is van een inbreuk op de fiscale autonomie van de lidstaten, acht ik deze visie incorrect. Uit het historisch uitputtingsvereiste is namelijk gebleken dat geen sprake is van finale verliezen indien de desbetreffende verliezen als gevolg van een wettelijke beperking niet (langer) kunnen worden verrekend. Deze verliezen worden onder de interpretatie van Verhagen echter wel in aanmerking genomen. Voor de verrekening van een finaal verlies

⁹³ A.W. Ravelli en A. Rozendal, De 'Marks & Spencer-uitzondering' nog altijd springlevend, WFR 2013/844.

⁹⁴ HvJ 21-02-2013, ECLI:EU:C:2013:84, V-N 2013/13.16 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

⁹⁵ T.H.J. Verhagen, Grensoverschrijdende verliesverrekening, WFR 2019/55, p. 3-4.

⁹⁶ T.H.J. Verhagen, Grensoverschrijdende verliesverrekening, WFR 2019/55, p. 4.

in de lidstaat van de moedervenootschap moet mijns inziens dan ook worden aangesloten bij het verlies van de dochtervenootschap en niet bij het investeringsverlies van de moedervenootschap.

Ook Van den Dool, Nieuweboer en Wattel menen dat voor de vaststelling van het finale verlies dat bij de moedervenootschap in aanmerking moet worden genomen, dient te worden aangesloten bij het verlies van de dochtervenootschap.⁹⁷ Wattel merkt in dit kader terecht op dat uit KR Wannsee en K is gebleken dat een lidstaat niet verplicht is om de nadelen van een buitenlandse wettelijke verliesverrekeningsbeperking voor zijn rekening te nemen.⁹⁸ Een lidstaat is namelijk niet verplicht om de nadelen die voortvloeien uit dispariteiten op te lossen. Bovendien brengt dit de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid in gevaar, omdat deze lidstaat alleen verliezen in aanmerking moet nemen, maar geen winsten kan belasten.

Bij het in aanmerking nemen van verliezen onder de Marks & Spencer uitzondering kan een parallel worden getrokken met de Schumacker-doctrine. Deze doctrine impliceert kortgezegd dat indien een persoon woonachtig is in een lidstaat van de EU/EER, maar zijn wereldinkomen geheel of nagenoeg geheel in een andere lidstaat wordt belast, de werkstaat verplicht is om rekening te houden met eventuele fiscale aftrekposten van deze persoon.⁹⁹ Indien in de woonstaat namelijk niet of nauwelijks inkomen van een persoon wordt belast, dan is de werkstaat met de aldaar geldende aftrekposten beter in staat om rekening houden met de draagkracht van deze persoon. Op deze wijze kan een in een andere lidstaat wonend persoon waarvan nagenoeg zijn gehele inkomen in Nederland wordt belast, bijvoorbeeld de hypotheekrente op een in de woonstaat gelegen eigen woning ten laste brengen van zijn Nederlandse belastbare inkomen.

Net als bij de Schumacker-doctrine, moet Nederland onder de Marks & Spencer uitzondering opdraaien voor een in het buitenland opgekomen last die daar niet in aanmerking kan worden genomen. De Marks & Spencer uitzondering gaat hierbij in beginsel uit van de verliezen die op grond van de wetgeving van een lidstaat nog verrekenbaar zijn. Alvorens deze verliezen in Nederland in aanmerking kunnen worden genomen, moeten deze verliezen worden omgerekend naar Nederlandse maatstaven. Het verlies dat in Nederland wordt verrekend is zodoende afhankelijk van de wetgeving van de andere lidstaat. Onder de Schumacker-doctrine wordt een in het buitenland opgekomen aftrekpost daarentegen altijd in Nederland in aanmerking genomen, ongeacht het feit of deze post aftrekbaar was geweest op grond van de wetgeving van de andere lidstaat. Hierdoor is een omrekening naar Nederlandse maatstaven bij de Schumacker-doctrine niet nodig en is de omvang van de fiscale aftrekpost niet afhankelijk van de wetgeving van een andere lidstaat.

Het HvJ heeft bij de Marks & Spencer uitzondering nooit aangegeven of en waarom er in deze situatie geen sprake is van een dispariteit, terwijl het HvJ wel expliciet heeft benadrukt dat de Schumacker-doctrine niet voortvloeit uit een dispariteit.¹⁰⁰ Dit is merkwaardig, omdat de Marks & Spencer uitzondering de autonomie van de importerende lidstaat lijkt te schenden door het feit dat het te verrekenen buitenlandse verlies op grond van de wetgeving van een andere lidstaat onverrekend is gebleven. Bij de Schumacker-doctrine is er volgens het HvJ geen sprake van een dispariteit, omdat ook als de aftrekpost wel in de woonstaat in aanmerking had kunnen worden genomen, hier geen effectief gebruik van kan worden gemaakt.¹⁰¹ De verdeling van de heffingsbevoegdheden onder het belastingverdrag leidt hierbij tot strijdigheid met de verkeersvrijheden, omdat een niet-inwoner geen fiscale aftrekpost in een lidstaat in aanmerking kan nemen, terwijl zijn gehele of nagenoeg gehele inkomen als gevolg van het belastingverdrag in die lidstaat wordt belast. Onder de Marks & Spencer uitzondering kan daarentegen echter nooit over het positieve inkomen belasting worden geheven, maar moeten enkel buitenlandse verliezen in aanmerking worden genomen.

⁹⁷ R.P. van den Dool en M. Nieuweboer, 'Een territoriale groepsregeling - deel 2', WFR 2019/235, p.2 en 3.

⁹⁸ Advocaat-Generaal Wattel 20-03-2020, nr. 19/03443, ECLI:NL:PHR:2020:265, r.o. 4.4.

⁹⁹ D.S. Smit, J.A.R. van Eijdsden, B.J. Kiegebeld, 'Algemeen; Schumacher-doctrine' HvJ (A-G) 10-01-2019, ECLI:EU:C:2019:8 (Holmen), Nederlands belastingrecht in Europees perspectief 2014/2.3.1.

¹⁰⁰ HvJ 16-10-2008, ECLI:EU:C:2008:566, BNB 2009/50 (Renneberg) m.nt. I.J.J. Burgers, punt 1 en 4.

¹⁰¹ HvJ 16-10-2008, ECLI:EU:C:2008:566, BNB 2009/50 (Renneberg) m.nt. I.J.J. Burgers, punt 1 en 4.

A-G Kokott heeft in haar conclusie bij A Oy nog geprobeerd het HvJ te overtuigen dat de Marks & Spencer uitzondering haaks staat op de handhaving van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheden.¹⁰² Het HvJ ging echter niet nader op de conclusie van de A-G in, maar achtte de rechtvaardigingsgronden en proportionaliteitstoets uit Marks & Spencer van overeenkomstige toepassing. Zodoende heeft het HvJ door middel van Marks & Spencer onterecht een uitzondering gemaakt op het gegeven dat lidstaten niet hoeven op te draaien voor de nadelen die voortvloeien uit dispariteiten tussen nationale belastingstelsels.¹⁰³ Door de toepassing van de Marks & Spencer uitzondering, moet de lidstaat van een moedervennootschap of hoofdhuis namelijk alsnog opdraaien voor de finale buitenlandse verliezen van een dochtervennootschap of vaste inrichting die onder de aldaar geldende wetgeving onverrekenend zijn gebleven. De mogelijkheden tot de overdracht van deze verliezen zijn in latere jurisprudentie evenwel gaandeweg door het HvJ ingeperkt.

3.5.2. Voortgewentelde verliezen of binnensjaarse verliezen

Ervan uitgaande dat moet worden aangesloten bij het verlies van de dochtervennootschap, resteert de vraag of in dit kader rekening moet worden gehouden met alle voortgewentelde (cumulatieve) verliezen. In CIE/VK had het HvJ geoordeeld dat de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk in lijn is met de voorwaarden uit Marks & Spencer. Onder deze wetgeving moest een moedervennootschap direct na het belastingjaar waarin de dochtervennootschap verliezen heeft geleden, beoordelen of deze verliezen konden worden aangemerkt als finale verliezen.¹⁰⁴ De intentie om de dochtervennootschap op korte termijn te ontbinden en te liquideren was hierbij een belangrijke factor. Naar aanleiding van de uitspraak van het HvJ in CIE/VK is de vraag opgekomen of alleen de verliezen van het (laatste) verzoekjaar in aanmerking moeten worden genomen of ook alle voortgewentelde (cumulatieve) verliezen van voorgaande belastingjaren.

De UK Supreme Court had in zijn uitspraak in Marks & Spencer geoordeeld dat het niet vereist is om direct na het belastingjaar aan te tonen dat sprake is van finale verliezen, maar dat dit gedurende het gehele jaar kan geschieden, mits op de verzoekdatum duidelijk is dat de verliezen finaal zijn.¹⁰⁵ Het HvJ verwijst in zijn uitspraak in CIE/VK naar dit oordeel van de UK Supreme Court, maar biedt geen tegenargumenten.¹⁰⁶ Het merkt slechts op dat niet is bewezen dat verliezen enkel in aanmerking kunnen worden genomen indien de vennootschap voor het einde van het belastingjaar in vereffening is gesteld. Dit beoordelingstijdstip is zodoende niet strijdig met het EU-recht, maar het is evenwel niet geheel duidelijk hoe dit zich verhoudt tot het oordeel van de UK Supreme Court. Het duidt er mijns inziens op dat het niet onmogelijk is om direct na een belastingjaar te oordelen of sprake is van finale verliezen. Mocht de beoordeling op dit moment echter nog niet mogelijk zijn, dan moet het HvJ mijns inziens toestaan dat deze finale verliezen later in het belastingjaar alsnog in aanmerking kunnen worden genomen. Op het vereffeningstijdstip bestaat naar mijn mening in ieder geval voldoende duidelijkheid om te kunnen beoordelen of sprake is van finale verliezen.

Aangezien het beoordelingstijdstip onder de group relief regeling betrekking had op het verlies van één belastingjaar, impliceert het oordeel van het HvJ mogelijk ook dat de Marks & Spencer uitzondering dient te worden beperkt tot het (finale) verlies van één belastingjaar.¹⁰⁷ Dit is echter niet expliciet door het HvJ bevestigd. De UK Supreme Court had in zijn uitspraak in Marks & Spencer geoordeeld dat de Marks & Spencer uitzondering van toepassing is op alle finale voortgewentelde grensoverschrijdende verliezen.¹⁰⁸ Zodoende zou een eerder genoemde interpretatie van CIE/VK afwijken van het oordeel van de UK Supreme Court.

De vraag of voortgewentelde verliezen in aanmerking moeten worden genomen als finale verliezen is later in Holmen in een prejudiciële vraag aan het HvJ voorgelegd. Deze vraag luidde als volgt: *“Moet een verlies*

¹⁰² HvJ (A-G) 19-07-2012, ECLI:EU:C:2012:488, V-N 2012/50.14, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

¹⁰³ Advocaat-Generaal Wattel 20-03-2020, nr. 19/03443, ECLI:NL:PHR:2020:265, r.o. 4.4 en 4.5.

¹⁰⁴ HvJ 03-02-2015, C-172-13 (CIE/VK), r.o. 18 en 35.

¹⁰⁵ UK: Supreme Court, 22 May 2013, Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs v. Marks and Spencer plc, [2013] UKSC 30.

¹⁰⁶ HvJ 03-02-2015, C-172-13 (CIE/VK), r.o. 7, 35 en 42.

¹⁰⁷ CFE ECJ Task Force, CFE News February/March 2016, p. 90-91.

¹⁰⁸ UK: Supreme Court, 19 February 2014, Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs v. Marks and Spencer plc, [2014] UKSC 11.

ook als definitief worden beschouwd voor het deel dat als gevolg van de regels in de vestigingsstaat van de dochteronderneming niet kon worden verrekend met de winst in die staat in een bepaald jaar, maar kon worden doorgewenteld zodat het eventueel in een komend jaar kan worden afgetrokken.”¹⁰⁹

A-G Kokott concludeerde in Holmen dat voortgewentelde verliezen niet kunnen kwalificeren als finale verliezen.¹¹⁰ A-G Kokott leidde uit CIE/VK af dat direct na het belastingjaar waarin een verlies is geleden, moet worden bepaald of een verlies finaal is. De voortgewentelde verliezen en de verliezen die als gevolg van een wettelijke bepaling niet verrekend konden worden, zijn indertijd niet direct na het belastingjaar aangemerkt als finale verliezen, omdat (nog) niet alle verliesverrekeningsmogelijkheden waren uitgeput. Deze verliezen kunnen volgens de A-G niet later alsnog finaal worden, omdat Spanje anders eerst alle winsten kan belasten, terwijl de verliezen in Zweden in aanmerking moeten worden genomen. Dit zou haaks staan op de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en zou een inbreuk vormen op het autonomiebeginsel. Uit CIE/VK volgt volgens A-G Kokott daarom dat hooguit de verliezen in het vereffeningsjaar als finale verliezen kunnen worden aangemerkt. In zijn conclusie bij de zaak Aures heeft A-G Kokott deze zienswijze opnieuw bevestigd.¹¹¹ België en Duitsland hebben voor de verrekening van finale verliezen deze interpretatiewijze opgenomen in hun wetgeving.¹¹²

Korving onderstreept de visie van A-G Kokott en stelt dat de Marks & Spencer uitzondering beperkt blijft tot binnenjaarse verliesverrekening.¹¹³ Ook Verhagen steunt de visie dat de importerende lidstaat niet hoeft op te draaien voor een verlies dat is gebaseerd op de belastingwetgeving van de lidstaat van de dochtervennootschap.¹¹⁴ Verhagen merkt echter op dat ook bij de verrekening van het laatste verlies dat de dochtervennootschap in haar vestigingsstaat heeft geleden al een inbreuk wordt gemaakt op de fiscale autonomie van de lidstaten en meent daarom dat moet worden aangesloten bij het verlies van de moeder.

De visie van A-G Kokott zou volgens Van den Dool en Nieuweboer tot gevolg hebben dat de ingewikkelde herberekening van het gecumuleerde buitenlandse verlies naar de maatstaven van de lidstaat van de moedervernootschap achterwege kan blijven.¹¹⁵ Van den Dool en Nieuweboer zijn echter van mening dat ook voortgewentelde verliezen moeten worden aangemerkt als finale verliezen, omdat in Marks & Spencer expliciet zou zijn benadrukt dat ook ten aanzien van de verliezen van vroegere belastingjaren alle mogelijkheden moeten zijn uitgeput. Voorts zou een aansluiting bij de voortgewentelde verliezen beter in lijn zijn met de financiële draagkracht van de vennootschap.

Ik ondersteun de zienswijze van Van den Dool en Nieuweboer. Voor deze zienswijze valt mijns inziens steun te vinden in de uitspraak van het HvJ in Holmen waarin wordt ingegaan op de prejudiciële vraag inzake de beoordeling van voortgewentelde verliezen. Het feit dat een buitenlandse dochter een verlies als gevolg van een wettelijke beperking slechts gedeeltelijk kan verrekenen met toekomstige winsten was volgens het HvJ in deze zaak niet relevant voor de beoordeling van een finaal verlies. Het HvJ merkte in dit kader op dat *“(…) de mate waarin als gevolg van de wettelijke regeling van de lidstaat van de verliesgevende dochteronderneming een deel van de mogelijk als definitief te kwalificeren verliezen niet met de lopende winsten van die dochteronderneming (...) kon worden verrekend, geen verschil uitmaakt.”*¹¹⁶

Met dit oordeel heeft het HvJ mijns inziens aangegeven dat ook de verliezen die als gevolg van een wettelijke bepaling slechts gedeeltelijk konden worden verrekend, kunnen worden aangemerkt als finale verliezen. Ik meen dat het element ‘mogelijk’ duidt op het feit dat de verliezen alleen daadwerkelijk kunnen worden aangemerkt als finale verliezen indien is voldaan aan de overige voorwaarden uit Marks & Spencer.

¹⁰⁹ HvJ 19-06-2019, C-608/17 (Holmen), r.o. 17.

¹¹⁰ HvJ (A-G) 10-01-2019, ECLI:EU:C:2019:8 (Holmen), r.o. 50-56.

¹¹¹ HvJ (A-G) 17-10-2019, ECLI:EU:C:2019:879 (Aures), r.o. 61-65.

¹¹² Zie voetnoot 32 in de conclusie van A-G Kokott in de zaak Holmen.

¹¹³ HvJ 27-02-2020, ECLI:EU:C:2020:127, NTFR 2020/754 m.nt. J.J.A.M. Korving.

¹¹⁴ T.H.J. Verhagen, Grensoverschrijdende verliesverrekening, WFR 2019/55, p. 3-4.

¹¹⁵ R.P. van den Dool en M. Nieuweboer, ‘Een territoriale groepsregeling - deel 2’, WFR 2019/235, p.2-3.

¹¹⁶ HvJ 19-06-2019, C-608/17 (Holmen), r.o. 45.

Indien aan deze voorwaarden is voldaan dan is het in de woorden van het HvJ “(...) *onevenredig om de moedermaatschappij niet toe te staan die verliezen met haar winsten te verrekenen*”.¹¹⁷ Het HvJ heeft in Holmen zodoende bevestigd dat voortgewentelde verliezen kunnen worden aangemerkt als finale verliezen.

3.5.3. Omrekening naar de maatstaven van de lidstaat van de moederverenootschap

Ervan uitgaande dat rekening moet worden gehouden met de voortgewentelde (gecumuleerde) verliezen van de dochterverenootschap, betreft de volgende stap de omrekening naar nationale maatstaven. De buitenlandse verliezen moeten worden herberekend conform de berekeningsregels van de lidstaat van de moederverenootschap. Alvorens het finale buitenlandse verlies onder het fiscale-eenheidsregime in aanmerking kan worden genomen, zal het dus moeten worden omgerekend naar Nederlandse maatstaven. De verrekening van de buitenlandse verliezen mag bij deze herberekening op grond van de zaak A Oy niet nadeliger uitvallen dan de verrekening van de binnenlandse verliezen. In dit kader is het voornamelijk relevant op welke wijze de finale verliezen bij deze herberekening in aanmerking kunnen worden genomen.

De UK Supreme Court heeft zich in de zaak Marks & Spencer uitgesproken over de wijze van herberekening.¹¹⁸ Volgens de UK Supreme Court moet eerst worden nagegaan of er in een bepaalde periode op grond van de wetgeving van de andere lidstaat sprake is van een finaal compensabel verlies. Dit compensabele verlies moet vervolgens worden omgerekend naar de maatstaven van de importerende lidstaat. Indien een deel van dit verlies op grond van de wetgeving van de importerende lidstaat niet kan worden verrekend, moet dit verlies bij de herberekening worden geëlimineerd. De herberekening kan er ook voor zorgen dat een compensabel verlies uit een belastingjaar in een lidstaat, moet worden verdeeld over meerdere belastingjaren in de importerende lidstaat. Dit kan het geval zijn indien sprake is van afwijkende boekjaren of indien inkomen op grond van de nationale wetgeving op een ander tijdstip wordt erkend. Op deze wijze wordt het verlies verrekend alsof de verenootschap of vaste inrichting in deze lidstaat is gevestigd.

Ravelli en Rozendal menen in tegenstelling tot de UK Supreme Court dat enkel uit moet worden gegaan van de regelgeving van de importerende lidstaat. Indien het compensabele verlies na de herberekening in de importerende lidstaat hoger is dan het compensabele verlies in de andere lidstaat, zal volgens hen moeten worden uitgegaan van het hogere bedrag.¹¹⁹ In dit kader menen zij voorts dat de lengte van de wettelijke verliesverrekeningstermijn in de importerende lidstaat niet van invloed is op de hoogte van het in aanmerking te nemen finale verlies. Een korte verliesverrekeningstermijn zou er anders namelijk voor kunnen zorgen dat in de lidstaat van de moederverenootschap niet het gehele finale buitenlandse verlies in aanmerking wordt genomen. Een afwijkende verliesverrekeningstermijn vloeit volgens Ravelli en Rozendal voort uit een dispariteit tussen de belastingstelsels van de lidstaten en zou zodoende geen invloed mogen hebben op het finale verlies dat de lidstaat van de moederverenootschap in aanmerking moet nemen.

Ik ben het met de UK Supreme Court eens dat bij de herberekening naar nationale maatstaven wel rekening moet worden gehouden met de wettelijke verliesverrekeningstermijnen van de importerende lidstaat. In Nederland kunnen compensabele verliezen thans maximaal zes jaar worden verrekend. Indien sprake is van buitenlandse finale verliezen die over een periode van tien jaar zijn geleden, kan zodoende worden betoogd dat enkel de finale verliezen van de laatste zes jaar in aanmerking moeten worden genomen.¹²⁰ In tegenstelling tot Ravelli en Rozendal meen ik daarom dat het in de importerende lidstaat te verrekenen finale verlies niet groter kan worden door het feit dat de wettelijke verliesverrekeningstermijn in de andere lidstaat langer is. De importerende lidstaat moet anders namelijk opdraaien voor een nadeel dat voortvloeit uit een dispariteit tussen de (wettelijke verliesverrekeningstermijnen van de) belastingstelsels. Op

¹¹⁷ HvJ 19-06-2019, C-608/17 (Holmen), r.o. 43.

¹¹⁸ UK: Supreme Court, 19 February 2014, Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs v. Marks and Spencer plc, [2014] UKSC 11.

¹¹⁹ A.W. Ravelli en A. Rozendal, 'De 'Marks & Spencer-uitzondering' nog altijd springlevend', WFR 2013/844, p. 5 en voetnoot 25.

¹²⁰ Mocht de lengte van de verliesverrekeningstermijn in Nederland in de toekomst worden gewijzigd, dan zal dit dus van invloed zijn op de omrekening van het finale verlies naar Nederlandse maatstaven.

eenzelfde wijze meen ik dat ook het verlies dat in aanmerking moet worden genomen in de importerende lidstaat niet hoger kan zijn dan het compensabele verlies conform de wetgeving van de andere lidstaat.

Er kan worden betoogd dat enkel sprake is van onverrekenende buitenlandse verliezen, omdat deze buitenlandse verliezen al die jaren niet onder het fiscale-eenheidsregime in aanmerking konden worden genomen. Indien deze verliezen wel onder het fiscale-eenheidsregime in aanmerking hadden kunnen worden genomen, was er mogelijk helemaal geen sprake geweest van onverrekenende buitenlandse verliezen, omdat de verliezen dan (mogelijk) hadden kunnen worden verrekend met Nederlandse winsten. Van den Dool en Nieuweboer zijn in dit kader van mening dat alleen de finale verliezen in aanmerking hoeven te worden genomen die zijn ontstaan vanaf het moment dat het belang in de buitenlandse belastingplichtige voldoet aan de voorwaarden van het fiscale-eenheidsregime, omdat in een binnenlandse situatie ook pas een fiscale eenheid kan worden aangegaan vanaf het moment dat aan alle relevante voorwaarden is voldaan.¹²¹

Alhoewel ik de zienswijze van Van den Dool en Nieuweboer ondersteun, zouden in theorie ook de finale verliezen in aanmerking moeten worden genomen die zijn ontstaan in de periode voorafgaand aan het moment dat wordt voldaan aan de fiscale-eenheidsvoorwaarden. In een binnenlandse situatie kan dit verlies namelijk ook in aanmerking worden genomen als voorvoegingsverlies. Aangezien voorvoegingsverliezen alleen met eigen winsten van de desbetreffende vennootschap kunnen worden verrekend, zullen deze verliezen in de praktijk echter niet verrekend worden. Voor de herberekening van finale kleindochterverliezen dient naar mijn mening op eenzelfde wijze onderscheid te worden gemaakt tussen de periode waarin de tussenliggende dochtervennootschap en de kleindochtervennootschap aan de fiscale-eenheidsvoorwaarden voldeden en de periode waarin zij hier niet aan voldeden.

Een beroep op de Marks & Spencer uitzondering moet tenslotte in zijn geheel worden geweigerd in situaties waarin sprake is van misbruik van Unierecht. Zo was in Marks & Spencer geoordeeld dat de lidstaten vrij zijn om op nationaal niveau wetgeving te introduceren waarmee misbruik kan worden bestreden.¹²² In een situatie waarin sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie die erop gericht is de nationale fiscale wetgeving van een lidstaat te omzeilen, hoeft het belastingvoordeel volgens het HvJ niet te worden toegekend. De voordelen die rechtstreeks voortvloeien uit het EU-recht kunnen derhalve worden geweigerd indien sprake is van misbruik van Unierecht. Het HvJ heeft in de loop der jaren meer duidelijkheid verschaft in welke situaties en onder welke omstandigheden er precies sprake kan zijn van misbruik van Unierecht.

Er is kortgezegd sprake van misbruik van Unierecht indien de toekenning van een voordeel op grond van het Unierecht in strijd is met doel en strekking van de regeling (objectief oogmerk) waarbij getracht is om op kunstmatige wijze te voldoen aan de formele voorwaarden van de regeling met als doel het verkrijgen van het voordeel (subjectief oogmerk).¹²³ Het Unierechtelijke voordeel zou dan op oneigenlijke wijze worden verkregen, omdat er geen zakelijke overwegingen bestaan die de gekozen structuur kunnen rechtvaardigen. Bij de beoordeling of sprake is van misbruik van Unierecht moet rekening worden gehouden met alle feiten en omstandigheden die van belang kunnen zijn voor de beoordeling.

Indien een situatie wordt aangemerkt als misbruik, moet een belastingplichtige altijd de mogelijkheid worden geboden om tegenbewijs te kunnen aanleveren waarom geen sprake zou zijn van misbruik.¹²⁴ In Nederland kan misbruik thans worden bestreden door specifieke anti-misbruik bepalingen te introduceren waardoor niet op oneigenlijke wijze buitenlandse finale verliezen in aanmerking hoeven te worden genomen. Daarnaast kan in Nederland ook nog op basis van *fraus legis* tegen misbruik worden opgetreden. Tenslotte kan een voordeel dat rechtstreeks voortvloeit uit het Unierecht ingeval van misbruik ook nog worden geweigerd zonder dat de wetgeving van een lidstaat een geschikte misbruikbepaling kent.

¹²¹ R.P. van den Dool en M. Nieuweboer, 'Een territoriale groepsregeling - deel 2', WFR 2019/235, p. 3.

¹²² HvJ 13-12-2005, C-446/03 (Marks & Spencer), r.o. 57.

¹²³ C. Wisman, 'Misbruik van Unierecht in fiscale zaken', fiscaal thema van 26-03-2020, onderdeel 2.

¹²⁴ C. Wisman, 'Misbruik van Unierecht in fiscale zaken', fiscaal thema van 26-03-2020, onderdeel 4 en 5.

3.6. Deelconclusie

Op basis van de Marks & Spencer uitzondering is een lidstaat verplicht om onder het fiscale-eenheidsregime een finaal grensoverschrijdend verlies in aanmerking te nemen. Uit Marks & Spencer is afgeleid dat sprake is van een finaal grensoverschrijdend verlies indien ten aanzien van dit verlies wordt voldaan aan het historisch en toekomstig uitputtingsvereiste.

Het historisch uitputtingsvereiste impliceert dat alle verliesverrekeningsmogelijkheden in de vestigingsstaat van de dochtervennootschap moeten zijn uitgeput in het jaar waarin de moedervennootschap de finale verliezen van de dochtervennootschap in aanmerking wenst te nemen alsmede in vroegere belastingjaren. In het kader van de 'uitputting' mag het verlies dat betrekking heeft op deze jaren voorts niet aan een derde zijn overgedragen en evenmin zijn verrekend met vroegere winsten van de dochtervennootschap. Deze voorwaarden zijn van overeenkomstige toepassing op de verliezen van vaste inrichtingen. Er is niet aan het historische uitputtingsvereiste van Marks & Spencer voldaan indien een verlies als gevolg van de nationale wetgeving van een andere lidstaat nooit of niet langer in aanmerking kan worden genomen. Het verlies moet dus op grond van de nationale wetgeving van een lidstaat nog kunnen worden verrekend.

Het toekomstig uitputtingsvereiste impliceert dat pas kan worden gesproken van een finaal verlies indien er geen mogelijkheid meer bestaat dat het compensabele verlies van de dochtervennootschap in toekomstige belastingjaren wordt verrekend, hetzij door de dochtervennootschap zelf, hetzij door een derde. Ook deze voorwaarden zijn van overeenkomstige toepassing op vaste inrichtingen. Voor dit uitputtingsvereiste moeten alle activiteiten van de dochtervennootschap of vaste inrichting zijn gestaakt zodat niet langer een feitelijke mogelijkheid tot verliesverrekening bestaat. Daarnaast kan voor een verlies van een dochtervennootschap de eis te kunnen worden gesteld dat deze vennootschap moet worden geliquideerd. Tenslotte moet worden aangetoond dat de compensabele verliezen ook niet door een derde hadden kunnen worden benut door een overdracht van de dochtervennootschap tegen een prijs waarbij rekening wordt gehouden met de waarde van de compensabele verliezen van de dochtervennootschap.

De lidstaat van het hoofdhuis of de moedervennootschap is verplicht om een finaal verlies van een in een andere lidstaat gevestigde vaste inrichting, dochtervennootschap of kleindochtervennootschap in aanmerking te nemen, mits de lidstaat van het hoofdhuis of de moedervennootschap een fiscaal groepsregime kent waarbij onderlinge verliesverrekening mogelijk is. Finale kleindochterverliezen hoeven evenwel alleen in aanmerking te worden genomen indien de dochter- en kleindochtervennootschap in dezelfde lidstaat zijn gevestigd. Teneinde de finale kleindochterverliezen kunnen verrekenen, zal ten aanzien van beide vennootschappen een beroep moeten worden gedaan op de per-elementbenadering.

Voor de verrekening van een finaal buitenlands verlies moet in beginsel worden aangesloten bij het gehele compensabele verlies van de dochtervennootschap of vaste inrichting dat op grond van de aldaar geldende wetgeving is vastgesteld. Aangezien de verrekening van een buitenlands verlies niet nadeliger mag uitvallen dan de verrekening van een binnenlands verlies, moet het finale buitenlandse verlies worden herrekend naar de maatstaven van de importerende lidstaat. De lengte van de verliesverrekeningstermijn in de importerende lidstaat is bij deze omrekening van invloed op de omvang van het in aanmerking te nemen finale verlies. Het finale verlies dat uiteindelijk in aanmerking moet worden genomen, kan evenwel niet hoger zijn dan het compensabele verlies dat conform de wetgeving van de andere lidstaat is vastgesteld.

Alvorens een finaal verlies onder het Nederlandse fiscale-eenheidsregime kan worden verrekend, zal het moeten worden omgerekend naar Nederlandse maatstaven. In Nederland zouden in dit kader alleen de finale buitenlandse verliezen in aanmerking kunnen worden genomen die in de laatste zes jaren zijn geleden. Gezien het feit dat in binnenlandse situaties pas horizontale verliesverrekening mogelijk is vanaf het moment dat wordt voldaan aan de fiscale-eenheidsvoorwaarden, zal Nederland effectief de finale buitenlandse verliezen onder het fiscale-eenheidsregime in aanmerking moeten nemen vanaf het moment dat de buitenlandse belastingplichtige voldoet aan de voorwaarden van het fiscale-eenheidsregime. Het staat Nederland hierbij wel vrij om alsnog de finale grensoverschrijdende verliezen te weigeren indien sprake is van misbruik, mits de belastingplichtige hierbij een tegenbewijsmogelijkheid wordt geboden.

Hoofdstuk 4: De liquidatie- en stakingsverliesregeling in verhouding tot het EU-recht

4.1. Inleiding

Onder het fiscale-eenheidsregime is het thans niet mogelijk om finale grensoverschrijdende verliezen in aanmerking te nemen. Belastingplichtigen wordt daarentegen wel de mogelijkheid geboden om deze verliezen in aanmerking te nemen via de liquidatie- en stakingsverliesregeling. De wetgever meent dat Nederland met de liquidatie- en stakingsverliesregeling aan haar Europeesrechtelijke verplichtingen voldoet.¹²⁵ Mocht de verrekening van de finale verliezen onder het fiscale-eenheidsregime echter gunstiger zijn dan de verrekening van deze verliezen onder de liquidatie- of stakingsverliesregeling, dan betekent dit dat deze regelingen in strijd zijn met het EU-recht. In dit hoofdstuk wordt daarom eerst gekeken naar de systematiek van de liquidatie- en stakingsverliesregeling. Vervolgens wordt nagegaan in hoeverre deze regelingen in lijn zijn met de jurisprudentie van het HvJ. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

4.2. Achtergrond en systematiek van de liquidatieverliesregeling

In de vennootschapsbelasting zijn de compensabele verliezen van in Nederland gevestigde lichamen subject gebonden. Compensabele verliezen kunnen zodoende in beginsel niet worden overgedragen aan een ander lichaam. Ook de deelnemingsvrijstelling sluit zich bij deze zelfstandige benadering aan. Door alle resultaten uit hoofde van een deelneming vrij te stellen van belastingheffing neemt de moedervernootschap geen verliezen van een deelneming in aanmerking. De deelnemingsvrijstelling zorgt er dan ook voor dat eventuele deelnemingsverliezen in beginsel enkel op het niveau van de dochtervernootschap in aanmerking worden genomen. De liquidatieverliesregeling vormt echter een uitzondering op de deelnemingsvrijstelling en biedt een moedervernootschap de mogelijkheid om bij de liquidatie van een deelneming onder voorwaarden toch een deelnemingsverlies in aanmerking te nemen.

Deelnemingsvrijstelling

Gezien het feit dat de liquidatieverliesregeling een uitzondering vormt op de deelnemingsvrijstelling, is het van belang om enig begrip te hebben van de vrijstelling. De deelnemingsvrijstelling strekt ertoe alle resultaten uit hoofde van een deelneming objectief vrij te stellen van belastingheffing teneinde Nederlandse bedrijven die in het buitenland actief zijn aldaar te kunnen laten concurreren met lokale bedrijven.¹²⁶ Indien een deelneming winstgevend is geweest en deze winst vervolgens uitkeert aan de moedervernootschap, wordt het ontvangen dividend vrijgesteld van vennootschapsbelastingheffing. De deelnemingsvrijstelling voorkomt op deze wijze dubbele belastingheffing.

Behalve dividend, valt ook een koersresultaat dat voortvloeit uit de verkoop van de deelneming onder de deelnemingsvrijstelling. Hiermee worden de reeds gerealiseerde (maar nog niet uitgekeerde) winst en de toekomstige winst van een deelneming, de zogenoemde goodwill, vrijgesteld.¹²⁷ Aangezien de toekomstige winst nog niet in de heffing is betrokken, gaat de deelnemingsvrijstelling verder dan nodig is om dubbele belastingheffing over het resultaat van de deelneming te voorkomen.

De deelnemingsvrijstelling is gestoeld op het ne-bis-in-idembeginsel en de verlengstukgedachte.¹²⁸ Het ne-bis-in-idembeginsel impliceert dat dezelfde winst niet meermaals binnen concern mag worden belast alsmede dat verliezen eenmaal binnen concern worden verrekend. De deelnemingsvrijstelling waarborgt het ne-bis-in-idembeginsel door te voorkomen dat het resultaat van een deelneming van invloed is op de belastbare winst van de moedervernootschap. De verlengstukgedachte impliceert dat de

¹²⁵ Kamerstukken II 2004/05, 30107, 2, p. 36.

¹²⁶ Kamerstukken II 2020/21, 35568, nr. 3, p. 3.

¹²⁷ J.A.G. van der Geld & A.W. Hofman, *De deelnemingsvrijstelling en deelnemingsverrekening* (Fiscale Monografieën, nr. 149), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 75.

¹²⁸ Kamerstukken II 2005/06, 30 107, nr. 5, p. 22-23.

deelnemingsvrijstelling alleen toepassing moet vinden ten aanzien van dochtervennootschappen die kunnen worden aangemerkt als een verlengstuk van de onderneming van het concern. De vrijstelling geldt daarom alleen voor voordelen uit belangen die kwalificeren als een deelneming.¹²⁹

De deelnemingsvrijstelling stelt alle resultaten uit hoofde van een deelneming vrij waardoor winst eenmaal binnen concern worden belast, maar waardoor ook een eventueel verlies niet binnen een concern kan worden verrekend. De wetgever heeft ervoor gekozen om deelnemingsverliezen pas in aanmerking te nemen bij de liquidatie van de deelneming via de liquidatieverliesregeling. De ratio van de liquidatieverliesregeling is als volgt. Indien een deelneming per saldo verliesgevend is geweest en wordt geliquideerd, zal bij een liquidatie een eventueel compensabel verlies van deze deelneming verloren gaan.¹³⁰ Dit compensabele verlies kan na de liquidatie immers niet langer worden verrekend. Als gevolg wordt op het niveau van het concern een verlies geleden dat nergens tot uiting kan komen. Dit staat haaks op het ne-bis-in-idembeginsel en de verlengstukgedachte. Teneinde een tegemoetkoming te bieden voor de compensabele verliezen die bij de liquidatie verloren gaan, heeft de wetgever de liquidatieverliesregeling geïntroduceerd.

Liquidatieverliesregeling

Bij de introductie van de liquidatieverliesregeling heeft de wetgever besloten om voor de omvang van het liquidatieverlies aan te sluiten bij het verlies dat de moedervennootschap op haar investering in de deelneming heeft geleden.¹³¹ Het verlies dat onder de liquidatieverliesregeling kan worden verrekend, betreft het bedrag waarmee het door de moedervennootschap voor de dochtervennootschap opgeofferde bedrag het totaal van de ontvangen liquidatie-uitkeringen overtreft.¹³² Deze benadering heeft er evenwel toe geleid dat thans geen rechtstreeks verband bestaat tussen het compensabele verlies dat bij de liquidatie van de deelneming verloren gaat en het verlies dat de moedervennootschap op grond van de liquidatieverliesregeling in aanmerking kan nemen.

Het opgeofferde bedrag vormt het totale bedrag dat de moedervennootschap voor een deelneming heeft opgeofferd. Bij een verworven deelneming is dit bedrag in beginsel gelijk aan de aankoopprijs. Bij een nieuw opgerichte deelneming is dit in beginsel gelijk aan het op de aandelen gestorte kapitaal.¹³³ Vervolgens kunnen zowel opwaartse als neerwaartse correcties het opgeofferde bedrag van de deelneming beïnvloeden. Dit zal het geval zijn wanneer de aandeelhouder wordt geacht een extra bedrag voor haar deelneming te hebben opgeofferd respectievelijk wanneer de aandeelhouder geacht wordt een deel van de koopsom of het gestorte kapitaal terug te hebben ontvangen.¹³⁴

Het totale bedrag van de liquidatie-uitkeringen is gelijk aan de liquidatie-uitkering plus alle reguliere dividenden die in de vijf jaar voorafgaand aan de staking van de onderneming door de geliquideerde vennootschap zijn uitgekeerd.¹³⁵ Dit bedrag kan nog verhoogd worden met de reguliere dividenden die zijn uitgekeerd tussen het zesde en het tiende jaar voorafgaand aan de staking van de onderneming van de geliquideerde deelneming, mits de deelneming in het desbetreffende jaar een commercieel verlies heeft geleden. Dit voorkomt dat de aandeelhouder(s) in het zicht van de liquidatie van een deelneming nog dividend uitkeren teneinde het toekomstige liquidatieverlies te vergroten.

De liquidatieverliesregeling kent een veelvoud aan antimisbruikbepalingen die oneigenlijk gebruik van de regeling beogen tegen te gaan.¹³⁶ Hiermee wordt bijvoorbeeld bestreden dat het opgeofferde bedrag van een deelneming kunstmatig kan worden opgepompt door een deelneming binnen concern over te dragen.

¹²⁹ In de zin van artikel 13, lid 2, Wet VPB 1969 e.v.

¹³⁰ Kamerstukken II 1968/69, 6000, nr. 22, p. 29.

¹³¹ Kamerstukken II 1959/60, 6000, nr. 3, p. 20.

¹³² Art. 13d, lid 2, Wet VPB 1969.

¹³³ J.A.G. van der Geld & A.W. Hofman, *De deelnemingsvrijstelling en deelnemingsverrekening (Fiscale Monografieën, nr. 149)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 95.

¹³⁴ Hierbij kan gedacht worden aan een informele kapitaalstorting in de deelneming respectievelijk het uitkeren van meegekocht dividend vanuit de deelneming.

¹³⁵ Art. 13d, lid 3, onderdelen a en b, Wet VPB 1969.

¹³⁶ Art. 13d, lid 4 t/m lid 10, Wet VPB 1969.

Voorts wordt bestreden dat een verlies van een deelneming binnen concern dubbel in aanmerking kan worden genomen. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen indien sprake is van de liquidatie van een tussenhoudster of indien de (klein)dochtervennootschap onderdeel heeft gevormd van een fiscale eenheid. Ten slotte wordt bestreden dat een compensabel of niet-aftrekbaar (deelnemings)verlies naar willekeur kan worden omgezet in een fiscaal aftrekbaar liquidatieverlies.

Een liquidatieverlies mag pas in aanmerking worden genomen op het moment dat de vereffening van een ontbonden lichaam is voltooid. Teneinde op het vereffeningstijdstip daadwerkelijk het verlies in aanmerking te kunnen nemen, moet zijn voldaan aan een drietal voorwaarden.¹³⁷ Zo mag er ten eerste geen enkele tegemoetkoming bestaan voor het compensabele verlies dat bij de geliquideerde deelneming verloren gaat. Ten tweede moet de onderneming van de geliquideerde deelneming geheel zijn gestaakt of geheel of gedeeltelijk buiten het concern zijn voortgezet. Tenslotte dient de belastingplichtige de hoogte van het liquidatieverlies te doen blijken én moet zij doen blijken dat aan bovenvermelde voorwaarden is voldaan. Indien de onderneming van het ontbonden lichaam binnen concern wordt voortgezet, wordt het liquidatieverlies binnen het concern doorgeschoven. Het liquidatieverlies kan dan op een later moment worden genomen, mits aan de voorwaarden is voldaan.

4.3. Verhouding van de liquidatieverliesregeling met het EU-recht

4.3.1. Reikwijdte van de liquidatieverliesregeling

Een liquidatieverlies kan onder de liquidatieverliesregeling in aanmerking worden genomen op het moment dat een aandelenbelang kwalificeert als een deelneming in de zin van art. 13 Wet VPB 1969. Hiervan is in de regel sprake indien een vennootschap in het bezit is van ten minste 5% van de aandelen in een andere vennootschap. Voor de verrekening van verliezen binnen een fiscale eenheid gelden strengere voorwaarden dan voor de verrekening van verliezen onder de liquidatieverliesregeling. Zo kunnen een moeder- en dochtervennootschap alleen een fiscale eenheid aangaan indien de moedervennootschap ten minste 95% van het juridische en economische eigendom van de aandelen in de dochter bezit. Daarnaast moeten beide vennootschappen in Nederland zijn gevestigd en moeten zij een voorgeschreven rechtsvorm bezitten.

De liquidatieverliesregeling biedt thans meer mogelijkheden om een buitenlands (finaal) verlies in aanmerking te nemen dan Europeesrechtelijk wordt voorgeschreven. Een belastingplichtige kan zich immers alleen beroepen op de per-elementbenadering ten aanzien van dochtervennootschappen die zijn gevestigd in de EU/EER die onderdeel hadden kunnen uitmaken van een fiscale eenheid indien zij in Nederland zouden zijn gevestigd. Er dient zodoende sprake te zijn van een aandelenbelang van ten minste 95%. Onder de liquidatieverliesregeling kunnen verliezen echter al bij een belang van 5% in aanmerking worden genomen.

Het is voor de strijdigheid van de liquidatieverliesregeling met het EU-recht enkel van belang om te kijken naar de verrekening van een finaal verlies onder de liquidatieverliesregeling bij een aandelenbelang van ten minste 95% in een dochtervennootschap die is gevestigd in de EU/EER. Indien deze verrekening onder de liquidatieverliesregeling nadeliger uitvalt dan de verrekening van een finaal verlies onder het fiscale eenheidsregime, voldoet Nederland niet aan haar Europeesrechtelijke verplichtingen. In deze situatie kan een belastingplichtige zich via de per-elementbenadering beroepen op de verrekening van finale verliezen.

Uit de zaak Holmen is gebleken dat ook ten aanzien van een buitenlandse kleindochtervennootschap een beroep kan worden gedaan op de verrekening van finale grensoverschrijdende verliezen.¹³⁸ Hiervoor geldt wel de voorwaarde dat de tussenliggende dochtervennootschap en de kleindochtervennootschap in dezelfde lidstaat zijn gevestigd. Teneinde een beroep te kunnen doen op de per-elementbenadering zal de Nederlandse moedervennootschap daarom ten aanzien van zowel de dochtervennootschap als de kleindochtervennootschap aan de eerder genoemde fiscale-eenheidsvoorwaarden moeten voldoen.

¹³⁷ Art. 13d, lid 11, Wet VPB 1969.

¹³⁸ HvJ 19-06-2019, C-608/17 (Holmen).

Onder de liquidatieverliesregeling wordt indirect rekening gehouden met kleindochterverliezen via de zogenoemde tussenhoudsterbepaling.¹³⁹ Het liquidatieverlies dat door een waardedaling van een deelneming van een tussenhoudster (oftewel de kleindochtervennootschap) niet bij de liquidatie van de tussenhoudster in aanmerking mag worden genomen, wordt hierbij doorgeschoven naar het opgeofferde bedrag van de kleindochtervennootschap die de moedervernootschap bij de liquidatie verkrijgt.¹⁴⁰ Zodoende kan het doorgeschoven liquidatieverlies later alsnog bij de vereffening van de kleindochtervennootschap worden verrekend. Op dat vereffeningstijdstip wordt zodoende in principe het liquidatieverlies van de tussenhoudster- én kleindochtervennootschap in aanmerking genomen.

Onder de liquidatieverliesregeling is het thans niet mogelijk om finale kleindochterverliezen direct op het niveau van de moedervernootschap in aanmerking te nemen. Dit staat haaks op het oordeel van het HvJ in Holmen, omdat een moedervernootschap een finaal kleindochterverlies in aanmerking moet nemen indien zowel de tussenhoudster als de kleindochter in dezelfde lidstaat zijn gevestigd.¹⁴¹ Alhoewel de liquidatieverliesregeling via de tussenhoudsterbepaling indirect rekening houdt met kleindochterverliezen, lijkt hier toch sprake te zijn van strijdigheid met het EU-recht. In een binnenlandse situatie had het kleindochterverlies namelijk wel direct onder het fiscale-eenheidsregime kunnen worden verrekend met (onder andere) de winst van de moeder. Naar mijn mening is Nederland dan ook op grond van het EU-recht verplicht om deze finale kleindochterverliezen onder de liquidatieverliesregeling in aanmerking te nemen.

Nederland kent ook de mogelijkheid om een Papillon fiscale-eenheid te vormen. Voor de vorming van een Papillon fiscale eenheid moet een in Nederland gevestigde moedervernootschap ten aanzien van haar dochter- en kleindochter aan alle fiscale-eenheidsvoorwaarden voldoen, waarbij de tussenliggende dochtervennootschap moet zijn gevestigd in de EU/EER. Indien de kleindochter in een andere lidstaat is gevestigd dan Nederland of de lidstaat van de tussenliggende vennootschap, moet de lidstaat van tussenliggende vennootschap opdraaien voor het finale kleindochterverlies. Op grond van de zaak Holmen is Nederland namelijk niet verplicht om een finaal kleindochterverlies in aanmerking te nemen indien de tussenliggende vennootschap in een andere lidstaat is gevestigd.

In Nederland bestaat ten slotte de mogelijkheid om een zuster fiscale eenheid te vormen. Ook dit is mijns inziens niet relevant voor de Marks & Spencer uitzondering. Voor de vorming van een zuster fiscale-eenheid moet een in een andere lidstaat gevestigde topmaatschappij ten aanzien van (ten minste) twee dochtervennootschappen voldoen aan de fiscale-eenheidsvoorwaarden. Indien een van de twee zusters is gevestigd in een andere lidstaat dan Nederland, kan de Nederlandse zuster ten aanzien van deze buitenlandse zuster geen beroep doen op de per-elementbenadering voor de verrekening van finale grensoverschrijdende verliezen. In deze situatie moet namelijk de lidstaat van de moedervernootschap opdraaien voor de finale verliezen van haar buitenlandse dochter en niet de Nederlandse zuster.

Een beroep op de Marks & Spencer uitzondering blijkt dus alleen mogelijk te zijn voor Nederlandse belastingplichtigen met een in een andere EU/EER staat gevestigde dochter- of kleindochtervennootschap, mits ten aanzien van deze vennootschap(en) wordt voldaan aan de fiscale-eenheidsvoorwaarden. Dit betekent dan ook dat de liquidatieverliesregeling enkel in strijd kan zijn met het EU-recht in situaties waarin de buitenlandse dochter- en/of kleindochters voldoen aan de Nederlandse fiscale-eenheidsvereisten.¹⁴²

4.3.2. Omvang van het liquidatieverlies

De wetgever heeft er bij de introductie van de liquidatieverliesregeling bewust voor gekozen om niet het resterende compensabele verlies van de geliquideerde deelneming naar de moedervernootschap over te brengen. In dit kader is het volgende opgemerkt: *“In stede van dit onverrekend gebleven verlies vast te*

¹³⁹ Art. 13d, lid 4, Wet VPB 1969.

¹⁴⁰ Op grond van art. 13d, lid 6, tweede volzin, Wet VPB 1969 wordt het opgeofferde bedrag van de deelneming(en) opgehoogd met de geëlimineerde waardedaling.

¹⁴¹ Zie ook R.P. van den Dool en M. Nieuweboer, ‘Een territoriale groepsregeling - deel 1’, WFR 2019/227, voetnoot 65.

¹⁴² Alhoewel hetgeen hierna wordt beschreven van overeenkomstige toepassing is op kleindochters, wordt om eenvoudsredenen in het vervolg enkel nog gesproken over dochtervennootschappen.

*stellen en over te brengen naar de moedermaatschappij – welk regime op grote praktische bezwaren zou stuiten – hebben de ondergetekenden gemeend aansluiting te moeten zoeken bij het verlies dat zich bij de moedermaatschappij manifesteert.*¹⁴³ Bij de introductie van de regeling is er dus vanuit praktisch oogpunt voor gekozen om voor de omvang van het liquidatieverlies aan te sluiten bij het verlies dat de moedervenootschap op haar investering heeft geleden.

Het liquidatieverlies van de moeder wordt op forfaitaire wijze bepaald door het opgeofferde bedrag te verminderen met de liquidatie-uitkeringen en kan in beginsel worden opgesplitst in drie verliescomponenten. De eerste component vormt het compensabele verlies dat als gevolg van de liquidatie niet langer meer kan worden verrekend. De tweede component vormt het verlies dat als gevolg van een beperkte verliesverrekeningstermijn is verdampt of als gevolg van een fiscale bepaling in het verleden in aftrek is beperkt. De derde component vormt het verlies dat een aandeelhouder op zijn investering heeft geleden als gevolg van de in waarde afgenomen stille reserves en/of goodwill die nooit of op tegenvallende wijze tot uiting zijn gekomen in het resultaat van een deelneming.

In aanvulling op het bovenstaande, kan het voorkomen dat een deel van het liquidatieverlies verloren gaat door de werking van een van de antimisbruikbepalingen in de liquidatieverliesregeling. Indien een dochtervenootschap sinds de verwerving door de moeder bijvoorbeeld verlieslijdend is geweest, kan een overdracht van deze vennootschap binnen concern op grond van art. 13d, lid 6, Wet VPB 1969 leiden tot een vermindering van het opgeofferde bedrag. Hierdoor gaat een deel van het potentieel liquidatieverlies verloren, terwijl het onverrekenende verlies van de dochter onveranderd is gebleven. Kortgezegd kan dan ook worden gesteld dat de forfaitaire vaststelling van het liquidatieverlies ertoe leidt dat niet wordt aangesloten bij het finale verlies dat bij de liquidatie van de dochter teloor gaat.

Over de vraag of de forfaitaire berekeningswijze van het liquidatieverlies in overeenstemming is met het EU-recht bestaat in de literatuur veel discussie. Zo zijn Heijligers en Kemmeren van mening dat de forfaitaire berekeningswijze geen onderscheid maakt tussen binnenlandse en buitenlandse situaties waardoor de regeling op dat vlak niet in strijd kan zijn met het EU-recht.¹⁴⁴ Alhoewel onder de liquidatieverliesregeling een finaal grensoverschrijdend verlies waarschijnlijk niet altijd volledig in Nederland in aanmerking kan worden genomen, is dit volgens Kemmeren niet in strijd met het EU-recht, omdat dit voortvloeit uit een dispariteit tussen de belastingstelsels.¹⁴⁵ Verhagen steunt deze visie en merkt op dat de liquidatieverliesregeling een uitstekende invulling vormt van de Marks & Spencer uitzondering waarbij de soevereiniteit van de lidstaat van de moeder blijft gewaarborgd.¹⁴⁶

In tegenstelling tot Heijligers, Kemmeren en Verhagen, is de wijze van verrekening van finale verliezen onder de liquidatieverliesregeling volgens De Groot niet in lijn met de Marks & Spencer uitzondering.¹⁴⁷ Onder de liquidatieverliesregeling is het mogelijk dat maar een deel van het finale verlies in aanmerking wordt genomen. Alhoewel het door de moeder in aanmerking te nemen finale verlies moet worden vastgesteld op basis van de Nederlandse wetgeving, is dit bedrag volgens de Groot niet altijd gelijk aan het verlies dat de moedervenootschap lijdt op haar investering in de deelneming.

Ook Van Sonderen en Kok merken op dat het liquidatieverlies slechts bij toeval overeenstemt met het werkelijk door de dochtervenootschap geleden verlies. Indien uit Marks & Spencer moet worden afgeleid dat de Marks & Spencer uitzondering is gebaseerd op het werkelijk door de dochtervenootschap geleden verlies, dan schiet de liquidatieverliesregeling volgens Van Sonderen en Kok tekort. Zij menen dat een aansluiting bij het werkelijke verlies van de dochter echter niet zou leiden tot grote budgettaire implicaties,

¹⁴³ MvT, Kamerstukken II 1959/60, 6000, nr. 3, p. 20

¹⁴⁴ L.H.M. Heijligers, 'De liquidatie- en stakingsverliesregeling vergeleken', MBB 2019/9-32, p. 5.

¹⁴⁵ E.C.C.M. Kemmeren, 'Marks & Spencer: balanceren op grenzeloze verliesverrekening', WFR 2006/211, p. 10-12.

¹⁴⁶ T.H.J. Verhagen, 'Grensoverschrijdende verliesverrekening', WFR 2019/55, p. 5.

¹⁴⁷ W.J.H.A. de Groot, 'Keuzestelsel in de vennootschapsbelasting na 2007?', MBB 2006/2, p. 55.

omdat bij het huidige liquidatieverlies namelijk ook rekening wordt gehouden met de bij de aankoop aanwezige (maar inmiddels verdampte) goodwill.¹⁴⁸

Kiekebeld, Gielen, Ip en Pieterse betogen in aanvulling op het bovenstaande dat de forfaitaire verrekenwijze van de liquidatieverliesregeling zowel voordelig als nadelig voor een belastingplichtige kan uitwerken. Kiekebeld merkt net als Van Sonderen en Kok op dat indien een deelneming met een aanzienlijke hoeveelheid goodwill is gekocht, maar de resultaten van de onderneming van de deelneming vervolgens tegenvallen, het liquidatieverlies in de regel hoger zal uitvallen dan het bedrag aan finale verliezen in de lidstaat van de geliquideerde deelneming.¹⁴⁹ Gielen, Ip en Pieterse merken in dit kader anderzijds op dat in de situatie waarin een deelneming als gevolg van aanhoudende verliezen een grote negatieve winstreserve heeft opgebouwd, het door de dochter geleden verlies in de regel groter zal zijn dan het liquidatieverlies.¹⁵⁰

De wetgever is van mening dat de forfaitaire berekeningswijze van de liquidatieverliesregeling in overeenstemming is met Marks & Spencer.¹⁵¹ Het feit dat onder de liquidatieverliesregeling niet altijd alle finale verliezen van een geliquideerde dochtervennootschap in aanmerking kunnen worden genomen, is volgens de wetgever niet in strijd met het EU-recht. De liquidatieverliesregeling sluit namelijk enkel aan bij het verlies dat de moedervernootschap heeft geleden als verstrekker van eigen vermogen. De eventuele resterende finale verliezen worden bij de verstrekkers van vreemd vermogen in aanmerking genomen via afboekingen van vorderingen op de geliquideerde dochtervennootschap. Zodoende wordt volgens de wetgever alsnog het gehele finale verlies in aanmerking genomen.

Alhoewel de crediteuren inderdaad voor de resterende finale verliezen opdraaien, kan dit naar mijn mening toch haaks staan op de Marks & Spencer uitzondering. Nederland is op grond van de Marks & Spencer uitzondering namelijk verplicht om buitenlandse verliezen in aanmerking nemen, omdat binnenlandse verliezen ook via het fiscale-eenheidsregime onderling kunnen worden verrekend. Een schuld aan een externe crediteur valt vrij op het moment dat deze schuld wordt kwijtgescholden of, indien er geen sprake is van een kwijtschelding, bij een faillissement van de vennootschap. De winst die ontstaat bij de vrijval van de schuld, vormt vervolgens nog onderdeel van het resultaat van de dochtervennootschap. Indien er na deze vrijval nog sprake is van een compensabel verlies, dan zal Nederland dit verlies in aanmerking moeten nemen, mits dit verlies kan worden aangemerkt als finaal.

Ik ben het met bovenstaande auteurs eens dat de liquidatieverliesregeling zowel in het voordeel als in het nadeel van een belastingplichtige kan uitwerken. Uit het historisch uitputtingsvereiste van de Marks & Spencer uitzondering is gebleken dat de lidstaat van een moedervernootschap alleen de compensabele verliezen in aanmerking moet nemen die ten tijde van de liquidatie verloren gaan. Een verlies dat op grond van de wetgeving van lidstaat van de dochter niet langer verrekend kan worden, hoeft niet door de lidstaat van de moeder in aanmerking te worden genomen, omdat lidstaten niet verantwoordelijk zijn voor dispariteiten. Aangezien het liquidatieverlies ook rekening houdt met het verlies bevat dat op grond van de fiscale wetgeving van de andere lidstaat is verdampt alsmede met een waardedaling van stille reserves en/of goodwill die nooit in het resultaat tot uitdrukking zijn gekomen, zal het liquidatieverlies in de meeste gevallen hoger uitvallen dan het finale verlies.

Het bovenstaande impliceert tegelijkertijd dat het niet voldoende is dat de moedervernootschap alleen het verlies in aanmerking neemt dat zij per saldo op haar investering in de deelneming heeft geleden. Zij is namelijk ook verplicht om het naar Nederlandse maatstaven omgerekende finale verlies in aanmerking te nemen voor zover dit verlies hoger is dan het liquidatieverlies. Indien het naar Nederlandse maatstaven

¹⁴⁸ J.C.M. Van Sonderen en Q.W.J.C.H. Kok, 'Over verliesverrekening in de tijd, grensoverschrijdende fiscale eenheden, de liquidatieverliesregeling en een aftrekbeperking voor aandelen en opties', MBB 2006/07, p. 296.

¹⁴⁹ HvJ 03-02-2015, ECLI:EU:C:2015:50, NTFR 2015/23 m.nt. B.J. Kiekebeld.

¹⁵⁰ R. Gielen, W.Y. Ip en L.J.A. Pieterse, 'Keuzeregeling voor liquidatieverliezen. Een voorstel tot wijziging van de liquidatieverliesregeling', in: G.F. Boulogne en L.J.A. Pieterse (red.), Aanbevelingen ter verbetering van het vestigingsklimaat voor ondernemingen. Tribuut aan Jaap Bellingwout (ZIFO-reeks nr. 6), Deventer: Kluwer 2012, p. 65-77.

¹⁵¹ Kamerstukken II 2005/06, 30572, nr. 8, p. 68-69.

omgerekende finale verlies hoger is dan het liquidatieverlies dat onder de liquidatieverliesregeling in aanmerking kan worden genomen, dan is de berekeningswijze van de liquidatieverliesregeling mijns inziens in strijd met het EU-recht. In dit geval kan een belastingplichtige zich naar mijn mening dan ook succesvol beroepen op de verrekening van deze finale buitenlandse verliezen onder het fiscale-eenheidsregime.

4.3.3. Tijdstip van verliesneming

Onder het fiscale-eenheidsregime kan een verlies van een gevoegde dochtervennootschap direct worden verrekend met de winsten van andere fiscale-eenheidsmaatschappijen. Onder de liquidatieverliesregeling kan een liquidatieverlies daarentegen pas in aanmerking worden genomen op het vereffeningstijdstip. De verrekening onder het fiscale-eenheidsregime werkt op dit vlak zodoende gunstiger uit dan de verrekening onder de liquidatieverliesregeling.

In X-Holding is gebleken dat Nederland niet Europeesrechtelijk verplicht is om buitenlandse verliezen van een dochtervennootschap direct onder het fiscale-eenheidsregime in aanmerking te nemen.¹⁵² Nederland is daarentegen wel verplicht om buitenlandse verliezen in aanmerking te nemen indien deze verliezen kunnen worden aangemerkt als finale verliezen in de zin van de Marks & Spencer uitzondering. Het is echter nooit expliciet bij het HvJ aan bod gekomen op welk tijdstip een finaal verlies in de lidstaat van de moedervernootschap in aanmerking moet worden genomen.

In de jurisprudentie van het HvJ lijkt de eis te worden gesteld dat de vennootschap ten aanzien waarvan het finale verlies in aanmerking wordt genomen moet ophouden juridisch te bestaan. In de zaken A Oy en Memira bestond in dit kader de mogelijkheid om een finaal verlies in aanmerking te nemen via een grensoverschrijdende juridische fusie.¹⁵³ In de zaak Aures Holdings bestond daarentegen geen mogelijkheid om een finaal verlies in aanmerking te nemen bij een grensoverschrijdende omzetting. Korving merkt in dit kader mijns inziens terecht op dat de ‘onderneming’ in beide situaties wordt voortgezet, maar dat enkel in de situatie waarin de vennootschap juridisch ophoudt te bestaan, recht bestaat op de verrekening van finale grensoverschrijdende verliezen.¹⁵⁴ Ook in de situatie van een liquidatie en daaropvolgende vereffening houdt een vennootschap juridisch op te bestaan.

In CIE/VK mocht een finaal verlies al voorafgaand aan de liquidatie van een vennootschap in aanmerking worden genomen.¹⁵⁵ Deze verliesneming was echter wel afhankelijk van de voorwaarde dat het voornemen bestond om de vennootschap te liquideren. Een voorwaarde voor de verrekening van finale verliezen lijkt dan ook de (uiteindelijke) liquidatie van de vennootschap te zijn. Dit is mijns inziens ook logisch, omdat er zonder de liquidatie van de desbetreffende dochtervennootschap dubbele verliesverrekening kan optreden en het voorkomen van dubbele verliesverrekening juist één van de rechtvaardigingsgronden betreft die in de jurisprudentie van het HvJ centraal staat.

Lidstaten lijken zelf invulling te mogen geven aan het moment waarop een finaal verlies in aanmerking kan worden genomen, mits de vennootschap uiteindelijk wordt geliquideerd en de verrekening van het finale verlies uiterlijk plaatsvindt op het moment waarop de compensabele verliezen definitief verloren zijn gegaan in de lidstaat van de dochter. Lidstaten hebben namelijk wel de bevoegdheid om de verrekening van finale verliezen gunstiger te laten geschieden dan door de jurisprudentie van het HvJ wordt voorgeschreven. De keuze van Nederland om aan te sluiten bij het vereffeningstijdstip is mijns inziens dan ook niet strijdig met het EU-recht. Vanaf het vereffeningstijdstip kan een vennootschap onder het Nederlandse recht namelijk niet meer herleven en gaan de verliezen definitief verloren. Voor buitenlandse liquidaties heeft de Staatssecretaris goedkeurend beleid ontwikkeld, zodat ontbonden vennootschappen in landen die geen formeel vereffeningstraject kennen onder voorwaarden toch worden geacht te zijn vereffend.¹⁵⁶

¹⁵² HvJ 25-02-2010, C-337/08 (X Holding).

¹⁵³ HvJ 21-02-2013, C-123/11 (A Oy) en HvJ 19-06-2019, C-607/17 (Memira).

¹⁵⁴ HvJ 19-03-2020, C-405/18, NTFR 2020/754, met noot J.J.A.M. Korving (Aures Holdings).

¹⁵⁵ HvJ 03-02-2015, C-172-13 (CIE/VK).

¹⁵⁶ Zie besluit deelnemingsvrijstelling 2020, onderdeel 5.11.1.2.

Indien Nederland eerdere verliesverrekening zou moeten toestaan, zijn volgens de Staatssecretaris van Financiën complexe bepalingen nodig teneinde te voorkomen dat dubbele verliesverrekening plaatsvindt.¹⁵⁷ De verliezen moeten dan namelijk weer (al dan niet gedeeltelijk) worden teruggenomen indien de liquidatie en daaropvolgende vereffening uiteindelijk toch geen doorgang vinden. Vanuit Europeesrechtelijk perspectief zou een dergelijke systematiek niet logisch zijn, omdat Nederland op grond van de Marks & Spencer uitzondering juist niet verplicht is om een verlies in aanmerking te nemen zolang nog de mogelijkheid bestaat dat het compensabele verlies kan worden verrekend. Ik ben dan ook van mening dat een beroep op de per-elementbenadering ten aanzien van eerdere verliesneming niet succesvol zal zijn.

4.3.4. Niet-voortzettingseis

Een liquidatieverlies kan pas in aanmerking worden genomen indien de onderneming van de deelneming geheel is gestaakt of (nagenoeg) geheel buiten het concern is voortgezet. Dit vormt de zogenoemde niet-voortzettingseis. Bij de toetsing van de niet-voortzettingseis wordt wel een beperkte tegemoetkoming door de Staatssecretaris geboden door te accepteren dat in bepaalde situaties geen voortzetting hoeft te worden aangenomen.¹⁵⁸ De toetsing van de eis geschiedt op het vereffeningstijdstip.¹⁵⁹ Met de niet-voortzettingseis wordt beoogd dat enkel een liquidatieverlies kan worden verrekend indien de activiteiten van de onderneming binnen het concern worden beëindigd en niet slechts de juridische huls wordt geliquideerd.¹⁶⁰ Anders zou een compensabel verlies immers naar willekeur kunnen worden omgezet in een liquidatieverlies.

In de literatuur wordt betoogd dat de niet-voortzettingseis in strijd is met het EU-recht. Zo merkt Heijligers op dat het HvJ de beoordeling of sprake is van een finaal verlies alleen lijkt te beoordelen vanuit het perspectief van de moedervennootschap.¹⁶¹ Of en in hoeverre de activiteiten van de geliquideerde dochtervennootschap binnen concern worden voortgezet, lijkt voor deze beoordeling niet relevant te zijn. Ook Hofman merkt op dat het HvJ in diens jurisprudentie voor de toepassing van de Marks & Spencer uitzondering geen uitzondering lijkt te maken voor situaties waarin de onderneming van de dochtervennootschap door een andere groepsvennootschap is voortgezet.¹⁶²

Kiekebeld, Hofman en Heijligers achten de niet-voortzettingseis strijdig met het EU-recht, omdat de verrekening van finale verliezen hierbij op generieke wijze wordt uitgesloten. Alhoewel uit Marks & Spencer is gebleken dat een finaal verlies mag worden geweigerd, is dit enkel toegestaan in misbruiksituaties. Het niet-voortzettingsvereiste veronderstelt daarentegen dat altijd sprake is van misbruik. Bij een voortzetting van de activiteiten binnen concern is volgens Kiekebeld echter niet altijd sprake van een misbruiksituatie.¹⁶³ Hofman merkt in dit kader op dat een verlieslijdende dochtervennootschap op grond van bedrijfseconomische redenen kan worden geliquideerd waarbij een gedeelte van de onderneming tevens om bedrijfseconomische redenen binnen het concern kan worden voortgezet. Aangezien de niet-voortzettingseis thans geen tegenbewijsregeling kent, zorgt de niet-voortzettingseis ervoor dat een liquidatieverlies ook in bonafide situaties wordt uitgesloten.

De niet-voortzettingseis maakt op zichzelf geen onderscheid tussen binnenlandse en buitenlandse deelnemingen. Er kan echter toch sprake zijn van strijdigheid met het EU-recht indien voornamelijk grensoverschrijdende situaties door een bepaling worden benadeeld. Heijligers acht de niet-voortzettingseis op dit vlak strijdig, omdat binnenlandse vennootschappen een fiscale eenheid kunnen vormen.¹⁶⁴ Binnen een fiscale eenheid worden alle verliezen van de dochtermaatschappij al verrekend met de winsten van andere maatschappijen, waardoor een beroep op de liquidatieverliesregeling bij staking van de onderneming van de vennootschap niet langer aan de orde is. Een binnenlandse deelneming zal daarom minder vaak een

¹⁵⁷ Kamerstukken II 2015/16, 34300 IX, nr. 4, p. 6-7.

¹⁵⁸ Besluit deelnemingsvrijstelling 2020, onderdeel 5.11.2.1. en 5.11.2.2.

¹⁵⁹ HR 07-06-2019, ECLI:NL:HR:2019:886, BNB 2019/117 m.nt. R.J. de Vries.

¹⁶⁰ Kamerstukken II 1987/88, 19 968, nr. 7, p. 30-31.

¹⁶¹ L.H.M. Heijligers, 'De liquidatie- en stakingsverliesregeling vergeleken', MBB 2019/9-32, p. 13-14.

¹⁶² A.W. Hofman, 'Hoog tijd voor modernisering liquidatieverliesregeling', WFR 2014/787, p. 4-5.

¹⁶³ HvJ 03-02-2015, ECLI:EU:C:2015:50, NTFR 2015/23 m.nt. B.J. Kiekebeld, p. 3-4.

¹⁶⁴ L.H.M. Heijligers, De liquidatie- en stakingsverliesregeling vergeleken, MBB 2019/9-32, p. 13.

beroep doen op de liquidatieverliesregeling met als gevolg dat buitenlandse situaties onevenredig hard door de niet-voortzettingseis worden getroffen.

Voorts kunnen fiscale-eenheidsmaatschappijen binnen een fiscale eenheid geruisloos activiteiten aan elkaar overgedragen. Aangezien fiscale-eenheidsmaatschappijen geen beroep kunnen doen op de liquidatieverliesregeling, is de niet-voortzettingseis niet van toepassing. Het naar willekeur realiseren van een liquidatieverlies door middel van de overdracht van de activiteiten komt volgens de Staatssecretaris in fiscale-eenheidssituaties dan ook niet aan de orde.¹⁶⁵ Het fiscale-eenheidsregime kent in tegenstelling tot de liquidatieverliesregeling geen voortzettingsvereiste. De fiscale eenheid is op dit vlak gunstiger dan de liquidatieverliesregeling. Om toch een liquidatieverlies in aanmerking te kunnen nemen, kan een belastingplichtige zich mijns inziens beroepen op de per-element benadering.

Een beroep op de per-elementbenadering is mijns inziens enkel succesvol indien wordt aangetoond dat de voortzetting van de activiteiten van de buitenlandse (geliquideerde) vennootschap op grond van bedrijfseconomische redenen heeft plaatsgevonden. Indien er geen bedrijfseconomische redenen zijn voor de voortzetting, kan een beroep op de per-elementbenadering mijns inziens niet worden gehonoreerd. Om de huidige anti-voortzettingseis niet langer in strijd te laten zijn met, steun ik Heijligers dan ook in zijn visie dat in de anti-voortzettingseis een tegenbewijsregeling moet worden opgenomen. Op deze wijze kunnen belastingplichtigen aantonen dat een voortzetting van activiteiten binnen concern is gestoeld op zakelijke gronden en zodoende alsnog een liquidatieverlies claimen.¹⁶⁶

Mocht de voorgestelde tegenbewijsregeling worden ingevoerd, dan zal een liquidatieverlies enkel in misbruiksituaties worden doorgeschoven naar de voortzetter. Indien een verbonden lichaam de onderneming voortzet dan wordt het liquidatieverlies middels een ophoging van het opgeofferde bedrag doorgeschoven naar de aandeelhouder van het voortzettende lichaam.¹⁶⁷ Het liquidatieverlies kan vervolgens pas in aanmerking worden genomen als het verbonden lichaam wordt vereffend. Dit liquidatieverlies zal echter verloren gaan indien de aandeelhouder een in het buitenland gevestigde vennootschap of een natuurlijk persoon betreft.¹⁶⁸ Het is daarom wenselijk om een liquidatieverlies altijd op het niveau van de moeder in aanmerking te nemen.¹⁶⁹ Op het moment dat de voortzetter de overgenomen onderneming staakt, kan het liquidatieverlies dan in zijn geheel bij de (oude) moeder in aanmerking worden genomen. Op deze wijze wordt de mogelijkheid vergroot dat het gehele finale verlies van de dochtervennootschap bij de moedervernootschap in aanmerking kan worden genomen en is de liquidatieverliesregeling minder kwetsbaar voor strijdigheid met het EU-recht.

4.3.5. Fiscale tegemoetkomingseis

Een liquidatieverlies kan niet in aanmerking worden genomen indien er voor het compensabele verlies van de deelneming ten tijde van de vereffening van de vennootschap enigerlei tegemoetkoming wordt geboden aan de moedervernootschap of aan een met haar verbonden lichaam.¹⁷⁰ Voorts kan geen liquidatieverlies in aanmerking worden genomen indien het lichaam dat de onderneming geheel of nagenoeg geheel buiten concern heeft voortgezet of een daarmee verbonden lichaam een tegemoetkoming heeft gekregen voor dit compensabele verlies.¹⁷¹ Dit is bijvoorbeeld het geval indien de (buitenlandse) compensabele verliezen na de liquidatie beschikbaar blijven voor de moedervernootschap of indien de compensabele verliezen zijn meegegaan bij de overdracht van de (buitenlandse) onderneming.¹⁷² Mocht de tegemoetkoming ten opzichte

¹⁶⁵ Kamerstukken II 1987/88, 19 968, nr. 7, p. 30-31.

¹⁶⁶ L.H.M. Heijligers, De liquidatie- en stakingsverliesregeling vergeleken, MBB 2019/9-32, p. 13-14.

¹⁶⁷ Art. 13e, lid 2, Wet VPB 1969.

¹⁶⁸ J.A.G. van der Geld & A.W. Hofman, De deelnemingsvrijstelling en deelnemingsverrekening (Fiscale Monografieën, nr. 149), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 135-136.

¹⁶⁹ L.H.M. Heijligers, De liquidatie- en stakingsverliesregeling vergeleken, MBB 2019/9-32, p. 14.

¹⁷⁰ Art. 13d, lid 11, onderdeel a, sub 1, Wet VPB 1969.

¹⁷¹ Art. 13d, lid 11, onderdeel a, sub 2, Wet VPB 1969.

¹⁷² MvT, Kamerstukken II 1986/87, 19 968, nr. 3, p. 12.

van de omvang van het liquidatieverlies relatief beperkt zijn, dan kan nog wel een beroep worden gedaan op de hardheidsclausule om het liquidatieverlies mogelijk alsnog (deels) in aanmerking te kunnen nemen.¹⁷³

De Staatssecretaris lijkt de voorwaarde dat geen tegemoetkoming mag bestaan streng te interpreteren. Het enkele feit dat de verliezen van de geliquideerde deelneming onder een regeling van verliesoverdracht zijn of hadden kunnen worden overgedragen, is volgens de Staatssecretaris al voldoende om te spreken van enigerlei tegemoetkoming.¹⁷⁴ In dit geval kan er volgens hem dan ook geen liquidatieverlies in aanmerking worden genomen. Deze visie van de Staatssecretaris kan overwichtig uitwerken, omdat er (net als bij het fiscale-eenheidsregime) ook nadelige fiscale gevolgen gepaard kunnen gaan met de toepassing van een regeling van verliesoverdracht.¹⁷⁵ Het is bovendien de vraag of Nederland Europeesrechtelijk wel de mogelijkheid heeft om de aftrek van het gehele liquidatieverlies in een dergelijke situatie te weigeren. Nederland is immers verplicht om ten minste de finale buitenlandse verliezen in aanmerking te nemen. Aangezien de verliezen conform de visie van de Staatssecretaris niet altijd geheel in aanmerking kunnen worden genomen, lijkt er naar mijn mening sprake te zijn van een strijdigheid met het EU-recht.

De voorwaarde dat geen sprake mag zijn van enigerlei tegemoetkoming voor de onverrekenende verliezen is ook relevant in het licht van de uitspraak van het HvJ in de zaak Memira.¹⁷⁶ Het HvJ heeft in deze zaak geoordeeld dat geen sprake is van finale buitenlandse verliezen indien de compensabele verliezen van de dochtervennootschap nog economisch hadden kunnen worden benut door de vennootschap te verkopen aan een derde tegen een prijs waarbij rekening wordt gehouden met deze verliezen. In dit geval had de moedervenootschap namelijk nog een tegemoetkoming kunnen krijgen voor de over te dragen verliezen.

Ik meen dat uit Memira kan worden afgeleid dat op het vereffeningstijdstip van een dochtervennootschap moet worden nagegaan of er naast een liquidatie van de vennootschap ook andere juridische opties beschikbaar zijn waarbij de compensabele verliezen van de vennootschap economisch kunnen worden benut door een derde. De alternatieve keuzes die een moedervenootschap op het vereffeningstijdstip van haar dochtervennootschap had kunnen maken zijn mijns inziens dan ook van belang voor de beoordeling van een finaal verlies. Indien een keuzemogelijkheid zou bestaan tussen liquideren en overdragen, dan zou de belastingplichtige immers een compensabel verlies naar willekeur kunnen omzetten in een liquidatieverlies.

Onder de liquidatieverliesregeling kan thans een liquidatieverlies in aanmerking worden genomen indien de onderneming van de vennootschap geheel of nagenoeg geheel buiten concern is voortgezet. Indien de vennootschap op het vereffeningstijdstip niet meer in het bezit is van een onderneming, dan vereist de liquidatieverliesregeling niet dat aanvullend moet worden onderzocht of het compensabele verlies van de dochtervennootschap ook op een andere wijze dan liquidatie nog economisch had kunnen worden benut door een derde. Aangezien de liquidatieverliesregeling een dergelijke voorwaarde niet kent, valt de liquidatieverliesregeling op dit vlak gunstiger uit dan in Memira wordt voorgeschreven.¹⁷⁷

4.4. Achtergrond en systematiek van de stakingsverliesregeling

Daar waar de deelnemingsvrijstelling alle resultaten uit hoofde van een deelneming vrijstelt van belastingheffing, stelt de objectvrijstelling de resultaten uit vaste inrichtingen vrij. Onder de objectvrijstelling worden hiertoe alle buitenlandse vaste-inrichtingsresultaten objectief vrijgesteld van belastingheffing op het niveau van het hoofdhuis. De objectvrijstelling zorgt er zodoende voor dat eventuele vaste-inrichtingsverliezen in beginsel enkel op het niveau van de vaste inrichting in aanmerking worden genomen. De stakingsverliesregeling vormt een uitzondering op de objectvrijstelling en biedt het hoofdhuis de mogelijkheid om bij de staking van een vaste inrichting onder voorwaarden toch een vaste-inrichtingsverlies in aanmerking te nemen.

¹⁷³ MvT, Kamerstukken II 1986/87, 19 968, nr. 3, p. 12.

¹⁷⁴ Besluit deelnemingsvrijstelling 2020, onderdeel 5.11.1.3.

¹⁷⁵ W.R. Kooiman, 'Nieuw besluit deelnemingsvrijstelling', NTFR 2017/670, onderdeel 5.10.1.3.

¹⁷⁶ HvJ 19-06-2019, C-607/17 (Memira).

¹⁷⁷ HvJ EU 19-06-2019, ECLI:EU:C:2019:510, NLF 2019/1509 m.nt. G.F. Boulogne.

Objectvrijstelling

Aangezien de stakingsverliesregeling een uitzondering vormt op de objectvrijstelling, is het van belang om enig begrip te hebben van deze vrijstelling. In Nederland gevestigde vennootschappen worden in Nederland belast over het wereldinkomen. Indien een vennootschap via een vaste inrichting een onderneming in het buitenland drijft, wordt het heffingsrecht over het buitenlandse ondernemingsresultaat in de regel op basis van een belastingverdrag toegewezen aan de vaste-inrichtingsstaat.¹⁷⁸ Zonder adequate nationale regeling zou deze buitenlandse winst echter zowel in Nederland als onderdeel van de wereldwinst als in de vaste-inrichtingsstaat worden belast. Om deze vorm van dubbele belastingheffing te voorkomen, zorgt de objectvrijstelling ervoor dat vaste-inrichtingsresultaten op het niveau van het hoofdhuis worden vrijgesteld van belastingheffing.¹⁷⁹

Onder de objectvrijstelling moet de wereldwinst van de in Nederland gevestigde vennootschap naar Nederlandse maatstaven worden vastgesteld.¹⁸⁰ Vervolgens wordt het gedeelte van de wereldwinst dat ziet op de buitenlandse ondernemingswinst objectief in Nederland vrijgesteld. Het resultaat dat onder de objectvrijstelling wordt vrijgesteld is derhalve niet afhankelijk van de buitenlandse winstberekenningsregels.¹⁸¹ Dit zorgt er tegelijkertijd ook voor dat het vrijgestelde resultaat niet altijd gelijk is aan de bijdrage van de vaste-inrichtingsactiviteiten aan de wereldwinst van de vennootschap.

De objectvrijstelling bewerkstelligt dat alle resultaten van een vaste-inrichting op het niveau van het Nederlandse hoofdhuis zijn vrijgesteld. Hierdoor wordt een vaste-inrichtingswinst slechts eenmaal belast in de vaste-inrichtingsstaat. In een verliessituatie, leidt de objectvrijstelling er ook toe dat het verlies niet met een eventuele winst van het Nederlandse hoofdhuis kan worden verrekend. Op basis van de Marks & Spencer uitzondering moet een finaal vaste-inrichtingsverlies altijd in aanmerking kunnen worden genomen in de lidstaat van het hoofdhuis. Teneinde aan deze Europeesrechtelijke verplichting te voldoen, heeft de wetgever tegelijkertijd met de introductie van de objectvrijstelling de stakingsverliesregeling ingevoerd. Op deze wijze kan onder de regeling toch een finaal vaste-inrichtingsverlies in aanmerking worden genomen.

Stakingsverliesregeling

Een Nederlands hoofdhuis kan onder de stakingsverliesregeling een stakingsverlies in aanmerking nemen dat gelijk is aan het negatieve vaste-inrichtingsresultaat dat per saldo op grond van de objectvrijstelling in Nederland is vrijgesteld.¹⁸² Er is sprake van een stakingsverlies indien een belastingplichtige ophoudt winst uit een andere staat te genieten en de vaste inrichting in die staat per saldo een verlies heeft geleden. Hiertoe mag de belastingplichtige uit de vaste-inrichtingsstaat geen inkomsten meer verkrijgen ten aanzien waarvan de objectvrijstelling toepassing vindt. Dit betreft het inkomen afkomstig van buitenlandse ondernemingsactiviteiten, buitenlandse onroerende zaken of overig inkomen dat onder het belastingverdrag aan die staat wordt toegerekend.¹⁸³

Een stakingsverlies kan op grond van art. 15j, lid 3, Wet VPB 1969 in aanmerking worden genomen voor zover er in de vaste-inrichtingsstaat geen tegemoetkoming voor de buitenlandse verliezen is verleend. Dit is het geval indien de vaste inrichting haar verliezen (deels) heeft verrekend met de winsten van een andere aldaar gevestigde groepsvennootschap.¹⁸⁴ Voorts kan een stakingsverlies onder deze bepaling niet in aanmerking worden genomen voor zover een ander dan de belastingplichtige of een verbonden lichaam recht heeft op een fiscale tegemoetkoming voor de vaste-inrichtingsverliezen. Dit is het geval indien het compensabele verlies bij de overdracht van de activiteiten is overgegaan op de koper. De tegemoetkomingseis van de

¹⁷⁸ Q.W.J.C.H. Kok, 'De objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten vergeleken met de deelnemingsvrijstelling', TFO 2013/128.2, p. 1-2.

¹⁷⁹ Art. 15e Wet VPB 1969.

¹⁸⁰ Indien de vennootschap onderdeel uitmaakt van een fiscale eenheid, wordt aangesloten bij de wereldwinst van de fiscale eenheid. In het vervolg wordt echter uitgegaan van een vennootschap.

¹⁸¹ L.H.M. Heijligers, 'De liquidatie- en stakingsverliesregeling vergeleken', MBB 2019/9-32, p. 5.

¹⁸² Art. 15j, lid 1, Wet VPB 1969.

¹⁸³ Art. 15e, lid 2, Wet VPB 1969.

¹⁸⁴ Kamerstukken II, 2011-2012, 33 003, nr. 3, p. 102-103.

stakingsverliesregeling is zodoende ruimer dan de tegemoetkomingseis onder de liquidatieverliesregeling, omdat een liquidatieverlies volgens de Staatssecretaris geheel niet in aanmerking mag worden genomen indien de buitenlandse verliezen zijn of hadden kunnen worden verrekend onder een fiscale groepsregeling.

Om te voorkomen dat een compensabel verlies naar willekeur kan worden omgezet in een stakingsverlies, kent de stakingsverliesregeling een tweetal antimisbruikbepalingen. Ten eerste moet een stakingsverlies op grond van art. 15i, lid 5, Wet VPB 1969 worden teruggedenken indien de belastingplichtige binnen drie jaar na de staking van de vaste inrichting aldaar weer winst uit een nieuwe vaste inrichting gaat genieten. Ten tweede kan een stakingsverlies op grond van art. 15i, lid 4, Wet VPB 1969 niet in aanmerking worden genomen indien de activiteiten in belangrijke mate binnen het concern zijn voortgezet. Het saldo van de winsten en verliezen van de vaste inrichting wordt in dit geval doorgeschoven naar het voortzettende lichaam.¹⁸⁵ De niet-voortzettingseis van de stakingsverliesregeling is ruimer dan de niet-voortzettingseis van de liquidatieverliesregeling, omdat een liquidatieverlies alleen in aanmerking kan worden genomen indien de activiteiten (nagenoeg) geheel buiten concern zijn voortgezet.

4.5. Verhouding van de stakingsverliesregeling met het EU-recht

4.5.1. Omvang van het verlies

Onder de stakingsverliesregeling kan in beginsel ten aanzien van alle buitenlandse vaste inrichtingen een stakingsverlies in aanmerking worden genomen. Uit Lidl Belgium is gebleken dat de lidstaat van het hoofdhuis niet verplicht is om rekening te houden met finale verliezen van vaste inrichtingen in derde landen, omdat bij vaste inrichtingen enkel de vrijheid van vestiging geldt.¹⁸⁶ Op dit vlak is de Nederlandse stakingsverliesregeling dus ruimer dan Europeesrechtelijk wordt voorgeschreven. Ten aanzien van alle overige in de EU/EER gevestigde vaste inrichtingen is de lidstaat van het hoofdhuis wel Europeesrechtelijk verplicht om alle finale vaste-inrichtingsverliezen voor zijn rekening te nemen. Nederland is op grond van de Marks & Spencer uitzondering zodoende verplicht om een regeling te hebben waarmee finale EU/EER vaste-inrichtingsverliezen in aanmerking kunnen worden genomen.

Uit Lidl Belgium is gebleken dat Nederland niet verplicht is om jaarlijks de vaste-inrichtingsverliezen bij het hoofdhuis in aanmerking te nemen in combinatie met de toepassing van een inhaalregeling. Op grond van het historisch uitputtingsvereiste van de Marks & Spencer uitzondering is Nederland alleen verplicht om de finale verliezen in aanmerking te nemen die op grond van de wetgeving van de vaste-inrichtingsstaat nog compensabel zijn. Nederland is namelijk niet verplicht om op te draaien voor dispariteiten. Als gevolg van de verplichte omrekening naar Nederlandse maatstaven is Nederland bovendien slechts verplicht om de finale vaste-inrichtingsverliezen in aanmerking te nemen die (maximaal) betrekking hebben op de zes jaren voorafgaand aan het stakingsjaar.

De stakingsverliesregeling biedt aan hoofdhuisen de mogelijkheid om een stakingsverlies in aanmerking te nemen ter hoogte van het negatieve vaste-inrichtingsresultaat dat per saldo middels de objectvrijstelling in Nederland is vrijgesteld. Aangezien de regeling op deze wijze ook (indirect) rekening houdt met de verliezen die op grond van de wetgeving van de vaste inrichting niet meer compensabel zijn, zal het stakingsverlies in de regel hoger zijn dan het compensabele verlies dat bij de staking verloren gaat. Desondanks kan er toch sprake zijn van strijdigheid met het EU-recht. Dit is het geval indien het naar Nederlandse maatstaven omgerekende finale vaste-inrichtingsverlies dat het hoofdhuis op grond van de Marks & Spencer uitzondering in aanmerking moet nemen hoger is dan het vaste-inrichtingsverlies dat het hoofdhuis per saldo heeft vrijgesteld. In deze situatie zal Nederland alsnog het finale verlies in aanmerking moeten nemen.

4.5.2. Niet-voortzettingseis

De niet-voortzettingseis veronderstelt dat sprake is van een misbruiksituatie indien de vaste inrichting wordt gestaakt maar de onderneming in belangrijke mate binnen concern wordt voortgezet. Uit Bevola is gebleken

¹⁸⁵ Op basis van art. 15j, lid 1, Wet VPB 1969.

¹⁸⁶ HvJ 15-05-2008, C-414/06 (Lidl Belgium).

dat sprake is van finale vaste-inrichtingsverliezen indien de vennootschap waartoe de vaste inrichting behoort alle verliesverrekeningsmogelijkheden aldaar heeft uitgeput en van de vaste inrichting geen inkomsten meer worden ontvangen zodat geen mogelijkheid meer bestaat dat het verlies aldaar in de toekomst nog kan worden verrekend.¹⁸⁷ Voor de beoordeling van een finaal vaste-inrichtingsverlies lijkt dan ook enkel te moeten worden gekeken naar de belastingplichtige zelf, waardoor een voortzetting binnen concern niet van belang is.

Uit Marks & Spencer is gebleken dat een finaal verlies wel mag worden geweigerd in misbruiksituaties. Net als in de liquidatieverliesregeling, ontbreekt bij de stakingsverliesregeling echter de mogelijkheid om aan te tonen dat de voortzetting binnen concern heeft plaatsgevonden op grond van bedrijfseconomische redenen. Ook de niet-voortzettingseis van de stakingsverliesregeling is zodoende in strijd te zijn met het EU-recht, omdat er (net als in de liquidatieverliesregeling) geen mogelijkheid bestaat om aan te tonen dat geen sprake is van misbruik.¹⁸⁸ In een situatie waarin de belastingplichtige kan aantonen dat de voortzetting op zakelijke gronden heeft plaatsgevonden, mag Nederland mijns inziens niet de finale vaste-inrichtingsverliezen weigeren.

Mocht het stakingsverlies in een misbruiksituatie worden doorgeschoven, dan kan dit verlies verloren gaan indien de voortzettende groepsvennootschap in een andere lidstaat dan het hoofdhuis is gevestigd. In dit kader is het wenselijk dat het doorgeschoven stakingsverlies ten tijde van de staking van de onderneming bij de voortzettende groepsvennootschap alsnog op het niveau van het (oude) hoofdhuis in aanmerking kan worden genomen.¹⁸⁹ Dit verkleint het risico op strijdigheid met het EU-recht, omdat het stakingsverlies dan alsnog in Nederland kan worden verrekend en aldus het finale verlies in aanmerking wordt genomen.¹⁹⁰

4.5.3. Driejaarseis

De wetgever acht ook sprake van misbruik indien de belastingplichtige binnen drie jaren na het in aanmerking nemen van een stakingsverlies een nieuwe vaste inrichting in diezelfde staat verkrijgt. In een dergelijke situatie wordt het eerder in aanmerking genomen stakingsverlies teruggenomen.¹⁹¹ Zonder deze maatregel zou een belastingplichtige de onderneming in een verlieslijdende vaste inrichting kunnen staken, het stakingsverlies bij het hoofdhuis in aanmerking kunnen nemen en vervolgens weer een onderneming in diezelfde staat kunnen opstarten. Daarom wordt het gehele stakingsverlies bij de winst opgeteld in het jaar waarin de nieuwe activiteiten worden opgestart.

Uit Bevola is gebleken dat pas sprake kan zijn van een finaal verlies indien een vennootschap geen inkomsten meer van haar vaste inrichting verkrijgt. Zolang er immers nog inkomsten worden verkregen, kan geen sprake zijn van finale verliezen. De Groot vraagt zich echter af hoe dit vereiste uitwerkt indien de vennootschap binnen drie jaar aldaar nieuwe activiteiten opstart, omdat eerder al is aangetoond dat geen inkomsten meer worden verkregen uit de vaste-inrichtingsstaat.¹⁹² Mag het verlies dan wel worden teruggenomen onder de driejaarseis of moeten de inkomsten uit de nieuwe vaste inrichting in dit geval los van de oude vaste inrichting worden beoordeeld?

Aangezien de driejaarseis niet geldt bij de staking van een binnenlandse vaste inrichting, is het voorts de vraag of de verschillende behandeling van binnenlandse en buitenlandse situaties kan worden gerechtvaardigd. Zoals toegelicht, mag een finaal verlies in misbruiksituaties worden geweigerd. Pötgens en Bellingwout zijn van mening dat de driejaarseis in strijd is met het EU-recht, omdat finale verliezen ook in niet-misbruiksituaties in aftrek worden beperkt.¹⁹³ Zij stellen mijns inziens terecht dat belastingplichtigen

¹⁸⁷ HvJ 12-06-2018, C-650/16, FED 2018/131 m.nt. mw. mr. I.M. de Groot, punt 6 en 7.

¹⁸⁸ Q.W.J.C.H. Kok, 'De objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten vergeleken met de deelnemingsvrijstelling', TFO 2013/128.2, p. 4.

¹⁸⁹ Dit is thans al in bepaalde situaties mogelijk onder art. 15j, lid 2, Wet VPB 1969.

¹⁹⁰ L.H.M. Heijligers, 'De liquidatie- en stakingsverliesregeling vergeleken', MBB 2019/9-32, p. 14.

¹⁹¹ Art. 15j, lid 5, Wet VPB 1969.

¹⁹² HvJ 12-06-2018, C-650/16, FED 2018/131 m.nt. mw. mr. I.M. de Groot (Bevola), punt 7.

¹⁹³ F.P.G. Pötgens en J.W. Bellingwout, 'Objectvrijstelling voor vaste inrichtingen: Much Ado About Nothing?', WFR 2012/654, p. 8.

ook hier de mogelijk moet worden geboden om bewijs aan te leveren dat het opstarten van nieuwe activiteiten niet is gericht op het ontgaan van vennootschapsbelastingheffing.

4.6. Deelconclusie

Uit dit hoofdstuk is gebleken dat de liquidatieverliesregeling meer mogelijkheden biedt om een buitenlands dochterverlies in aanmerking te nemen dan Europeesrechtelijk wordt voorgeschreven. Nederland is namelijk enkel verplicht om de finale verliezen in aanmerking te nemen van deelnemingen in EU/EER-lichamen die deel hadden kunnen uitmaken van een fiscale eenheid indien zij in Nederland zouden zijn gevestigd. Onder de liquidatieverliesregeling kunnen echter de liquidatieverliezen van alle deelnemingen worden verrekend.

De liquidatieverliesregeling lijkt ten aanzien van kleindochters in strijd te zijn met het EU-recht, omdat een kleindochterverlies niet direct onder de liquidatieverliesregeling in aanmerking kan worden genomen. Een Nederlandse moedervernootschap is namelijk verplicht om een finaal kleindochterverlies in aanmerking te nemen indien zowel de tussenhoudster als de kleindochter in dezelfde EU/EER staat zijn gevestigd en voldoen aan de fiscale-eenheidsvoorwaarden. In een binnenlandse situatie had het kleindochterverlies immers ook direct onder het fiscale-eenheidsregime kunnen worden verrekend. De liquidatieverliesregeling houdt thans echter alleen indirect rekening met kleindochterverliezen via de tussenhoudsterbepaling.

Het forfaitair berekende liquidatieverlies van de liquidatieverliesregeling zal in de regel hoger zijn dan het finale verlies in de zin van de Marks & Spencer uitzondering. Een Nederlandse moedervernootschap heeft echter niet de verplichting om het verlies in aanmerking te nemen dat zij per saldo op haar investering in de deelneming heeft geleden, maar is mijns inziens verplicht om het naar Nederlandse maatstaven omgerekende finale buitenlandse verlies van de dochter in aanmerking te nemen voor zover dit hoger is dan het liquidatieverlies. Indien het omgerekende finale buitenlandse verlies hoger uitvalt dan het liquidatieverlies, dan is de liquidatieverliesregeling mijns inziens op dit vlak in strijd met het EU-recht.

Lidstaten lijken zelf invulling te mogen geven aan het moment waarop een finaal verlies in aanmerking kan worden genomen, mits de vennootschap uiteindelijk wordt geliquideerd en de verrekening van het finale verlies uiterlijk plaatsvindt op het moment waarop de compensabele verliezen definitief verloren zijn gegaan. De aansluiting van de liquidatieverliesregeling bij het vereffeningstijdstip is mijns inziens dan ook niet strijdig met het EU-recht. Op grond van de niet-voortzettingseis kan op het vereffeningstijdstip evenwel geen liquidatieverlies worden verrekend indien de onderneming binnen concern is voortgezet. Aangezien het fiscale-eenheidsregime geen voortzettingseis bevat, meen ik dat een belastingplichtige zich alsnog kan beroepen op de verrekening van het liquidatieverlies of finale verlies onder de voorwaarde dat hij kan aantonen dat de voortzetting binnen concern op basis van zakelijke gronden heeft plaatsvonden.

Een liquidatieverlies kan niet in aanmerking worden genomen indien er voor het compensabele verlies van de deelneming op het vereffeningstijdstip een tegemoetkoming wordt geboden. Het feit dat er verrekening onder een fiscaal groepsregime mogelijk had kunnen zijn, is volgens de Staatssecretaris voldoende om geen liquidatieverlies toe te staan. Aangezien de finale verliezen conform deze visie echter niet altijd geheel in aanmerking kunnen worden genomen, acht ik deze visie strijdig met het EU-recht. De regeling zou evenwel aangescherpt kunnen worden door op het vereffeningstijdstip te eisen dat moet worden nagegaan of het compensabele verlies van de dochter ook op een andere wijze dan liquidatie nog economisch benut had kunnen worden door een derde. Mocht dit het geval zijn, dan is er geen sprake van een finaal verlies.

Uit dit hoofdstuk is ook gebleken dat de stakingsverliesregeling ruimer is dan op grond van het EU-recht wordt voorgeschreven, omdat Nederland enkel verplicht is om finale EU/EER vaste-inrichtingsverliezen in aanmerking te nemen. Onder de regeling kunnen echter alle vaste-inrichtingsverliezen in aanmerking worden genomen. Daarnaast houdt de stakingsverliesregeling rekening met verliezen die op grond van de wetgeving van de vaste-inrichtingsstaat niet meer compensabel zijn waardoor het stakingsverlies in de regel hoger zal uitvallen dan het compensabele verlies dat bij de staking verloren gaat. Desondanks kan er mijns

inziens toch sprake zijn van strijdigheid met het EU-recht indien het naar Nederlandse maatstaven omgerekende finale vaste-inrichtingsverlies hoger is dan het stakingsverlies van de stakingsverliesregeling.

Net als bij de liquidatieverliesregeling, acht ik ook de niet-voortzettingseis onder de stakingsverliesregeling in strijd met het EU-recht, omdat er geen mogelijkheid wordt geboden om aan te tonen dat geen sprake is van misbruik. Tenslotte is vastgesteld dat de driejaarseis strijdig is met het EU-recht, omdat de eis geen tegenbewijsregeling kent en voorts niet geldt bij de staking van binnenlandse vaste inrichtingen. Een stakingsverlies mag mijns inziens niet worden teruggenomen indien kan worden aangetoond dat het opstarten van nieuwe activiteiten niet is gericht op het ontgaan van belastingheffing.

Hoofdstuk 5: Grensoverschrijdende verliesverrekening onder een keuzeregeling

5.1. Inleiding

Als onderdeel van het Belastingplan 2021 heeft het Kabinet een wetsvoorstel ingediend inzake de beperking van de liquidatie- en stakingsverliesregeling.¹⁹⁴ De maatregelen in het wetsvoorstel hebben ten doel de planningsmogelijkheden onder de liquidatie- en stakingsverliesregeling te verkleinen alsmede de omvang van het in aanmerking te nemen liquidatie- en stakingsverlies in te perken. Het Kabinet heeft daarnaast aangekondigd het fiscale-eenheidsregime op termijn te willen vervangen door een alternatieve fiscale groepsregeling, maar heeft aangegeven deze keuze aan een volgend Kabinet over te willen laten.¹⁹⁵

Mocht de liquidatie- en stakingsverliesregeling ook na de voorgestelde inperking niet in lijn zijn met de jurisprudentie van het HvJ, dan zal zowel het fiscale-eenheidsregime als de alternatieve groepsregeling moeten worden opengesteld voor finale verliezen. In dit hoofdstuk wordt daarom eerst ingegaan op de voorgestelde inperking van de liquidatie- en stakingsverliesregeling. Vervolgens wordt onderzocht hoe deze maatregelen zich verhouden tot de jurisprudentie van het HvJ. Daaropvolgend wordt nagegaan of de verrekening van finale grensoverschrijdende verliezen met het oog op de introductie van een alternatieve fiscale groepsregeling niet op een andere wijze kan worden vormgegeven. In dit kader wordt voorgesteld om een nieuwe keuzeregeling te introduceren. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

5.2. Wetsvoorstel beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling

Het Kabinet heeft een wetsvoorstel ingediend om de liquidatie- en stakingsverliesregeling in te perken. Onder dit wetsvoorstel kan een liquidatie- of stakingsverlies van meer dan vijf miljoen euro in beginsel niet meer ten laste van het resultaat van een belastingplichtige worden gebracht. Deze franchise van vijf miljoen euro geldt per ontbonden lichaam of per gestaakte vaste inrichting.¹⁹⁶ Voor zover een liquidatie- of stakingsverlies meer bedraagt dan de franchise, is dit verlies echter alsnog aftrekbaar indien het lichaam of de vaste inrichting aan enkele gestelde voorwaarden voldoet.

Teneinde een liquidatie- of stakingsverlies van meer dan vijf miljoen euro in aanmerking te kunnen nemen, moet zijn voldaan aan de territoriale voorwaarde in de zin van het voorgestelde artikel 13d, lid 2, onderdeel a, sub 2, Wet Vpb 1969 en artikel 15i, lid 4, Wet VPB 1969. De territoriale voorwaarde impliceert dat het ontbonden lichaam of de gestaakte vaste inrichting moet zijn gevestigd in Nederland, een andere staat in de EU/EER of een staat waarmee de EU een associatieovereenkomst heeft gesloten waarin specifieke voorwaarden zijn opgenomen omtrent de vrijheid van vestiging.¹⁹⁷ Als gevolg van de territoriale voorwaarde kunnen liquidatie- en stakingsverliezen van meer dan vijf miljoen euro afkomstig uit derde landen niet langer in aanmerking worden genomen. In het vervolg zal de territoriale voorwaarde om eenvoudsredenen worden aangeduid als het vereiste van vestiging in een lidstaat van de EU/EER.

In aanvulling op de territoriale voorwaarde moeten ontbonden lichamen ook voldoen aan de kwantitatieve voorwaarde van het voorgestelde artikel 13d, lid 2, onderdeel a, sub 1, Wet VPB 1969. De kwantitatieve voorwaarde impliceert dat de belastingplichtige een kwalificerend belang moet hebben in het ontbonden lichaam. Op basis van het voorgestelde artikel 13d, lid 4, Wet VPB 1969 is er sprake van een kwalificerend belang indien de belastingplichtige (al dan niet gezamenlijk met andere lichamen waarin de belastingplichtige een beslissende zeggenschap heeft) een beslissende invloed heeft op de besluitvorming van het ontbonden lichaam. Voor dit criterium wordt aangesloten bij de jurisprudentie van het HvJ.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Kamerstukken II 2020/21, 35568, nr. 3.

¹⁹⁵ Brief staatssecretaris van Financiën van 15 september 2020, nr. 2020-0000168588.

¹⁹⁶ Kamerstukken II 2020/21, 35568, nr. 3, p. 5.

¹⁹⁷ Dit geldt thans alleen ten aanzien van Turkije. Zie kamerstukken II 2020/21, 35568, nr. 3, p. 7.

¹⁹⁸ Kamerstukken II 2020/21, 35568, nr. 3, p. 6-7.

Direct voorafgaand aan het vereffeningstijdstip van een vennootschap of aan het stakingstijdstip van een vaste inrichting, moet op grond van de aanhef van het voorgestelde artikel 13d, lid 2, Wet VPB 1969 worden getoetst of de belastingplichtige voldoet aan de territoriale en/of de kwantitatieve voorwaarde. Om te voorkomen dat een belastingplichtige voorafgaand aan het vereffeningstijdstip haar structuur wijzigt om op het toetsingsmoment aan deze voorwaarden te voldoen, moet de belastingplichtige op het toetsingsmoment voorts voor een periode van vijf jaren onafgebroken aan de territoriale en/of de kwantitatieve voorwaarde hebben voldaan. Hierop gelden evenwel twee uitzonderingen.¹⁹⁹ Ten eerste geldt de vijfjaarstermijn niet indien het ontbonden lichaam gedurende de vijfjaarstermijn voor het eerst als deelneming is aangemerkt en vanaf dat moment onafgebroken aan de territoriale en kwantitatieve voorwaarden heeft voldaan. Ten tweede geldt de vijfjaarstermijn niet indien het buitenlandse ontbonden lichaam en de Nederlandse belastingplichtige op het toetsingsmoment een fiscale eenheid hadden kunnen vormen indien het ontbonden lichaam in Nederland zou zijn gevestigd.

De territoriale en kwantitatieve voorwaarden kunnen worden ontgaan door een niet-kwalificerende kleindochtervennootschap via een kwalificerende tussenhoudster te houden. Door eerst de kleindochter te liquideren en daarna de tussenhoudster, zou de belastingplichtige namelijk alsnog het gehele liquidatieverlies in aanmerking kunnen nemen. Daarom kent het wetsvoorstel in artikel 13d, lid 3, Wet VPB 1969 een doorkijkbepaling waarbij moet worden nagegaan of de belastingplichtige het liquidatieverlies ook in aanmerking had kunnen nemen indien zij het aandelenbelang in de kleindochter direct zou hebben gehouden. Indien in die situatie niet aan de voorwaarden is voldaan, kan bij de liquidatie van de tussenhoudster enkel een kleindochterverlies in aanmerking worden genomen voor zover dit verlies niet groter is dan de franchise. Deze doorkijkbepaling is van overeenkomstige toepassing op de territoriale voorwaarde bij buitenlandse vaste inrichtingen.

De derde voorwaarde van het wetsvoorstel betreft de temporele voorwaarde en is terug te vinden in artikel 13d, lid 14, onderdeel c, Wet VPB 1969 en art. 15i, lid 5, onderdeel b, Wet VPB 1969. Deze voorwaarde is van toepassing op alle liquidaties en stakingen en is zodoende niet afhankelijk van de franchise. Onder de liquidatieverliesregeling wordt een liquidatieverlies in aanmerking genomen op het vereffeningstijdstip. Aangezien dit tijdstip lang kan worden uitgesteld, kan een liquidatieverlies op het meest gunstige moment in aanmerking worden genomen. De temporele voorwaarde beoogt dit te bestrijden met de voorwaarde dat een vennootschap waarvan haar onderneming geheel of nagenoeg geheel is gestaakt dan wel hiertoe een besluit is genomen, binnen drie kalenderjaren na het kalenderjaar waarin dit heeft plaatsgevonden wordt vereffend. Het voorgenoemde geldt mutatis mutandis ook voor vaste inrichtingen, alhoewel men zich kan afvragen in hoeverre er onder de stakingsverliesregeling sprake is van het uitstellen van stakingsverliezen.²⁰⁰ De belastingplichtige wordt in dit kader wel een tegenbewijsmogelijkheid geboden om aan te tonen dat het overschrijden van de driejaarstermijn niet is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.

Teneinde te voorkomen dat een belastingplichtige de driejaarstermijn middels een tussenhoudster kan ontgaan, kent de temporele voorwaarde een doorkijkbepaling. Deze doorkijkbepaling is opgenomen in het voorgestelde artikel 13d, lid 15, Wet VPB 1969 en weigert het liquidatieverlies van een tussenhoudster voor zover dit toerekenbaar is aan het verlies van een kleindochter of vaste inrichting in de situatie waarin de tussenhoudster niet binnen drie kalenderjaren na het jaar waarin de staking van de onderneming heeft plaatsgevonden, is vereffend. De temporele voorwaarde van de tussenhoudster is zodoende afhankelijk van de staking van de onderneming van de kleindochter. Ook hierbij geldt een tegenbewijsregeling. De belastingplichtige zal in dit geval moeten aantonen dat de vertraging van de liquidatie van tussenhoudster is gestoeld op zakelijke gronden.

5.3. Verhouding wetsvoorstel beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling met het EU-recht

5.3.1. Kwantitatieve voorwaarde

¹⁹⁹ Zie het voorgestelde art. 13d, lid 2, onderdeel b, sub 1 en 2, Wet VPB 1969.

²⁰⁰ Kamerstukken II 2020/21, 35568, nr. 3, V-N 2020/51.1 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws, p. 12.

Op grond van de territoriale voorwaarde wordt een onderscheid gemaakt tussen de behandeling van liquidatie- en stakingsverliezen in EU/EER-situaties en non-EU/EER situaties. Omdat het EU-recht het niet in alle gevallen toestaat om EU/EER en non-EU/EER deelnemingen op een afwijkende manier te behandelen, heeft de wetgever de kwantitatieve voorwaarde toegevoegd. Op basis van deze voorwaarde kan een liquidatieverlies boven de franchise enkel in aanmerking worden genomen indien de belastingplichtige een doorslaggevende zeggenschap heeft in het ontbonden lichaam.

Door aan te sluiten bij het doorslaggevende zeggenschaps criterium dat voortvloeit uit de jurisprudentie van het HvJ, heeft de wetgever beoogd de voorgestelde beperking binnen de vrijheid van vestiging te houden.²⁰¹ Aangezien derde landen geen beroep kunnen doen op de vrijheid van vestiging, mogen situaties in derde landen nadeliger worden behandeld dan EU/EER situaties. Vaste inrichtingen vallen daarentegen altijd binnen de vrijheid van vestiging.²⁰² Voor vaste inrichtingen is daarom geen equivalent van de kwantitatieve voorwaarde nodig om situaties in derde landen nadeliger te mogen behandelen dan situaties in de EU/EER.

De NOB heeft in haar commentaar op het wetsvoorstel opgemerkt dat de jurisprudentie van het HvJ omtrent de invulling van het begrip doorslaggevende zeggenschap niet eenduidig is.²⁰³ Volgens de NOB heeft het HvJ ook in situaties waarin sprake is van minderheidsbelangen geoordeeld dat de vrijheid van vestiging van toepassing is. De wetgever heeft hierop gereageerd dat er onder de kwantitatieve voorwaarde niet wordt aangesloten bij een percentage van de statutaire stemrechten, maar dat de beoordeling zal afhangen van de specifieke feiten en omstandigheden van het geval.²⁰⁴ Aangezien het criterium conform de jurisprudentie van het HvJ moet worden uitgelegd, kan er volgens de wetgever geen strijdigheid zijn met het EU-recht.

Er is thans sprake van een kwalificerend belang indien de belastingplichtige (al dan niet gezamenlijk met andere lichamen waarin de belastingplichtige een beslissende zeggenschap heeft) een beslissende invloed heeft in het ontbonden lichaam. De wetgever merkt op dat hierbij geen rekening wordt gehouden met lichamen die een (al dan niet kwalificerend) belang houden in zowel de belastingplichtige als in het ontbonden lichaam, omdat de belastingplichtige in dat geval geen zelfstandige zeggenschap kan uitoefenen over het ontbonden lichaam.²⁰⁵ Voorts wordt er geen rekening gehouden met het feit dat de belastingplichtige mogelijk onderdeel uitmaakt van een samenwerkende groep, omdat dit niet past bij het karakter van de kwantitatieve voorwaarde en de nagestreefde reikwijdte van de liquidatieverliesregeling.

De Redactie Vakstudie Nieuws vraagt zich af of Nederland deze uitsluitingen op grond van het EU-recht wel mag maken.²⁰⁶ Uit de jurisprudentie van het HvJ blijkt namelijk dat een belastingplichtige die deel uitmaakt van een samenwerkende groep onder de vrijheid van vestiging valt. In een dergelijke situatie lijkt Nederland een liquidatieverlies niet te mogen weigeren. Ook lichamen die een (al dan niet kwalificerend) belang houden in zowel de belastingplichtige als in het ontbonden lichaam, zouden volgens de Redactie Vakstudie Nieuws een samenwerkende groep kunnen vormen. Dit kan mogelijk zelfs worden afgedwongen via een beroep op de per-elementbenadering ingeval de moeder is gevestigd in de EU/EER en haar dochter een Nederlandse belastingplichtige is. In een binnenlandse situatie zouden deze vennootschappen immers ook een fiscale eenheid kunnen aangaan en zodoende de belangen in het ontbonden lichaam kunnen optellen.

De wetgever zoekt met het criterium van doorslaggevende zeggenschap in ieder geval moedwillig de grens van het EU-recht op.²⁰⁷ Aangezien de jurisprudentie van het HvJ op dit vlak nog niet is uitgekristalliseerd, zal dit in de praktijk tot discussies met belastingplichtigen gaan leiden. De mogelijkheid bestaat dat belastingplichtigen zullen moeten doorprocederen tot aan het HvJ om hun gelijk te behalen. Deze

²⁰¹ Kamerstukken II 2020/21, 35568, nr. 3, p. 7. Doorslaggevende zeggenschap is niet het enige criterium dat leidt tot onderscheid tussen de vrijheden, maar hier ga ik in deze scriptie niet nader op in.

²⁰² Met uitzondering van een als belegging gehouden onroerende zaak of medegerechtigdheid tot het vermogen van een onderneming in een derde land. Zie voorgesteld art. 15i, lid 4, aanhef, Wet VPB 1969.

²⁰³ NOB Commissie Wetsvoorstellen, NOB-commentaar Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling (35 568), onderdeel 3.

²⁰⁴ Kamerstukken II 2020/21, 35568, nr. 6, p. 6-7.

²⁰⁵ Kamerstukken II 2020/21, 35568, nr. 6, p. 7-8.

²⁰⁶ Kamerstukken II 2020/21, 35568, nr. 3, V-N 2020/51.1 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws, p. 22-23.

²⁰⁷ M. Bosch, 'Uitvergroot: Column door Maarten Bosch', V-N 2019/54.0.

grensaftasting van de wetgever draagt mijns inziens niet bij aan de eenvoud van de regeling en komt al zeker niet ten goede aan de rechtszekerheid van Nederlandse belastingplichtigen.

5.3.2. *Temporele voorwaarde*

De temporele voorwaarde vereist dat een vennootschap waarvan de onderneming geheel of nagenoeg geheel is gestaakt dan wel hiertoe een besluit is genomen, binnen drie kalenderjaren na het kalenderjaar waarin dit heeft plaatsgevonden wordt vereffend. Het Kabinet heeft inmiddels een wetsvoorstel ingediend om de verliesverrekening vanaf 2022 te gaan temporiseren.²⁰⁸ Hierbij wordt voorgesteld de verrekening van compensabele verliezen te beperken tot 50% van de belastbare winst boven de 1 miljoen euro in combinatie met een onbeperkte voorwaartse verliesverrekeningstermijn. De NOB heeft in dit kader vragen gesteld in hoeverre de temporele voorwaarde nog relevant is, omdat de voorgestelde verliesverrekeningsregels de planningsmogelijkheden ten aanzien van liquidatieverliezen al stevig inperken.²⁰⁹

De wetgever heeft in een reactie op de NOB mijns inziens terecht opgemerkt dat de temporele voorwaarde nog steeds relevant is, omdat een liquidatieverlies in het vereffeningjaar geheel in aanmerking kan worden genomen.²¹⁰ Onder de voorgestelde verliesverrekeningsregels kan de belastbare winst boven de 1 miljoen euro slechts voor 50% met compensabele verliezen worden verrekend, waardoor het voor belastingplichtigen aantrekkelijk is om het liquidatieverlies in aanmerking te nemen in een jaar waarin de belastbare winst meer dan 1 miljoen euro bedraagt. Het argument van de wetgever kan mijns inziens eventueel nog worden aangevuld met het feit dat het zonder de temporele voorwaarde eenvoudig is om de toetsperiode van vijf jaar te ontlopen. Een belastingplichtige kan dan namelijk eenvoudig vijf jaar wachten met de vereffening van haar belang in een deelneming en zal dus nooit tegen de beperking van de toetsperiode oplopen.

Onder de temporele voorwaarde moet de vereffening plaatsvinden binnen drie kalenderjaren na het kalenderjaar waarin de onderneming geheel of nagenoeg geheel is gestaakt. Volgens de wetgever kan er sprake zijn van een staking in de situatie waarin een lichaam andere activiteiten gaat uitoefenen.²¹¹ Oudemans merkt op dat het in deze situatie niet duidelijk is of er in de toekomst alsnog een liquidatieverlies in aanmerking kan worden genomen indien het lichaam ten aanzien van de oude activiteiten niet aan de temporele voorwaarde heeft voldaan.²¹² Duidelijkheid op dit vlak is wel wenselijk, omdat er goede redenen zijn om in een bestaand lichaam nieuwe activiteiten op te starten. In deze situatie zou de mogelijkheid om een liquidatieverlies in aanmerking te kunnen nemen volgens Oudemans dan ook moeten herleven.

Er kan in dit kader een parallel worden getrokken met de driejaarseis van de stakingsverliesregeling. Onder de driejaarseis wordt een stakingsverlies teruggenomen indien een belastingplichtige binnen drie jaar nieuwe activiteiten in de vaste-inrichtingsstaat opstart. Hierbij wordt het verliessaldo doorgeschoven naar de belastingplichtige waardoor in de toekomst mogelijk alsnog een stakingsverlies in aanmerking kan worden genomen. Onder de temporele voorwaarde wordt het verliessaldo daarentegen niet doorgeschoven, maar lijkt de mogelijkheid om een liquidatieverlies in aanmerking te nemen bij het opstarten van nieuwe activiteiten in zijn geheel verloren te gaan. Het is in dit kader de vraag in hoeverre het wenselijk is dat een liquidatieverlies bij nieuwe activiteiten kan worden doorgeschoven.

Als een belastingplichtige niet aan de driejaarstermijn heeft voldaan en ook geen zakelijke redenen kan aanleveren waarom de liquidatie is uitgesteld, zou hij het liquidatieverlies later alsnog in aanmerking kunnen nemen door nieuwe activiteiten in de vennootschap op te starten. In dit kader kan worden betoogd dat er sprake is van misbruik en dat het liquidatieverlies mag worden geweigerd. Het is evenwel de vraag of de Nederlandse belastingplichtige het liquidatieverlies ten aanzien van de nieuwe activiteiten mag weigeren, omdat Nederland verplicht is om finale (klein)dochterverliezen in aanmerking te nemen.

²⁰⁸ Kamerstukken II 2020/21, 35572, nr. 12.

²⁰⁹ NOB Commissie Wetsvoorstellen, NOB-commentaar Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling (35 568), onderdeel 8.

²¹⁰ Kamerstukken II 2020/21, 35568, nr. 6, p. 2.

²¹¹ Kamerstukken II 2020/21, 35568, nr. 3, p. 35.

²¹² Kamerstukken II 2020/21, 35568, nr. 3, NLF 2020/2064 m.nt. A.M. Oudemans.

Indien de nieuwe activiteiten gedurende de driejaarstermijn van de temporele voorwaarde worden opgestart, kan er mijns inziens succesvol een beroep worden gedaan op de tegenbewijsregeling. In deze situatie is het namelijk uitgesloten dat de belastingplichtige nieuwe activiteiten opstart om de temporele voorwaarde te ontlopen. Indien de nieuwe activiteiten na de driejaarstermijn worden opgestart, mag mijns inziens enkel het finale verlies tot en met het opstarten van de nieuwe activiteiten worden geweigerd. De finale verliezen die betrekking hebben op de nieuwe activiteiten mag Nederland daarentegen niet weigeren, omdat Nederland op grond van het EU-recht verplicht is om deze finale verliezen in aanmerking te nemen.

5.3.3. Toepassing Marks & Spencer uitzondering onder de FE-uitzondering

Een Nederlandse belastingplichtige kan op grond van de hoofdregel enkel een liquidatieverlies van meer dan de franchise in aanmerking nemen indien een lichaam op het vereffeningstijdstip en de daaraan voorafgaande vijf jaren onafgebroken aan de territoriale en kwantitatieve voorwaarde heeft voldaan. Op grond van het voorgestelde art. 13d, lid 2, onderdeel b, sub 2, Wet VPB 1969 kan een belastingplichtige, in weerwil van de vijfjaarstermijn, onder voorwaarden echter toch het liquidatieverlies boven de franchise in aanmerking nemen. Een belastingplichtige kan zich op deze uitzondering op de vijfjaarstermijn beroepen indien het ontbonden lichaam op het vereffeningstijdstip is gevestigd in de EU/EER en direct voorafgaand aan het vereffeningstijdstip een fiscale eenheid met de belastingplichtige had kunnen vormen indien het ontbonden lichaam in Nederland zou zijn gevestigd. De belastingplichtige moet voor de toepassing van deze uitzondering op de vijfjaarstermijn (hierna: de FE-uitzondering) wel kunnen aantonen dat hij gedurende de vijfjaarstermijn niet aan de territoriale of kwantitatieve voorwaarde is gaan voldoen met als hoofddoel of als een van de hoofddoelen een hoger liquidatieverlies in aanmerking te kunnen nemen.

De wetgever lijkt met de voorgestelde FE-uitzondering te erkennen dat Nederland op grond van de per-elementbenadering verplicht is om rekening te houden met finale grensoverschrijdende verliezen.²¹³ Aangezien de toegang tot de FE-uitzondering aansluit bij de voorwaarden van het fiscale-eenheidsregime, wordt de kwantitatieve voorwaarde onder de uitzondering in principe verhoogd naar 95%. Indien aan dit bezitspercentage is voldaan, dan is de vijfjaarstermijn voor de kwantitatieve en territoriale voorwaarden niet meer van toepassing, mits er geen sprake is van misbruik. De wetgever meent dat een verdere inperking van de stakings- en liquidatieverliesregeling niet mogelijk is, omdat de regeling dan in strijd komt met het EU-recht.²¹⁴ Deze stellingname is naar mijn mening echter niet juist. Dit licht ik hieronder nader toe.

Een kwalificerend belang in een lichaam dat tijdens de vijfjaarstermijn pas voor het eerst bij de belastingplichtige is aangemerkt als een deelneming, valt niet onder de FE-uitzondering, maar valt onder de uitzondering van art. 13d, lid 2, onderdeel b, sub 1, Wet VPB 1969. Deelnemingen die binnen de vijfjaarstermijn zijn opgericht, vallen zodoende niet onder de reikwijdte van de FE-uitzondering. Binnen de reikwijdte van de FE-uitzondering vallen wel de belangen in deelnemingen die gedurende de vijfjaarstermijn door de belastingplichtige zijn verworven of uitgebreid waardoor het belang in de deelneming is gaan voldoen aan de verhoogde kwantitatieve voorwaarde van de FE-uitzondering. In deze situatie kan onder de FE-uitzondering het gehele liquidatieverlies in aanmerking worden genomen.

Op grond van de Marks & Spencer uitzondering is een Nederlandse moedervenootschap pas verplicht om finale grensoverschrijdende verliezen in aanmerking te nemen vanaf het moment waarop een dochter die is gevestigd in de EU/EER een fiscale eenheid had kunnen vormen met haar moedervenootschap indien deze dochter in Nederland zou zijn gevestigd. Verliezen kunnen niet op een later tijdstip alsnog finaal worden door het feit dat vanaf een bepaald moment wel aan de fiscale-eenheidsvoorwaarden wordt voldaan. Aangezien de FE-uitzondering toestaat dat het gehele liquidatieverlies bij de moeder in aanmerking wordt genomen, acht ik de voorgestelde uitzondering ruimer dan Europeesrechtelijk wordt voorgeschreven.

De FE-uitzondering is ook van toepassing indien een belastingplichtige gedurende de vijfjaarstermijn wel een verhoogd kwalificerend belang in een deelneming heeft, maar de deelneming niet de gehele vijf jaar

²¹³ Kamerstukken II 2020/21, 35568, nr. 3, V-N 2020/51.1 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws, p. 22-23.

²¹⁴ Kamerstukken II 2020/21, 35568, nr. 6, p. 10.

in de EU/EER gevestigd is geweest. Dit is het geval in de situatie waarin een belastingplichtige een deelneming in een lichaam houdt dat gedurende de vijfjaarstermijn aan de territoriale voorwaarde gaat voldoen door een wijziging van de vestigingsplaats van dat lichaam vanuit een staat buiten de EU/EER naar een staat binnen de EU/EER.²¹⁵ In dit geval kan op grond van de FE-uitzondering alsnog het gehele liquidatieverlies bij de belastingplichtige in aanmerking worden genomen.

Bij een zetelverplaatsing van een lichaam vanuit een staat buiten de EU/EER naar een staat binnen de EU/EER, zullen de compensabele verliezen van dat lichaam achterblijven in de staat waaruit het lichaam is vertrokken. De nieuwe vestigingsstaat is op grond van het EU-recht echter niet verplicht om na de zetelwijziging de compensabele verliezen in aanmerking te nemen die buiten de EU/EER zijn geleden.²¹⁶ Ook de Nederlandse moedervenootschap is in dit geval niet verplicht om de non-EU/EER verliezen in aanmerking te nemen. Zij is enkel verplicht om de compensabele verliezen van de dochtervenootschap in aanmerking te nemen voor zover deze verliezen zijn geleden in de nieuwe vestigingsstaat in de EU/EER en kunnen worden aangemerkt als finaal in de zin van de Marks & Spencer uitzondering. Ook op dit vlak gaat de voorgestelde FE-uitzondering mijns inziens verder dan Europeesrechtelijk wordt voorgeschreven.

De FE-uitzondering is ook van toepassing op kleindochters van een belastingplichtige. Op grond van de doorkijkbepaling moet de toetsing van de territoriale en kwantitatieve voorwaarde op het niveau van een kleindochtervenootschap plaatsvinden alsof het belang in de vennootschap direct door de Nederlandse belastingplichtige wordt gehouden.²¹⁷ Hierdoor is de FE-uitzondering ook van toepassing op in de EU/EER gevestigde kleindochters, mits de tussenliggende vennootschap ook in de EU/EER is gevestigd. Op grond van de FE-uitzondering neemt Nederland thans het gehele liquidatieverlies in aanmerking, ongeacht de EU/EER vestigingsstaat van de kleindochter. Uit de zaak Holmen is evenwel gebleken dat een belastingplichtige alleen verplicht is om finale kleindochterverliezen in aanmerking te nemen indien de tussenliggende dochtervenootschap in dezelfde lidstaat als de kleindochter is gevestigd. Hierdoor gaat de FE-uitzondering dus ook ten aanzien van kleindochtervenootschappen verder dan Europeesrechtelijk wordt voorgeschreven.

Indien daadwerkelijk de wens bestaat om de verrekening van grensoverschrijdende verliezen zo veel mogelijk te beperken, had de wetgever mijns inziens ook kunnen aansluiten bij de verrekening van de finale grensoverschrijdende verliezen. De wetgever heeft met de FE-uitzondering immers erkend dat een belastingplichtige op grond van de per-elementbenadering een beroep kan doen op de Marks & Spencer uitzondering. Een Nederlandse moedervenootschap zou in dat geval enkel verplicht zijn om de finale grensoverschrijdende (klein)verliezen onder de liquidatieverliesregeling in aanmerking te nemen vanaf het tijdstip waarop het ontbonden lichaam dat is gevestigd in een staat van de EU/EER een fiscale eenheid met de belastingplichtige had kunnen vormen indien het ontbonden lichaam in Nederland was gevestigd.

5.4. Grensoverschrijdende verliesverrekening onder een toekomstig fiscaal groepsregime

Zoals toegelicht, vloeit de verplichting om grensoverschrijdende finale verliezen in aanmerking te nemen voort uit het feit dat in een binnenlandse situatie ook onderlinge verliesverrekening kan plaatsvinden onder het fiscale-eenheidsregime. Volgens de wetgever zijn enkele elementen van het huidige gerepareerde fiscale-eenheidsregime nog steeds kwetsbaar voor strijdigheid met het EU-recht.²¹⁸ De wetgever heeft daarom aangekondigd het fiscale-eenheidsregime op termijn te zullen vervangen door een meer robuuste fiscale groepsregeling. Inmiddels heeft de wetgever geconstateerd dat er voor twee fiscale groepsregelingen voldoende draagvlak bestaat en heeft in dit kader voor deze groepsregelingen de hoofdlijnen geschetst.²¹⁹

De eerste mogelijkheid betreft het continueren van het fiscale-eenheidsregime, inclusief de bestaande spoedreparatiemaatregelen en indien nodig uitgebreid met aanvullende reparatiemaatregelen. Op basis van

²¹⁵ Kamerstukken II 2020/21, 35568, nr. 3, p. 28.

²¹⁶ Op grond van de zaak Aures Holding lijkt dit van overeenkomstige toepassing te zijn op zetelverplaatsingen binnen de EU/EER.

²¹⁷ Kamerstukken II 2020/21, 35568, nr. 6, p. 14-15.

²¹⁸ Ministerie van Financiën 17 juni 2019, 4653, V-N 2019/35.12.

²¹⁹ Brief staatssecretaris van Financiën van 15 september 2020, nr. 2020-0000168588.

deze mogelijkheid blijft het fiscale-eenheidsregime bestaan. Mocht het HvJ oordelen dat meer elementen van het fiscale-eenheidsregime in strijd zijn met het EU-recht, dan zullen onder deze variant aanvullende reparatiemaatregelen moeten worden geïntroduceerd. De wetgever acht het in het licht van het minimaliseren van EU-rechtelijke risico's raadzaam om te kijken naar een nieuwe fiscale groepsregeling.²²⁰

De tweede mogelijkheid betreft dan ook de introductie van een alternatieve fiscale groepsregeling in de vorm van een regeling van verlies- of winstoverdracht, dan wel een systeem van resultatenpooling. Onder alle varianten van deze alternatieve groepsregeling komt het fiscale consolidatie-element niet langer terug, maar ligt de focus enkel op de onderlinge verrekening van winsten en verliezen binnen een fiscale groep. In dit kader moet eerst het resultaat van alle groepslichamen op zelfstandige basis worden berekend. Vervolgens kunnen onder de regeling van verlies- en winstoverdracht de verliezen respectievelijk winsten worden overgedragen aan andere groepslichamen. Onder het systeem van resultatenpooling vindt deze verliesverrekening plaats door een saldering van alle groepsresultaten op het niveau van één groepshoofd.

Het belangrijkste gemeenschappelijke element van het fiscale-eenheidsregime en de alternatieve fiscale groepsregeling betreft de mogelijkheid tot onderlinge verliesverrekening. De wetgever heeft voorgesteld om voor de toegangseisen van de alternatieve groepsregeling zoveel mogelijk aan te sluiten bij het fiscale-eenheidsregime.²²¹ De alternatieve groepsregeling zal dan ook, net als het fiscale-eenheidsregime, beperkt blijven tot Nederlandse vennootschappen en vaste inrichtingen. Onder het fiscale-eenheidsregime vindt de onderlinge verrekening thans plaats door de fiscale consolidatie van het vermogen en het resultaat van alle fiscale-eenheidsmaatschappijen op het niveau van de moedermaatschappij. Onder de drie varianten van de alternatieve groepsregeling vindt de onderlinge verliesverrekening plaats door middel van een overdracht van het zelfstandige resultaat van de lichamen aan één of meerdere lichamen binnen dezelfde fiscale groep.

Nederland is op grond van de Marks & Spencer uitzondering verplicht om onder zowel het fiscale-eenheidsregime als onder de alternatieve fiscale groepsregeling eventuele finale grensoverschrijdende verliezen in aanmerking te nemen. Een overgang van het fiscale-eenheidsregime naar de alternatieve fiscale groepsregeling zal dan ook geen gevolgen hebben voor de Europese verplichting om grensoverschrijdende finale verliezen in aanmerking te nemen. Aan deze verplichting wordt thans invulling gegeven via de liquidatie- en stakingsverliesregeling. In dit onderzoek is echter duidelijk geworden dat de huidige invulling niet geheel in lijn is met de jurisprudentie van het HvJ. Daarom is het van belang om te kijken of de grensoverschrijdende finale verliezen niet op een andere aanvullende wijze in Nederland in aanmerking kunnen worden genomen. Een aanpassing kan er namelijk voor zorgen dat zowel het fiscale-eenheidsregime als de alternatieve fiscale groepsregeling minder kwetsbaar worden voor eventuele strijdigheden met het EU-recht, wat zal bijdragen aan de juridische robuustheid van deze fiscale groepsregelingen.

Gielen, Ip en Pieterse hebben in dit kader in 2012 een interessant voorstel gedaan omtrent de introductie van een keuzeregeling in de liquidatieverliesregeling.²²² Op basis van de keuzeregeling zou het opgeofferde bedrag op verzoek van de belastingplichtige kunnen worden verhoogd tot het compensabele verlies dat bij de vereffening van het ontbonden lichaam definitief verloren gaat, mits kan worden aangetoond dat dit verlies hoger is dan het forfaitaire liquidatieverlies. Op deze wijze kan een belastingplichtige toch de finale buitenlandse verliezen verrekenen alsof zij deel heeft uitgemaakt van een fiscale eenheid, maar geschiedt de verliesverrekening uiteindelijk in de vorm van een liquidatieverlies onder de liquidatieverliesregeling.

Een keuzeregeling is mijns inziens interessant in het licht van de per-elementbenadering. De huidige spoedreparatiemaatregelen bewerkstelligen dat diverse bepalingen binnen fiscale eenheid zelfstandig worden getoetst, zodat buitenlandse lichamen zich niet via de per-elementbenadering op de bijbehorende voordelen kunnen beroepen. In dit onderzoek is geconcludeerd dat belastingplichtigen zich door middel van

²²⁰ Brief staatssecretaris van Financiën van 15 september 2020, nr. 2020-0000168588, p. 9-10

²²¹ Brief staatssecretaris van Financiën van 15 september 2020, nr. 2020-0000168588, p. 11.

²²² R. Gielen, W.Y. Ip en L.J.A. Pieterse, 'Keuzeregeling voor liquidatieverliezen. Een voorstel tot wijziging van de liquidatieverliesregeling', in: G.F. Boulogne en L.J.A. Pieterse (red.), Aanbevelingen ter verbetering van het vestigingsklimaat voor ondernemingen. Tribuut aan Jaap Bellingwout (ZIFO-reeks nr. 6), Deventer: Kluwer 2012, p. 76-77.

de per-elementbenadering kunnen beroepen op de verrekening van finale verliezen in de zin van de Marks & Spencer uitzondering. Door in de liquidatie- en stakingsverliesregeling een keuzeregeling op te nemen waarbij aan alle Europeesrechtelijke verplichtingen wordt voldaan, kan de wetgever de resterende liquidatie- en stakingsverliesregeling naar wens invullen zonder in strijd te komen met het EU-recht.

Nederland is enkel verplicht om buitenlandse finale verliezen in aanmerking te nemen door het feit dat binnenlandse verliezen ook onder het fiscale-eenheidsregime in aanmerking worden genomen. De wetgever heeft daarom voor de toepassing van de FE-uitzondering aangesloten bij de fiscale-eenheidsvoorwaarden. Wat mij betreft kunnen voor het toegangscriterium tot de keuzeregeling dezelfde voorwaarden gaan gelden als de voorwaarden voor de toepassing van de FE-uitzondering. Dit is ook in lijn met de visie van de wetgever die met de FE-uitzondering beoogt invulling te geven aan de verplichting dat Nederland op grond van de per-elementbenadering in bepaalde situaties finale buitenlandse verliezen in aanmerking moet nemen.

Door de introductie van een keuzeregeling stoelt de reguliere liquidatie- en stakingsverliesregeling niet langer op de Marks & Spencer uitzondering. Hierdoor kan de reguliere liquidatie- en stakingsverliesregeling door de wetgever verder worden ingeperkt zonder daarmee in strijd te komen met het EU-recht. Nederland kan zodoende zelf bepalen op welke wijze de liquidatie- en stakingsverliezen in aanmerking kunnen worden genomen, mits binnenlandse en buitenlandse situaties op gelijke wijze worden behandeld. Het is naar mijn mening dan ook wenselijk dat de wetgever een keuzebepaling aan de liquidatie- en stakingsverliesregeling toevoegt. In de volgende paragraaf zal ik nader ingaan op de contouren van deze nieuwe keuzeregeling.

5.5. Keuzeregeling onder de liquidatie- en stakingsverliesregeling

5.5.1. Vormgeving van de keuzeregeling onder het fiscale-eenheidsregime

Op basis van een nieuw te introduceren keuzeregeling in art. 13d, lid 12, Wet VPB 1969 en art. 15i, lid 7, Wet VPB 1969 wordt belastingplichtigen de mogelijkheid geboden om op verzoek de naar Nederlandse maatstaven omgerekende finale verliezen in de zin van de Marks & Spencer uitzondering in aanmerking te nemen. Bij een beroep op de keuzeregeling zal zodoende een omrekening van het desbetreffende grensoverschrijdende finale verlies moeten plaatsvinden. Mocht een belastingplichtige zich beroepen op de keuzeregeling, dan wordt het forfaitair berekende liquidatie- of stakingsverlies verhoogd of verlaagd tot het bedrag aan het naar Nederlandse maatstaven omgerekende finale grensoverschrijdende verlies.²²³

Bij de introductie van de keuzeregeling kunnen de voorgestelde territoriale en kwantitatieve voorwaarden inclusief de vijfjaarstermijn en de daarbij behorende uitzonderingen wat mij betreft komen te vervallen. Een belastingplichtige kan dan namelijk op het vereffenings- of stakingstijdstip alleen de finale EU/EER-verliezen in aanmerking nemen die zijn geleden vanaf het moment waarop een lichaam of vaste inrichting onafgebroken aan de fiscale-eenheidsvoorwaarden heeft voldaan. Een finaal verlies van een lichaam kan in dit geval in aanmerking worden genomen vanaf het tijdstip waarop de belastingplichtige onafgebroken een fiscale eenheid had kunnen vormen met het lichaam indien dat lichaam in Nederland zou zijn gevestigd en het lichaam is gevestigd in een andere lidstaat van de EU, een andere staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de EER of een aangewezen staat waarmee de EU een specifieke associatieovereenkomst heeft gesloten.²²⁴ Een finaal vaste-inrichtingsverlies kan in dit kader pas in aanmerking worden genomen vanaf het tijdstip waarop een vaste inrichting gevestigd is geweest in één van voorgenoemde staten.²²⁵

²²³ Een voorstel voor een beperktere keuzeregeling onder (enkel) de liquidatieverliesregeling is terug te vinden in R. Gielen, W.Y. Ip en L.J.A. Pieterse, 'Keuzeregeling voor liquidatieverliezen. Een voorstel tot wijziging van de liquidatieverliesregeling', in: G.F. Boulogne en L.J.A. Pieterse (red.), *Aanbevelingen ter verbetering van het vestigingsklimaat voor ondernemingen*. Tribuut aan Jaap Bellingwout (ZIFO-reeks nr. 6), Deventer: Kluwer 2012, p. 76-77.

²²⁴ Net als onder de voorgestelde FE-uitzondering, geldt dit thans alleen voor Turkije.

²²⁵ Voor zover het stakingsverlies betrekking heeft op een als belegging gehouden onroerende zaak of medegerechtigdheid tot het vermogen van een onderneming geldt deze geografische voorwaarde niet.

Teneinde een verlies onder de keuzeregeling aan te kunnen merken als een finaal verlies, moet het verlies voldoen aan het historisch en toekomstig uitputtingsvereiste van de Marks & Spencer uitzondering.²²⁶ Op grond van het historisch uitputtingsvereiste moet op het vereffeningsmoment of stakingsmoment sprake zijn van compensabele verliezen die op basis van de fiscale wetgeving van de vestigingsstaat van de dochter respectievelijk vaste inrichting zijn vastgesteld. Bovendien mag ten aanzien van deze compensabele verliezen geen tegemoetkoming aan de belastingplichtige of een met hem verbonden lichaam zijn geboden.

Op grond van het toekomstig uitputtingsvereiste moet de onderneming van de dochtervennootschap of vaste inrichting onder de keuzeregeling op het vereffeningsmoment respectievelijk stakingsmoment geheel zijn gestaakt of buiten concern zijn voortgezet zodat niet langer een mogelijkheid tot verliesverrekening bestaat. Indien de onderneming van de vennootschap of vaste inrichting binnen het concern is voortgezet dan wordt het liquidatieverlies of stakingsverlies op grond van art. 13e of 15j, Wet VPB 1969 doorgeschoven naar de moedervennootschap respectievelijk het hoofdhuis. Mochten de voortgezette activiteiten in de toekomst worden gestaakt, dan kan het liquidatieverlies of stakingsverlies alsnog op het niveau van de moedervennootschap of het hoofdhuis in aanmerking worden genomen. Onder de keuzeregeling wordt belastingplichtigen nog wel de mogelijkheid om het finale verlies direct in aanmerking te nemen, mits kan worden aangetoond dat de voortzetting binnen het concern is gestoeld op zakelijke gronden.

Voor het finale verlies van een dochtervennootschap wordt op grond van het toekomstig uitputtingsvereiste nog een aanvullende voorwaarde gesteld. Deze voorwaarde impliceert dat de belastingplichtige bij de toepassing van de keuzeregeling moet kunnen aantonen dat de compensabele verliezen van de dochtervennootschap op het vereffeningsmoment ook niet door een derde hadden kunnen worden benut door een overdracht van de vennootschap tegen een prijs waarbij rekening wordt gehouden met de waarde van de aanwezige compensabele verliezen. Mocht een dergelijke mogelijkheid bestaan, dan bestaat geen recht op de verrekening van een finaal verlies onder de keuzeregeling.

Onder de keuzeregeling kunnen ook finale kleindochterverliezen worden verrekend. De belastingplichtige kan evenwel alleen finale kleindochterverliezen in aanmerking nemen indien zowel de dochter- als de kleindochtervennootschap in dezelfde lidstaat zijn gevestigd. Teneinde finale kleindochterverliezen direct in aanmerking te kunnen nemen, zullen de dochter en kleindochter gezamenlijk moeten voldoen aan de voorwaarden uit art. 13d, lid 11 en lid 12, Wet VPB 1969. Op grond van het historisch en toekomstig uitputtingsvereiste moet de moeder in dit kader kunnen aantonen dat het kleindochterverlies niet door een derde in aanmerking had kunnen worden genomen, waarbij tevens moet worden uitgesloten dat de dochter het compensabele verlies in aanmerking had kunnen nemen. Om te voorkomen dat een kleindochterverlies dubbel kan worden verrekend, wordt aan art. 13d, lid 5, Wet VPB 1969 een nieuwe doorkijkbepaling toegevoegd. Deze doorkijkbepaling bepaalt dat een forfaitair liquidatieverlies niet in aanmerking kan worden genomen voor zover dit betrekking heeft op een deelneming die reeds is vereffend en hierbij al een finaal kleindochterverlies in aanmerking is genomen.

Indien is vastgesteld dat een finaal verlies aan de voorwaarden van de keuzeregeling voldoet, moet dit verlies op het vereffenings- of stakingstijdstip worden omgerekend naar Nederlandse maatstaven. Door de omrekening wordt het verlies vastgesteld alsof de vennootschap of vaste inrichting in Nederland is gevestigd.²²⁷ Nederland is immers verplicht om finale verliezen in aanmerking te nemen, waarbij de verrekening van de buitenlandse verliezen niet nadeliger mag uitvallen dan de verrekening van binnenlandse verliezen. Indien het omgerekende finale verlies lager is dan het niet-omgerekende finale verlies, mag Nederland dus ook het omgerekende bedrag in aanmerking nemen. De belastingplichtige kan onder de keuzeregeling uiteindelijk enkel de laagste van de twee verliesbedragen als verlies in aanmerking nemen.

²²⁶ De keuzeregeling kan hiertoe deels verwijzen naar de voorwaarden in art 13d, lid 11, Wet VPB 1969. De aanvullende voorwaarden kunnen dan in de nieuwe keuzeregeling van art. 13d, lid 12 worden opgenomen.

²²⁷ Deze omrekening vindt plaats op basis van de Nederlandse fiscale wetgeving. Een soortgelijke omrekening vindt in principe ook jaarlijks plaats onder de objectvrijstelling van art. 15e, Wet VPB 1969. Een omrekening over meerdere boekjaren vindt thans al plaats onder art. 15i, lid 2, Wet VPB 1969.

Bij de keuze voor een verrekening van de finale grensoverschrijdende verliezen, zal de wetgever ook het wetsvoorstel van het kabinet inzake een wijziging van de verliesverrekeningsregels in acht moeten nemen. Zoals eerder toegelicht, heeft het kabinet voorgesteld om de verrekening van compensabele verliezen per 1 januari 2022 te beperken tot 50% van de belastbare winst boven de 1 miljoen euro in combinatie met een onbeperkte verliesverrekeningstermijn. Aangezien de lengte van de verliesverrekeningstermijn van invloed is op de omrekening van het finale verlies naar Nederlandse maatstaven, betekent dit dat Nederland vanaf 1 januari 2022 mogelijk een hoger bedrag aan finale verliezen in aanmerking zal moeten nemen.

Onder de keuzeregeling kan een belastingplichtige het finale verlies van een ontbonden lichaam in de zin van art. 15, lid 5 en lid 8, Wet VPB 1969 in aanmerking nemen. Indien dit finale verlies al dan niet gedeeltelijk voortvloeit uit een (klein)dochter- of vaste-inrichtingsverlies dat ook reeds binnen een fiscale eenheid met het resultaat van de belastingplichtige is verrekend, zal dubbele verliesverrekening optreden. Daarom blijft art. 13d, lid 9, Wet VPB 1969 onder de keuzeregeling van toepassing. Daarnaast kan onder de keuzeregeling dubbele verliesverrekening optreden indien de belastingplichtige het finale verlies van een verbonden (klein)dochter in aanmerking neemt voor zover dit verlies voortvloeit uit een afwaardering op een vordering die betrekking heeft op een verlies van de schuldenaar welk verlies ook reeds binnen een fiscale eenheid met de belastingplichtige in aanmerking is genomen. Daarom blijft ook art. 13d, lid 10, Wet VPB 1969 onder de keuzeregeling van toepassing. Teneinde dubbele verliesverrekening te voorkomen, wordt onder art. 13d, lid 9 en 10, Wet VPB 1969 een vermindering aangebracht op het opgeofferde bedrag. Aangezien het liquidatieverlies onder de keuzeregeling is gebaseerd op het finale verlies en niet op het opgeofferde bedrag, moet onder de keuzeregeling echter niet het opgeofferde bedrag worden verminderd, maar moet de vermindering direct worden aangebracht op het finale liquidatieverlies van de keuzeregeling.

Onder de huidige verliesverrekeningstermijn bestaat de neiging om het in aanmerking nemen van liquidatie- en stakingsverliezen uit te stellen, omdat compensabele verliezen na zes boekjaren kunnen verdampen. De temporele voorwaarde is in dit kader dan ook een effectief middel om uitstel van verliesneming tegen te gaan. De relevantie van deze voorwaarde zal onder de voorgestelde verliestemporisatie echter afnemen, omdat compensabele verliezen dan niet langer meer kunnen verdampen. De enige planningsmogelijkheid van belastingplichtigen betreft dan nog het uitstellen van een liquidatie- of stakingsverlies tot een boekjaar waarin de belastbare winst meer dan 1 miljoen euro bedraagt. Het is dan ook de vraag of de introductie van een complexe temporele voorwaarde wel proportioneel is. Wat mij betreft zijn de temporele voorwaarde en de bijbehorende doorkijkbepaling onder de voorgestelde verliestemporisatie niet langer nodig en kunnen de temporele voorwaarde en de bijbehorende doorkijkbepaling om eenvoudsredenen komen te vervallen.

5.5.2. De keuzeregeling bij een overgang naar de alternatieve fiscale groepsregeling

Mocht in de toekomst een alternatieve fiscale groepsregeling worden ingevoerd, dan behoeft de systematiek van de liquidatie- en stakingsverliesregeling geen wijziging.²²⁸ Net als onder het fiscale-eenheidsregime, blijft onderlinge verliesverrekening immers onder alle varianten van de alternatieve fiscale groepsregeling mogelijk. De varianten verschillen enkel in de systematiek waarlangs de verliezen worden verrekend. Nederland blijft onder een alternatieve groepsregeling dan ook eenzelfde verplichting houden om finale grensoverschrijdende verliezen in aanmerking te nemen. Aan deze verplichting kan invulling gegeven blijven worden via de keuzeregeling. De wijze waarop de grensoverschrijdende verliesverrekening precies onder de keuzeregeling zal plaatsvinden, hangt echter af van de vormgeving van de alternatieve groepsregeling.

Het Kabinet heeft voorgesteld om onder een alternatieve fiscale groepsregeling dezelfde belastingplichtigen toe te laten die ook onderdeel kunnen uitmaken van het fiscale-eenheidsregime.²²⁹ Dit betekent dat voor de huidige fiscale-eenheidsvarianten een soortgelijk alternatief zal moeten worden geïntroduceerd.²³⁰ Onder deze voorwaarden geldt in principe een bezitseis van 95%. Mocht de wetgever er evenwel voor kiezen

²²⁸ In art. 13d, lid 8 t/m 10, Wet VPB 1969 zullen enkel de verwijzingen naar de fiscale eenheid moeten worden aangepast tot verwijzingen naar de alternatieve fiscale groep.

²²⁹ Brief staatssecretaris van Financiën van 15 september 2020, nr. 2020-0000168588, p. 11.

²³⁰ Denk aan de geïntegreerde keten van vennootschappen in binnenlandse situaties alsmede aan de zuster- en Papillon-fiscale eenheid in grensoverschrijdende situaties.

om de bezitseis te verlagen tot minder dan 50%, dan zal de keuzeregeling niet langer beperkt kunnen blijven tot EU/EER situaties. Op grond van de vrijheid van kapitaal zal dan ook ten aanzien van vennootschappen in derde landen de mogelijkheid moeten worden geboden om finale verliezen te kunnen verrekenen.

De keuzeregeling biedt de mogelijkheid om een finaal verlies in aanmerking te nemen bij een Nederlandse belastingplichtige die in het directe bezit is van de buitenlandse dochter- en/of kleindochter.²³¹ Onder het fiscale-eenheidsregime kan een verlies daarentegen worden verrekend met de resultaten van alle fiscale-eenheidsmaatschappijen. Een liquidatie- of stakingsverlies van een buitenlands lichaam kan onder het fiscale-eenheidsregime echter alsnog door andere groepslichamen in aanmerking worden genomen, mits deze lichamen deel uitmaken van dezelfde fiscale eenheid. Indien het buitenlandse lichaam onderdeel had kunnen uitmaken van de fiscale eenheid, had zij immers ook een fiscale eenheid met die andere lichamen gevormd en de verliezen kunnen verrekenen met de resultaten van andere fiscale-eenheidsmaatschappijen.

Onder de systemen van resultatenpooling en verliesoverdracht zal het buitenlandse groepslichaam het finale verlies onder de keuzeregeling overhevelen naar de Nederlandse belastingplichtige. Onder een systeem van winstoverdracht zal de Nederlandse belastingplichtige echter in principe (een deel van) de belastbare winst van een groepslichaam overhevelen om het finale verlies in het buitenland te kunnen verrekenen, waardoor de keuzeregeling niet meer aan bod komt. Dit leidt evenwel tot eenzelfde resultaat als onder de systemen van resultatenpooling en verliesoverdracht, omdat de belastbare winst van de belastingplichtige in alle gevallen met een gelijk bedrag afneemt. Daarom stel ik voor om ook onder een regeling van winstoverdracht het finale verlies van een buitenlands lichaam via de keuzeregeling in Nederland in aanmerking te nemen.

Onder de drie varianten van de alternatieve fiscale groepsregeling kan een finaal verlies ook door meerdere groepslichamen worden verrekend. Een finaal verlies wordt hiertoe eerst onder de keuzeregeling als onderdeel van de zelfstandige belastbare winst bij het Nederlandse hoofdhuis of bij de Nederlandse moedervenootschap in aanmerking genomen. Vervolgens kan het verlies van deze moedervenootschap of dit hoofdhuis onder de alternatieve groepsregeling worden overgedragen aan één of meerdere groepslichamen, mits deze lichamen onderdeel uitmaken van dezelfde alternatieve fiscale groep. In hoeverre deze finale verliezen uiteindelijk door de belastingplichtige en haar fiscale groepslichamen kan worden benut, zal afhankelijk zijn van de precieze vormgeving van de alternatieve groepsregeling.²³²

Onder een regeling van verliesoverdracht is het nog wel de vraag hoe de keuzeregeling uitwerkt indien een verlies alleen aan een ander lichaam kan worden overgedragen voor zover dat verkrijgende lichaam belastbare winst bezit. Dit vraagstuk doet zich ook voor bij een regeling van winstoverdracht indien winsten alleen kunnen worden overgedragen voor zover het overdragende lichaam belastbare winst heeft.²³³ Mocht het finale verlies hoger zijn dan de belastbare winst van de belastingplichtige, dan zal een gedeelte van het finale verlies onder zowel de regeling van winst- als verliesoverdracht immers niet bij de belastingplichtige in aanmerking kunnen worden genomen en zodoende onverrekend blijven.²³⁴ In een Nederlandse situatie zou dit verlies echter ook bij dit lichaam onverrekend blijven. Daarom meen ik dat onder de keuzeregeling alleen een finaal verlies kan worden verrekend voor zover dit niet leidt tot een negatieve belastbare winst.

5.5.3. Mogelijkheden voor de verrekening van forfaitaire liquidatie- en stakingsverliezen

Het forfaitair berekende liquidatie- en stakingsverlies zal in de meeste gevallen hoger zijn dan het finale grensoverschrijdende verlies. Hierdoor zal het gros van de belastingplichtigen ook na de introductie van een keuzeregeling een beroep blijven doen op de verrekening van de forfaitaire liquidatie- en stakingsverliezen.

²³¹ Mits de tussenliggende dochter in dezelfde EU/EER staat is gevestigd als de kleindochter.

²³² Hierbij kan worden gedacht aan de volgorde van verliesverrekening (eerst horizontale verliesverrekening of eerst verticale verliesverrekening). Voorts is van belang of winsten en verliezen zonder restricties kunnen worden overgedragen en gedurende hoeveel boekjaren deze overdrachtsmogelijkheid bestaat.

²³³ Onder een systeem van resultatenpooling alsmede onder het huidige fiscale-eenheidsregime doet deze problematiek zich niet voor, omdat alle fiscale groepsresultaten aan één lichaam worden toegerekend.

²³⁴ Q.W.J.C.H. Kok, 'Enkele aandachtspunten bij het ontwerpen van een verliesoverdrachtsregeling in de vennootschapsbelasting', WFR 2020/158, noot 6 en 34.

De belastingplichtigen die zich toch willen beroepen op de keuzeregeling zullen een extra inspanning moeten leveren. Zij moeten de omvang van het naar Nederlandse maatstaven omgerekende finale verlies alsmede de voldoening aan de aanvullend gestelde voorwaarden moeten doen blijken. Ik acht deze extra bewijslastverplichting verdedigbaar, omdat belastingplichtigen zelf voor de keuzeregeling hebben gekozen.

Alhoewel een keuzeregeling vanuit eenvoudsredenen misschien niet de meest aantrekkelijke mogelijkheid lijkt, biedt dit de wetgever op Europeesrechtelijk vlak wel nieuwe mogelijkheden. Door de introductie van een keuzeregeling stoelt de reguliere liquidatie- en stakingsverliesregeling namelijk niet langer op de Marks & Spencer uitzondering. De wetgever zal door de introductie van de keuzeregeling dan ook meer mogelijkheden krijgen om te bepalen op welke wijze een forfaitair liquidatie- en stakingsverlies in aftrek kan worden beperkt. De wetgever heeft in dit kader drie mogelijkheden om tot een inperking over te gaan.

De eerste mogelijkheid betreft het temporiseren van de verrekening van het forfaitaire liquidatie- of stakingsverlies. Dit kan worden bewerkstelligd door aan art. 13d, lid 2 en art. 15i, lid 2, Wet VPB 1969 een zin toe te voegen dat de verrekening van een liquidatie- of stakingsverlies slechts mogelijk is tot een bepaald percentage van de belastbare winst (vóór aftrek van het desbetreffende liquidatie- of stakingsverlies). Indien zou worden aangesloten bij de voorgestelde verliestemporisering, betekent dit dat de aftrek van een liquidatie- of stakingsverlies van meer dan 1 miljoen euro wordt beperkt tot maximaal 50% van de belastbare winst.²³⁵ Het liquidatie- en stakingsverlies dat in een jaar niet in aftrek kan worden gebracht, wordt dan onbeperkt voortgewenteld. Deze benadering wordt gesteund door de Adviescommissie belastingheffing van multinationals, VNO-NCW en MKB-Nederland.²³⁶

De tweede mogelijkheid betreft de keuze om liquidatie- en stakingsverliezen tot een maximumbedrag in aanmerking te nemen. De wetgever heeft thans voor deze benadering gekozen door liquidatie- en stakingsverliezen boven de vijf miljoen euro in niet-EU/EER situaties in aftrek te beperken. Als gevolg van de keuzeregeling, krijgt de wetgever echter de mogelijkheid om de liquidatie- en stakingsverliezen boven de vijf miljoen euro ook in EU/EER situaties in aftrek te beperken. In dit kader kan aan art. 13d, lid 2 en art. 15i, lid 2, Wet VPB 1969 een zin worden toegevoegd dat een liquidatie- respectievelijk stakingsverlies van meer dan vijf miljoen euro niet in aanmerking kan worden genomen. Mocht de belastingplichtige een (hoger) finaal liquidatie- of stakingsverlies afkomstig uit de EU/EER in aanmerking willen nemen, dan zal zij een beroep moeten doen op de keuzeregeling met de daarbij behorende aanvullende voorwaarden.

Als laatste mogelijkheid kan de wetgever ervoor kiezen om onder de liquidatie- en stakingsverliesregeling alleen nog de finale buitenlandse verliezen afkomstig uit de EU/EER in aanmerking te nemen. Nederland voldoet met de voorgestelde keuzeregeling aan haar Europeesrechtelijke verplichting om deze finale verliezen in aanmerking te nemen. De overige bepalingen van de liquidatie- en stakingsverliesregeling kunnen dan voor zover mogelijk worden afgeschaft.²³⁷ Dit betekent ook dat een binnenlands liquidatieverlies niet langer in aanmerking kan worden genomen, omdat vennootschappen in een binnenlandse situatie in principe een fiscale eenheid kunnen vormen. Het nadeel van deze benadering is evenwel dat ten aanzien van alle binnenlandse en buitenlandse vennootschappen en vaste inrichtingen die geen onderdeel (kunnen) vormen van een fiscale eenheid, geen liquidatie- of stakingsverlies in aanmerking kan worden genomen.

Ik ben het met VNO-NCW en MKB-Nederland eens dat de liquidatie- en stakingsverliesregeling geen instrument is voor grondslaguitholling, omdat een bedrijf nooit uit is op investeringen in verliesgevende activiteiten.²³⁸ Een bedrijf beoogt immers te groeien door te investeren in nationale en/of internationale

²³⁵ Een andere temporisatiemogelijkheid zou zijn om aan te sluiten bij de systematiek van de renteaftrekbeperking van art. 15b, wet VPB 1969.

²³⁶ Adviescommissie belastingheffing van multinationals, 'Op weg naar balans in de vennootschapsbelasting', 15 april 2020, p. 135-136 en VNO-NVW en MKB-Nederland, 'Commentaar op pakket Belastingplan en Liquidatie- en stakingsverliesregeling', 25 september 2020, p. 13-15.

²³⁷ Deze benadering wordt ondersteund door Van den Dool en Nieuweboer, alhoewel zij voorstellen de liquidatie- en stakingsverliesregeling te vervangen door één regeling voor de verrekening van finale verliezen. Zie R.P. van den Dool en M. Nieuweboer, Een territoriale groepsregeling - deel 2, WFR 2019/235

²³⁸ VNO-NVW en MKB-Nederland, 'Commentaar op pakket Belastingplan en Liquidatie- en stakingsverliesregeling', 25 september 2020, p. 13-15.

winstgevende activiteiten. Mocht een investering onverhoopt tot een verlies leiden, dan wenst een bedrijf dit verlies op haar investering geheel in aanmerking te kunnen nemen. Een bedrijf zal minder snel risicovolle investeringen willen doen indien een eventueel investeringsverlies niet ten laste van de winst kan worden gebracht. Deze terughoudendheid om te investeren zal uiteindelijk ten koste gaan van de groei van Nederlandse bedrijven. Het is mijns inziens dan ook wenselijk dat de verrekening van liquidatie- en stakingsverliezen niet qua omvang wordt gemaximeerd, maar juist wordt getemporeerd.

Het feit dat de liquidatie- en stakingsverliesregeling geen instrument is voor grondslaguitholling kan ook worden afgeleid uit het rapport van de Adviescommissie belastingheffing van multinationals.²³⁹ De Adviescommissie merkt in dit rapport op dat multinationals zonder deze regelingen een grotere wereldwijde grondslag hebben dan binnenlandse bedrijven, omdat verliesverrekening dan alleen mogelijk is in binnenlandse situaties. Tegelijkertijd kunnen deze regelingen er echter ook toe leiden dat multinationals een smallere Nederlandse grondslag hebben dan binnenlandse bedrijven, omdat zij liquidatie- en stakingsverliezen die wereldwijd zijn geleden ten laste van hun Nederlandse grondslag kunnen brengen.

De liquidatie- en stakingsverliesregeling leidt thans tot een onevenwichtigheid, omdat Nederland relatief grote grensoverschrijdende verliezen importeert. Bedrijven met winstgevende activiteiten in Nederland kunnen hierdoor jarenlang geen vennootschapsbelasting betalen. De liquidatie- en stakingsverliezen die in een boekjaar tot een negatieve belastbare winst leiden, kunnen immers als compensabele verliezen in de toekomst worden verrekend. Het is in dit kader dan ook wenselijk om in de vennootschapsbelasting een ondergrens te creëren voor bedrijven met winstgevende activiteiten in Nederland.²⁴⁰ Teneinde een bodem in de vennootschapsbelasting te creëren, heeft de wetgever inmiddels voorgesteld om de verliesverrekening te temporeren. Bij de liquidatie- en stakingsverliesregeling heeft de wetgever er echter voor gekozen om de aftrek van liquidatie- en stakingsverliezen in non-EU/EER situaties te beperken tot vijf miljoen euro.

Ik acht het wenselijk dat de wetgever ook de verrekening van de forfaitair berekende liquidatie- en stakingsverliezen temporeert. Door deze verliezen te temporeren, kan een multinational met winstgevende activiteiten in Nederland niet langer zijn volledige grondslag afkomen met liquidatie- en stakingsverliezen, maar blijft het verlies op termijn wel volledig in Nederland aftrekbaar. Dit zal de liquidatie- en stakingsverliesregeling naar mijn mening evenwichtiger maken. Door de introductie van de keuzeregeling, zal de wetgever de mogelijkheid krijgen om de verrekening van forfaitaire liquidatie- en stakingsverliezen ook in EU/EER situaties te temporeren. Door deze temporeringsregeling, kan een liquidatie- en stakingsverlies, ongeacht waar dit verlies is geleden, toch geheel in aanmerking worden genomen, terwijl de Nederlandse belastinggrondslag als gevolg van de temporeringsregeling slechts beperkt kan worden verlaagd.

5.6. Deelconclusie

Het Kabinet heeft een wetsvoorstel ingediend waarmee het beoogt de planningsmogelijkheden bij de toepassing van de liquidatie- en stakingsverliesregeling te verkleinen middels een temporele voorwaarde alsmede de omvang van het in aanmerking te nemen verliesbedrag in te perken middels een territoriale en kwantitatieve voorwaarde. In dit hoofdstuk is gebleken dat de jurisprudentie van het HvJ op het vlak van de kwantitatieve voorwaarde nog niet is uitgekristalliseerd. Hierdoor zal de kwantitatieve voorwaarde tot veel rechtsonzekerheid onder belastingplichtigen gaan leiden. Daarnaast is gebleken dat niet duidelijk is in hoeverre een verlies onder de temporele voorwaarde mag worden geweigerd indien een lichaam na staking van haar onderneming andere activiteiten gaat uitoefenen. Ook dit leidt tot rechtsonzekerheid.

Indien daadwerkelijk de wens bestaat om de verrekening van grensoverschrijdende verliezen zo veel mogelijk te beperken, kan de wetgever er ook voor kiezen om enkel de finale grensoverschrijdende verliezen te verrekenen. De wetgever heeft met de FE-uitzondering immers erkend dat een belastingplichtige zich via de per-elementbenadering kan beroepen op de Marks & Spencer uitzondering. De belastingplichtige kan

²³⁹ Adviescommissie belastingheffing van multinationals, Op weg naar balans in de vennootschapsbelasting, 15 april 2020, p. 104-105 en p. 135-136

²⁴⁰ Adviescommissie belastingheffing van multinationals, Op weg naar balans in de vennootschapsbelasting, 15 april 2020, p. 13-14

in dat geval enkel finale grensoverschrijdende verliezen onder de liquidatie- en stakingsverliesregeling in aanmerking nemen indien het ontbonden lichaam is gevestigd in een staat van de EU/EER en een fiscale eenheid met de belastingplichtige had kunnen vormen indien het lichaam in Nederland was gevestigd.

De wetgever heeft aangekondigd het fiscale-eenheidsregime te willen vervangen door een nieuwe fiscale groepsregeling en heeft geconstateerd dat er voor twee groepsregelingen voldoende draagvlak bestaat. Dit betreft enerzijds de continuatie van het fiscale-eenheidsregime, inclusief de spoedreparatiemaatregelen en indien nodig uitgebreid met aanvullende reparatiemaatregelen. Anderzijds betreft dit de introductie van een alternatieve fiscale groepsregeling in de vorm van een regeling van verlies- of winstoverdracht dan wel systeem van resultatenpooling. Nederland heeft op grond van de Marks & Spencer uitzondering onder beide groepsregelingen eenzelfde verplichting om finale grensoverschrijdende verliezen in aanmerking te nemen.

Aangezien de huidige liquidatie- en stakingsverliesregeling niet geheel in lijn is met de jurisprudentie van het HvJ omtrent de Marks & Spencer uitzondering, is het wenselijk om een keuzeregeling te introduceren. Op basis van deze keuzeregeling wordt belastingplichtigen de mogelijkheid geboden om finale verliezen in de zin van de Marks & Spencer uitzondering in aanmerking te nemen. De vormgeving van deze keuzeregeling sluit nauw aan bij de jurisprudentie van het HvJ waardoor de resterende bepalingen van de liquidatie- en stakingsverliesregeling niet langer in strijd kunnen zijn met het EU-recht. De voorgestelde territoriale, kwantitatieve en temporele voorwaarden kunnen met de komst van een keuzeregeling komen te vervallen.

Door in de liquidatie- en stakingsverliesregeling een aanvullende keuzeregeling op te nemen waarbij aan alle Europeesrechtelijke verplichtingen wordt voldaan, kan de wetgever de resterende liquidatie- en stakingsverliesregeling naar wens invullen zonder in strijd te komen met het EU-recht. Aangezien het forfaitaire liquidatie- en stakingsverlies in de meeste gevallen hoger zal zijn dan het finale verlies, zal het gros van de belastingplichtigen ook na de introductie van een keuzeregeling een beroep blijven doen op de verrekening van het forfaitaire liquidatie- en stakingsverlies. De wetgever kan er in dit kader voor kiezen om de verrekening van het forfaitaire liquidatie- en stakingsverlies te temporiseren, gedeeltelijk in aftrek te beperken of in zijn geheel niet meer in aftrek toe te staan. Teneinde een evenwichtige liquidatie- en stakingsverliesregeling tot stand te brengen, acht ik het wenselijk dat de verrekening van het forfaitaire liquidatie- en stakingsverlies door de wetgever wordt getemporeerd.

Hoofdstuk 6: Conclusie

6.1. Samenvatting van het onderzoek

In deze scriptie is onderzoek gedaan naar de Europeesrechtelijke verplichting van Nederland om finale grensoverschrijdende verliezen in aanmerking te nemen. Aan de hand van de bevindingen van het onderzoek wordt in dit laatste hoofdstuk een antwoord gegeven op de volgende onderzoeksvraag:

Is het wenselijk dat de wetgever in aanvulling op de huidige liquidatie- en stakingsverliesregeling een mogelijkheid gaat bieden om finale grensoverschrijdende verliezen in aanmerking te kunnen nemen en hoe zou deze verliesverrekeningsmogelijkheid dan het beste kunnen worden vormgegeven met het oog op de mogelijke vervanging van het fiscale-eenheidsregime door een alternatieve fiscale groepsregeling?

Ter beantwoording van de onderzoeksvraag is in hoofdstuk twee allereerst onderzocht in hoeverre Nederland Europeesrechtelijk de verplichting heeft om onder haar fiscale-eenheidsregime finale grensoverschrijdende verliezen in aanmerking te nemen. Onder het fiscale-eenheidsregime kan een groep van lichamen onder voorwaarden worden behandeld alsof zij één belastingplichtige vormen. Door de fiscale consolidatie worden alle vermogensbestanddelen en resultaten op fiscale-eenheidsniveau gesaldeerd waardoor de winsten en verliezen van de fiscale-eenheidsmaatschappijen onderling worden verrekend.

Uit de jurisprudentie van het HvJ is gebleken dat een lidstaat niet verplicht is om grensoverschrijdende verliezen direct onder een fiscale groepsregeling in aanmerking te nemen. Een lidstaat heeft daarentegen wel de verplichting om eventuele finale grensoverschrijdende verliezen onder een fiscale groepsregeling in aanmerking te nemen, mits deze lidstaat een fiscale groepsregeling kent waarbij verliezen in een binnenlandse situatie ook onderling kunnen worden verrekend. In de jurisprudentie van het HvJ is nog niet expliciet aan bod gekomen in hoeverre finale grensoverschrijdende verliezen onder het fiscale-eenheidsregime in aanmerking moeten worden genomen. Wel is expliciet bevestigd dat een finaal verlies in aanmerking moet worden genomen onder een regeling van verlies- en winstoverdracht.

Voorgenoemde verplichting is van overeenkomstige toepassing op de objectvrijstelling. In een binnenlandse situatie kan een vaste-inrichtingsverlies namelijk direct ten laste van de winst van het hoofdhuis worden gebracht. Onder de objectvrijstelling is dit niet mogelijk, omdat het vaste-inrichtingsresultaat onder de objectvrijstelling wordt vrijgesteld. Een lidstaat mag daarom alleen een objectvrijstelling hanteren onder de voorwaarde dat ook finale vaste-inrichtingsverliezen uiteindelijk in aanmerking kunnen worden genomen.

Nederland is niet verplicht om een grensoverschrijdende fiscale eenheid te faciliteren. Door de toekenning van een grensoverschrijdende fiscale-eenheidsbeschikking zou een moedervenootschap namelijk vrijelijk kunnen kiezen in welke lidstaat de verliezen van haar dochtervenootschap in aanmerking worden genomen. Een Nederlandse belastingplichtige kan zich ten aanzien van een buitenlandse dochtervenootschap of vaste inrichting wel via de per-elementbenadering beroepen op een element van het fiscale-eenheidsregime. Een belastingplichtige kan zich hierbij beroepen op alle fiscale-eenheidselementen, tenzij er voor het weigeren van een voordelig fiscale-eenheidselement een rechtvaardiging bestaat.

Uit de jurisprudentie van het HvJ is gebleken dat een belastingplichtige zich onder een systeem van resultatenpooling succesvol kan beroepen op de horizontale verrekening van finale grensoverschrijdende vaste-inrichtingsverliezen. Ingeval van een finaal verlies bestaat niet langer een keuzemogelijkheid waar het verlies wordt verrekend en is er geen rechtvaardigingsgrond meer om het verlies te weigeren. Een systeem van resultatenpooling is qua systematiek vergelijkbaar met het fiscale-eenheidsregime, omdat de consolidatie van winsten en verliezen er onder beide regelingen voor zorgt dat onderlinge verliesverrekening binnen de fiscale groep mogelijk is. Ik ben daarom van mening dat Nederland een beroep op de verrekening van een finaal grensoverschrijdend verlies middels de per-elementbenadering niet kan weigeren.

Gezien het feit dat Nederland onder het fiscale-eenheidsregime ook finale grensoverschrijdende verliezen in aanmerking moet nemen, is het van belang om na te gaan wanneer er precies sprake is van dergelijke finale verliezen. In hoofdstuk drie is daarom nagegaan vanaf welk moment en in welke situaties er sprake is van een finaal grensoverschrijdend verlies dat door Nederland onder het fiscale-eenheidsregime in aanmerking moet worden genomen. In dit kader gebleken dat sprake is van een finaal grensoverschrijdend verlies indien een grensoverschrijdende verlies voldoet aan het historisch en toekomstig uitputtingsvereiste.

Het historisch uitputtingsvereiste impliceert dat alle verliesverrekeningsmogelijkheden in de vestigingsstaat van de dochtervennootschap moeten zijn uitgeput in het jaar waarin de moedervennootschap de finale verliezen van de dochtervennootschap in aanmerking wenst te nemen alsmede in vroegere belastingjaren. Deze voorwaarden zijn van overeenkomstige toepassing op de verliezen van vaste inrichtingen. Er is niet aan het historische uitputtingsvereiste van Marks & Spencer voldaan indien een verlies als gevolg van de nationale wetgeving van een andere lidstaat nooit of niet langer in aanmerking kan worden genomen. Het verlies moet dus op grond van de nationale wetgeving van een lidstaat nog kunnen worden verrekend.

Het toekomstig uitputtingsvereiste impliceert dat pas kan worden gesproken van een finaal verlies indien er geen mogelijkheid meer bestaat dat het compensabele verlies van de dochtervennootschap in toekomstige belastingjaren wordt verrekend. Ook deze voorwaarden zijn van overeenkomstige toepassing op vaste inrichtingen. Voor dit uitputtingsvereiste moeten alle activiteiten van de vennootschap of vaste inrichting zijn gestaakt. Daarnaast kan voor een verlies van een vennootschap de eis worden gesteld dat deze moet worden geliquideerd. Tenslotte moet worden aangetoond dat de compensabele verliezen ook niet door een derde hadden kunnen worden benut door een overdracht van de vennootschap tegen een prijs waarbij rekening wordt gehouden met de waarde van de compensabele verliezen van deze vennootschap.

Nederland is qua reikwijdte enkel verplicht om finale dochter-, kleindochter- en vaste-inrichtingsverliezen in aanmerking te nemen indien de betreffende vennootschap of vaste inrichting is gevestigd in de EU/EER. Finale kleindochterverliezen hoeven in dit kader alleen onder het fiscale-eenheidsregime in aanmerking te worden genomen indien zowel de dochtervennootschap als de kleindochtervennootschap in dezelfde lidstaat zijn gevestigd. Teneinde finale kleindochterverliezen in aanmerking te kunnen nemen, zal ten aanzien van beide vennootschappen een beroep moeten worden gedaan op de per-elementbenadering.

Nederland is pas verplicht om finale verliezen onder het fiscale-eenheidsregime in aanmerking te nemen vanaf het moment dat de buitenlandse vennootschap of vaste inrichting voldoet aan de voorwaarden van het fiscale-eenheidsregime. Aangezien de verrekening van een finaal buitenlands verlies niet nadeliger mag uitvallen dan de verrekening van een binnenlands verlies, zal het finale buitenlandse verlies moeten worden omgerekend naar Nederlandse maatstaven. Het finale verlies dat de importerende staat uiteindelijk in aanmerking moet nemen kan evenwel niet hoger zijn dan het compensabele verlies dat conform de wetgeving van de andere lidstaat is vastgesteld. Het staat Nederland vrij om alsnog een finaal verlies te weigeren in misbruiksituaties, mits de belastingplichtige een tegenbewijsmogelijkheid wordt geboden.

Onder het fiscale-eenheidsregime is het thans niet mogelijk om finale grensoverschrijdende verliezen in aanmerking te nemen. De Nederlandse wetgever meent namelijk dat zij met de liquidatie- en stakingsverliesregeling al aan haar Europeesrechtelijke verplichtingen voldoet om deze finale verliezen in aanmerking te nemen. In de literatuur bestaat echter geen eenduidigheid over deze stellingname. Daarom is in hoofdstuk vier onderzocht in hoeverre de liquidatie- en stakingsverliesregeling een juiste invulling vormt van de Europese verplichting om finale grensoverschrijdende verliezen in aanmerking te nemen.

Uit het onderzoek is gebleken dat de liquidatieverliesregeling qua reikwijdte meer mogelijkheden biedt om een finaal verlies in aanmerking te nemen dan Europeesrechtelijk wordt voorgeschreven. Nederland is enkel verplicht om de finale verliezen in aanmerking te nemen van deelnemingen in EU/EER-lichamen die deel hadden kunnen uitmaken van een fiscale eenheid indien zij in Nederland zouden zijn gevestigd. Onder de liquidatieverliesregeling kunnen echter alle liquidatieverliezen worden verrekend. Ten aanzien van kleindochters is de regeling wel strijdig bevonden met het EU-recht. Kleindochterverliezen kunnen onder

de liquidatieverliesregeling indirect in aanmerking worden genomen via de tussenhoudsterbepaling. Indien zowel de tussenhoudster als de kleindochter in dezelfde EU/EER staat zijn gevestigd, is Nederland echter verplicht om finale kleindochterverliezen direct onder het fiscale-eenheidsregime in aanmerking te nemen.

Nederland heeft op grond van het EU-recht de verplichting om het naar Nederlandse maatstaven omgerekende finale buitenlandse verlies van een dochtervennootschap in aanmerking te nemen. Mocht dit verlies hoger uitvallen dan het forfaitair berekende liquidatieverlies, dan is de liquidatieverliesregeling mijns inziens in strijd met het EU-recht. Ik acht ook de visie van de Staatssecretaris dat een liquidatieverlies mag worden geweigerd indien er verrekening onder een groepsregime mogelijk had kunnen zijn in strijd met het EU-recht. Finale verliezen kunnen hierdoor namelijk niet altijd geheel in Nederland worden verrekend. Ten slotte kan geen liquidatieverlies in aanmerking worden genomen indien de onderneming van een lichaam op het vereffeningstijdstip binnen concern is voortgezet. Het fiscale-eenheidsregime kent daarentegen geen niet-voortzettingseis. Aangezien de belastingplichtige geen mogelijkheid wordt geboden om aan te tonen dat de voortzetting een zakelijke reden heeft, acht ik deze eis strijdig met het EU-recht.

Ook de stakingsverliesregeling is gebonden aan het EU-recht. De stakingsverliesregeling is ruimer dan door het EU-recht wordt voorgeschreven, omdat Nederland enkel verplicht is om finale vaste-inrichtingsverliezen afkomstig uit de EU/EER in aanmerking te nemen. Onder de regeling kunnen thans echter alle vaste-inrichtingsverliezen in aanmerking worden genomen. De stakingsverliesregeling is evenwel strijdig met het EU-recht indien het naar Nederlandse maatstaven omgerekende EU/EER finale vaste-inrichtingsverlies hoger is dan het stakingsverlies. Net als bij de liquidatieverliesregeling, acht ik ook de niet-voortzettingseis onder de stakingsverliesregeling strijdig met het EU-recht, omdat er geen mogelijkheid bestaat om aan te tonen dat geen sprake is van misbruik. Tenslotte acht ik de driejaarseis in strijd met het EU-recht, omdat deze eis niet geldt bij de staking van een binnenlandse vaste inrichting en de eis geen tegenbewijsregeling kent.

Aangezien de liquidatie- en stakingsverliesregeling op bepaalde vlakken in strijd is met het EU-recht, vormt de regeling geen juiste invulling van de verplichting om finale verliezen in aanmerking te nemen. Daarnaast zal het onderhavige wetsvoorstel inzake een inperking van de liquidatie- en stakingsverliesregeling tot rechtsonzekerheid onder belastingplichtigen gaan leiden. Het Kabinet heeft inmiddels aangekondigd het fiscale-eenheidsregime op termijn te willen vervangen door een nieuwe fiscale groepsregeling en heeft geconstateerd dat er voor twee groepsregelingen voldoende draagvlak bestaat. Dit betreft enerzijds de continuatie van het fiscale-eenheidsregime, inclusief de spoedreparatiemaatregelen en indien nodig uitgebreid met aanvullende reparatiemaatregelen. Anderzijds betreft dit de introductie van een alternatieve groepsregeling in de vorm van een regeling van verlies- of winstoverdracht dan wel een systeem van resultatenpooling. In hoofdstuk vijf is daarom nagegaan welke mogelijkheden de wetgever heeft om in aanvulling op de liquidatie- en stakingsverliesregeling ook finale verliezen in aanmerking te gaan nemen en in hoeverre de introductie van een alternatieve fiscale groepsregeling deze mogelijkheden beïnvloedt.

Uit het onderzoek is gebleken dat Nederland onder beide groepsregelingen eenzelfde verplichting heeft om finale grensoverschrijdende verliezen in aanmerking te nemen. Aangezien de liquidatie- en stakingsverliesregeling thans niet geheel in lijn is met de jurisprudentie van het HvJ, is het wenselijk om in de liquidatie- en stakingsverliesregeling een keuzeregeling op te nemen. Op basis van deze keuzeregeling wordt een belastingplichtige op verzoek de mogelijkheid geboden om het finale verlies in aanmerking te nemen. De vormgeving van de keuzeregeling zal nauw aansluiten bij de jurisprudentie van het HvJ waardoor de resterende bepalingen van de liquidatie- en stakingsverliesregeling niet langer in strijd kunnen zijn met het EU-recht. Een belastingplichtige kan zich dan ook enkel op de keuzeregeling beroepen indien het ontbonden lichaam of de gestaakte vaste inrichting is gevestigd in de EU/EER en een fiscale eenheid met de belastingplichtige had kunnen vormen indien het lichaam of de vaste inrichting in Nederland was gevestigd. De territoriale, kwantitatieve en temporele voorwaarde kunnen in dit kader komen te vervallen.

Door in de liquidatie- en stakingsverliesregeling een aanvullende keuzeregeling op te nemen waarbij aan alle Europeesrechtelijke verplichtingen wordt voldaan, kan de wetgever de resterende liquidatie- en stakingsverliesregeling naar wens invullen. Aangezien het forfaitair berekende liquidatie- en stakingsverlies in de meeste gevallen hoger zal zijn dan het finale grensoverschrijdende verlies, zal het gros van de

belastingplichtigen een beroep blijven doen op de verrekening van het forfaitair berekende liquidatie- en stakingsverlies. De wetgever kan er in dit kader voor kiezen om de verrekening van het forfaitaire liquidatie- en stakingsverlies te temporiseren, gedeeltelijk in aftrek te beperken of in zijn geheel niet meer in aftrek toe te staan. Als gevolg van de keuzeregeling kan het voorgaande in zowel EU/EER als non-EU/EER situaties geschieden. Teneinde een evenwichtige liquidatie- en stakingsverliesregeling tot stand te brengen, acht ik het wenselijk dat de verrekening van het forfaitaire liquidatie- en stakingsverlies wordt getemporeerd.

6.2. Beantwoording van de onderzoeksvraag en aanbevelingen

Op basis van dit onderzoek kan worden geconcludeerd dat het vanuit Europeesrechtelijk perspectief wenselijk is dat de wetgever een mogelijkheid gaat bieden om finale grensoverschrijdende verliezen in aanmerking te nemen. Nederland is op grond van het EU-recht verplicht om finale grensoverschrijdende verliezen onder het fiscale-eenheidsregime te verrekenen. De invulling van deze verplichting via de liquidatie- en stakingsverliesregeling blijkt niet in lijn te zijn met het EU-recht. Daarnaast blijkt de voorgestelde inperking van deze regeling tot rechtsonzekerheid te leiden. Het is daarom wenselijk om in aanvulling op de liquidatie- en stakingsverliesregeling een nieuwe keuzeregeling te introduceren.

Op basis van de nieuw te introduceren keuzeregeling kan een belastingplichtige op verzoek het finale grensoverschrijdende verlies in aanmerking nemen. Deze keuzeregeling kan mijns inziens het beste worden vormgegeven door nauw aan te sluiten bij de vereisten die voortvloeien uit de jurisprudentie van het HvJ. Een beroep op de keuzeregeling zal daarom enkel worden toegestaan ten aanzien van een ontbonden (klein)dochtervennootschap of gestaakte vaste inrichting uit de EU/EER die een fiscale eenheid met de belastingplichtige had kunnen vormen indien zij in Nederland zou zijn gevestigd. Een vervanging van het fiscale-eenheidsregime door een alternatieve groepsregeling blijkt in dit kader niet van belang te zijn voor de vormgeving van de keuzeregeling. Nederland heeft namelijk onder beide fiscale groepsregelingen een zelfde Europeesrechtelijke verplichting om finale grensoverschrijdende verliezen in aanmerking te nemen.

Aangezien de keuzeregeling aan alle Europeesrechtelijke verplichtingen voldoet, zal de verrekening van de forfaitair berekende liquidatie- en stakingsverliezen niet langer gestoeld zijn op het EU-recht. De wetgever verkrijgt hierdoor de mogelijkheid om de resterende liquidatie- en stakingsverliesregeling naar wens in te vullen en kan hierbij ook verliezen in EU/EER situaties in aftrek beperken. Mocht daadwerkelijk worden overgegaan tot de invoering van de door mij voorgestelde keuzeregeling, dan acht ik het raadzaam dat de Nederlandse wetgever de verrekening van de forfaitaire liquidatie- en stakingsverliezen gaat temporiseren.

Voor enig vervolgonderzoek wordt aanbevolen om in de beoordeling van de wenselijkheid en optimale vormgeving van een finale grensoverschrijdende verliesverrekeningsmogelijkheid ook andere aspecten te betrekken. De wenselijkheid en optimale vormgeving zijn in dit onderzoek namelijk enkel beoordeeld vanuit een Europeesrechtelijk perspectief, terwijl ook andere aspecten in dit kader van belang kunnen zijn. Hiertoe kan bijvoorbeeld worden gekeken naar de uitvoerbaarheid van een finale verliesverrekeningsmogelijkheid. Enerzijds kan een complexe regeling namelijk leiden tot hoge lasten voor het bedrijfsleven. Anderzijds is het van belang dat de Belastingdienst naleving van de regeling kan afdwingen. Naast de uitvoerbaarheid, kan ook worden gekeken naar het effect van een finale verliesverrekeningsmogelijkheid op het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat. In dit kader zou een vergelijking kunnen worden gemaakt met de wijze waarop finale grensoverschrijdende finale verliezen in andere lidstaten in aanmerking worden genomen.

Ik sluit af met een aanbeveling aan het HvJ. Onder de Marks & Spencer uitzondering wordt uitgegaan van het compensabele verlies dat op grond van de wetgeving van een andere lidstaat is vastgesteld. Alvorens een finaal verlies in een lidstaat in aanmerking kan worden genomen, moet het compensabele verlies worden omgerekend naar de maatstaven van de importerende lidstaat. Het HvJ heeft nooit aangegeven waarom er in deze situatie geen sprake is van een dispariteit. Door de import van een buitenlands verlies dat op grond van de aldaar geldende wetgeving is vastgesteld, wordt namelijk de autonomie van de importerende lidstaat geschonden. De Marks & Spencer uitzondering lijkt dan ook onterecht een uitzondering te maken op het gegeven dat lidstaten niet hoeven op te draaien voor de nadelen die voortvloeien uit dispariteiten tussen nationale belastingstelsels. Ik geef het HvJ dan ook in overweging om de Marks & Spencer uitzondering in zijn geheel te laten vervallen, zodat de lidstaten niet langer voor een dispariteit hoeven op te draaien.

Bibliografie

Artikelen, boeken en rapporten

- Adviescommissie belastingheffing van multinationals, 'Op weg naar balans in de vennootschapsbelasting', 15 april 2020
- Blokland, G.M.R. en Honert, van den, M.J.A., 'X Holding vandaag de dag: kan de wetgever nu daadwerkelijk rustig ademhalen?', WFR 2011/782
- Bosch, M., 'Uitvergroet: Column door Maarten Bosch', V-N 2019/54.0
- Bossche, van den, A.M., 'Over de EU-grenzen aan fiscale concurrentie tussen lidstaten: Interne markt, Unietrouw, staatssteun', SEW 2016, nr. 7/8
- Broek, van den, J.J., 'Verliezen bij grensoverschrijdende fusies', NTFR 2019/33
- Dool, van den, R.P. en Nieuweboer, M., 'Een territoriale groepsregeling - deel 1', WFR 2019/227
- Dool, van den, R.P. en Nieuweboer, M., 'Een territoriale groepsregeling - deel 2', WFR 2019/235
- Geld, van der, J.A.G., en Hofman, A.W., De deelnemingsvrijstelling en deelnemingsverrekening (Fiscale Monografieën, nr. 149), Deventer: Wolters Kluwer 2017
- Gielen, R., Ip, W.Y. en Pieterse, L.J.A., 'Keuzeregeling voor liquidatieverliezen. Een voorstel tot wijziging van de liquidatieverliesregeling', in: G.F. Boulogne en L.J.A. Pieterse (red.), Aanbevelingen ter verbetering van het vestigingsklimaat voor ondernemingen. Tribuut aan Jaap Bellingwout (ZIFO-reeks nr. 6), Deventer: Kluwer 2012
- Groot, de, W.J.H.A., 'Keuzestelsel in de vennootschapsbelasting na 2007?', MBB 2006/02-02
- Hofman, A.W., 'Hoog tijd voor modernisering liquidatieverliesregeling', WFR 2014/787
- Heijligers, L.H.M., De liquidatie- en stakingsverliesregeling vergeleken, MBB 2019/9-32
- Heithuis, E.J.W., Dool, van den, R.P., Kampschöer, G.W.J.M., Nieuweboer, M., Smit, de, R.C. en Vollebregt, H.A., 'Compendium Vennootschapsbelasting', Deventer: Wolter Kluwer 2017
- Jankie, S., 'Het arrest-Groupe Steria is irrelevant voor de Nederlandse fiscale eenheid', WFR 2016/43
- Kemmeren, E.C.C.M., 'Marks & Spencer: balanceren op grenzeloze verliesverrekening', WFR 2006/2011
- Kiekebeld, B.J., 'Grensoverschrijdende verliesverrekening', NTFR 2007/47
- Kok, Q.W.J.C.H., 'De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting in EU-rechtelijk perspectief', TFO 2016/146.1
- Kok, Q.W.J.C.H., 'De objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten vergeleken met de deelnemingsvrijstelling', TFO 2013/128.2
- Kok, Q.W.J.C.H., 'De onmogelijkheid van een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting', WFR 2010/607

Kok, Q.W.J.C.H., 'Enkele aandachtspunten bij het ontwerpen van een verliesoverdrachtsregeling in de vennootschapsbelasting', WFR 2020/158

Kooiman, W.R., 'Nieuw besluit deelnemingsvrijstelling', NTFR 2017/670

NOB Commissie Wetsvoorstellen, NOB-commentaar Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling (35 568), 2 oktober 2020

Pötgens, F.P.G. en Bellingwout, J.W., 'Objectvrijstelling voor vaste inrichtingen: Much Ado About Nothing?', WFR 2012/654

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

Smit, D.S., Eijdsen, van, J.A.R., Kiekebeld, B.J., 'Algemeen; Schumacher-doctrine', Nederlands belastingrecht in Europees perspectief 2014/2.3.1

Sonderen, van, J.C.M. en Kok, Q.W.J.C.H., 'Over verliesverrekening in de tijd, grensoverschrijdende fiscale eenheden, de liquidatieverliesregeling en een aftrekbeperking voor aandelen en opties', MBB 2006/07

Sprundel, van, D.E., 'Verslag van het EFS Seminar "Grensoverschrijdende fiscale eenheid: fata morgana?"', WFR 2008/1443

Stevens, S.A., 'Naar een evenwichtige behandeling van verliezen', WFR 2005/1503

Verhagen, T.H.J., 'Grensoverschrijdende verliesverrekening', WFR 2019/55

VNO-NVW en MKB-Nederland, 'Commentaar op pakket Belastingplan en Liquidatie- en stakingsverliesregeling', 25 september 2020

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

Wisman, C., 'Grensoverschrijdende verrekening van 'definitieve verliezen' binnen de EU', fiscaal thema van 26-03-2020

Wisman, C., 'Misbruik van Unierecht in fiscale zaken', fiscaal thema van 26-03-2020

Jurisprudentie

HvJ 30-11-1995, C-55/94 (Gebhard)

HvJ 13-12-2005, nr. C-466/03 (Marks & Spencer)

HvJ 18-07-2007, C-231/05 (Oy AA)

HvJ 15-05-2008, C-414/06 (Lidl Belgium)

HvJ 15-05-2008, ECLI:EU:C:2008:278, V-N 2008/25.16 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws

HvJ 15-05-2008, ECLI:EU:C:2008:278, NTFR 2008/1030 m.nt. W.F.E.M. Egelie

HvJ 16-10-2008, ECLI:EU:C:2008:566, BNB 2009/50 (Renneberg) m.nt. I.J.J. Burgers

HvJ 23-10-2008, C-157/07 (KR Wannsee)

HvJ 23-10-2008, ECLI:EU:C:2008:588, V-N 2008/55.14 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws

HvJ 23-10-2008, ECLI:EU:C:2008:588, NTFR 2008/2306 m.nt. W.F.E.M. Egelie

HvJ 27-11-2008, C-418/07, ECLI:EU:C:2008:659 (Papillon)

HvJ 27-11-2008, ECLI:EU:C:2008:659, V-N 2008/59.20 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws

HvJ 25-02-2010, C-337/08 (X Holding)

HvJ 25-02-2010, BL6388, NTFR 2010/541 m.nt. W.F.E.M. Egelie

HvJ (A-G) 19-07-2012, ECLI:EU:C:2012:488, V-N 2012/50.14, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws

HvJ 21-02-2013, C-123/11 (A Oy)
HvJ 21-02-2013, ECLI:EU:C:2013:84, V-N 2013/13.16 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws
HvJ 07-11-2013, C-322/11 (K)
HvJ 07-11-2013, ECLI:NL:XX:2013:CA0369, V-N 2013/57.29 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws
HvJ 12-06-2014, C-39/13, C-40/13 en C-41/13 (SCA Group Holding)
HvJ 12-06-2014, C-39/13, C-40/13 en C-41/13, V-N 2014/30.9 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws
HvJ 03-02-2015, C-172/13 (CIE/VK)
HvJ 03-02-2015, ECLI:EU:C:2015:50, NTFR 2015/23 m.nt. B.J. Kiekebeld
HvJ 03-02-2015, ECLI:EU:C:2015:50, V-N 2015/11.14 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws
HvJ 02-09-2015, C-386/14 (Groupe Steria).
HvJ 02-09-2015, ECLI:EU:C:2015:524, BNB 2015/223 m.nt. O.C.R. Marres
HvJ 22-02-2018, C-398/16 en C-99/16 (X BV en X NV).
HvJ 22-02-2018, ECLI:EU:C:2018:110, V-N 2018/11.14 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.
HvJ 22-02-2018, ECLI:EU:C:2018:110, BNB 2018/92 m.nt. R.J. de Vries
HvJ 12-06-2018, C-650/16 (Bevola).
HvJ 12-06-2018, ECLI:EU:C:2018:424, NTFR 2018/1780 m.nt. W.F.E.M. Egelie
HvJ 12-06-2018, ECLI:EU:C:2018:424, FED 2018/131 m.nt. I.M. de Groot
HvJ (A-G) 10-01-2019, C-607/17, ECLI:EU:C:2019:8 (Memira Holding AB)
HvJ (A-G) 10-01-2019, C-608/17, ECLI:EU:C:2019:8 (Holmen)
HvJ 19-06-2019, C-607/17 (Memira)
HvJ 19-06-2019, ECLI:EU:C:2019:510, V-N 2019/32.9 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws
HvJ 19-06-2019, ECLI:EU:C:2019:510, NLF 2019/1509 m.nt. G.F. Boulogne
HvJ 19-06-2019, C-608/17 (Holmen)
HvJ 19-06-2019, ECLI:EU:C:2019:511, V-N 2019/32.10 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws
HvJ (A-G) 17-10-2019, C-405/18, ECLI:EU:C:2019:879 (Aures)
HvJ 27-02-2020, C-405/18 (Aures)
HvJ 27-02-2020, ECLI:EU:C:2020:127, V-N 2020/14.11 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws
HvJ 27-02-2020, ECLI:EU:C:2020:127, NTFR 2020/754 m.nt. J.J.A.M. Korving

EVA 13-09-2017, E-15/16, V-N 2018/3.18 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws (Yara International)

HR 19-10-2018, nr. 15/00878, ECLI:NL:HR:2018:1968, BNB 2019/17 m.nt. O.C.R. Marres
HR 07-06-2019, nr. 17/04077, ECLI:NL:HR:2019:886, BNB 2019/117 m.nt. R.J. de Vries
HR (A-G Wattel), 20-03-2020, nr. 19/03443, ECLI:NL:PHR:2020:265

Gerechthof Amsterdam 11-06-2019, nr. 17/00284, ECLI:NL:GHAMS:2019:1990

UK: Supreme Court, 22 May 2013, Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs v. Marks and Spencer plc, [2013] UKSC 30

UK: Supreme Court, 19 February 2014, Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs v. Marks and Spencer plc, [2014] UKSC 11

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 1959/60, 6000, nr. 3
Kamerstukken II 1968/69, 6000, nr. 22
Kamerstukken II 1986/87, 19 968, nr. 3
Kamerstukken II 1987/88, 19 968, nr. 7
Kamerstukken II 2004/05, 30107, nr. 2
Kamerstukken II 2005/06, 30 107, nr. 5
Kamerstukken II 2005/06, 30572, nr. 8
Kamerstukken II, 2011-2012, 33 003, nr. 3
Kamerstukken II 2015/16, 34300 IX, nr. 4
Kamerstukken II 2017/18, 34959, nr. 3, V-N 2018/36.3
Kamerstukken II 2020/21, 35568, nr. 3

Kamerstukken II 2020/21, 35568, nr. 3, V-N 2020/51.1 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws
Kamerstukken II 2020/21, 35568, nr. 3, NLF 2020/2064 m.nt. A.M. Oudemans.
Kamerstukken II 2020/21, 35568, nr. 6
Kamerstukken II 2020/21, 35572, nr. 12

Overige stukken

Besluit van 23 maart 2020, Stcrt. 2020, 15230

Brief staatssecretaris van Financiën van 15 september 2020, nr. 2020-0000168588

CFE ECJ Task Force, CFE News February/March 2016

Ministerie van Financiën, 17 juni 2019, 4653, V-N 2019/35.12

Post, D.R., 'Art 20a Wet VPB 1969 en het altijd-ergens beginsel', Cursus Belastingrecht Vpb.4.0.1.l.c

Strik, S.A.W.J., 'Resultatensaldering van rechtswege', Cursus belastingrecht Vpb.2.9.1.B.c1

Strik, S.A.W.J., 'Voordelen van de fiscale eenheid', Cursus belastingrecht Vpb.2.9.1.B.c

Weber. D.M., Cursus Belastingrecht, Europees belastingrecht, Deventer: Kluwer 2020, paragraaf 5.0.0. en 5.0.1.