

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM Erasmus School of Economics

Masterscriptie Fiscale Economie

De Europeesrechtelijke houdbaarheid van groepsregelingen in de vennootschapsbelasting

Het einde van de fiscale eenheid?

Naam student: Joey Poot

Studentnummer: 454893

Begeleider: drs. B.J. Kiekebeld

Tweede beoordelaar: prof.dr. P. Kavelaars

Datum definitieve versie: 12 november 2021

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

Voorwoord

Beste lezer,

Met het inleveren van deze scriptie is er een eind gekomen aan mijn studententijd aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Mijn keuze voor de studie fiscale economie was snel gemaakt door een interessant proefcollege van professor Kavelaars tijdens de open dag in het voorjaar van 2016. Het is dan ook toepasselijk dat ik circa vijf en een half jaar later mijn scriptie mag verdedigen bij dezelfde professor Kavelaars, waarvoor ik hem hartelijk wil bedanken.

Na aanvankelijk met de vormgeving van box 3 een compleet ander onderwerp te hebben gekozen, heb ik na een boeiende werkcollegesessie over de fiscale eenheid van mevrouw Vink een nieuw onderwerp gekozen naar aanleiding van het besproken arrest *Lexel*. Een keuze waarvan ik geenszins spijt heb gehad. Het is uiteindelijk een onderwerp geweest waarover ik urenlang met mijn begeleider Ben Kiekebeld heb kunnen discussiëren, waarbij ik hem dank dat hij telkens zeker twee uur de tijd heeft genomen om via Teams de pijnpunten van de per-elementbenadering met mij door te nemen. Dit heeft mij enorm geholpen de stof beter te begrijpen en mijn scriptie tot een samenhangend geheel te brengen.

Uiteraard wil ik mijn ouders en lieve vriendin bedanken voor de steun die zij mij tijdens het schrijfproces hebben gegeven en het feit dat ze mijn eindeloze fiscale gezwets wilden aanhoren. De komende tijd zal ik het onderwerp ter compensatie dan ook niet meer aan de eettafel ter sprake brengen.

Ik wens u veel leesplezier toe!

Joey Poot

Delft, 12 november 2021

Abstract

Dit onderzoek werpt een blik op de lopende discussie omtrent de vervanging van de fiscale eenheid door een alternatieve groepsregeling binnen de vennootschapsbelasting. Op grond van het Europese recht zou de fiscale eenheid namelijk niet meer houdbaar zijn.

Het doel van dit onderzoek is om aan te tonen of een alternatieve groepsregeling de Europeesrechtelijke problemen op een evenredige wijze oplost. De hoofdvraag die daarbij is gesteld luidt als volgt: Is de vervanging van het fiscale eenheidsregime door een alternatieve groepsregeling een proportionele reactie op de per-elementbenadering?

Om tot een antwoord op de hoofdvraag te komen is een onderzoek gedaan naar de beschikbare literatuur en jurisprudentie met betrekking tot fiscale groepsregimes binnen de Europese Unie. Dit heeft aangetoond dat de Europeesrechtelijke risico's van de fiscale eenheid relatief beperkt zijn en dat deze niet per definitie afnemen indien voor een ander systeem wordt gekozen. Daarbovenop toont het onderzoek aan dat de invoering van een nieuwe groepsregeling naar verwachting tot een verslechtering van het fiscale ondernemingsklimaat zal leiden afhankelijk van de vormgeving hiervan. Zodoende wordt gesteld dat de vervanging van de fiscale eenheid door een alternatieve groepsregeling niet proportioneel uitwerkt.

Inhoudsopgave

Inhoud

Voorwoord	2
Abstract	3
Inhoudsopgave.....	4
Lijst met gebruikte afkortingen	6
Inleiding	7
Aanleiding onderzoek.....	7
Probleemstelling en onderzoeksopzet	8
Afbakening	10
Hoofdstuk 1 Europeesrechtelijke risico's van groepsregimes.....	12
Inleiding	12
1.1 HvJ-arrest X BV en X NV.....	13
1.1.1 Zaak X BV (C-398/16).....	13
1.1.2 Zaak X NV (C-399/16).....	16
1.2 Kritiek op en gevolgen van arrest X BV en X NV	17
1.2.1 Commentaar X BV	17
1.3 HvJ-arrest Lexel	23
1.3.1 Casus Lexel	23
1.3.2 HvJ-arrest Lexel	24
1.4 Kritiek op en gevolgen van arrest Lexel.....	26
1.5 Conclusies met betrekking tot EU-recht en groepsregelingen	27
1.5.1 Voordelen uit consolidatie of resultaatoverdracht.....	27
1.5.2 Antimisbruikbepalingen	28
1.5.3 Overige bepalingen.....	29
Deelconclusie	29
Hoofdstuk 2 Spoedreparatie en per-elementbenadering.....	30
Inleiding	30
2.1 Spoedreparatiewetgeving invoering	31
2.2 Wetgeving waarop de spoedreparatie van toepassing is	32
2.2.1 Antiwinstdrainage – Artikel 10a Wet Vpb.....	32
2.2.2 Beleggingsdeelnemingen – Artikel 13 lid 9 t/m 15 Wet Vpb	36
2.2.3 Herwaardering van belangen in bepaalde beleggingsdeelnemingen – Artikel 13a Wet Vpb 39	
2.2.4 Hybride lening – Artikel 13 lid 17 Wet Vpb.....	39
2.2.5 Handel in verlieslichamen – Artikel 20a Wet Vpb.....	40

2.2.6	Handel in rentesaldolichamen – Artikel 15ba Wet Vpb.....	44
2.3	Wetgeving die mogelijk onder het bereik van arrest X BV en X NV valt	45
2.3.1	Verrekenprijnsregels – Artikel 8b en artikel 29b t/m 29h Wet Vpb.....	45
2.3.2	Innovatiebox – Artikel 12b t/m 12g Wet Vpb.....	47
2.3.3	Sanctiebepaling voor vervreemding en overbrenging van afgewaardeerde vorderingen in de deelnemingsfeer – Artikel 13b Wet Vpb	51
2.3.4	Earningstrippingmaatregel – Artikel 15b Wet Vpb.....	51
2.3.5	Per-elementbenadering binnen de inkomstenbelasting	53
	Deelconclusie	56
Hoofdstuk 3	Alternatieve groepsregeling in de vennootschapsbelasting	58
	Inleiding	58
3.1	Rechtsgrondslagen groepsregimes in de vennootschapsbelasting.....	59
3.2	Europese groepsregelingen.....	61
3.2.1	Inleidende opmerkingen	61
3.2.2	Verliesoverdrachtsregeling / groepsaftrek.....	62
3.2.3	Winstoverdrachtsregeling / groepsbijdrage	64
3.2.4	Resultaatsaldering / groepsconsolidatie.....	66
3.2.5	Common (Consolidated) Corporate Tax Base / BEFIT	67
3.3	Kernelementen van een nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting	69
3.3.1	Bezitseis.....	70
3.3.2	Dubbele verliesneming.....	71
3.3.3	Formele aspecten	73
3.3.4	Vermogensoverdracht.....	73
3.4	Wetgeving die op groepsniveau toepasbaar dient te blijven	78
3.5	Overgangsrecht.....	80
	Deelconclusie	82
Hoofdstuk 4	Toetsing nieuwe groepsregeling	84
	Inleiding	84
4.1	Europeesrechtelijke houdbaarheid.....	84
4.2	Eenvoud en uitvoerbaarheid	86
4.3	Ondernemingsklimaat	88
	Deelconclusie	90
Conclusie, discussie en aanbevelingen.....		92
Conclusie.....		92
Discussie en aanbevelingen.....		93
Literatuurlijst.....		94

Lijst met gebruikte afkortingen

<i>Afkorting</i>	Uitleg
<i>A-G</i>	Advocaat-Generaal
<i>ATAD</i>	Anti-Tax Avoidance Directive
<i>BEFIT</i>	Business in Europe: Framework for Income Taxation
<i>BIK</i>	Baangerelateerde investeringskorting
<i>CCCTB</i>	Common Consolidated Corporate Tax Base
<i>EBITDA</i>	Earnings before interest, tax, depreciation and amortization
<i>FE</i>	Fiscale eenheid
<i>HIR</i>	Herinvesteringsreserve
<i>HR</i>	Hoge Raad
<i>HvJ of Hof</i>	Hof van Justitie
<i>OESO</i>	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
<i>R.o.</i>	Rechtsoverweging
<i>VwEU</i>	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
<i>Wet IB</i>	Wet op de inkomstenbelasting 2001
<i>Wet Vpb</i>	Wet op de vennootschapsbelasting 1969

Inleiding

Aanleiding onderzoek

Nederland kent met de fiscale eenheid (hierna ‘FE’) al sinds het Besluit Winstbelasting 1940 een fiscaal groepsregime. In het kader van concernneutraliteit is de publieke opinie ontstaan dat het wenselijk is om enige vorm van resultaatoverdracht aan groepsmaatschappijen te bieden.¹ Heithuis noemt als charme van een groepsregeling dat de heffing van de vennootschapsbelasting onafhankelijk van de civiel-juridische organisatie van de onderneming geschiedt.² De fiscaliteit dient geen beletsel te vormen voor concernvorming wegens bedrijfseconomische motieven zoals risicospreiding.³ Veel Europese landen kennen dan ook een soortgelijk systeem, zoals Engeland met een *group relief*⁴ en Zweden met een groepsbijdrageregeling⁵. Beide landen hanteren een systeem waarbij onder voorwaarden resultaten kunnen worden overgedragen tussen in het binnenland gevestigde ondernemingen. Met een volledige consolidatie voor de belastingheffing gaat de Nederlandse FE echter een stuk verder. Het gevolg hiervan is bijvoorbeeld dat onderlinge transacties fiscaal worden ‘weggedacht’, waardoor interne transacties en rechtsverhoudingen tussen lichamen niet zichtbaar zijn.

In arrest *X Holding*⁶ heeft het HvJ aangegeven dat het niet toestaan van een grensoverschrijdende FE gerechtvaardigd kan worden door het behoud van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten van de EU. Recentelijk heeft het Hof echter beslist dat het niet toestaan van voordelige elementen voortkomend uit een groepsregeling mogelijk wel als een belemmering kan uitwerken. In arrest *X BV en X NV*⁷ besliste het Hof dat het toepassen van de antiwinstdrainageregeling in grensoverschrijdende gevallen belemmerend uitwerkte nu dit niet zou zijn gebeurd in binnenlandse situaties. Daarmee kreeg de zogeheten ‘per-elementbenadering’ ook vat op de Nederlandse vennootschapsbelasting.

Als reactie op dit arrest kondigde de Staatssecretaris aan dat naar een snelle oplossing zou worden gezocht om het FE-regime Europees bestendig te maken.⁸ Op 17 mei 2019 is met spoedreparatiewetgeving een tijdelijke oplossing voor de per-elementproblematiek ingevoerd.⁹ Hiermee wordt de FE met betrekking tot bepaalde wettelijke regelingen weggedacht, waardoor binnenlands belastingplichtigen voortaan hiermee worden geconfronteerd en waardoor buitenlands

¹ Kok, *WFR* 2020/158, par. 3.

² Heithuis, *WFR* 2019/189, par. 2.1.

³ Van den Dool & Nieuweboer, *WFR* 2019/227, par. 2.

⁴ *Paragraph 258 to 264 Income and Corporation Taxes Act 1970.*

⁵ Hoofdstuk 35 van de wet op de inkomstenbelasting (*Inkomstskattelag 1999:1229*).

⁶ HvJ EU 25 februari 2010, zaak C-337/08 (*X Holding BV*).

⁷ HvJ EU 22 februari 2018, zaak C-398/16 en C-399/16 9 (*X BV en X NV*).

⁸ *Kamerstukken II* 2017/18, 34323, 20 en *Kamerstukken I* 2017/18, 34323, F.

⁹ Wet spoedreparatie fiscale eenheid, Wet van 24 april 2019, Stb. 2019, 175, *Kamerstukken II* 2017/2018, 34959 nr. 1.

belastingplichtigen geen aanspraak meer kunnen maken op een eventuele voordelige behandeling. Hiermee is volgens velen het per-element gat gedicht.¹⁰

Toch heeft de Staatssecretaris aangegeven op zoek te gaan naar een permanente oplossing, welke de vorm lijkt te krijgen van ofwel een resultaatoverdrachtregeling ofwel de continuering van de huidige FE met spoedreparatie.¹¹ Vanuit het bedrijfsleven en de fiscale praktijk komt de wens naar voren om het ‘unieke’ consolidatie-element van de FE niet zomaar uit onze vennootschapsbelasting verloren te laten gaan. De faciliteit biedt namelijk veel voordelen en verzekert dat de belastingheffing zo neutraal mogelijk ten opzichte van de gewenste bedrijfsstructuur kan geschieden. Een nieuwe groepsregeling kan deze positieve elementen eveneens bevatten, maar brengt gelijktijdig ook rechtsonzekerheid met zich mee. Daarnaast lijkt het recent gewezen arrest *Lexel AB*¹² aan te tonen dat een alternatieve groepsregeling ook niet per definitie zonder Europeesrechtelijke risico's is. Het is dan ook verstandig om alle voor- en nadelen van een resultaatoverdrachtregeling tegen het behoud van de huidige FE-regime op te wegen voordat de FE definitief wordt afgeschreven.

Probleemstelling en onderzoeksopzet

De toetsing die moet worden gedaan om vast te stellen of een alternatieve regeling de voorkeur geniet boven de voortzetting van de huidige FE met spoedreparatie is driedelig: aangezien de Europeesrechtelijke kwetsbaarheid van de FE de aanleiding voor de vervanging daarvan is dient ten eerste gekeken te worden naar het Europeesrechtelijke toetsingskader van de per-elementbenadering. In de tweede plaats zal de huidige FE in dit toetsingskader worden geplaatst om vast te stellen of de regeling na de spoedreparatie nog houdbaar is. Als derde onderdeel van deze toetsing dient het beoogde alternatief voor de FE in beeld te worden gebracht zodat deze met de FE vergeleken kan worden. Na deze drie onderdelen kunnen de twee groepsregelingen op de belangrijkste punten met elkaar vergeleken worden om een afweging tussen beiden te kunnen maken. De hoofdvraag die met dit onderzoek wordt behandeld luidt derhalve als volgt:

Is de vervanging van het fiscale eenheidsregime door een alternatieve groepsregeling een proportionele reactie op de per-elementbenadering?

Om tot een beantwoording van de hoofdvraag te komen dienen eerst een aantal deelvragen te worden beantwoord. De onderstaande vier deelvragen zullen worden behandeld in dit onderzoek:

¹⁰ Van der Burgt & Ruijschop, *TFO* 2019/164.2, p. 15.

¹¹ Zie de brief van de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit van 15 september 2020, nr. 2020-168588.

¹² HvJ EU 20 januari 2021, zaak C-484/19 (*Lexel AB*).

1. *Hoe verhouden de arresten X BV en X NV (C-398/16 en C-399/16) zich tot het arrest Lexel AB (C-484/19) en wat zijn de gevolgen van de Europeesrechtelijke conclusies volgend uit beide arresten voor vennootschappelijke groepsregelingen?*

De eerste deelvraag behandelt de Europeesrechtelijke jurisprudentie op het gebied van de per-elementbenadering en analyseert het recent gewezen arrest *Lexel*. Als kernarrest van de per-elementbenadering in Nederland worden eerst de gevoegde zaken *X BV en X NV* uiteengezet alsmede het commentaar daarop. Als volgt wordt het arrest *Lexel* behandeld om eventuele nieuwe inzichten in de per-elementjurisprudentie vast te stellen. Aan de hand van deze twee arresten kan vervolgens een toetsingskader worden opgesteld waaraan de eventuele belemmerende werking van verschillende elementen van een groepsregelingen kan worden getoetst.

2. *Op welke regelingen binnen de vennootschapsbelasting werkt de spoedreparatiewetgeving naar aanleiding van de per-element benadering volgend uit de gevoegde zaken X BV en X NV (C-398/16 en C-399/16) (mogelijk) door en wat zijn de mogelijke effecten hiervan?*

Na de vaststelling van het Europeesrechtelijke toetsingskader zal de spoedreparatiewetgeving die per 1 januari 2018 door de wetgever is ingevoerd worden toegelicht en geanalyseerd in dit toetsingskader. De wetgeving repareert een aantal elementen die in de ogen van de Staatssecretaris onder het bereik van de per-elementbenadering vallen, terwijl slechts voor het niet zichtbaar zijn van interne besmette rechtshandelingen voor artikel 10a Wet Vpb bij zaak *X BV* is beslist dat dit belemmerend werkt. Bij de beantwoording van deze tweede deelvraag zal derhalve eerst een kritische blik worden geworpen op de reeds gerepareerde elementen waarna mogelijke andere elementen binnen de kaders van de eerste deelvraag worden getoetst. Hieruit volgt een conclusie of de FE met spoedreparatie al dan niet Europees houdbaar is.

3. *Op welke wijze kan een groepsregeling worden vormgegeven zodat dit een maatschappelijk wenselijk¹³ alternatief voor de fiscale eenheid vennootschapsbelasting vormt?*

Nadat de huidige FE met spoedreparatie binnen de Europeesrechtelijke kaders is geplaatst dient te worden gekeken naar de vormgeving van een eventueel alternatief. Hierbij zal ten eerste worden ingegaan op groepsregelingen in andere EU-lidstaten om de systematiek van deze regelingen in hoofdlijnen toe te lichten. Daarna wordt de mogelijke vormgeving van onderdelen van de regeling

¹³ De wenselijkheid hiervan wordt beredeneerd aan de hand van de eenvoud, doeltreffendheid (het verbeteren van het Nederlandse ondernemingsklimaat) en Europeesrechtelijke houdbaarheid.

binnen de door de Staatssecretaris gestelde kaders toegelicht. Hieruit volgt vervolgens het meest wenselijke alternatief voor de FE.

4. *Vormt een alternatieve groepsregeling een verbetering ten opzichte van het huidige fiscale eenheidsregime met spoedreparatiemaatregelen met betrekking tot het EU-recht, de eenvoud en uitvoerbaarheid alsmede de gevolgen voor het ondernemingsklimaat?*

De laatste deelvraag omvat de vergelijkende analyse tussen de huidige FE en het met de derde deelvraag vastgestelde meest gewenste alternatief. De toetsingscriteria volgen zowel uit de door de Staatssecretaris geschetste kaders voor een nieuwe groepsregeling als uit de door de praktijk naar voren gebrachte wensen. Aan de hand van de toetsingscriteria kan een gewogen oordeel worden geveld over welk alternatief de voorkeur geniet.

Uit deze vier deelvragen kan vervolgens de hoofdvraag van dit onderzoek worden beantwoord. Als uit de geschetste kaders blijkt dat een alternatieve groepsregeling de voorkeur geniet, is deze dan in te voeren zonder buitensporige lasten voor belastingplichtigen? Of lijkt de huidige FE op Europeesrechtelijk niveau voldoende houdbaar om deze in stand te houden? Zodoende kan de politiek een weloverwogen keuze maken of met nieuwe wetgeving de Europeesrechtelijke én budgettaire problemen van een groepsregeling in de vennootschapsbelasting kunnen worden achtergelaten.

Afbakening

Het onderzoek behandelt fiscale groepsregelingen binnen de vennootschapsbelasting en de samenloop met andere regelingen in brede zin. Gezien de omvang van dit onderzoek en de gestelde kaders van de hoofdvraag is het derhalve niet mogelijk of relevant om alle details van verschillende regelingen binnen de vennootschapsbelasting of inkomstenbelasting te behandelen. Ook wordt de Wet op de Dividendbelasting 1965 niet behandeld gezien de beperkte relevantie voor de keuze voor een groepsregime in de vennootschapsbelasting.

Dit onderzoek bevat evenmin een grondige economische en cijfermatige analyse van de gevolgen voor het Nederlandse fiscale ondernemingsklimaat naar aanleiding van een wijziging van het groepsregime in de vennootschapsbelasting. Uiteraard zou dit bijdragen aan een grotere relevantie van het onderzoek voor de praktijk. Ik meen echter dat een gedegen en uitgebreid onderzoek nodig is om de daadwerkelijke gevolgen hiervan goed in kaart te brengen. Gezien de (Europees-)rechtelijke invalshoek van dit onderzoek dient een dergelijk economisch onderzoek in een later stadium te worden gedaan.

Paragraaf 3.2 bevat de behandeling van enkele buitenlandse fiscale groepsregelingen. Aangezien dit om complexe regelgeving gaat is de behandeling hiervan beperkt tot de hoofdlijnen, waarbij deze slechts zijn bedoeld om een beeld te schetsen van een eventuele invulling van een dergelijke groepsregeling en hiermee geenszins wordt beoogd een volledige analyse van het betreffende buitenlandse belastingrecht te geven.

Hoofdstuk 1 Europeesrechtelijke risico's van groepsregimes

Inleiding

Het afgelopen decennium heeft de FE de nodige veranderingen moeten doorstaan. Waar de FE met het *Papillon*-arrest¹⁴ in 2008 werd uitgebreid tot zusjes- en kleindochter- FE's¹⁵, kon de grensoverschrijdende FE in het HvJ-arrest *X Holding BV* in 2010 worden geweerd. Na de gevoegde zaken *X BV en X NV* kreeg de per-elementbenadering die al uit het arrest *Groupe Steria*¹⁶ volgde ook vat op de Nederlandse regelgeving. De wetgever kondigde als reactie op de conclusies van deze arresten een tussenoplossing aan: de spoedreparatie FE.¹⁷ Naast deze tussenoplossing gaf de Staatssecretaris ook aan een permanente oplossing voor de Europeesrechtelijke kwetsbaarheden van de FE te zoeken, welke naar verwachting de vorm van een nieuwe groepsregeling met een systeem van winst- dan wel verliesoverdracht zal krijgen.¹⁸ Met dit systeem zou de Nederlandse groepsregeling in de vennootschapsbelasting voortaan van Europeesrechtelijke risico's zijn verlost. Het HvJ-arrest *Lexel* lijkt echter de kwetsbaarheden van een dergelijke groepsregeling bloot te leggen. Het is derhalve van belang om de Europeesrechtelijke risico's van deze groepsregelingen in kaart te brengen aan de hand van de recent gewezen jurisprudentie. In dit hoofdstuk zal de beantwoording van de onderstaande deelvraag centraal staan:

Hoe verhouden de arresten X BV en X NV (C-398/16 en C-399/16) zich tot het arrest Lexel AB (C-484/19) en wat zijn de gevolgen van de Europeesrechtelijke conclusies volgend uit beide arresten voor vennootschappelijke groepsregelingen?

Ten einde deze vraag te beantwoorden zullen eerst de gevoegde zaken *X BV en X NV* en de gevolgen hiervan uiteen worden gezet, waarna vervolgens het arrest *Lexel* zal worden besproken. Als laatste wordt een Europeesrechtelijk toetsingskader voor de per-elementbenadering uiteengezet. Dit hoofdstuk sluit af met een deelconclusie.

¹⁴ HvJ EG 27 november 2008, zaak C-418/07 (*Papillon*).

¹⁵ Hiermee worden FE's bedoeld met een buitenlandse topmaatschappij of een buitenlandse tussenhoudster.

¹⁶ HvJ EU 2 september 2015, zaak C-386/14 (*Groupe Steria*).

¹⁷ Wet spoedreparatie fiscale eenheid, Wet van 24 april 2019, Stb. 2019, 175, *Kamerstukken II* 2017/2018, 34959 nr. 1.

¹⁸ Elswieier, *TFO* 2019/164.1, p. 9.

1.1 HvJ-arrest X BV en X NV

Op 22 februari 2018 heeft het HvJ uitspraak gedaan over de gevoegde zaken *X en X*. Beide zaken betroffen de vraag of zich een strijdigheid met het vrije vestigingsverkeer¹⁹ voordeed indien bepaalde fiscale voordelen wel onder het FE-regime konden worden verkregen, maar geen aanspraak kon worden gemaakt op deze voordelen in grensoverschrijdende situaties die objectief vergelijkbaar waren.

De zaak *X BV* (C-398/16) betreft de situatie waarbij de antimisbruikbepaling opgenomen in artikel 10a Wet Vpb in binnenlandse verhoudingen geen toepassing vindt vanwege de consolidatiegedachte volgend uit het FE-regime maar in grensoverschrijdende situaties wel. De zaak *X NV* (C-399/16) betreft de situatie waarin in binnenlandse situaties een valutaverlies op een gevoegde dochter wel in aftrek kan worden gebracht, maar dit in grensoverschrijdende situaties niet kan aangezien deze resultaten (zowel positief als negatief) onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Hieronder behandel ik eerst zaak *X BV* en vervolgens *X NV*. Bij de behandeling van zaak *X BV* en verdere jurisprudentie zal de volgens vaste jurisprudentie gebruikte beslissingsboom van het HvJ als werkkader worden gebruikt.²⁰

1.1.1 Zaak X BV (C-398/16)

In zaak *X BV* heeft belanghebbende een kapitaalstorting in een nieuw opgerichte Italiaanse vennootschap gedaan om vervolgens het door derden gehouden aandelenbelang in een Italiaanse groepsmaatschappij door de nieuw opgerichte vennootschap te laten verwerven. Ten einde deze kapitaalstorting van 237 miljoen euro te doen is *X BV* een lening aangegaan met haar Zweedse moedermaatschappij, waarvan de rente ter hoogte van 6,5 miljoen euro door de inspecteur van aftrek werd geweigerd met het beroep op artikel 10a, lid 2, onderdeel b Wet Vpb.

Om te beoordelen of sprake is van misbruik en dus de aftrekbeperking in werking dient te treden kent de antiwinstdrainageregeling²¹ een dubbele toetsing. De dubbele zakelijkheidstoets is een cruciaal onderdeel van de antiwinstdrainageregeling omdat hiermee de zakelijkheid van de ‘omleiding’ van vreemd naar eigen vermogen moet worden bewezen in plaats van slechts de zakelijkheid van de lening zelf. Lid 3 onderdeel a van artikel 10a benoemt deze dubbele zakelijkheidstoets waarbij de renteaftrekbeperking niet in werking treedt indien aannemelijk wordt gemaakt dat zowel bij het aangaan van de schuld als de besmette rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Onderdeel b van ditzelfde lid bevat de compenserende heffingstoets, waarbij een

¹⁹ Artikel 49 jo. 54 VWEU: De vrijheid van kapitaalverkeer doet zich nooit voor bij FE-situaties aangezien hier naar de aard van de regeling altijd een bepalend belang aanwezig is.

²⁰ Zie onder andere van Os, *MBB* 2018/5-7, par. 2.1.

²¹ Artikel 10a Wet Vpb.

omkering van de bewijslast optreedt indien de rentebate in het land van ontvangst (in casu Zweden) tegen een naar Nederlandse maatstaven reële heffing naar winst worden betrokken én tevens geen recht bestaat op verrekening van verliezen. Indien de inspecteur ten slotte aannemelijk kan maken dat verliesverrekeningsmogelijkheden op korte termijn zullen ontstaan of niet in overwegende mate zakelijke redenen ten grondslag liggen aan de schuld of de daarmee verband houdende rechtshandeling treedt de renteaftrekbeperking alsnog in werking.

Verschillende behandeling

X BV slaagde niet in de bewijslast voor deze dubbele zakelijkheidstoets en kon derhalve de rente niet in aftrek brengen. Indien de Italiaanse dochter echter in Nederland was gevestigd zouden beide entiteiten een FE kunnen vormen en zouden de onderlinge transacties tussen beide vennootschappen, waaronder de kapitaalstorting van 237 miljoen euro, niet zichtbaar zijn als gevolg van de consolidatiegedachte. Het HvJ overweegt: “[*een dergelijk*] verschil in behandeling kan het voor de moedervenootschap minder aantrekkelijk maken om haar vrijheid van vestiging uit te oefenen door dochterondernemingen op te richten in andere lidstaten.”²²

Vergelijkbaarheid

In rechtsoverwegingen 33 tot en met 37 meent het HvJ dat de vergelijking tussen beide situaties moet worden uitgelegd aan de hand van doel en strekking van de relevante regelingen, te weten artikel 10a en artikel 15 en verder Wet Vpb. Doel en strekking van artikel 10a is het voorkomen van uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag die door middel van kunstmatig opgezette en agressieve financiële constructies plaatsvindt, terwijl het doel van de FE is om de belastingheffing voor concerns ten opzichte van de gekozen bedrijfsstructuur neutraal te houden.²³ Aangezien artikel 10a geen onderscheid maakt tussen binnenlandse en grensoverschrijdende situaties, meent het HvJ dat voor de vergelijkbaarheid naar de gecombineerde toepassing van artikel 10a en artikel 15 moet worden gekeken. In het arrest *X Holding* heeft het HvJ reeds geoordeeld dat vanuit het oogpunt van de doelstelling van de belastingregeling de situatie waarin een ingezeten moedervenootschap met een ingezeten dochter een FE wil vormen objectief vergelijkbaar is met de situatie waarin deze dat met een niet-ingezeten dochter wilt.²⁴ Het is dan ook niet onverwacht dat eveneens van een objectief vergelijkbare situatie kan worden gesproken bij een kapitaalstorting binnen FE ten opzichte van een

²² C-398/16, r.o. 32.

²³ Zie onder andere Van Soest *FED* 1983, p. 24.

²⁴ *X Holding* r.o. 24.

grensoverschrijdende kapitaalstorting in een dochter waarmee een FE gevormd had kunnen worden indien deze in Nederland zou zijn gevestigd.

Rechtvaardigingsgronden

Een verschil in behandeling kan mogelijk worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang. Genoemde rechtvaardigingsgronden hiervoor waren:

1. Het behoud van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten (r.o. 39 t/m 42);
2. De noodzaak om de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel te verzekeren (r.o. 43 t/m 45); en
3. De bestrijding van belastingontwijking en fraude (r.o. 46 t/m 51).

1. Het behoud van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid

Over de voordelen voortkomend uit de consolidatie van winsten en verliezen is in arrest *X Holding* beslist dat deze enkel zijn voorbehouden aan ingezeten vennootschappen gelet op de noodzaak de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten te behouden.²⁵

In dit arrest gaat het echter niet om de voordelen die voortkomen uit de consolidatie van de winsten en verliezen, maar uit de doorwerking van de consolidatiegedachte naar artikel 10a. De mogelijkheid om rente op interne leningen af te trekken is namelijk niet enkel voorbehouden aan FE's, waardoor in casu een voordeel wordt verkregen welke niet specifiek aan de belastingregeling verbonden is. Deze rechtvaardigingsgrond slaagt volgens het Hof derhalve niet.

2. Samenhang van het Nederlandse belastingstelsel

De Nederlandse regering stelt dat de regeling van de FE een coherent geheel van voor- en nadelen vormt.²⁶ Een per-elementbenadering lijkt dan bijvoorbeeld *cherry picking* in de hand te werken, waarbij entiteiten aanspraak kunnen maken op de positieve onderdelen van de FE zonder de lasten van de nadelige elementen. Het lijkt geen twijfel dat dit in de kern uiterst ongewenst is vanuit het perspectief van de Nederlandse wetgever.²⁷ Het HvJ meent echter dat de Nederlandse regering dit argument onvoldoende heeft onderbouwd om aan te kunnen nemen dat de samenhang van de regeling

²⁵ C-398/16, r.o. 39.

²⁶ C-398/16, r.o. 44.

²⁷ Het toekennen van dergelijke voordelen brengt namelijk aanzienlijke budgettaire nadelen met zich mee.

van de FE in gevaar zou komen indien de 10a-rente niet in aftrek zou worden beperkt en schuift daarmee deze rechtvaardigingsgrond aan de kant.

3. De bestrijding van belastingontwijking en fraude

Uit arresten *ICI*²⁸ en *Cadbury Schweppes*²⁹ blijkt dat het bestrijden van belastingontwijking en fraude een rechtvaardigingsgrond voor een belemmering kan vormen indien hiermee (volstrekt) kunstmatige constructies worden bestreden. Dit werkt echter alleen indien de aftrekbeperking dat specifieke doel dient. De Nederlandse regering onderbouwt volgens het HvJ onvoldoende waarom geen sprake zou zijn van misbruik indien een kapitaalstorting tussen FE-vennootschappen onder het toepassingsbereik van artikel 10a zou vallen. Ook deze derde rechtvaardigingsgrond wordt dus door het Hof ontkracht, waarmee de belanghebbende, X BV, in het gelijk werd gesteld.

1.1.2 Zaak X NV (C-399/16)

X NV houdt een middellijk belang in een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtervennootschap. In 2008 en 2009 heeft X NV een verlies geleden op haar deelneming in deze dochter als gevolg van koerswisselingen tussen de euro en de Britse pond. De aftrek van het verlies is door de inspecteur geweigerd op grond van de deelnemingsvrijstelling.³⁰ X NV meende echter dat deze weigering een belemmering op grond van de vrijheid van het vestigingsverkeer vormde aangezien deze resultaten bij de toepassing van het FE-regime wel tot uitdrukking zouden komen.

Het HvJ achtte dit echter niet als een belemmering maar als een uitvloeisel van het in Nederland gehanteerde systeem van de deelnemingsvrijstelling. Eventuele toekomstige valutawinsten zouden namelijk eveneens onder de deelnemingsvrijstelling vallen en zijn derhalve niet belast. Aan de andere kant behoren naast valutaverliezen op een gevoegde dochter ook valutawinsten tot het fiscale resultaat van de FE.

In de eerste plaats meent het HvJ dat bovengenoemde situaties niet objectief vergelijkbaar zijn. Een Nederlandse vennootschap kan namelijk geen koersverliezen op haar deelneming in een ingezeten vennootschap lijden, tenzij het bijzondere geval zich voordoet dat een andere functionele valuta wordt gehanteerd.³¹

²⁸ HvJ 16 juli 1998, zaak C-264/96 (*ICI*), r.o. 26.

²⁹ HvJ 12 september 2006, zaak C-196/04 (*Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas*), r.o. 51.

³⁰ C-399/16, r.o. 10.

³¹ C-399/16, r.o. 56, overigens kan momenteel slechts een FE worden gevormd met maatschappijen die dezelfde functionele valuta hanteren (Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 30 juli 2020, *Stcrt.* 2020-69898).

Ook in het geval van een andere functionele valuta betwist het HvJ dat sprake is van een verschil in behandeling. Door de fiscale neutraliteit die de FE bewerkstelligt komt een valutaresultaat per saldo niet tot uitdrukking en is er effectief dus ook geen sprake van een voordeel en derhalve een belemmering. Daarnaast zal het toestaan van verliesnemingen ook de symmetrie die uit de deelnemingsvrijstelling volgt tenietdoen, waarbij het HvJ verwijst naar het arrest *X AB*.³²

1.2 Kritiek op en gevolgen van arrest *X BV* en *X NV*

Waar zaak *X NV* dus voordelig voor de Staatssecretaris uitpakt, blijkt uit zaak *X BV* dat de FE wel degelijk voor een niet te rechtvaardigen belemmering van het vrije vestigingsverkeer kan zorgen. De redactie van Vakstudie Nieuws is echter kritisch op dit arrest en meent dat de toetsing van beide arresten niet met elkaar congrueert: in *X NV* wordt namelijk getoetst aan de deelnemingsvrijstelling en niet aan de FE-regeling, terwijl dit bij *X BV* wel gebeurt.³³ Een toetsing aan de FE-regeling zal volgens hen in de zaak *X NV* mogelijk tot een andere uitkomst hebben geleid indien het Hof hierbij een vergelijkbare redenering als in arrest *X BV* zou volgen. Toch lijkt slechts *X BV* tot daadwerkelijke controversie te leiden: De Vries meent bijvoorbeeld dat noch de A-G noch het Hof blijk hebben gegeven de Nederlandse vennootschapsbelastingmaterie te begrijpen.³⁴ A-G Wattel³⁵ meent dan ook dat de uitspraak van het Hof niet zonder meer bruikbaar is als gevolg van deze verkeerde opvatting van de feiten en van het Nederlandse belastingrecht.³⁶ Is deze kritiek gegrond en wat zijn hiervan de gevolgen voor de (toekomstige) per-elementtoepassing op het nationale belastingstelsel?

1.2.1 Commentaar *X BV*

Verschillende behandeling

De verschillende behandeling die in arrest *X BV* wordt geconstateerd lijkt op het eerste gezicht duidelijk: indien de Italiaanse dochter als binnenlandse dochter zou zijn gevoegd in de FE dan zou de besmette rechtshandeling op grond van de consolidatiegedachte fiscaal non-existent zijn en treedt daarmee de renteaftrekbeperking van artikel 10a niet in werking. A-G Wattel meent echter dat er geen sprake is van discriminatie: indien de Italiaanse dochter in de FE zou worden gevoegd dan zou deze gelden als een vaste inrichting van de Nederlandse FE.³⁷ Een besmette kapitaalstorting in deze vaste inrichting kan dan niet meer plaatsvinden omdat zij onderdeel uitmaakt van de Nederlandse maatschappij die de lening is aangegaan. Zodoende dient niet een kapitaalstorting te worden

³² HvJ EU 10 juni 2015, zaak C-686/13 (*X AB*), r.o. 40 en 41.

³³ *V-N* 2018/11.14 en *BNB* 2018/92, noot De Vries, par. 15.

³⁴ *BNB* 2018/92, noot De Vries, par. 1.

³⁵ Advocaat-Generaal van de Hoge Raad.

³⁶ HR (A-G) 8 juni 2018, ECLI:NL:PHR:2018:624, r.o. 1.9.

³⁷ HR (A-G) 8 juni 2018, ECLI:NL:PHR:2018:624, r.o. 1.14.

geconstateerd, maar dient de lening aan de vaste inrichting te worden toegerekend op basis van de zelfstandigheidsfictie. De resultaten uit een vaste inrichtingen worden door middel van de objectvrijstelling³⁸ uit de Nederlandse belastinggrondslag gehaald, waardoor de rentebetalingen aan de Zweedse moeder niet in de heffingsgrondslag zitten en derhalve geen renteaftrek kan worden genoten. Er is dus geen sprake van een verschillende behandeling. Indien het Hof de redenering van A-G Wattel zou hebben gevolgd zou aan een per-elementtoetsing niet meer worden toegekomen. De A-G meent dan ook dat de Hoge Raad de zaak af dient te doen met dit juiste begrip van de Nederlandse wetgeving. De Hoge Raad volgt dit standpunt van de A-G echter niet door in lijn met de uitspraak van het HvJ te oordelen.

Vergelijkbaarheid

Voor de vergelijkbaarheid van de situaties heeft het Hof naar zowel doel en strekking van artikel 10a als artikel 15 Wet Vpb gekeken, waarbij artikel 10a geen onderscheid zou maken tussen binnenlandse en grensoverschrijdende situaties. De Vries bekritiseert deze rechtsoverweging en meent dat artikel 10a met de compenserende heffingstoets wel degelijk een onderscheid maakt ten opzichte van binnenlandse situaties, waarbij in de regel geen sprake van ‘winstdrainagegevaar’, en grensoverschrijdende situaties, waarbij juist wel sprake is van ‘winstdrainagedreiging’.³⁹ Het Hof lijkt deze compenserende heffingstoets echter niet in acht te nemen en meent dat het risico op winstdrainage niet minder groot is in puur binnenlandse situaties dan in grensoverschrijdende. Het Hof lijkt hiermee te indiceren dat de Nederlandse regering misbruik in nationaal verband niet aanpakt, een stellingname die lijkt aan te tonen dat het Hof de Nederlandse fiscale regels omtrent de FE niet goed beheerst.⁴⁰

A-G Wattel merkt op dat het Hof in meerdere zaken⁴¹ echter heeft vastgesteld dat ter zake van antimisbruikbepalingen wel degelijk onderscheid mag worden gemaakt tussen binnenlandse en grensoverschrijdende situaties zolang dit proportioneel uitwerkt.⁴² Bij de invoering van artikel 10a heeft de Nederlandse regering bewust gekozen om deze antimisbruikbepaling ook op binnenlands belastingplichtigen te laten zien om zo geen Europeesrechtelijk risico te lopen. Het Hof heeft deze keuze echter aangegrepen om de eventuele rechtvaardiging vanuit de gecombineerde toepassing van artikel 10a en artikel 15 te kunnen beoordelen in plaats van slechts vanuit artikel 10a. Indien dit onderscheid wel zou zijn gemaakt en slechts naar artikel 10a gekeken dient te worden, zou de

³⁸ Artikel 15e Wet Vpb.

³⁹ *BNB* 2018/92, noot De Vries, par. 7.

⁴⁰ Zie paragraaf 2.2.1 voor een verdere analyse.

⁴¹ HvJ EU, 27 juni 2018, C-459/17 (*SGD*), HvJ EU 5 mei 2012, C-318/10 (*SIAT*), HvJ EU 6 juni 2012, C-282/12 (*Itelcar*) en HvJ EU 31 mei 2018, C-382/16 (*Hornbach-Baumarkt*).

⁴² HR (A-G) 8 juni 2018, ECLI:NL:PHR:2018:624, r.o. 1.12.

antiwinstdrainageregeling zelf aan het Europese recht worden getoetst en zou *X BV* daarmee geen per-elementarrest meer zijn.

Rechtvaardigingsgronden

Rechtvaardigingsgrond 1: Het behoud van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten

In tegenstelling tot de overweging van het Hof⁴³ dat het niet zichtbaar zijn van de informele kapitaalstorting niet voortkomt uit de consolidatie van de winsten en verliezen, maar uit de doorwerking van de consolidatiegedachte naar artikel 10a, meent De Vries dat de kapitaalstorting juist als gevolg van de fiscale consolidatie non-existent is en derhalve niet tot uitdrukking komt in het resultaat van de FE.⁴⁴ Indien dit zo is, zullen mogelijk alle non-existente rechtshandelingen binnen FE onder de inherente FE-voordelen worden geschaard en daarmee buiten het bereik van de per-elementleer vallen. In mijn ogen is dit geen vreemde gedachtegang, zeker gezien alle transacties binnen FE tegen elkaar wegvallen en derhalve niet in het resultaat tot uiting komen. Van een kunstmatige omvorming van vreemd in eigen vermogen ten koste van de Nederlandse belastinggrondslag is dan ook geen sprake. Het Hof lijkt afstand te nemen van deze zienswijze.

Zij voegt daar in rechtsoverweging 41 aan toe dat de onderhavige renteaftrek niet lijkt af te hangen van de plaats waar over de baten wordt geheven. Dat de heffing voor de compenserende heffingstoets wel een ‘redelijke’ heffing naar Nederlandse maatstaven dient te zijn, wordt hier echter niet aangehaald. Van Os meent dat dit wellicht een tactische zet is geweest: de compenserende heffingstoets lijkt volgens hem namelijk het meest evident belemmerende element van artikel 10a en zou daarmee mogelijk een weg inslaan voor het HvJ om artikel 10a ambtshalve aan de verkeersvrijheden te toetsen.⁴⁵ Hoewel ik de uitwerking van deze toetsing achterwege laat, meen ik dat het HvJ zich hier op onjuiste feiten heeft gebaseerd door de plaats van heffing niet relevant te achten voor artikel 10a. Ik breng ter herinnering dat de casus van zaak *X BV* om het niet zichtbaar zijn van de besmette rechtshandeling casu quo kapitaal storting gaat en niet om de eventuele fiscale non-existentie van een interne lening. Bij een interne FE-lening zou de aftrek namelijk altijd samenvallen met de latere heffing over de baten, waarbij dit zelfs zo ver gaat dat in feite nooit een renteaftrek wordt geclaimd door de werking van de consolidatiegedachte. Bij een kapitaalstorting is deze compenserende binnenlandse heffing echter niet altijd te verzekeren omdat de lening ook afkomstig kan zijn van een buitenlandse groepsmaatschappij. Door de compenserende heffingstoets zorgt de Nederlandse regering er in ieder geval voor dat haar heffingsbevoegdheid niet wordt aangetast door constructies waarin

⁴³ C-399/16, r.o. 40.

⁴⁴ *BNB* 2018/92, noot De Vries, par. 11.

⁴⁵ Van Os, *MBB* 2018/5-7, par. 2.6.2.

fiscale motieven een rol spelen bij het kunstmatig omvormen van vreemd in eigen vermogen om hier tariefsvoordelen mee te behalen.

De vraag blijft wat het Hof precies met deze rechtsoverweging bedoelde. Als de plaats van heffing over de rentebate wel zou uitmaken, dat wil zeggen dat deze in Nederland zou moeten worden belast, kan deze belemmering dan worden gerechtvaardigd door het behoud van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid? Uit het arrest *Masco Denmark*⁴⁶ lijkt het antwoord ‘ja’ te volgen, gezien hierbij uitsluitend een belastingvrijstelling werd verleend op ontvangen rente waarvan de aftrek was geweigerd bij een binnenlandse inlenende dochtervennootschap.⁴⁷ Toch meen ik dat voorzichtig moet worden omgegaan met deze rechtsoverweging van het Hof die ten overvloede wordt benoemd nadat de rechtvaardigingsgrond reeds is verworpen.

Rechtvaardigingsgrond 2: De noodzaak om de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel te verzekeren

Het Hof stelt dat de Nederlandse regering onvoldoende onderbouwt waarom de samenhang van de regeling van de FE in gevaar komt indien de onderhavige rente in aftrek zou mogen worden gebracht.⁴⁸ Van Os meent dat deze onderbouwing een ‘onmogelijke opgave’ zou zijn geweest als dit op basis van vaste jurisprudentie van het HvJ zou worden gedaan.⁴⁹ In de eerste plaats dient een rechtstreeks verband tussen het verlenen van een renteaftrek en de opheffing van dit voordeel door de belastingheffing over de rentebate te bestaan. Dit rechtstreekse verband dient te worden aangetoond aan de hand van het doel van de betrokken regeling.⁵⁰

Vaste jurisprudentie⁵¹ toont dat een dergelijk rechtstreeks verband zich slechts voordoet bij ‘strikte correlatie’ tussen de aftrekbaarheid van de rente en de heffing over de winst op het niveau van één en dezelfde belastingplichtige.⁵² In zowel *Groupe Steria*⁵³ als *Finanzamt Linz*⁵⁴ werd het coherentieargument tevergeefs ingebracht. Ook bij *X BV* lijkt tussen de rentebaten (in Zweden) en rentelasten (in Nederland) geen strikte correlatie bij dezelfde belastingplichtige te bestaan. Zodoende houdt dit argument dan ook geen stand.

⁴⁶ HvJ 21 december 2016, zaak C-593/14 (*Masco Denmark*), NTFR 2017/94 (met commentaar van Vleggeert), punten 34-38.

⁴⁷ Van Os, *MBB* 2018/5-7, par. 2.6.2.

⁴⁸ C-399/16, r.o. 44.

⁴⁹ Van Os, *MBB* 2018/5-7, par. 2.6.3.1.

⁵⁰ C-398/16, r.o. 43.

⁵¹ Zie, bijvoorbeeld, HvJ 18 september 2003, zaak C-168/01 (*Bosal*), NTFR 2003/1594 (met commentaar van Kors), punten 29-30; HvJ 28 februari 2008, zaak C-293/06 (*Deutsche Shell*), NTFR 2008/561, punt 39; en HvJ 4 juli 2013, zaak C-350/11 (*Argenta*), NTFR 2013/1758 (met commentaar van Nijkeuter), punten 42 en 46-47.

⁵² Van Os, *MBB* 2018/5-7, par. 2.6.3.1.

⁵³ HvJ EU 2 september 2015, zaak C-386/14, (*Groupe Steria*), r.o. 31.

⁵⁴ HvJ EU 6 oktober 2015, zaak C-66/14, (*Finanzamt Linz*), r.o. 44.

Van Os meent echter dat een beroep op de ‘spiegelbeeldige benadering’ wel de rechtvaardigingsgrond kan onderbouwen, waarbij de ‘perfect symmetrische werking’ van het KR Wannsee-arrest⁵⁵ wordt gehanteerd.⁵⁶ Het uitgangspunt hierbij is de situatie dat de dochter waarin kapitaal wordt gestort in Nederland is gevestigd en in een FE is gevoegd welke ten opzichte van een buitenlandse niet-gevoegde dochter wordt bekeken. Het ingeleende kapitaal blijft in puur binnenlandse verhoudingen ook na de kapitaalstorting tot de winst van één en dezelfde belastingplichtige behoren, namelijk de FE.⁵⁷ Bij een kapitaalstorting in een buitenlandse dochter wordt dit echter buiten de Nederlandse belastinggrondslag gebracht door de toepassing van de deelnemingsvrijstelling en staan er geen latere winsten tegenover de renteaftrek in Nederland.

Van Os betoogt dat een dergelijke *mismatch* in binnenlandse verhouding door de toepassing van artikel 15 wordt weggenomen omdat dit ervoor zorgt dat winsten uit de kapitaalstorting bij de gevoegde dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij toegerekend blijven worden en daarmee een rechtstreeks verband op het niveau van één belastingplichtige behouden blijft. In grensoverschrijdende gevallen kan artikel 15 deze *mismatch* niet wegnemen omdat een grensoverschrijdende FE niet mogelijk is, waardoor artikel 10a dit zou moeten wegnemen.

De ‘strikte correlatie’ die door Van Os wordt gezocht is lastiger te onderbouwen dan voor de samenhang tussen de rentebate en -aftrek bij een interne lening. Toch is deze samenhang ook vast te stellen indien een kapitaalstorting binnen FE wordt gedaan ten opzichte van een grensoverschrijdende kapitaalstorting. In puur binnenlandse situaties zou dan alleen renteaftrek worden toegestaan als de ingeleende gelden tot de winst van één en dezelfde belastingplichtige blijven behoren, namelijk de FE. Het is duidelijk dat het Hof deze weg zonder verdere onderbouwing van de Nederlandse regering niet wil inslaan.

Rechtvaardigingsgrond 3: De bestrijding van belastingontwijking en fraude

De redactie van Vakstudie Nieuws meent dat het Hof het ‘misbruikargument’ buiten de deur probeert te houden zonder inhoudelijk te kijken naar de regeling die in zijn kern een antimisbruikbepaling is die uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag poogt te voorkomen.⁵⁸ De kans dat dergelijke grondslaguitholling zich in binnenlandse verhoudingen onder het FE-regime voordoet is volgens hen namelijk verwaarloosbaar. Hierbij staat immers tegenover de aftrekbare rentelast een belastbare rentebate bij de ontvangende partij. Enkel de uitzondering van artikel 10a lid 3 onderdeel b Wet Vpb, die in werking treedt indien er sprake is van verliesverrekeningsmogelijkheden bij de ontvanger van de

⁵⁵ HvJ EG 23 oktober 2008, zaak C-157/07, (*KR Wannsee*).

⁵⁶ Van Os, *MBB* 2018/5-7, par. 2.6.3.3.

⁵⁷ Het Hof heeft zich echter nog niet uitgelaten of FE’s inderdaad als één en dezelfde belastingplichtige worden gezien.

⁵⁸ *V-N* 2018/11.14.

rentebate, ziet op de mogelijkheid dat in binnenlandse situaties grondslaguitholling plaats kan vinden.⁵⁹

Wattel meent in zijn conclusie dat de Hoge Raad van mening is dat artikel 10a Europeesrechtelijk als antimisbruikbepaling voldoet en dat de tegenbewijsregeling tevens proportioneel uitwerkt.⁶⁰ Dit lijkt de weg open te zetten voor de bestrijding van belastingontwijking en fraude als rechtvaardigingsgrond. In de zaak *Hornbach* heeft het Hof zich uitgelaten over de (on)vergelijkbaarheid van misbruik in binnenlandse en grensoverschrijdende situaties.⁶¹ Indien misbruik in puur binnenlandse situaties niet lijkt voor te komen dan meent het Hof dat deze situaties nog wel vergelijkbaar zijn, maar erkende wel dat dit van invloed kan zijn op rechtvaardigingsgronden zoals territorialiteit en antimisbruik.

De eerste van deze rechtvaardigingsgronden lijkt eenvoudiger te onderbouwen, aangezien het misbruikargument een subjectieve toets kent welke ziet op het oogmerk van de belastingplichtige. Het territorialiteitsbeginsel kan los van het doel van de belastingplichtige door de inspecteur worden ingeroepen. Voor een antimisbruikbepaling dient sprake te zijn van een ‘volstrekt kunstmatige constructie’ waarbij verlangd mag worden dat de belastingplichtige bewijs van zakelijkheid aanlevert voor zover dit niet tot buitensporige lasten leidt.⁶² Aangezien het in casu niet om een volstrekt kunstmatige constructie ging lijkt antimisbruik geen rechtvaardiging te kunnen vormen voor een eventuele belemmering.

De redactie van Vakstudie Nieuws meent dat de uitkomst van arrest *X BV* ertoe leidt dat echte misbruiksituaties door de per-elementbenadering voortaan aan de werking van artikel 10a kunnen ontsnappen.⁶³ Van Os deelt deze mening niet nu het HvJ in *Thin Cap*⁶⁴ een eigen omschrijving heeft gegeven van het begrip ‘misbruiksituatie’, iets waar artikel 10a niet in alle gevallen aan lijkt te voldoen.⁶⁵ Naast artikel 10a kan de inspecteur zich eveneens beroepen op het nationaalrechtelijke misbruik van recht-begrip.⁶⁶ Deze *fraus legis*-leer dient te worden ingeroepen bij een kunstmatige samenstel van rechtshandelingen die tegen doel en strekking van de wet ingaat, zoals doorgaans het geval is bij de toepassing van artikel 10a, waarbij de inspecteur deze kunstmatigheid dient aan te tonen.⁶⁷ Ik meen dan ook dat de per-elementuitspraak van het HvJ niet onevenwichtig uitwerkt nu de

⁵⁹ *BNB* 2018/92, noot De Vries, par. 6, aangezien verliezen binnen FE horizontaal verrekenbaar zijn gaat het hierbij om voorvoegingsverliezen.

⁶⁰ HR (A-G) 8 juni 2018, ECLI:NL:PHR:2018:624, r.o. 1.17.

⁶¹ HvJ EU 31 mei 2018, zaak C-382/16, (*Hornbach-Baumarkt*).

⁶² HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04 (*Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas*).

⁶³ *V-N* 2018/11.14.

⁶⁴ HvJ EG 13 maart 2007, zaak C-524/04 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*).

⁶⁵ Van Os, *MBB* 2018/5-7, par. 2.6.4.

⁶⁶ HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, *BNB* 2021/137 (*Hunkemöller*), r.o. 4.2.3. t/m 4.2.10.

⁶⁷ De Werd, *Cursus Belastingrecht Fiscaal Bestuursrecht*, FBR.7.5 e.v.

inspecteur alsnog een instrument heeft om ‘echte misbruiksituaties’ aan te pakken. Daarnaast lijken de gevolgen voor binnenlands belastingplichtigen te overzien.⁶⁸

1.3 HvJ-arrest Lexel

In de zaak *Lexel* heeft de hoogste bestuursrechter in Zweden prejudiciële vragen aan het HvJ gesteld onder verwijzing naar het arrest *X BV en X NV*.⁶⁹ De zaak betreft namelijk de doorwerking van een element van de Zweedse groepsbijdrageregeling naar de Zweedse antiwinstdrainage regeling (‘Zweedse 10a’) en vertoont daarmee grote gelijkenissen met de hiervoor besproken zaak *X BV*. Alhoewel dergelijke overeenkomsten mogelijk tot een *acte clair*⁷⁰ kunnen leiden, meent de Zweedse rechter dat de verschillen tussen beide regelingen dwingen tot het stellen van prejudiciële vragen.

1.3.1 Casus Lexel

Lexel AB, gevestigd in Zweden, is onderdeel van de Schneider Group met Schneider Electric, gevestigd in Frankrijk, als moedermaatschappij. Ter financiering van de verwerving van het aandelenbelang van 15 procent in een Belgische groepsmaatschappij in bezit van een Spaanse groepsmaatschappij is Lexel AB een lening aangegaan met Bossière Finances (een Franse groepsmaatschappij die fungeert als interne bank). Zweden weigert de aftrek van de aan Bossière Finances betaalde rente aangezien deze de baten in Frankrijk kan verrekenen met de verliezen van de Franse FE waarin deze vennootschap is gevoegd én omdat het verkrijgen van dit belastingvoordeel de enige beweegreden voor het aangaan van de schuld vormt. Indien Bossière Finances echter in Zweden gevestigd was, zou deze gezamenlijk met Lexel AB in aanmerking komen voor het Zweedse groepsbijdrageregime.⁷¹ Entiteiten die onder dit regime vallen voldoen altijd aan de zakelijkheidstoets van de Zweedse renteaftrekbepanking, aangezien hierbij wordt aangenomen dat fiscale motieven niet de hoofdreden voor het aangaan van de lening kunnen zijn omdat de voordelen die hiermee gepaard gaan ook door middel van winstoverdracht bewerkstelligd kunnen worden.⁷² Lexel AB stelde vervolgens dat dit onderscheid een belemmering van het vrije vestigingsverkeer teweegbracht. De Zweedse rechter lijkt van mening te zijn dat in casu zich geen strijdigheid met EU-recht voordoet vanwege het antimisbruikargument, maar stelt desalniettemin toch een prejudiciële vraag over de verenigbaarheid met artikel 49 VWEU.

⁶⁸ Zie hiervoor paragraaf 2.2.1.

⁶⁹ C-484/19, r.o. 34

⁷⁰ Dit is het fenomeen dat de bestaande Europese jurisprudentie duidelijk en vergelijkbaar genoeg is om daarmee de zaak nationaalrechtelijk af te doen. In het geval van *acte clair* hoeft de rechter derhalve geen prejudiciële vragen te stellen om tot een uitspraak te komen.

⁷¹ C-484/19, r.o. 40.

⁷² C-484/19, r.o. 9 en r.o. 40.

1.3.2 HvJ-arrest Lexel

Ter beantwoording van de prejudiciële vraag overweegt het Hof ten eerste of sprake is van objectief vergelijkbare gevallen.⁷³ Deze vergelijkbaarheid dient volgens het Hof te worden bekeken vanuit het doel en de inhoud van de betreffende nationale bepaling (de Zweedse 10a), waaruit blijkt dat de regeling geen onderscheid maakt tussen binnenlandse rentebetalingen aan groepsmaatschappijen en grensoverschrijdende rentebetalingen.⁷⁴ Een verschil in behandeling van beide situaties vormt derhalve een belemmering op grond van het vrije vestigingsverkeer. Dit verschil kan mogelijk wel worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang.

Genoemde rechtvaardigingsgronden waren:

1. Het bestrijden van belastingfraude en -ontwijking (r.o. 48-57); en
2. Het behoud van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten (r.o. 58-70).

1. Het bestrijden van belastingfraude en -ontwijking

Het Hof overweegt dat een beperking van de vrijheid van vestiging als bedoeld in artikel 49 VwEU slechts kan worden gerechtvaardigd indien deze er specifiek toe strekt volkomen of volstrekt kunstmatige constructies te voorkomen die geen enkel verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaal gesproken verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied.⁷⁵ In rechtsoverweging 50 overweegt het Hof vervolgens dat een dergelijke belemmering niet tot buitensporige administratieve lasten mag leiden om bewijs van eventuele commerciële redenen aan te leveren indien de volkomen kunstmatige constructie alleen voor belastingdoeleinden is opgezet.

In rechtsoverweging 51 haalt het Hof het evenredigheidsbeginsel aan, waarbij, indien het gaat om een volstrekt kunstmatige constructie, slechts de rente die een zakelijke vergoeding zou overstijgen in aftrek beperkt zou kunnen worden. Door de vormgeving van de 75 procent-eis⁷⁶ meent het Hof dat het specifieke doel van de aftrekbeperking niet bestaat uit de bestrijding van volstrekt kunstmatige constructie, noch zich daartoe beperkt. Transacties die onder marktconforme voorwaarden zijn aangegaan vallen volgens het Hof namelijk ook onder de aftrekbeperking, maar kunnen niet als volstrekt kunstmatig worden bestempeld omdat deze ook tussen onafhankelijke partijen tot stand

⁷³ C-484/19, r.o. 34.

⁷⁴ C-484/19, r.o.43-45.

⁷⁵ C-484/19, r.o. 49.

⁷⁶ Zie C-484/19, r.o. 9, waarbij de zakelijkheid is bewezen indien fiscale motieven voor minder dan 75 procent ten grondslag liggen aan de lening.

kunnen komen.⁷⁷ De rechtvaardigingsgrond die verband houdt met de bestrijding van belastingfraude en -ontwijking kan derhalve niet worden aanvaard.⁷⁸

2. *Het behoud van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten*

Indien een regeling ertoe strekt gedragingen te voorkomen die een afbreuk kunnen doen aan het recht van een lidstaat om zijn belastingbevoegdheid met betrekking tot de activiteiten die op zijn grondgebied worden verricht uit te oefenen, kan dit een rechtvaardigingsgrond voor een belemmering van het vrije vestigingsverkeer vormen.⁷⁹ Dit doet zich onder andere voor wanneer een belastingplichtige zonder een dergelijke belemmering vrijelijk zou kunnen kiezen waar zijn winsten dan wel verliezen in de heffing worden betrokken.⁸⁰ Belemmeringen als gevolg van de consolidatie van winsten en verliezen, alsmede de overdracht van winsten bij de Zweedse groepsbijdrageregeling, zijn dan ook met dit argument te rechtvaardigen.⁸¹

Het Hof overweegt echter dat niet de groepsbijdrageregeling moet worden getoetst aan dit argument, maar de Zweedse 10a-regeling. In rechtsoverweging 64 wordt de uitspraak *X BV en X NV* aangehaald⁸² waarin de Nederlandse renteaftrekbepanking niet kon worden gerechtvaardigd door de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid te waarborgen. Zoals in paragraaf 1.2 besproken kwam het voordeel voor de FE niet voort uit de algemene verrekening van winsten en verliezen, maar uit de consolidatiegedachte die voor FE's geldt. Aangezien de aftrekbaarheid van rente op groepsleningen niet enkel aan vennootschappen die onder het groepsbijdrageregime vallen is voorbehouden, is het 10a-voordeel derhalve geen voordeel dat specifiek aan het groepsbijdrageregime is verbonden. De bovengenoemde rechtvaardigingsgrond slaagt derhalve niet.

Verder overweegt het Hof dat de rente wel aftrekbaar zou zijn geweest indien Bossière Finances niet tot de groep verbonden ondernemingen had behoord. Vanuit het oogpunt van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten bestaat namelijk geen verschil tussen gelieerde en niet-gelieerde grensoverschrijdende transacties indien beiden markconform worden vormgegeven.⁸³ De verdeling van de evenwichtige heffingsbevoegdheid zou dan volgens het standpunt van het Hof ook in het geding komen bij zakelijke grensoverschrijdende transacties met derden, terwijl een

⁷⁷ C-484/19, r.o. 53.

⁷⁸ C-484/19, r.o. 57.

⁷⁹ C-484/19, r.o. 59.

⁸⁰ Zie in die zin HvJ 18 juli 2007, zaak C-231/05 (*Oy AA*), r.o. 56 en HvJ 25 februari 2010, zaak C-337/08 (*X Holding*), r.o. 29-33.

⁸¹ C-484/19, r.o. 62-63.

⁸² Overigens worden hier letterlijk de woorden 'fiscale eenheid' en 'consolidatie' benoemd, wat niet rechtstreeks op de Zweedse 'groepsbijdrageregeling' kan zien waarbij sprake is van 'winstoverdracht'. Los van deze taalkundige dwaling lijkt de argumentatie één op één stand te houden bij een vervanging van deze woorden.

⁸³ C-484/19, r.o. 69.

dergelijke belemmering per definitie niet gerechtvaardigd kan worden door een dwingende reden van algemeen belang. Ook hier slaagt de bovengenoemde rechtvaardigingsgrond niet.

In rechtsoverweging 78 komt het Hof vervolgens tot het oordeel dat de uitzonderingsregel voor vennootschappen behorend tot een groepsbijdrageregeling-groep in de Zweedse 10a als belemmering van de vrijheid van vestiging moet worden uitgelegd.

1.4 Kritiek op en gevolgen van arrest *Lexel*

Alhoewel arrest *Lexel* niet direct betrekking heeft op Nederlandse regelgeving, heeft de uitspraak hier toch enige stof doen opwaaien.⁸⁴ Niet enkel omdat de Staatssecretaris een groepsregeling met winst- dan wel verliesoverdracht overweegt⁸⁵, maar ook omdat de uitspraak sterke verwantschap met de omstreden uitspraak *X BV en X NV* toont. Buiten de ogenschijnlijke per-elementaspecten van arrest *Lexel* schuilen eveneens een aantal ingewikkelde antimisbruikopvattingen, welke beknopt uiteen zullen worden gezet.

De kern van arrest *Lexel* zit hem in de vraag tot hoe ver het antimisbruikargument kan worden aangevoerd: weegt het voorkomen van grondslaguitholling door misbruik zwaarder dan de vrije verkeersbepalingen? Wattel meent dat het Hof ten onrechte de marktconforme voorwaarden van de lening tussen *Lexel AB* en *Bossière Finances* als uitgangspunt heeft genomen in de beslissing dat zich hier geen *BEPS*⁸⁶ voordoet.⁸⁷ Ook in dit geval kan namelijk door het aangaan van een lening een rentevoordeel binnen de groep ontstaan. Egelie plaatst echter een kanttekening bij de interpretatie van de genoemde marktconforme voorwaarden. Aangezien de Zweedse regeling niet alleen leningen die naar hun aard volstrekt kunstmatig zijn (en dus niet te verzakelijken), maar ook leningen waarvan slechts de voorwaarden onzakelijk zijn treft, valt deze in zijn ogen niet onder het Unierechtelijke label ‘antimisbruikbepaling’.⁸⁸ De toepassing van de Zweedse antimisbruikregeling wordt daarmee in alle gevallen onderuit gehaald als rechtvaardigingsgrond.

Hiernaast volgt uit de redentatie van het Hof dat de belastingplichtige ook dezelfde lening bij derden had kunnen aangaan. Indien zowel de inlenende als de uitlenende groepsentiteiten de leningen buiten de groep waren aangegaan, zouden de facto dezelfde renteaftrek en rentebaten worden bereikt. In deze situatie wordt de belastingplichtige echter niet met een renteaftrekbeperking geconfronteerd aangezien het geen groepslening betreft. Het bestaan van groepsverhoudingen zou in deze dan ook niet de beslissende factor voor de aftrekbaarheid van de rente moeten zijn.

⁸⁴ Zie o.a. Wisman, *V-N* 2021/8.0 en Wattel, *NJB* 2021/715.

⁸⁵ ‘Eerste internetconsultatie nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting’, 17 juni 2019.

⁸⁶ Base Erosion and Profit Shifting.

⁸⁷ Wattel, *NJB* 2021/715, p. 1.

⁸⁸ Egelie, *NDFR* 2021/524, par. 8.

De redactie van Vakstudie Nieuws verklaart het verschil in de uitwerking van de misbruiktoets in arrest *Lexel* en arrest *X BV en X NV* doordat de belanghebbende in arrest *Lexel* geen beroep doet op een specifiek element van de groepsbijdrageregeling, maar op de behandeling van de daaronder vallende maatschappijen voor de tegenbewijsregeling van de Zweedse 10a-bepaling.⁸⁹ In arrest *X BV* ging het echter om een beroep op een specifiek element van de FE, namelijk de consolidatiegedachte, waardoor het Hof in rechtsoverweging 49 van dat arrest overwoog dat zowel aan doel en strekking van artikel 10a als artikel 15 Wet Vpb getoetst moest worden. In feite is arrest *Lexel* daarmee geen zuiver per-elementarrest, maar een antimisbruikarrest. De per-elementonderdelen van groepsregelingen zonder consolidatiegedachte lijken daarmee ook minder ver te reiken dan bij FE-regimes. Desalniettemin lijkt elke doorwerking van de groepsbijdrageregeling door het Hof onder een vergrootglas te worden geplaatst.

1.5 Conclusies met betrekking tot EU-recht en groepsregelingen

Met betrekking tot groepsregelingen zijn over het algemeen drie categorieën voordelen te onderscheiden in relatie tot het EU-recht. In de eerste plaats bestaan er voordelen die rechtstreeks uit de consolidatie van resultaten dan wel uit de overdracht van winsten of verliezen voortkomen. Daarnaast bestaan er ook voordelen waarbij een groepsregime voorkomt dat een antimisbruikbepaling in werking treedt, al dan niet omdat misbruik de facto niet in binnenlandse verhoudingen kan voorkomen. In de laatste plaats valt de doorwerking van het groepsregime naar overige wettelijke bepalingen te behandelen.

1.5.1 Voordelen uit consolidatie of resultaatoverdracht

Met het arrest *X Holding* heeft het HvJ zich voor het eerst uitgelaten over de vraag of het voorbehouden van resultatensaldering aan binnenlands belastingplichtigen een belemmering op grond van het vrije vestigingsverkeer vormt.⁹⁰ Het Hof is hierin tot het oordeel gekomen dat inderdaad sprake is van een belemmering, maar dat deze evenwel gerechtvaardigd kan worden door een aantal dwingende redenen van algemeen belang. Het vrijelijk kunnen bepalen waar winsten dan wel verliezen neerslaan zou volgens het Hof de soevereiniteit van lidstaten op het gebied van belastingheffing in het geding brengen. Het weigeren van grensoverschrijdende resultaatoverdracht is dan ook in lijn met EU-recht. Dit mag echter niet zo ver gaan dat het niet toestaan van deze overdracht disproportioneel uitwerkt, wat volgens het Hof speelt ingeval van definitieve verliezen als in arrest

⁸⁹ Redactie Vakstudie Nieuws, *V-N* 2021/6.8

⁹⁰ Met het eerder gewezen arrest *Oy AA* (zaak C-231/05) kwam het Hof tot dezelfde conclusies met betrekking tot winstoverdracht.

*Marks & Spencer II*⁹¹.⁹² Indien verliezen niet meer tegenover latere winsten in een lidstaat kunnen worden gebracht zou een belemmering volgens het Hof namelijk onevenredig zwaar uitwerken. Voordelen die uit een consolidatieregime voortkomen zijn in de basis dan ook voorbehouden aan ingezetenen, tenzij er sprake is van definitieve verliezen.⁹³ Ditzelfde geldt voor zowel consolidatieregimes als voor resultaatoverdrachtsregelingen zoals bijvoorbeeld de Zweedse groepsbijdrageregeling.⁹⁴

De overdracht van resultaten kan dus binnen de Europeesrechtelijke kaders worden voorbehouden aan binnenlands belastingplichtige lichamen, met de toevoeging dat dit niet disproportioneel mag uitwerken, zoals het geval is bij definitieve verliezen.

1.5.2 Antimisbruikbepalingen

In arrest *X BV* worden voordelen die niet specifiek aan de betreffende groepsregeling zijn verbonden getoetst aan het vrije verkeer van vestiging. Vanwege het feit dat deze voordelen niet voortkomen uit doel en strekking van de groepsregeling kan het behoud van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten geen argument voor een eventuele verschillende behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen vormen.⁹⁵ Vervolgens dient gekeken te worden naar doel en strekking van de onderliggende regeling waar het voordeel betrekking op heeft. De antiwinstdrainageregeling die in *X BV* aan de orde komt kent de achtergrond om grondslaguitholling door agressieve financieringsstructuren tussen groepsmaatschappijen te voorkomen. De Nederlandse regering beroept zich derhalve op antimisbruik als rechtvaardigingsgrond. Hoewel hier sterke argumenten voor zijn te bedenken, bijvoorbeeld dat zonder een dergelijke belemmering transacties die hoofdzakelijk door fiscale redenen zijn ingegeven voortaan kunnen plaatsvinden, is het Hof hier niet in meegegaan. Het bestrijden van misbruik kan volgens het Hof namelijk geen argument vormen om een binnenlandse transactie niet aan dezelfde voorwaarden te toetsen. De situatie dat een antimisbruikbepaling de facto vrijwel altijd toepassing mist in binnenlandse gevallen, bijvoorbeeld omdat dan altijd sprake is van een compenserende heffing, doet daar niets aan af.

De voordelen die voortkomen uit de doorwerking van groepsregelingen naar antimisbruikbepalingen kunnen niet worden beperkt tot binnenlands belastingplichtigen, tenzij het hierbij gaat om volstrekt kunstmatige constructies met alleen belastingmotieven.⁹⁶ In de eerste aanleg lijkt een additionele toetsing op misbruik niet op onoverkomelijke bezwaren te stuiten. Toch meen ik dat vanuit de

⁹¹ HvJ EU 13 december 2005, zaak C-446/03 (*Marks & Spencer II*).

⁹² Egelie, *NDFR* 2021/524, par. 7.

⁹³ Zie o.a. *A Oy* (C-123/11) en *Holmen AB* (C-608/17).

⁹⁴ HvJ EU 21 februari 2013, zaak C-123/11 (*A Oy*).

⁹⁵ C-484/19, r.o. 64-65 én C-398/16 en C-399/16, r.o. 40 en 41.

⁹⁶ C-484/19, r.o. 50.

doelstelling van groepsregelingen om naast fiscale neutraliteit ook administratieve lastenverlichting te bewerkstelligen een extra antimisbruiktoets onwenselijk is.⁹⁷ Zoals in paragraaf 1.2 en 1.4 omschreven komt misbruik binnen dergelijke groepsregelingen zelden voor, met name omdat de fiscale voordelen ook op eenvoudigere wijzen behaald kunnen worden. Ondanks deze argumenten dient geconstateerd te worden dat EU-recht dwingt dat antimisbruikbepalingen ook op maatschappijen behorend tot groepsregimes dienen te zien, behoudens het geval waarin de antimisbruikregeling slechts op volkomen kunstmatige constructies ziet.

1.5.3 Overige bepalingen

Voor overige bepalingen geldt eenzelfde conclusie als voor antimisbruikbepalingen: op grond van EU-recht mag geen onderscheid worden gemaakt tussen binnenlands en buitenlands belastingplichtigen met betrekking tot de doorwerking van de groepsregeling naar andere wettelijke bepalingen. Toch kan doel en strekking van een specifieke bepaling, in combinatie met doel en strekking van de FE⁹⁸, mogelijk een rechtvaardiging voor een verschillende behandeling vormen. Indien een regeling ziet op het stimuleren van binnenlandse investeringen, doet het toekennen van een voordelige element bijvoorbeeld afbreuk aan de territoriale doelstelling van de wetgever. Gezien de inconsistente jurisprudentie van het Hof is het een lastige opgave om op voorhand de uitkomst van een per-elementberoep te voorspellen. In hoofdstuk 2 volgt een grondige analyse van verschillende regelingen in het per-elementperspectief.

Deelconclusie

Het arrest *X BV en X NV* werpt een nieuw licht op de Europeesrechtelijke houdbaarheid van groepsregelingen en bepalingen waarop deze doorwerken. Alhoewel EU-recht er nooit toe zou dwingen om grensoverschrijdende winst- of verliesoverdracht toe te staan, met de uitzondering voor definitieve verliezen, kunnen voordelen die niet rechtstreeks uit de consolidatie van resultaten of resultaatoverdracht voortkomen mogelijk wel een belemmering van het vrije vestigingsverkeer vormen. Elk mogelijke voordeel buiten de specifiek aan de groepsregeling toerekenbare voordelen lijkt daarmee in eerste aanleg kwetsbaar binnen de kaders van het Europees recht. Uit arrest *Lexel* blijkt daarentegen dat niet elke voordelige behandeling van maatschappijen vallend onder een groepsregeling een per-elementvoordeel betreft. Een uitgebreide toetsing van de regelingen waaruit dergelijke voordelen voortkomen zal dan ook de spreekwoordelijke ‘donkere wolk’ die hierboven hangt kunnen wegnemen en de budgettaire risico’s voor de overheid beter in kaart kunnen brengen.

⁹⁷ Zie voor een toelichting op dit argument paragraaf 3.1.

⁹⁸ In arrest *X en X* (r.o. 34-37) diende zowel naar doel en strekking van artikel 10a als artikel 15 e.v. te worden gekeken.

Hoofdstuk 2 Spoedreparatie en per-elementbenadering

Inleiding

De arresten *Groupe Steria* en *X BV en X NV* hebben de Europeesrechtelijke risico's van FE's duidelijk blootgegeven: de FE vormt geen coherent geheel van voor- en nadelen⁹⁹, maar moet per zelfstandig element aan het EU-recht worden getoetst. De budgettaire gevolgen van het toekennen van deze per-elementvoordelen aan buitenlands belastingplichtigen zijn niet eenvoudig in kaart te brengen en leiden daarmee tot grote onzekerheid, waardoor de Staatssecretaris op voorhand wetgeving heeft aangekondigd om de werking van het FE-regime voor deze onderdelen te beperken.¹⁰⁰ Hoewel uit vorig hoofdstuk is gebleken dat de reikwijdte van de per-elementbenadering tamelijk ver kan gaan, beperken de Europeesrechtelijke risico's zich volgens de Staatssecretaris tot de volgende regelingen: antiwinstdrainage (artikel 10a Wet Vpb), beleggingsdeelnemingen (artikel 13 lid 8 t/m 15 Wet Vpb), hybride leningen (artikel 13 lid 17 Wet Vpb), de herwaardering van belangen in bepaalde beleggingsdeelnemingen (artikel 13a), handel in rentesaldolichamen (artikel 15ba Wet Vpb) en handel in verlieslichamen (artikel 20a Wet Vpb).¹⁰¹

De Staatssecretaris noemt verder nog mogelijke bepalingen die onder de per-elementbenadering kunnen vallen, maar meent dat de risico's die hiermee samenhangen verwaarloosbaar zijn.¹⁰² De benoemde regelingen zijn: de houdsterverliesregeling (artikel 20 lid 4 Wet Vpb, oud), de innovatiebox (artikel 12b t/m 12bg Wet Vpb), de verrekenprijregels (artikel 8b Wet Vpb) en de sanctiebepaling voor vervreemding en overbrenging van afgewaardeerde vorderingen in de deelnemings sfeer (artikel 13b Wet Vpb). Een belangrijke vraag om bij de weerlegging van deze Europeesrechtelijke risico's te stellen is of de argumentatie van de Staatssecretaris wel correct is in het licht van het in hoofdstuk 1 vastgestelde per-elementstoetsingskader. In dit hoofdstuk zal de beantwoording van de onderstaande deelvraag centraal staan:

Op welke regelingen binnen de vennootschapsbelasting werkt de spoedreparatiewetgeving naar aanleiding van de per-elementbenadering volgend uit de gevoegde zaken X BV en X NV (C-398/16 en C-399/16) (mogelijk) door en wat zijn de mogelijke effecten hiervan?

⁹⁹ C-398/16, r.o. 44.

¹⁰⁰ *Kamerstukken II* 2017/18, 34323, 20 en *Kamerstukken I* 2017/18, 34323, F.

¹⁰¹ *Kamerstukken II* 2017/18, 34959, 2 (wetsvoorstel), *Kamerstukken II* 2017/18, 34959, 3 (memorie van toelichting). De spoedreparatie ziet ook mede op artikel 11 lid 4 Wet op de dividendbelasting 1965. Omwille van de omvang en de doelstelling van dit onderzoek wordt deze buiten beschouwing gelaten. Ook artikel 20 lid 4 (oud) vpb en artikel 13l (oud) vpb worden buiten beschouwing gelaten aangezien dit onderzoek zich richt op Europeesrechtelijke risico's van huidige regelgeving.

¹⁰² *Kamerstukken II* 2018/19, 34959, 7, p. 12-13 en p. 23-24 en G.C. van der Burgt & M.H.C. Ruijschop, *TFO* 2019/164.2, p. 2.

Om tot een beantwoording van deze deelvraag te komen zal in de eerste aanleg de gedeeltelijke wegdenkbepaling van de spoedreparatiewetgeving met betrekking tot de regelingen genoemd in artikel 15 lid 16 Wet Vpb worden toegelicht. Vervolgens worden de overige wettelijke bepalingen getoetst aan de per-elementbenadering. Dit hoofdstuk sluit af met een deelconclusie.

2.1 Spoedreparatiewetgeving invoering

De reacties op de spoedreparatiewetgeving lopen uiteen: waar voorstanders de aanpassingen werkbaar vinden en tevreden zijn dat de FE als groepsregime behouden blijft¹⁰³, menen anderen dat de wetgeving onbegrijpelijk is geworden¹⁰⁴. Daarnaast worden diverse alternatieven zoals de (beperkt) grensoverschrijdende FE¹⁰⁵ of een systeem van winst- dan wel verliesoverdracht¹⁰⁶ voorgesteld. Of de FE met spoedreparatiewetgeving een houdbaar regime is ligt naast de toegenomen complexiteit van de regeling bovenal aan de eventuele toekomstige Europeesrechtelijke conflicten met betrekking tot de per-elementbenadering. Zo lijkt de saldobepaling van de earningstrippingmaatregel bijvoorbeeld gevoegde maatschappijen meer renteaftrekmogelijkheden te bieden dan in de situatie waarin deze niet gevoegd zouden zijn.¹⁰⁷ Ook de behandeling van de rapportageverplichtingen voor de verrekenprijsregels lijkt binnen het FE-regime anders dan voor niet gevoegde maatschappijen.¹⁰⁸

De kern van de spoedreparatie opgenomen in artikel 15 lid 16 Wet Vpb zit in de zinssnede ‘als ware er geen fiscale eenheid’. De benoemde regelingen, alsmede de daarmee verband houdende regelingen¹⁰⁹, moeten voortaan worden toegepast alsof er geen sprake is van een FE. Hiermee wordt de FE dus gedeeltelijk weggedacht, wat door de territoriale werking van de FE slechts binnenlandse verhoudingen raakt.¹¹⁰ De Staatssecretaris heeft meerdere malen aangegeven dat de spoedreparatie geenszins een beëindiging van de FE tot gevolg heeft¹¹¹, waardoor de FE dus met betrekking tot alle niet in lid 16 benoemde regelingen in stand blijft, alsmede alle overige bepalingen inzake de FE.

De reikwijdte van de spoedreparatie is daarmee expliciet aangegeven, wat betekent dat bij de constatering dat de per-elementbenadering ook op andere regelingen dient te zien, dit geen terugwerkende kracht zal kennen.¹¹² Door de vooraankondiging van de spoedreparatiewetgeving ten tijde van de conclusie van A-G Campos Sánchez-Bordana in het arrest *X BV en X NV* kende de spoedreparatie aanvankelijk een terugwerkende kracht tot 25 oktober 2017, maar dit is in het

¹⁰³ Smit, “If it ain’t broke, stop fixing it”, *TaxLive*, V-N 2020.12.0.

¹⁰⁴ Ruijschop, “Verdronken vlinder”, *WFR* 2020/39.

¹⁰⁵ Kok & De Vries, *WFR* 2018/37.

¹⁰⁶ R.P. van den Dool & M. Nieuweboer, *WFR* 2019/227 en *WFR* 2019/235.

¹⁰⁷ *Kamerstukken II* 2018/19, 35028, 21, p. 35.

¹⁰⁸ Nuancerings door Van den Dool & Nieuweboer, *WFR* 2019/227 en *WFR* 2019/235.

¹⁰⁹ *Kamerstukken II* 2018/19, 34959, 7, p. 22-23.

¹¹⁰ Artikel 15, lid 4, onderdeel c en lid 8 Wet Vpb.

¹¹¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 34959, 7, p. 24, 34 en 61.

¹¹² *Kamerstukken II* 2018/19, 34959, 7, p. 12.

definitieve wetsvoorstel gewijzigd in 1 januari 2018.¹¹³ Met deze beperking van de terugwerkende kracht meen ik dat de wetgever een middenweg probeert te vinden tussen de budgettaire risico's van het toestaan van grensoverschrijdende per-elementvoordelen en de rechtszekerheid van binnenlands belastingplichtigen. Door de spoedreparatie te beperken tot een aantal regelingen neemt de wetgever bewust het risico dat meerdere regelingen onder de per-elementbenadering kunnen vallen en mogelijk in de toekomst onder de spoedreparatie dienen te vallen. Terugwerkende kracht bij de verankering van deze nieuwe elementen lijkt mij dan ook zeer onwenselijk. De spreekwoordelijke 'grijze wolk' die boven de FE met spoedreparatiemaatregelen hangt wordt daarmee alleen maar donkerder.

2.2 Wetgeving waarop de spoedreparatie van toepassing is

Nu de spoedreparatie FE een feit is, komt de vraag op of de per-elementbenadering op een correcte wijze is geïmplementeerd. De meest besproken en wellicht meest ingrijpende wijziging lijkt de toepassing op de antiwinstdrainage wetgeving te zijn. Hierbij komt de vraag op of de wetgever niet verder is gegaan dan noodzakelijk om het Europeesrechtelijke lek te dichten.¹¹⁴ Naast de wegdenkbepaling met betrekking tot de antiwinstdrainageregeling dient deze ook op een correcte wijze te zijn geïmplementeerd in verhouding tot de overige bepalingen van artikel 15 lid 16 Wet Vpb. Deze paragraaf zal derhalve alle in dit artikel benoemde bepalingen behandelen.

2.2.1 Antiwinstdrainage – Artikel 10a Wet Vpb

Zoals besproken in hoofdstuk 1 is artikel 10a Wet Vpb een antimisbruikbepaling die rente in aftrek beperkt voor zover een groepslening verband houdt met een 'besmette handeling' als in artikel 10a, lid 1, onderdeel a tot en met c Wet Vpb én niet in overwegende mate is ingegeven door zakelijke redenen. Door de consolidatiegedachte van de FE kan het zijn dat de besmette rechtshandeling, de lening of beiden fiscaal non-existent zijn. Door de toepassing van de spoedreparatie moet artikel 10a worden toegepast 'als ware geen fiscale eenheid'.¹¹⁵ Dit heeft tot gevolg dat voornoemde rechtshandelingen of -verhoudingen fiscaal zichtbaar worden en derhalve mogelijk onder het toepassingsbereik van de renteaftrekbeperking vallen. Onderstaand worden successievelijk de gevolgen van het zichtbaar worden van een besmette rechtshandeling en het zichtbaar worden van een interne lening uiteengezet.

¹¹³ *Kamerstukken II* 2018/19, 34959, 6, p. 1.

¹¹⁴ Van der Burgt & Ruijschop, *TFO* 2019/164.2, par. 4.3.3.

¹¹⁵ Artikel 15 lid 16 Wet Vpb.

Interne besmette rechtshandeling

Als gevolg van de spoedreparatie kunnen kapitaalstortingen en winstuitdelingen tussen gevoegde maatschappijen zichtbaar worden die voorheen fiscaal non-existent waren. Door het zichtbaar worden van dergelijke rechtshandelingen kan een groepslening van een niet gevoegde groepsvennootschap aan de FE onder het bereik van artikel 10a vallen, waardoor bij het ontbreken van voldoende zakelijke motieven de rente bij de FE in aftrek zal worden beperkt. Met deze uitwerking wordt de situatie van zaak *X BV* gerepareerd.

De Groot en Van Gijlswijk merken op dat de spoedreparatie omtrent de antiwinstdrainageregeling geen temporele beperking kent, hetgeen ertoe leidt dat ook besmette rechtshandelingen van voor 1 januari 2018 een renteaftrekbeperking teweeg kunnen brengen. Ze achten dat dit vanuit de doelstelling van de spoedreparatiemaatregelen begrijpelijk is, waar dit alle aan de FE toerekenbare voordelen wegneemt.¹¹⁶ Uitvoeringstechnisch vormt het ontbreken van een dergelijke temporele beperking echter een additionele last, zo toont de uitvoeringstoets van de Belastingdienst.¹¹⁷ Daarmee lijkt de spoedreparatie zowel voor de regering als voor belastingplichtigen een ongewenst gevolg van de per-elementbenadering.

Zoals in paragraaf 1.2 besproken zal misbruik doorgaans niet voorkomen in binnenlandse verhoudingen. Indien de FE-maatschappij rechtstreeks, en dus niet via een kapitaalstorting van een gevoegde maatschappij, met een groepsmaatschappij een lening was aangegaan zou de rente namelijk niet in aftrek worden beperkt. Per saldo creëert de FE hiermee dezelfde renteaftrekmogelijkheden als via een indirecte financieringsstructuur. Daarmee lijkt de spoedreparatie slechts tot een additionele administratieve last te leiden en niet tot het vaker van toepassing zijn van de aftrekbeperking.

Interne lening

Een situatie die niet in het per-elementarrest *X BV* aan de orde kwam is het niet zichtbaar zijn van de onderlinge rechtsverhoudingen tussen gevoegde maatschappijen. Indien ook in deze situatie moet worden gekeken naar artikel 10a ‘als ware er geen fiscale eenheid’, zal een schuldverhouding tussen twee gevoegde maatschappijen zichtbaar kunnen worden. Indien een dergelijke schuld samenhangt met één van de besmette rechtshandelingen én de belastingplichtige niet slaagt in het overleggen van tegenbewijs, zal de rente in aftrek worden beperkt. Van de Burgt en Ruijschop constateren hierbij een vreemde, grammaticale dwaling in de toepassing van deze renteaftrekbeperking.¹¹⁸ Door de consolidatiegedachte die achter de FE schuilt zijn onderlinge rechtsverhoudingen niet zichtbaar en

¹¹⁶ De Groot & Van Gijlswijk, *WFR* 2018/144.

¹¹⁷ *Kamerstukken II* 2018/19, 34 959, nr. 3, bijlage 844349.

¹¹⁸ Van der Burgt & Ruijschop, *TFO* 2019/164.2, p.5.

komen deze per saldo niet tot uitdrukking in het resultaat van de FE. In het geval van een onderlinge schuld betekent dit dat er ook geen renteaftrek plaatsvindt op het niveau van de FE. Een vraag die nu resteert is hoe een aftrekbeperking uitwerkt indien geen aftrek wordt genoten? Van de Burgt en Ruijschop menen dat dit door middel van een bijtelpost kan worden opgelost welke toerekenbaar is aan de debiteur volgens de toerekeningsregels van artikel 15ah Wet Vpb.¹¹⁹

Met meerdere fiscale auteurs¹²⁰ meen ik dat deze uitwerking van de per-elementbenadering verder gaat dan strikt noodzakelijk. De fiscale non-existentie van onderlinge rechtsverhoudingen is namelijk in tegenstelling tot het niet zichtbaar zijn van een besmette rechtshandeling wel een voordeel dat specifiek aan de FE verbonden is.¹²¹ De Groot en Van Gijlswijk menen dat Nederland een ingezeten moedermaatschappij met een schuld aan haar gevoegde ingezeten vennootschap niet slechter behandelt dan wanneer dezelfde schuld met een buitenlandse vennootschap zou zijn aangegaan. Alhoewel artikel 10a in binnenlandse verhoudingen niet van toepassing is door de fiscale non-existentie van de lening kan hier, net als met een succesvolle toepassing van artikel 10a, geen rente in aftrek worden gebracht door de moedermaatschappij.¹²² Van de Burgt en Ruijschop delen de mening dat een beroep op de per-elementbenadering dan geen effect zou hebben omdat hier feitelijk een beroep wordt gedaan op het fiscaal non-existent zijn van onderlinge rechtsverhoudingen, wat de renteaftrek niet dichterbij brengt.¹²³ Indien van de omgekeerde situatie sprake is lijkt een per-elementberoep van een binnenlandse schuldeiser feitelijk een beroep op een vrijstelling van een rentebate die niet in de Nederlandse heffingsgrondslag zit te zijn. In Nederland wordt deze vrijstelling tweeledig opgelost door ook de aftrek uit de belastinggrondslag te elimineren, terwijl dit in grensoverschrijdende situaties niet het geval is. Van Eijk meent dan ook dat deze verschillende behandeling wordt veroorzaakt door een dispariteit en derhalve geen verschil in behandeling teweegbrengt.¹²⁴ Een beroep op de per-elementbenadering voor interne leningen toont daarmee grote gelijkenissen met *X NV*, waarbij het Hof heeft beslist dat een valutaverlies op een binnenlandse dochter naar haar aard niet kan voorkomen en de situaties derhalve niet objectief vergelijkbaar zijn.¹²⁵ Daarnaast zou het in aftrek toestaan van een valutaverlies op een buitenlandse deelneming ertoe leiden dat Nederland haar heffingsbevoegdheid asymmetrisch dient uit te oefenen, iets wat niet uit de vrijeverkeersbepalingen kan worden afgeleid op basis van arrest *X Holding*.¹²⁶

¹¹⁹ Van der Burgt & Ruijschop, *TFO* 2019/164.2, par. 4.3.2.

¹²⁰ Zie bijv Van Eijk, *WFR* 2018/88, De Groot & Van Gijlswijk, *WFR* 2018/144 en Heithuis, *FED* 2018/44.

¹²¹ *X BV en X NV*, zaak C-398/16, r.o. 39.

¹²² De Groot & Van Gijlswijk, *WFR* 2018/144

¹²³ Van der Burgt & Ruijschop, *TFO* 2019/164.2, par. 4.3.2.

¹²⁴ Van Eijk, *WFR* 2018/88, par. 2.4.

¹²⁵ C-399/16, r.o. 56, zie ook paragraaf 1.1.2.

¹²⁶ C-399/16, r.o. 58.

Ondanks deze argumentatie lijkt de Staatssecretaris niet het risico te willen lopen dat er succesvol een beroep op de per-elementbenadering kan worden gedaan voor interne leningen.¹²⁷ De Groot en Van Gijlswijk kunnen zich, in tegenstelling tot verschillende andere auteurs, vinden in de beslissing van de Staatssecretaris om te kiezen voor rechtszekerheid gezien de onvoorspelbaarheid van het Hof.¹²⁸ Zoals betoogt zal een consistente rechtspraak van het Hof ertoe leiden dat de spoedreparatie op het niveau van interne leningen onnodig is.

Dubbele zakelijkheidstoets en compenserende heffingstoets

Het probleem in de praktijk met betrekking tot de spoedreparatie op interne leningen lijkt zich voornamelijk te beperken tot een additionele administratieve last en zal door de vormgeving van de tegenbewijsregeling doorgaans niet tot een aftrekbeperking (bijtelpost) leiden. De dubbele zakelijkheidstoets, waarbij zowel aan de schuld als de besmette rechtshandeling zakelijke redenen ten grondslag dienen te liggen, dient op basis van de spoedreparatie te worden toegepast als ware er geen FE. Hierbij ontstaat een vreemde alternatieve realiteit nu de belastingplichtigen die ofwel een besmette rechtshandeling hebben uitgevoerd ofwel een lening binnen FE zijn aangegaan op dat moment geen enkel idee hadden van een mogelijke ‘wegdenkfictie’ en derhalve niet over eventuele zakelijke overwegingen hoefden na te denken. Van Eijk meent dan ook dat een interne lening nooit met fiscale motieven binnen de groep zal zijn omgeleid.¹²⁹ Daarmee is het 10a-risico echter niet geweken, aangezien ook de besmette rechtshandeling zelf nog onzakelijk kan zijn. Dit vormt mogelijk een probleem voor de praktijk, mede gelet op de nog openstaande vraag over de behandeling van buitenlandse fiscale motieven.¹³⁰

Indien de dubbele zakelijkheidstoets niet slaagt, kan door middel van de compenserende heffingstoets mogelijk alsnog aan artikel 10a worden ontkomen. Als de rentebate per saldo wordt betrokken in een belasting naar winst die naar Nederlandse maatstaven redelijk is, geldt namelijk een omkering van de bewijslast. De Inspecteur dient dan aannemelijk te maken dat de schuld is aangegaan om eventuele verliesverrekeningsmogelijkheden van verliezen uit het verleden dan wel die op korte termijn ontstaan te benutten. Ook kan de Inspecteur de renteaftrekbeperking opleggen indien hij aannemelijk maakt dat aan de schuld of de daarmee verband houdende rechtshandeling niet in overwegende mate zakelijke redenen ten grondslag liggen.

Aangezien de gevoegde schuldeiser ingeval van een interne lening in Nederland is gevestigd zal volgens de Memorie van Toelichting doorgaans sprake zijn van een compenserende heffing.¹³¹ Verder

¹²⁷ *Kamerstukken II* 2017/18, 34959, 3, p. 10; *Kamerstukken II* 2018/19, 34959, 7, p. 29 en 65.

¹²⁸ De Groot & Van Gijlswijk, *WFR* 2018/144, par. 4.2.

¹²⁹ Van Eijk, *WFR* 2018/88, par. 3.3.

¹³⁰ Zie bijvoorbeeld HR 5 juni 2015, nr. 14/00343, BNB 2015/165 (*Mauritiusarrest*).

¹³¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 34 959, nr. 3, p.13.

wordt bevestigd dat veelal geen sprake zal zijn van een verliesverrekeningsoogmerk indien de schuld is aangegaan na de voeging van de schuldeiser. De wegdenkexercitie lijkt daarmee slechts een gedeeltelijke te zijn geworden waarbij niet de individuele verliezen van de gevoegde maatschappijen berekend hoeven te worden maar slechts wordt gekeken naar de voorvoegingsverliezen en verliesaanspraken op korte termijn.¹³² Hierbij komt echter de vraag op of het ontbreken van deze individuele verliesberekening mogelijk een voordeel vertegenwoordigt ten opzichte van grensoverschrijdende situaties. EU-recht wijst volgens De Groot en Van Gijlswijk mogelijk uit dat dit bewijslastvoordeel een belemmering van de vrijheid van vestiging kan betekenen¹³³, maar zij achten de gevallen waarin feitelijk geen heffing over de rentebate plaatsvindt niet vergelijkbaar met binnenlandse gevallen waarin dit binnen FE feitelijk wel gebeurt.¹³⁴ De dubbele zakelijkheidstoets die resteert zal eenvoudiger te weerleggen zijn aangezien de bewijslast hiervan op de Inspecteur rust. Zodoende lijkt slechts de besmette rechtshandeling een mogelijk risico te vormen.

De Groot en Van Gijlswijk kaarten enkele oplossingsrichtingen aan om bestaande structuren van alle voorgenoemde risico's te ontdoen. Hierbij kan volgens hen worden gedacht aan het aflossen van de interne dan wel externe schuld, het omzetten van de schuld in een deelnemerschapslening¹³⁵ of een juridische fusie tussen schuldeiser en schuldenaar.¹³⁶ Alhoewel deze uitwerkingen op papier mooi klinken, meen ik dat hier wel de nodige haken en ogen aanzitten. Zo moet voor een aflossing voldoende kapitaal beschikbaar zijn, hetgeen niet altijd het geval zal zijn aangezien met de lening een besmette rechtshandeling is verricht. De juridische fusie levert een aanzienlijke administratieve last op.¹³⁷ Het omzetten van de lening in een deelnemerschapslening lijkt dan de meest haalbare optie. Al met al valt te constateren dat de spoedreparatie op interne leningen de nodige problemen met zich meebrengt, hetgeen gezien de voorgaande conclusies niet nodig lijkt vanuit Europeesrechtelijk perspectief.

2.2.2 Beleggingsdeelnemingen – Artikel 13 lid 9 t/m 15 Wet Vpb

(Niet-) kwalificerende beleggingsdeelnemingen

De deelnemingsvrijstelling regelt dat voordelen uit een deelneming waarin een belang van ten minste 5 procent wordt gehouden in beginsel zijn vrijgesteld voor de bepaling van de winst.¹³⁸ De rechtsgrond achter deze vrijstelling is zowel de ne bis in idem-gedachte als de neutraliteitsgedachte en de daarvan

¹³² De Groot & Van Gijlswijk, *WFR* 2018/144, par. 4.3.

¹³³ HvJ EG 28 oktober 1999, nr. C-55/98 (*Vestergaard*).

¹³⁴ De Groot & Van Gijlswijk, *WFR* 2018/144, par. 4.3.

¹³⁵ Artikel 10, lid 1, onderdeel d Wet Vpb.

¹³⁶ De Groot & Van Gijlswijk, *WFR* 2018/144, par. 4.4.

¹³⁷ Zie paragraaf 3.3.4.

¹³⁸ Artikel 13 lid 1 Wet Vpb.

afgeleide verlengstukgedachte.¹³⁹ De wetgever meent hiermee dat het onrechtvaardig is om tweemaal de winst van een onderneming in de belastingheffing te betrekken indien deze afkomstig is uit een deelneming die het verlengde van de onderneming vormt. Deze gedachte gaat echter niet op indien het aandelenbelang in de deelneming als belegging wordt gehouden. Artikel 13 lid 9 tot en met 15 Wet Vpb kent derhalve een antimisbruikbepaling waarbij in plaats van een vrijstelling een deelnemingsverrekening wordt gehanteerd voor inkomsten uit beleggingsdeelnemingen. De deelnemingsvrijstelling blijft echter van toepassing indien sprake is van een kwalificerende beleggingsdeelneming.

Of er sprake is van een (kwalificerende) beleggingsdeelneming dient aan de volgende drie criteria te worden getoetst: (i) de oogmerktoets, (ii) de bezittingentoets en (iii) de onderworpenheidstoets.

De oogmerktoets is een subjectieve toets om te kijken of een deelneming als belegging wordt gehouden en dus een beleggingsdeelneming is. Daarnaast zijn in het tiende lid een tweetal situaties benoemd waarin wordt geacht dat de deelneming als belegging wordt gehouden. Indien de oogmerktoets slaagt wordt met de bezittingentoets en de onderworpenheidstoets gekeken of er mogelijk sprake is van een kwalificerende beleggingsdeelneming.

Met de bezittingentoets wordt vastgesteld of de bezittingen van de beleggingsdeelneming niet grotendeels uit laagbelaste vrije beleggingen bestaan. Een bezitting wordt aangehouden als belegging indien deze wordt gehouden met het doel om rendementen te behalen welke voortkomen uit normaal vermogensbeheer.¹⁴⁰ Een dergelijke belegging is vrij indien deze niet redelijkerwijs noodzakelijk is in het kader van de ondernemingsactiviteiten. Als laatste dient te worden gekeken of een belegging laagbelast is. Dit is als de voordelen uit de beleggingen, en dus niet enkel het lichaam zelf, niet worden betrokken in een belasting naar de winst die resulteert in een naar Nederlandse begrippen reële heffing. Dit wijkt in zoverre af van de onderworpenheidstoets van lid 11 onderdeel a welke ziet op de totale effectieve belastingdruk van de deelneming als geheel. Deze toetsen zijn niet cumulatief, wat betekent dat een deelneming al als kwalificerend wordt aangemerkt als óf de bezittingentoets óf de onderworpenheidstoets slaagt.

Spoedreparatie voor beleggingsdeelnemingen

De spoedreparatie heeft tot gevolg dat voor de bovengenoemde toetsen moet worden gedaan alsof de FE niet bestaat. Indien een gevoegde FE-maatschappij een niet gevoegde deelneming houdt levert dit voor de bezittingentoets en de onderworpenheidstoets in principe geen probleem op: deze toetsen dienen namelijk op het niveau van de deelneming zelf te worden toegepast. Voor de oogmerktoets

¹³⁹ Hofman, *Cursus belastingrecht vennootschapsbelasting*, Vpb.2.4.0.B.f1.

¹⁴⁰ HR 8 november 1989, nr. 25 257, BNB 1990/73.

levert de spoedreparatie echter wel een verschil op, aangezien dit een subjectief criterium is waarbij slechts wordt gekeken naar het oogmerk van de directe aandeelhouder van de deelneming en niet naar dat van de FE als geheel. Bij het ontbreken van een zakelijk oogmerk kan er alsnog sprake zijn van een kwalificerende beleggingsdeelneming ingeval de bezittingentoets of de onderworpenheidstoets slaagt.

Kooiman en Ruijschop constateren dat de oogmerkttoets op spoedreparatiebasis zowel positief als negatief kan uitwerken. Indien een andere groepsmaatschappij dan de directe aandeelhouder een niet-beleggingsoogmerk bezit dan zal een voorheen kwalificerende deelneming nu als beleggingsdeelneming worden aangemerkt. Andersom merken Kooiman en Ruijschop op dat het beleggingsoogmerk geconsolideerd beschouwd kan verschillen van het oogmerk van de directe aandeelhouder waardoor geen sprake meer zal zijn van een beleggingsdeelneming en derhalve de deelnemingsvrijstelling na spoedreparatie van toepassing wordt.¹⁴¹

Naast de voorgenoemde situatie worden na de spoedreparatie ook onderlinge verhoudingen tussen gevoegde maatschappijen weer zichtbaar en dienen deze te worden getoetst aan de drie bovengenoemde toetsen. Het lijkt evident dat van onderworpenheid doorgaans sprake zal zijn omdat de dochter in Nederland zal zijn gevestigd, tenzij een speciaal regime op de dochter van toepassing zou zijn indien deze niet in de FE gevoegd zou zijn.¹⁴² Kooiman en Ruijschop merken hierbij echter op dat dit wellicht niet zo uitwerkt aangezien slechts de moedermaatschappij feitelijk de belasting afdraagt en de overige gevoegde maatschappijen daarmee niet onderworpen zijn aan de belastingheffing.¹⁴³ Ik ben het niet eens met de redenering van beide auteurs aangezien een dergelijke uitwerking haaks staat op doel en strekking van de regeling voor beleggingsdeelnemingen, welke de facto enkel op beleggingsdeelnemingen in laagbelastende jurisdicties dient te zien.¹⁴⁴ De invulling van de spoedreparatiewetgeving lijkt dan ook niet een gedeeltelijke wegdenkbepaling voor te staan, aangezien is aangegeven dat deze eveneens ziet op alle daarmee verband houdende regelingen.¹⁴⁵ Zodoende lijkt de onderworpenheidstoets mij geenszins tot problemen te leiden.

De Orde merkt op in haar commentaar op het Wetsvoorstel Spoedreparatiemaatregelen dat de oogmerkttoets niet snel zal slagen indien niet aan de bezittingentoets is voldaan.¹⁴⁶ Omdat de toetsing voor het niet-kwalificeren van een beleggingsdeelneming niet cumulatief is, zullen in beginsel slechts weinig deelnemingsverhoudingen worden getroffen door de spoedreparatie. De NOB noemt echter een specifieke sector die mogelijk wordt getroffen door het wegdenken van de FE, namelijk de

¹⁴¹ Kooiman en Ruijschop, *WFR* 2018/34.

¹⁴² *Kamerstukken II* 2009/10, 32129, 3, p. 62; en *Kamerstukken II*, 2018/19, 34959, 7, p. 35-38.

¹⁴³ Kooiman en Ruijschop, *WFR* 2018/34, par. 3.4.

¹⁴⁴ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 61.

¹⁴⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 34959, 7, p. 22-23.

¹⁴⁶ Commentaar NOB op Wetsvoorstel Spoedreparatie fiscale eenheid, 6 juli 2018.

scheepvaartsector.¹⁴⁷ Het is in deze sector namelijk gebruikelijk om het eigendom van de schepen en de operationele activiteiten vanwege niet fiscale redenen onder te brengen in verschillende entiteiten. Door beide entiteiten in een FE te voegen kan op beiden het tonnageregime¹⁴⁸ van toepassing worden, waarbij een fictieve winstberekening plaatsvindt aan de hand van de vervoerscapaciteit van schepen. Indien de FE wordt weggedacht kan door het gebrek aan schepen in de operationele entiteit geen winst worden vastgesteld aan de hand van het tonnageregime. Het gevolg hiervan is dat deze entiteit als laagbelast zal worden aangemerkt. Afhankelijk van de oogmerk- en bezittingentoets kan mogelijk de deelnemingsverrekening van toepassing worden. De Staatssecretaris lijkt in zijn reactie op de NOB de gevolgen van dit voorbeeld te nuanceren.¹⁴⁹ De tonnageregeling wijzigt niet door de spoedreparatiemaatregel en dient daardoor overeenkomstig het voorbeeld van de NOB te worden toegepast. De Staatssecretaris ziet het praktische probleem echter niet, alhoewel de spoedreparatie wel leidt tot laagbelaste inkomsten voor de operationele vennootschap, dient te worden geconstateerd dat een dergelijke vennootschap geenszins voornamelijk uit vrije beleggingen zal bestaan. Zodoende lijkt ook in deze specifieke situatie de uitwerking van de spoedreparatie mee te vallen.

2.2.3 Herwaardering van belangen in bepaalde beleggingsdeelnemingen – Artikel 13a Wet Vpb

Per 1 januari 2019 geldt de spoedreparatiewetgeving ook voor artikel 13a Wet Vpb. De bepaling stelt dat voor bepaalde belangen boven de 25 procent een herwaardering naar de waarde in het economische verkeer moet plaatsvinden. Deze bepaling kent een overeenkomstige bezittingen- en onderworpenheidstoets als de wetgeving opgenomen in artikel 13 lid 9 t/m 15, met als aanvulling dat de beleggingen voor de toepassing van artikel 13a nagenoeg uitsluitend (minimaal 90 procent) uit laagbelaste vrije beleggingen moeten bestaan waar dit slechts grotendeels (meer dan 50 procent) voor de kwalificatie van beleggingsdeelnemingen is. De conclusies werken dan ook overeenkomstig uit waarbij is vast te stellen dat de spoedreparatie hier niet snel van toepassing zal zijn door de onderworpenheid van de onder artikel 13a getoetste FE-maatschappij.

2.2.4 Hybride lening – Artikel 13 lid 17 Wet Vpb

De in de Nederlandse jurisprudentie ontwikkelde leer omtrent leningen is tamelijk complex en kan ertoe leiden dat voor de fiscaalrechtelijk kwalificatie van de civielrechtelijke kwalificatie als lening wordt afgeweken. Bij de schijnlening, bodemlozeputlening en de deelnemerschapslening fungeren de verstrekte gelden volgens de Hoge Raad feitelijk als eigen vermogen, waardoor herkwalificatie aan de

¹⁴⁷ Commentaar NOB op Wetsvoorstel Spoedreparatie fiscale eenheid, 6 juli 2018.

¹⁴⁸ Artikel 3.22 tot en met 3.24 Wet op de Inkomstenbelasting 2001.

¹⁴⁹ *Kamerstukken II*, 2018/19, 34 959, nr. 7, p. 39.

orde is.¹⁵⁰ Het gevolg hiervan is dat het civielrechtelijke vreemd vermogen onder de deelnemingsvrijstelling wordt vrijgesteld van belastingheffing. De jurisprudentie van de Nederlandse Hoge Raad reikt echter niet zo ver dat andere landen deze herkwalificatie eveneens hanteren, waardoor de situatie kan ontstaan dat een buitenlandse schuldenaar rente kan aftrekken maar de rentebate in Nederland onder de deelnemingsvrijstelling valt. Om internationale mismatches te voorkomen heeft de Europese Commissie in artikel 4 lid 1 van de Moeder-dochterrichtlijn een antimisbruikbepaling opgenomen welke de lidstaat van de moedermaatschappij verplicht de kwalificatie van het vermogen in de lidstaat van de dochteronderneming te volgen. Nederland heeft dit in artikel 13 lid 17 Wet Vpb geïmplementeerd door de deelnemingsvrijstelling geen toepassing te laten vinden indien rente in het buitenland aftrekbaar is, waardoor de rentebate belast kan worden.¹⁵¹

Per 1 januari 2018 ziet de spoedreparatie fiscale eenheid ook op de bovengenoemde antimismatchbepaling. Een merkwaardig fenomeen, aangezien dergelijke mismatches zich enkel voor zullen doen bij kwalificatieverschillen tussen twee of meer jurisdicties. Waar in de eerste plaats een onderlinge schuld of kapitaalverhouding niet tot uitdrukking komt in het FE resultaat, zal zich bij de toetsing op artikel 13 lid 17 Wet Vpb nooit een mismatch voordoen: de dochter is namelijk altijd in Nederland gevestigd waardoor de lening aan hetzelfde toetsingskader wordt onderworpen als de moedermaatschappij. De NOB vraagt zich daarom af waarom de Staatssecretaris van mening is dat spoedreparatie in dit specifieke geval nodig is.¹⁵² Ik meen dat de opname van deze bepaling een veilige keuze van de Staatssecretaris is geweest die niet tot een additionele last voor FE's zal leiden en daarmee dus zonder daadwerkelijke impact is.

2.2.5 Handel in verlieslichamen – Artikel 20a Wet Vpb

Eén van de regelingen waar de spoedreparatie tot negatieve consequenties kan leiden is bij de antimisbruikbepaling voor handel in verlieslichamen. Dit artikel regelt dat bij een belangrijke wijziging (30 procent of meer) in het uiteindelijke belang in een lichaam aanwezige verliezen in beginsel niet voorwaarts verrekenbaar meer zullen zijn.¹⁵³ Een mogelijke uitweg kan worden gevonden indien aan de cumulatieve vereisten van lid 4 wordt voldaan.¹⁵⁴

De vereisten voor deze sanctiebepaling werden voorheen op de FE als geheel toegepast. Met de spoedreparatie dient de bepaling nu op alle gevoegde maatschappijen afzonderlijk te worden toegepast, zij het dat het wegdenken van de FE in eerste instantie slechts beperkt is. Door het ontbreken van terugwerkende kracht bij de spoedreparatie lijkt dit slechts te zien op belangenwijzigingen die zich na

¹⁵⁰ HR 25 november 2011, BNB 2012/37, r.o. 3.3.1.

¹⁵¹ Van de Streek, *Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting*, Vpb.2.4.2.A.

¹⁵² Commentaar NOB op Wetsvoorstel Spoedreparatie fiscale eenheid, 6 juli 2018.

¹⁵³ Artikel 20a lid 1 Wet Vpb.

¹⁵⁴ Beleggingstoets, inkrimpingstoets en intentietoets.

1 januari 2018 voordoen. De Staatssecretaris heeft echter aangegeven dat de spoedreparatie geen temporele beperking kent, maar geeft daarbij aan dat de spoedreparatie belangenwijzigingen die hebben plaatsgevonden voor 25 oktober 2017 om 11.00 uur niet raakt.¹⁵⁵ Indien een belangenwijziging in de moedermaatschappij van de FE¹⁵⁶ na die datum heeft plaatsgevonden, dient in de eerste plaats te worden gekeken of de FE als geheel verliezen heeft. Indien dit niet zo is, dan vindt artikel 20a geen toepassing.¹⁵⁷ Van Willigenburg merkt op dat een belangenwijziging (van minder dan 30 procent) voor 25 oktober 2017 wél invloed zal hebben op de toepassing van artikel 20a indien na deze datum een belangenwijziging plaatsvindt waardoor ten opzichte van het oudste verliesjaar van de FE als geheel een belangenwijziging van meer dan 30 procent geconstateerd dient te worden.¹⁵⁸

Indien de FE als geheel verliezen heeft dient te worden gekeken naar de toerekening van de verliezen ‘als ware er geen sprake’ van een FE. De Staatssecretaris heeft aangegeven dat bij de toerekening artikel 15ah en 15af niet van toepassing zijn, wat betekent dat het bestaan van interne rechtsverhoudingen geen invloed heeft op het resultaat van de gevoegde maatschappij, alsmede de overdracht van vermogensbestanddelen.¹⁵⁹ De (netto) niet verrekenbare verliezen moeten tot slot pro rata worden toegerekend aan de individuele maatschappijen.¹⁶⁰

Indien is geconstateerd dat zowel op FE-niveau als op het niveau van de onderliggende maatschappijen een verrekenbaar verlies aanwezig is, dient per verliesvennootschap te worden gekeken naar de toetsen van artikel 20a lid 4 of verliesverrekening toch mogelijk blijft.

Beleggingstoets (artikel 20a lid 4, aanhef)

Met de beleggingstoets wordt gekeken of de aanwezige verliezen niet uit een jaar afstammen waarin de bezittingen van de belastingplichtige in dat jaar gedurende ten minste negen maanden voor meer dan 70 procent uit beleggingen bestonden. Deze toets wordt per verliesjaar aangelegd, waardoor het verlies gecompartmenteerd moet worden gezien. Beleggingen moeten hierbij hetzelfde worden uitgelegd als voor de bezittingentoets bij beleggingsdeelnemingen.

¹⁵⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 34 959, nr. 7, p. 53, 54.

¹⁵⁶ Een belangenwijziging in een dochtermaatschappij zou namelijk tot een verbreking van de FE leiden.

¹⁵⁷ *Kamerstukken II* 2018/19, 34959, 7, p. 45

¹⁵⁸ Van Willigenburg, *WFR* 2019/250.

¹⁵⁹ Dit volgt uit het arrest HR 13 mei 2011, nr. 10/01382, *BNB* 2011/217, waarin met een binnen de FE ontstane kwijtscheldingswinst geen rekening hoefde te worden gehouden voor het meegeven van verliezen aan een ontvoegde dochtermaatschappij.

¹⁶⁰ Van der Burgt & Ruijschop, *TFO* 2019/164.2, par. 6.2.

Inkrimpingsstoets (artikel 20a, lid 4, onderdeel a)

De inkrimpingstoets ziet op het moment direct voorafgaande aan de belangenwijziging en bekijkt of de gezamenlijke omvang van de werkzaamheden van de belastingplichtige niet verder is afgenomen dan 30 procent van de werkzaamheden in het oudste verliesjaar. Door de temporele beperking van de verliesverrekeningstermijnen¹⁶¹ gaat dit maximaal zes jaar terug.¹⁶² Op spoedreparatiebasis dient deze toets te worden uitgevoerd ‘als ware er geen fiscale eenheid’. Beide toetsen moeten worden gespeeld op basis van de fiscale werkelijkheid. Van der Burgt en Ruijschop menen dat dit betekent dat de overdracht van vermogensbestanddelen, in tegenstelling tot de verliestoerekening, wel invloed kan hebben op de inkrimpingstoets.¹⁶³ Dit is dan ook vermoedelijk waar het pijnpunt van de spoedreparatie zit, aangezien interne reorganisaties binnen FE nu kunnen leiden tot een verliesverdamping terwijl in feite de activiteiten van de belastingplichtige (lees: de FE) niet zijn gewijzigd.

Intentietoets (artikel 20a, lid 4, onderdeel b)

De intentietoets kijkt naar dezelfde eis als de inkrimpingstoets, maar richt zich op het voornemen van de overnemer om de werkzaamheden binnen een periode van drie jaar te laten inkrimpen tot minder dan 30 procent ten opzichte van het oudste verliesjaar. De uitwerking is dan ook vergelijkbaar met de inkrimpingstoets.

Gevolgen voor de praktijk

Met bovengenoemde bevindingen dient geconstateerd te worden dat de FE iets van zijn charme is kwijtgeraakt. De neutraliteitsgedachte achter de FE wordt door de per-elementinterpretatie van de Staatssecretaris gedeeltelijk om zeep geholpen, terwijl een beroep op de vrije verkeersbepalingen in mijn ogen vóór de invoering van de spoedreparatie niet noodzakelijkerwijs tot een niet rechtvaardigbare belemmering zal hebben geleid. Van Horzen deelt deze mening niet, maar onderbouwt zijn mening niet verder dan de constatering dat een verschillende behandeling ontstaat door werkzaamheden en bezittingen van EU-vennootschappen niet in aanmerking te nemen.¹⁶⁴ Om een volledig begrip te krijgen van het EU-recht dient echter ook te worden gekeken naar de vergelijkbaarheid van de gevallen en eventuele rechtvaardigingsgronden van een verschillende behandeling van objectief vergelijkbare gevallen. Wanneer voor de vergelijkbaarheid overeenkomstig

¹⁶¹ Momenteel ligt er een wetsvoorstel om de verliesverrekening jaarlijks op vijftig procent van de nettowinst te maximeren en de temporele beperking in zijn geheel laten vervallen.

¹⁶² Per 2022 zijn verliezen onbeperkt verrekenbaar in de tijd, wat de antimisbruikbepaling voor handel in verlieslichamen tamelijk complex en wellicht wel overbodig maakt.

¹⁶³ Van der Burgt & Ruijschop, *TFO* 2019/164.2, par. 6.3.

¹⁶⁴ Van Horzen, *Verliesverrekening in de vennootschapsbelasting* 2020, par. 9.7.

met arrest *X BV* naar de gecombineerde toepassing van artikel 15 en 20a moet worden gekeken, zal er sprake zijn van vergelijkbare gevallen.¹⁶⁵

Indien wordt gekeken naar de reikwijdte van artikel 20a, kan worden gesteld dat deze zich slechts strekt tot Nederlandse verliezen. Met de bepaling beoogt de wetgever de handel in verlieslichamen te bestrijden, hetgeen onwenselijk is gezien verliezen in beginsel tot een lichaam behoren en niet vrij overdraagbaar zijn.¹⁶⁶ Zonder de beperking van artikel 20a kunnen verliezen van een deelneming worden afgezet tegen winsten uit ingebrachte bedrijfsonderdelen, hetgeen de facto een verliesoverdracht betekent. Enkel in gevallen waarin de verliezen grotendeels uit actieve werkzaamheden afkomstig zijn en deze werkzaamheden na verkrijging van het verlieslichaam niet inkrimpen lijkt geen sprake te zijn van verliesoverdracht. Met de beleggings- en werkzaamhedentoetsen biedt de wetgever een tegenbewijsregeling voor gevallen waarbij de verkrijging van het verlieslichaam wordt geacht niet op het benutten van de verliezen gericht te zijn. Terugkomend op de territoriale werking van artikel 20a leidt doel en strekking van de regeling ertoe dat de bovengenoemde toetsen slechts zouden moeten zien op werkzaamheden en bezittingen waaruit in Nederland verrekenbare verliezen zijn ontstaan.¹⁶⁷ Een inkrimping van buitenlandse werkzaamheden en bezittingen vergroot de kans op een feitelijke verliesoverdracht namelijk niet. Indien de regeling zich tot binnenlandse werkzaamheden en bezittingen zou beperken meen ik dat geen sprake is van gelijke gevallen aangezien Nederland een buitenlands verlies dan niet van belang acht.

Echter, de Staatssecretaris heeft aangegeven dat artikel 20a wel degelijk op buitenlandse werkzaamheden en bezittingen kan zien in geval van een binnenlandse vaste inrichting met een buitenlands hoofdhuis.¹⁶⁸ Een inkrimping van de activiteiten van het hoofdhuis met instandhouding van de activiteiten van de vaste inrichting zou dan kunnen leiden tot een beperking van de verliescompensatie.¹⁶⁹ Ook de Hoge Raad lijkt zich in HR 12 september 2008, nr. 43 761, BNB 2009/22 te hebben uitgelaten over een soortgelijke casuïstiek, waarbij voor de vaststelling van het urencriterium van een Duitse ondernemer met een vaste inrichting in Nederland zowel de binnenlandse als de buitenlandse uren relevant werden geacht.¹⁷⁰ Met deze lezing van artikel 20a, waarbij deze moet worden toegepast op de belastingplichtige als geheel, meen ik dat een beroep op de per-elementbenadering mogelijk zal slagen aangezien de Nederlandse regering een dergelijke lezing ook voorstaat in vaste inrichting-situaties.

¹⁶⁵ Zie *X Holding* r.o. 24 en paragraaf 1.1.1.

¹⁶⁶ Zie onder andere Post, *Cursus Belastingrecht vpb*, Vpb.4.0.1.A.a.1. en Van Horzen, *Verliesverrekening in de vennootschapsbelasting 2020*, par. 9.1.

¹⁶⁷ Post, *Cursus Belastingrecht vpb*, Vpb.4.0.1.l.b.

¹⁶⁸ *Kamerstukken I 2001/02*, 26 854, nr. 45d, p. 16-17

¹⁶⁹ Post, *Cursus Belastingrecht vpb*, Vpb.4.0.1.l.b.

¹⁷⁰ Van der Wal, *WFR 2009/436*, onderdeel 3.4

Hoewel artikel 20a dus onder de per-elementbenadering lijkt te vallen, meen ik dat de wetgever een betwistbare keuze heeft gemaakt door de regeling in de spoedreparatie op te nemen: voor spoedreparatie werd namelijk ook al toegestaan dat buitenlandse werkzaamheden en bezittingen invloed hadden op artikel 20a, waarom is dit dan bezwaarlijk in gevallen waarin dit niet de activiteiten van een buitenlands hoofdhuis maar van een buitenlandse dochter zijn? Het getuigt van weinig consistentie dat de Staatssecretaris tussen dergelijke gevallen een onderscheid maakt. In de arresten *Avoir Fiscal*¹⁷¹ en *Sain Gobain*¹⁷² heeft het Hof geoordeeld dat voor inbound-situaties geen onderscheid mag worden gemaakt tussen vaste inrichtingen en binnenlandse vennootschappen. Uit de arresten *Columbus Container Services*¹⁷³ en *X Holding BV* blijkt dat wel een zeker onderscheid mag worden gemaakt tussen vaste inrichtingen en deelneming in zogeheten outbound-situaties. Hoewel het voorgenoemde onderscheid op basis van EU-recht dus mogelijk lijkt, zou de wetgever naar mijn mening de toepassing van de regeling beter in lijn moeten brengen met het doel en strekking hiervan door deze niet op het niveau van de belastingplichtige als geheel maar op het niveau van de Nederlandse werkzaamheden en bezittingen te laten plaatsvinden. Gelijktijdig zou artikel 20a uit de spoedreparatie kunnen worden gehaald aangezien nu geen per-elementvoordeel meer kan worden verkregen.

Een mogelijke rechtvaardigingsgrond kan dan namelijk worden gevonden in het territorialiteitsbeginsel. Indien ook de werkzaamheden van buitenlandse dochters mee dienen te worden gewogen meen ik dat de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid in het geding komt, nu de Nederlandse belastinggrondslag kan worden uitgehold door werkzaamheden en activiteiten relevant te achten die niet aan de Nederlandse belastingheffing onderworpen zijn. Naast dit argument meen ik dat een rechtvaardigingsgrond kan worden gevonden in de noodzaak om de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel te verzekeren. Zoals vastgesteld in paragraaf 1.2 vereist deze rechtvaardigingsgrond een strikte correlatie tussen de voor- en nadelen van een regeling, zoals in *KR Wannsee*. Voor de toepassing van artikel 20a hangen de verrekenbare verliezen én de werkzaamheden en bezittingen waaruit deze zijn voortgekomen één op één met elkaar samen. Tevens vindt deze samenhang plaats op het niveau van één en dezelfde belastingplichtige. Ik meen dan ook dat het Hof het om deze reden onwenselijk zou achten dat ook buitenlandse werkzaamheden en bezittingen meewegen voor de beoordeling of sprake is van misbruik.

2.2.6 Handel in rentesaldolichamen – Artikel 15ba Wet Vpb

Per 1 januari 2019 heeft Nederland de earningsstrippingmaatregel van artikel 4 ATAD 1 in de wetgeving geïmplementeerd met artikel 15b Wet Vpb. De regel tracht excessieve grondslaguitholling

¹⁷¹ HvJ EU 28 januari 1986, zaak C 270/83 (*Avoir Fiscal*).

¹⁷² HvJ EU 21 september 1999, zaak C 307/97 (*St. Gobain*).

¹⁷³ HvJ EU 6 december 2007, zaak C-298/05 (*Columbus Container Services*).

door financieringsstructuren te voorkomen door de jaarlijkse renteaftrek te maximeren tot een bedrag van één miljoen euro of 30 procent¹⁷⁴ van het brutobedrijfsresultaat¹⁷⁵. Niet aftrekbare rente kan op grond van lid 5 onbeperkt worden voortgewenteld naar volgende jaren, waardoor dus een te verrekenen rentesaldo ontstaat. Artikel 15ba Wet Vpb betreft een regeling die voorkomt dat ondernemingen met een positief rentesaldo worden verhandeld aan belastingplichtigen die dit saldo beter kunnen benutten. Indien het uiteindelijke belang in het rentesaldolichaam in belangrijke mate¹⁷⁶ wordt gewijzigd, is het aanwezige rentesaldo niet meer voorwaarts verrekenbaar. De regeling toont grote gelijkenissen met het hiervoor besproken artikel 20a, waar zelfs in artikel 15ba lid 2 staat vermeld dat onderdelen van artikel 20a, zoals de drie toetsen van lid 4, van overeenkomstige toepassing zijn op rentesaldolichamen. De Europeesrechtelijke interpretaties met betrekking tot FE's lijken mij derhalve ook overeen te komen met die van de handel in verlieslichamen.

2.3 Wetgeving die mogelijk onder het bereik van arrest X BV en X NV valt

Naast de in artikel 15 lid 16 benoemde regelgeving zijn door de Staatssecretaris een aantal potentiële risico's benoemd en vervolgens met minimale argumentatie weerlegt.¹⁷⁷ De vraag is dan ook in hoeverre een grondige analyse aan deze afwegingen ten grondslag heeft gelegen. De in paragraaf 1.5 benoemde conclusies beperken zich namelijk niet evident tot de hiervoor besproken regelingen, maar raken mogelijk ook andere regelgeving. Europeesrechtelijk lijkt enkel de resultatenconsolidatie nog ontegenzeggelijk aan ingezet en voorbehouden, terwijl bij alle overige bepalingen een complexe per-elementtoetsing plaats dient te vinden om de territoriale reikwijdte van de FE te kunnen beperken tot Nederland. Voor zover namelijk sprake is van objectief vergelijkbare situaties, kan een belemmering mogelijk nog worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang zoals in zaak X NV. In deze paragraaf worden de meest in het oog springende regelingen in per-elementperspectief geplaatst.¹⁷⁸

2.3.1 Verrekenprijsregels – Artikel 8b en artikel 29b t/m 29h Wet Vpb

De toepassing van de verrekenprijsregels op FE's lijkt een mogelijk beroep op de per-elementbenadering te kunnen bewerkstelligen. Er heerst de opvatting dat de verrekenprijsregels FE's niet raken omdat interne transacties fiscaal non-existent zijn.¹⁷⁹ Echter, binnen de FE dient ook te

¹⁷⁴ *Kamerstukken II* 2021/22, 35 927, in de tweede nota van wijziging van Belastingplan 2022 wordt dit percentage naar 20 procent verlaagd.

¹⁷⁵ Earnings before interest, tax, depreciation and amortization (EBITDA).

¹⁷⁶ Meer dan 30 procent.

¹⁷⁷ *Kamerstukken II* 2018/19, 34959, 7, p. 12-13 en p. 23-24.

¹⁷⁸ Artikel 15ad Wet Vpb zal niet worden behandeld omdat deze regeling reeds vervallen is. Potentieel kan hier wel een beroep op de per-elementbenadering worden gedaan voor voorgaande jaren.

¹⁷⁹ Van de Streek, position paper ten behoeve van de startbijeenkomst 'Nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting' op 14 februari 2019, par. 4.

worden voldaan aan art. 8b Wet Vpb.¹⁸⁰ Ten aanzien van de documentatieverplichting ex artikel 29b Wet Vpb en verder geldt dat uit praktische overwegingen dat slechts één van de tot de FE behorende lichamen de documentatie van de FE als geheel hoeft aan te leveren.¹⁸¹

Met Van den Dool en Nieuweboer ben ik het eens dat aan de FE niet zonder meer het voordeel kan worden toegedicht dat het arm's length-beginsel buiten toepassing kan blijven op interne transacties.¹⁸² Voor de winstbepalingsregels van artikel 15ah Wet Vpb dient bijvoorbeeld het enkelvoudige resultaat van de gevoegde maatschappijen te worden berekend alsof zij geen deel uitmaakt van de FE. In dit geval zouden de verrekenprijregels ook op interne transacties tussen deze maatschappijen zien.

Artikel 15ai Wet Vpb als sanctiebepaling heeft ook kenmerken van een acute verrekenprijscorrectie, zij dit enkel het geval indien de sanctie in werking treedt. Dit gebeurt wanneer de FE wordt verbroken binnen drie (bij het overdragen van een zelfstandig deel van een onderneming) tot zes (voor het overige) kalenderjaren na de overdracht van de vermogensbestanddelen en regelt dat de boekwinst op deze overgedragen bestanddelen bij de overdrager in aanmerking moet worden genomen. Indien de vermogensbestanddelen zich nog binnen de FE bevinden is van economische realisatie echter geen sprake. De wetgever vindt een dergelijke sanctie dan ook disproportioneel en onwenselijk indien de overdracht heeft plaatsgevonden in het kader van een bij de aard en omvang van zowel de overdrager als de overnemer passende normale bedrijfsuitoefening. Bij onderlinge verrekenprijzen komt deze categorie van intermediaire producten het meest voor. Toch is de situatie waar bij tussentijdse overdracht geen afrekening plaatsvindt niet hetzelfde als het niet hoeven hanteren van arm's length-prijzen. De uiteindelijke economische winst moet dus op basis van de OESO-verrekenprijzen richtlijn worden toegerekend aan de betreffende FE maatschappijen.

De Staatssecretaris meent dat artikel 8 en 8b Wet Vpb samenhangende regelingen zijn met de spoedreparatie van artikel 15 lid 16. Voor de antiwinstdrainagebepaling dient derhalve eerst een zakelijke (arm's length) rente te worden vastgesteld, voordat deze rente in aftrek kan worden beperkt.¹⁸³ Een ietwat merkwaardige uitleg aangezien de Staatssecretaris in eerste instantie al meent dat de verrekenprijregels van artikel 8b zonder meer op de FE van toepassing zijn. Ik meen dat de Staatssecretaris wil benadrukken dat het bovengenoemde een voorbeeld is waarbij de verrekenprijregels feitelijk tot uitdrukking komen bij de FE, wat doorgaans dus niet het geval zal zijn indien de FE niet wordt verbroken.

Het enige potentiële risico dat resteert is derhalve de administratieve lastenverlichting doordat de FE als geheel de documentatieverplichtingen kan voldoen. Mijns inziens is dit een voordeel dat

¹⁸⁰ De Roos e.a., *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting* 2014/3.1.2 en Artikel 8 lid 4 Besluit Fiscale Eenheid 2003.

¹⁸¹ Van den Dool & Nieuweboer, *WFR* 2019/227, par. 4.2.

¹⁸² Van den Dool & Nieuweboer, *WFR* 2019/227, par. 4.2.

¹⁸³ *Kamerstukken II* 2018/19, 34959, 7, p. 23.

voortvloeit uit de consolidatiegedachte en daarmee in lijn is met doel en strekking van de FE-regeling zelf. Daarnaast zal een beroep van een buitenlandse moeder op een dergelijk voordeel weinig zin hebben omdat de documentatieverplichtingen in de vestigingsstaat niet zullen afnemen door een succesvol beroep op de per-elementbenadering.

2.3.2 Innovatiebox – Artikel 12b t/m 12g Wet Vpb

Ook de innovatiebox wordt in de literatuur en door de politiek als mogelijk risico gezien met betrekking tot de per-elementbenadering.¹⁸⁴ De Staatssecretaris is echter van mening dat de innovatiebox is vormgegeven op basis van afspraken in EU-verband en na beoordeling in lijn met de afspraken uit het BEPS-project wordt geacht.¹⁸⁵ De vraag is of dit gegeven een potentiële belemmering van het vrije verkeer kan rechtvaardigen.

Voor de toepassing van de innovatiebox dient de belastingplichtige een kwalificerend immaterieel activum te bezitten welke door de belastingplichtige zelf is voortgebracht en waarvoor een zogeheten S&O-verklaring is afgegeven. Voor belastingplichtigen met een geconsolideerde omzet van meer dan 250 miljoen euro of met meer dan 37,5 miljoen euro aan voordelen uit immateriële activa in het jaar en de vier voorafgaande jaren is naast de S&O-verklaring ook een tweede toegangsticket nodig,¹⁸⁶ welke onder andere de vorm kan hebben van een octrooi of kwekersrecht.¹⁸⁷ Als een belastingplichtige de juiste ‘toegangstickets’ tot de innovatiebox in bezit heeft wordt het positieve saldo van de kwalificerende voordelen uit hoofde van een kwalificerend immaterieel activum vervolgens door middel van een grondslagvermindering van 9/H (waar H het hoogste vennootschapsbelastingtarief is) tegen een effectief tarief van 9% belast.¹⁸⁸ Aangezien het FE-regime ertoe leidt dat slechts sprake is van één belastingplichtige, kan het voorkomen dat de voortbrenging van het immaterieel activum niet door dezelfde maatschappij is verricht als de maatschappij die het patent in bezit heeft.

Indien in grensoverschrijdende gevallen de moedermaatschappij het immaterieel activum heeft voortgebracht, maar het actief naar haar 100 procent Nederlandse deelneming heeft overgeheveld, worden binnenlandse en buitenlandse situaties verschillend behandeld. In deze gevallen wordt er namelijk geen S&O-verklaring afgegeven omdat de werknemers van de buitenlandse groepsmaatschappij in de regel niet belastingplichtig zijn voor de loonbelasting.¹⁸⁹ Vanuit nationaalrechtelijk perspectief kan deze belemmering wellicht worden gerechtvaardigd doordat doel

¹⁸⁴ Zie onder andere de reactie van Kiekebeld in TaxLive ‘Onrust in de innovatiebox’, Redactie TaxLive 22 januari 2015, De Groot, ‘Grensoverschrijdende fiscale eenheid onontkoombaar?!’, *EFIS* post-master 2015, par. 6.5. en *Kamerstukken II* 2018/19, 34959, 7, p. 12-13 en 23-24

¹⁸⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 34959, 7, p. 12-13.

¹⁸⁶ Artikel 12ba, lid 2, onderdeel a en b Wet Vpb.

¹⁸⁷ Artikel 12ba, lid 1, onderdeel b Wet Vpb.

¹⁸⁸ Van de Streek, *Cursus Belastingrecht Vpb.2.2.13.B.a.*

¹⁸⁹ Smit, Van Eijnsden & Kiekebeld, *FED 2019*, par. 3.4.1.

en strekking van de regeling zich beperkt tot situaties waarbij het immaterieel activum zowel in Nederland wordt ontwikkeld als in bezit is. Het verlaagde tarief van de innovatiebox ziet namelijk op een tegemoetkoming voor de kosten die zijn gemaakt in het kader van innovatieve werkzaamheden waaruit deze voordelen voortkomen. Zo'n tegemoetkoming lijkt zijn doel voorbij te gaan indien deze kosten niet in Nederland zijn opgekomen. Daarnaast kan een dergelijke belemmering mogelijk worden gerechtvaardigd door de noodzaak om de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel te verzekeren. Deze rechtvaardigingsgrond is echter zelden geaccepteerd door het HvJ en vereist zoals beschreven in paragraaf 1.2.1 een sterke cohesie tussen belastingheffing en het fiscale voordeel bij één en dezelfde belastingplichtige, zoals in de zaken *Bachmann*¹⁹⁰ en *Commissie/België*¹⁹¹.

Naast dit te constateren voordeel bij het toegangsticket voor de innovatiebox dient ook te worden geconstateerd dat de FE gunstiger wordt behandeld ten opzichte van de berekening van de kwalificerende voordelen, welke aan de hand van de nexusbreuk worden vastgesteld. Deze nexusbreuk is ingevoerd naar aanleiding van het in 2015 gepubliceerde BEPS actie 5 rapport, wat als doel heeft belastingverschuiving van inkomsten uit mobiele immateriële activa door toepassing van preferentiële regimes te voorkomen zonder dat hier reële economische aanwezigheid is.¹⁹² Artikel 12bb, lid 5, sub a Wet Vpb bepaalt dat slechts ontwikkelingswerkzaamheden uitgevoerd door de belastingplichtige zelf of uitbesteed een niet verbonden lichaam meetellen voor de berekening van de noemer van de nexusbreuk van het eerste lid.¹⁹³ Zodoende tellen werkzaamheden welke zijn uitbesteed aan verbonden lichamen slechts mee in de deler van deze breuk.¹⁹⁴ De OESO verklaart dit onderscheid door te benadrukken dat het onwaarschijnlijk is dat een belastingplichtige cruciale innovatieactiviteiten door derden laat uitvoeren.¹⁹⁵ De FE heeft als voordeel dat het uitbesteden aan gevoegde lichamen voor de toepassing van de nexusbreuk niet wordt gezien, waardoor de FE meer winst onder de innovatiebox kan brengen. Aangezien de nexusbreuk het verbondenheidsbegrip van artikel 10a lid 4 Wet Vpb hanteert vallen uitbestedingen aan de vaste inrichting van belastingplichtigen niet onder deze uitzondering. In lijn met de in paragraaf 2.2.5 besproken problematiek voor vaste inrichtingen voor de berekening van de werkzaamheden- en bezittingentoets valt ook enige inconsistentie op te merken bij de behandeling van vaste inrichtingen voor de nexusbreuk. Op basis van de jurisprudentie van het Hof kunnen buitenlandse vaste inrichtingen en buitenlandse deelnemingen verschillend behandeld worden, maar dient dit evenwel te worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang. In het kader van BEPS actiepunt 5 kan echter worden afgevraagd of de kans op belastingverschuiving bij een uitbesteding aan een vaste inrichting niet even groot is als bij een uitbesteding aan een

¹⁹⁰ HvJ EG 28 januari 1992, C-204/90 (*Bachmann*).

¹⁹¹ HvJ EG 28 januari 1992, C-300/90 (*Commissie/België*).

¹⁹² OESO, action 5 – final 2015 report, 2015, p. 9.

¹⁹³ Van de Streek, *Cursus Belastingrecht Vpb.2.2.13.D.b.*

¹⁹⁴ Rekenvoorbeeld: indien 100 euro zelf is uitgevoerd, 50 is uitbesteed aan derden en 100 aan verbonden lichamen dan komt slechts $150 \times 1,3 / 250 = 78$ procent van de voordelen voor de innovatiebox in aanmerking.

¹⁹⁵ OESO, action 5 – final 2015 report, 2015, par. 50.

buitenlandse deelneming.¹⁹⁶ De nexusbreuk dient echter per ‘kwalificerende’belastingplichtige te worden toegepast, waarbij Vleggeert meent dat de vaste inrichting van een binnenlands hoofdhuis niet kwalificeert aangezien hierop de objectvrijstelling van toepassing is.¹⁹⁷ De Nederlandse wetgever lijkt niet te zijn meegegaan in deze zienswijze door de innovatiewerkzaamheden van vaste inrichtingen eveneens mee te tellen in de noemer van de nexusbreuk.

Het argument dat de innovatiebox voortkomt uit de Europese doelstelling om innovatiewerkzaamheden te stimuleren en Europa daarmee tot een van de meest concurrerende economieën te maken, acht ik niet relevant voor de toetsing van de regeling.¹⁹⁸ De innovatiebox blijft een nationale regeling en is niet naar een Europese richtlijn gemodelleerd. Het HvJ heeft zich tevens al in enkele zaken uitgelaten over de strijdigheid van patentboxen met het EU-recht, waarbij in de zaken *Laboratoires Fournier*¹⁹⁹ en *Société Baxter*²⁰⁰ is beslist dat innovatiewerkzaamheden mogen worden uitbesteed aan derden. In deze gevallen is namelijk nog steeds sprake van objectieve vergelijkbaarheid. In de zaak *Laboratoires Fournier* achtte het Hof dat geen rechtvaardiging kon worden gevonden in zowel de samenhang van het Franse belastingstelsel als de economische doelstelling van bevordering van onderzoek en ontwikkeling. Ik acht binnen de doelstelling van de FE, welke rechtsvormneutraliteit beoogt, de situaties tussen het voor eigen rekening en risico uitbesteden van ontwikkelingswerkzaamheden aan derden voldoende vergelijkbaar met het uitbesteden hiervan aan een groepsvennootschap.²⁰¹ Zodoende lijkt deze verschillende behandeling met betrekking tot de innovatiebox zowel voor de toegang tot de regeling als de berekening van de nexusbreuk niet te rechtvaardigen.²⁰²

Indien ook maatschappijen met een buitenlandse groepsmaatschappij als patentontwikkelaar een beroep op het preferentiële regime van de innovatiebox kunnen doen, lijkt mij niet bezwaarlijk. Het door de OESO vermeende misbruik zie ik namelijk niet duidelijk terug zolang de innovatiewerkzaamheden binnen het zelfde land of een andere EU-lidstaat worden verricht. Daarnaast worden hiermee eventuele territoriale belemmeringen binnen de Unie door de toepassing van de per-elementbenadering weggenomen: het vormt in dat geval geen beletsel voor een onderneming die in het buitenland een preferentieel innovatieregime geniet om activiteiten met een zelf ontwikkeld immaterieel activum in een andere lidstaat te ontplooiën. Hiermee wordt de doelstelling van artikel 173 en verder van het VwEU behaald: het stimuleren van innovatiewerkzaamheden in de Unie. Binnen

¹⁹⁶ OESO, action 5 – final 2015 report, 2015, p. 31.

¹⁹⁷ Vleggeert, *WFR* 2016/49, par. 3.2.

¹⁹⁸ Artikels 173 t/m 190 VwEU.

¹⁹⁹ HvJ EG 10 maart 2005, C-39/04 (*Laboratoires Fournier*).

²⁰⁰ HvJ EG 8 juli 1999, C-254/97 (*Société Baxter*).

²⁰¹ Zie onder andere arrest *X Holding* r.o. 24. waarin het Hof heeft beslist dat de situatie waarin een ingezeten moeder-vennootschap met een ingezeten dochter een FE wil vormen objectief vergelijkbaar is met de situatie waarin deze dat met een niet-ingezeten dochter wilt.

²⁰² Zie ook Smit, Van Eijdsden & Kiekebeld, *FED* 2019, par. 3.4.2.

de hiervoor besproken internationale afspraken omtrent BEPS actiepoint 5 is het echter de vraag of de innovatiebox deze grensoverschrijdende elementen wel mag bevatten. Vleggeert meent dat de territoriale begrenzing die BEPS actiepoint 5 voorstaat een belemmering op grond van het EU-recht betreft en er tevens geen rechtvaardigingsgrond voorhanden is.²⁰³ Alhoewel het EU-recht bindend is voor lidstaten, kunnen deze internationale afspraken mogelijk wel als rechtvaardigingsgrond worden aangehaald door het HvJ. Ondanks dat een dergelijke rechtvaardigingsgrond op zichzelf nog nooit is aangedragen, is het voorstelbaar dat deze BEPS-afspraken wel meewegen voor de beoordeling of de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid van lidstaten in het geding komt. Het doel van de regeling is om te voorkomen dat de belastinggrondslag van staten wordt uitgehold door innovatieactiviteiten die door andere groepsvennootschappen worden uitgevoerd. Aangezien zowel uitbesteding van innovatiewerkzaamheden aan binnenlandse als aan buitenlandse gelieerde ondernemingen niet in aanmerking wordt genomen voor de nexusbreuk, lijkt deze beperking echter geen territoriaal karakter te hebben. Als laatste rechtvaardigingsgrond kan antimisbruik worden aangehaald. Alhoewel ik mij afvraag of de nexusbenadering voldoet aan de antimisbruikkaders van het Hof, acht ik de afspraken in het kader van BEPS actiepoint 5 wel relevant voor de toetsing hiervan. Daarmee lijkt een beroep op de per-elementbenadering mijns inziens verre van zeker.

De budgettaire gevolgen van de per-elementtoepassing voor de Nederlandse regering zullen behoorlijk zijn, afhankelijk van de terugwerkende kracht waarmee een beroep op de grensoverschrijdende innovatiebox kan worden gedaan. Mij lijkt het dan ook verstandig om dit Europeesrechtelijke risico duidelijk in beeld te brengen, vooruitlopend op mogelijke jurisprudentie. Zoals blijkt uit mijn betoog, acht ik het wenselijk dat het per-elementvoordeel bij een succesvol beroep op de per-elementbenadering zal worden toegekend in tegenstelling tot het opnemen van de innovatiebox in de spoedreparatie. Het eenzijdig toekennen van deze voordelen voordat het Hof uitspraak heeft gedaan is echter af te raden nu dit in strijd is met BEPS actiepoint 5, waarbij de regels omtrent patentboxen als *minimum standards* gelden en derhalve verplicht door OESO-landen dienen te worden ingevoerd.²⁰⁴ Het per-elementrisico van de innovatiebox lijkt voorlopig aanvaardbaar om deze voordelen aan FE's voor te behouden en eventueel uit te breiden tot buitenlandse groepsmaatschappijen indien het Hof zo beslist.

²⁰³ Vleggeert, *WFR* 2016/49, par. 3.4.2.

²⁰⁴ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 5 oktober 2015, Appreciatie uitkomst BEPS-project en vooruitblik Nederlands fiscaal vestigingsklimaat, nr. IZV/2015/657 M, par. 11.

2.3.3 Sanctiebepaling voor vervreemding en overbrenging van afgewaardeerde vorderingen in de deelnemingsfeer – Artikel 13b Wet Vpb

Ook artikel 13b Wet Vpb is benoemd in de parlementaire behandeling van de spoedreparatiewetgeving.²⁰⁵ Dit artikel betreft een sanctie indien een afgewaardeerde vordering op een groepsentiteit buiten Nederland wordt vervreemd of overgebracht. Aangezien een dergelijke schuldverhouding binnen FE's fiscaal non-existent is en de vordering tevens niet kan worden afgewaardeerd, treedt deze bepaling niet in werking.²⁰⁶

Uit jurisprudentie blijkt dat een weer zichtbaar geworden schuldverhouding, anders dan door ontvoeging, op de nominale waarde gewaardeerd dient te worden op het moment direct voorafgaand aan de vervreemding.²⁰⁷ Indien de FE een lager bedrag ontvangt dan de nominale waarde, ontstaat er in principe een vermogensachteruitgang op FE-niveau: de overnemer zal namelijk geen genoeg nemen met een terugbetaling die lager is dan de nominale waarde. In voorgenoemde arresten meent de HR echter dat deze vermogensvermindering niet aftrekbaar is.²⁰⁸ In die zin zou een beroep op de per-elementbenadering dan ook tamelijk onlogisch zijn: er is namelijk geen sprake van een afwaardering ten laste van de Nederlandse belastbare winst.

2.3.4 Earningstrippingmaatregel – Artikel 15b Wet Vpb

Waar de Staatssecretaris wel een per-elementrisico voor de handel in rentesaldolichamen constateert, lijkt de renteaftrekbepaling van artikel 15b zelf volgens hem wel in lijn met EU-recht. Zoals in paragraaf 2.2 besproken, is de renteaftrekbepaling afhankelijk van het brutobedrijfsresultaat van de belastingplichtige. In het geval van de FE, zijn niet de gevoegde maatschappijen de belastingplichtigen, maar de FE als geheel. In het perspectief van de per-elementbenadering kan worden aangenomen dat dit hogere bedrijfsresultaat aftrekverruimend uitwerkt. Buitenlandse groepsvennootschappen kunnen dit voordeel echter niet behalen omdat de FE niet op hen van toepassing kan zijn. Zodoende lijkt het hier om een belemmering te gaan.

Wanneer de recente jurisprudentie van het Hof onder ogen wordt genomen, valt te constateren dat dit voordeel niet rechtstreeks voorkomt uit het consolideren van winsten of verliezen, maar uit de doorwerking van de consolidatiegedachte op artikel 15b.²⁰⁹ Dit voordeel kan derhalve niet worden voorbehouden aan ingezetenen met een beroep op het behoud van een evenwichtige verdeling van de

²⁰⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 34959, 7, p.24.

²⁰⁶ Van Eijdsden & Kok, *FM* nr. 124, 2007, par. 6.4.2.2.

²⁰⁷ HR 6 september 1995, nr. 30 244, BNB 1996/16 en HR 13 januari 2006, nr. 41 675, *V-N* 2006/8.13. Zie eveneens Van Eijdsden & Kok, *FM* nr. 124, 2007, par. 6.3.2.1.

²⁰⁸ Van Eijdsden & Kok, *FM* nr. 124, 2007, par. 6.4.2.2.

²⁰⁹ Zie zaak C-484/19, r.o. 64 (*Lexel*).

heffingsbevoegdheid tussen lidstaten, waardoor belastingplichtigen zich mogelijk succesvol op dit element van de FE kunnen beroepen.

Toch lijkt deze uitwerking wat curieus, aangezien de onderhavige renteaftrekbeperking in de Europese anti-ontwijkingsrichtlijn is opgenomen die lidstaten per 1 januari 2019 geïmplementeerd dienden te hebben.²¹⁰ De behandeling van de FE als één belastingplichtige voor het brutobedrijfsresultaat volgt rechtstreeks uit artikel 4, lid 1, onderdeel a ATAD 1. Alhoewel jurisprudentie over de verkeersvrijheden geldt als primair EU-recht en richtlijnen als secundair, is het moeilijk voor te stellen dat het HvJ hierin een belemmering ziet.

Daarnaast meent Marres dat het voordeel dat kan worden toegeschreven aan de FE in alle gevallen buiten het bereik van buitenlandse groepsvennootschappen blijft door de toepassing van de objectvrijstelling, welke redenatie analoog loopt aan die van A-G Wattel voor de zaak *X BV*.²¹¹ Het doel van de regeling is naar haar aard territoriaal, wat is vormgegeven door slechts de rente die zonder toepassing van de artikel 15b ten laste van de binnenlandse winst zou zijn gekomen aan deze toetsing te onderwerpen.²¹² Artikel 4 lid 2 ATAD 1 regelt vervolgens dat slechts de in het lidstaat belastbare winst meetelt voor de vaststelling van het EBITDA²¹³, waarbij resultaten vallend onder de deelnemingsvrijstelling en objectvrijstelling dus worden uitgesloten. Daarnaast zou het in aanmerking nemen van buitenlandse EBITDA ertoe kunnen leiden dat meer dan 30 procent van de Nederlandse belastinggrondslag wordt uitgehold door renteaftrek, iets wat niet in lijn met doel en strekking van de Richtlijn ligt.

Uit doel en strekking van de earningsstrippingmaatregel lijkt derhalve de rechtvaardigingsgrond van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten naar voren te komen. Van der Zeijden en van Mierlo zijn echter van mening dat het doel van de earningsstrippingmaatregel niet slechts het voorkomen van belastingontwijking en grondslaguitholling is, maar dit eveneens een economische functie heeft waarbij de behandeling van eigen en vreemd vermogen meer gelijk wordt getrokken.²¹⁴ Dit wordt volgens hen bevestigd doordat de regeling ook op zelfstandige belastingplichtigen ziet.²¹⁵ Hierbij constateren ze tevens een grote vergelijkbaarheid met de *Argenta Spaarbank I*-zaak, waarbij het eigen vermogen dat wordt gealloceerd aan een buitenlandse vaste inrichting voor de berekening van een soortgelijke aftrekbeperking als de earningsstrippingmaatregel werd genegeerd.²¹⁶ De twee rechtvaardigingsgronden die hier werden aangedragen kunnen eveneens

²¹⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, nr. 3.

²¹¹ Marres, *NTFR* 2019/3022, zie paragraaf 1.2.1 voor de argumentatie van Wattel.

²¹² Artikel 2 lid 2 jo. artikel 4 ATAD 1.

²¹³ Earnings before interest, tax, depreciation and amortization.

²¹⁴ Van der Zeijden en Van Mierlo, *MBB* 2019/8.

²¹⁵ Zo overweegt ook de staatssecretaris, *Kamerstukken II*, 2018/19, 35 030, nr. 3, par. 2.2.4 laatste volzin (MvT).

²¹⁶ HvJ EU 4 juli 2013, zaak C-350/11 (*Argenta Spaarbank I*).

voor de earningsstrippingmaatregel worden aangedragen, te weten: het verzekeren van de samenhang van het belastingstelsel en het behoud van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid.

In paragraaf 1.2.1 is aangetoond dat voor de samenhang van het belastingstelsel een strikte correlatie tussen de toegewezen voor- en nadelen dient te bestaan, zoals in *KR Wannsee*. Een dergelijke strikte correlatie is echter lastig aantoonbaar en lijkt voor de earningsstrippingmaatregel niet beter uit te werken dan voor de antiwinstdrainageregeling, zo blijkt ook uit *Argenta Spaarbank I*.

Het behoud van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid lijkt mogelijk een uitkomst te bieden. Alhoewel Van der Zeijden en van Mierlo constateren dat dit in *Argenta Spaarbank I* niet werd geaccepteerd, lijkt de onderhavige regeling in dit arrest mij niet één op één vergelijkbaar met de earningsstrippingmaatregel. De jurisprudentie van het HvJ lijkt alles behalve eenduidig en lijkt slechts bij compleet vergelijkbare gevallen tot een *acte clair* te kunnen leiden. Bagci, Ruige en Vermeulen menen dat de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid in gevaar zou komen indien Nederland ook niet-onderworpen EBITDA in aanmerking zou moeten nemen.²¹⁷ Ik ben het hier mee eens, zeker aangezien buitenlandse rentelasten naar hun aard de Nederlandse grondslag niet kunnen uithollen. Door buitenlandse EBITDA (en rentelasten) in aanmerking te nemen kan niet meer worden vastgesteld óf en in welke mate de Nederlandse belastinggrondslag wordt uitgehold, hetgeen de heffingsbevoegdheid van de Nederlandse Staat over haar eigen grondgebied in het geding brengt.

Het misbruikargument lijkt minder kans van slagen te hebben waar artikel 10a beter binnen het Unierechtelijke misbruikbegrip past dan artikel 15b (welke ook op zelfstandige belastingplichtigen en niet gelieerde rentebetalingen ziet). Voor een verdere analyse hiervan verwijs ik terug naar de behandeling van *X BV* in hoofdstuk 1.

Concluderend dient geconstateerd te worden dat de earningsstrippingmaatregel naar alle waarschijnlijkheid niet belemmerend uitwerkt dan wel dat een eventuele belemmering gerechtvaardigd kan worden door het behoud van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten. Van der Zeijden en Van Mierlo zijn mijns inziens te veel gericht op de vergelijking met andere arresten in plaats van op de analyse waarom de earningsstrippingmaatregel belemmerend zou uitwerken. Alhoewel een dergelijke invalshoek zinvol kan zijn, meen ik dat de benoemde arresten niet voldoende vergelijkbaar zijn met de earningsstrippingmaatregel en deze vergelijking derhalve niet volledig slaagt.

2.3.5 Per-elementbenadering binnen de inkomstenbelasting

De invloed van de spoedreparatie lijkt bewust tot de vennootschapsbelasting en de dividendbelasting te zijn beperkt. Een evidente verbondenheid tussen de vennootschapsbelasting enerzijds en de

²¹⁷ Bagci, Ruige & Vermeulen, *WFR* 2018/153, par. 5.

inkomstenbelasting anderzijds lijkt hierbij over het hoofd te worden gezien, namelijk de winstbepalingsregels. Artikel 8 Wet Vpb bepaalt dat de winst overeenkomstig met verscheidene artikelen uit de inkomstenbelasting dient te worden vastgesteld. De opsomming omvat mede artikel 3.45 Wet IB (investeringsaftrek) en artikel 3.54 Wet IB (herinvesteringsreserve), welke Heithuis beide analyseert in verband met de spoedreparatiemaatregelen.²¹⁸ Hoewel de spoedreparatie niet op deze regelingen ziet, constateert Heithuis wel degelijk een voordeel dat voortkomt uit het FE-regime. Een belangrijke vraag om hier vervolgens bij te stellen is of dit voordeel mogelijk kan worden voorbehouden aan ingezeten vennootschappen als gevolg van een dwingende reden van algemeen belang.

Investeringsaftrek – Artikel 3.45 lid 2 onderdeel a Wet IB

Indien een vennootschap investeert in een bedrijfsmiddel kan deze – onder voorwaarden – een investeringsaftrek claimen. Op het moment dat dit bedrijfsmiddel niet meer in eigen gebruik is maar (aan derden) wordt verhuurd, geldt deze aftrek echter niet meer. Dit geldt ook wanneer het bedrijfsmiddel aan een gelieerde maatschappij wordt verhuurd. Bij de toepassing van het FE-regime wordt een dergelijk verhuur aan een gevoegde maatschappij niet geconstateerd aangezien het bedrijfsmiddel nog steeds binnen dezelfde onderneming wordt gebruikt. Heithuis constateert dat de doorkijkbepaling van de spoedreparatie niet zo ver gaat dat de investeringsaftrek nu bij de moeder moet worden geweigerd indien het bedrijfsmiddel aan een gevoegde maatschappij wordt verhuurd. Artikel 3.45 IB is namelijk niet expliciet in artikel 15 lid 16 Wet Vpb benoemd.²¹⁹

De Staatssecretaris lijkt een mogelijk per-elementberoep niet te voorzien nu de investeringsaftrek ten tijde van de invoering van de spoedreparatie niet is benoemd.²²⁰ De recente discussie omtrent de invoering van de Baangerelateerde investeringskorting (ofwel 'BIK') en de keuze om deze in eerste instantie niet op FE-niveau toe te passen lijken in schril contrast te staan met het ontbreken van enige discussie omtrent de overige investeringsaftrekregelingen. De BIK is namelijk eveneens een aftrek voor investeringen van een belastingplichtige welke zich manifesteert in een afdrachtvermindering voor de loonheffingen. Zodoende kan een belastingplichtige met geen of weinig werknemers (bijna) niet van de faciliteit gebruik maken. Nijkeuter en Brilman constateren enkele voordelen indien voor de toekenning van de BIK wordt aangesloten bij de FE als belastingplichtige, waaronder het ontbreken van het terbeschikkingstellingsverbod en de bevoordeling bij het ontbreken van inhoudingsplicht voor

²¹⁸ Heithuis, *FED* 2018/44, par. 3.

²¹⁹ Heithuis, *FED* 2018/44, par. 3.

²²⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 34959, 7, p. 12-13 en p. 23-24.

de loonheffingen.²²¹ De NOB heeft dan ook in haar commentaar op de BIK aangegeven dat hierdoor mogelijk een succesvol beroep op de per-elementbenadering kan worden gedaan.²²²

Zowel de BIK als de overige investeringsaftrekregelingen hebben als doelstelling binnenlandse investeringen van belastingplichtigen te stimuleren.²²³ Daarmee staat tegenover de investering in de bedrijfsmiddelen het vereiste dat deze tot het Nederlandse ondernemingsvermogen gaan behoren. De NOB geeft aan dat een mogelijke rechtvaardigingsgrond voor het uitsluiten van de buitenlandse investeringen kan worden gevonden in het territorialiteitsbeginsel.²²⁴ Ik deel deze mening. In het geval van investeringsaftrek is namelijk een directe correlatie te constateren tussen de aftrek en de latere heffing over de winsten die met de bedrijfsmiddelen worden behaald. Indien deze bedrijfsmiddelen niet tot het Nederlandse ondernemingsvermogen en daarmee de binnenlandse belastgrondslag behoren komt de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid van lidstaten in het geding. Een territoriale beperking van de regeling is mijns inziens daarmee te rechtvaardigen.

Herinvesteringsreserve – Artikel 3.54 Wet IB

De herinvesteringsreserve (of ‘HIR’) is een faciliteit die voortkomt uit de ruilgedachte, waarbij wordt aangenomen dat bij de vervanging van een bedrijfsmiddel door een bedrijfsmiddel met dezelfde economische functie geen sprake is van een realisatie van winst.²²⁵ In eerste instantie kan een HIR niet over de ondernemingsgrenzen worden aangewend. Kijkend naar de inkomstenbelasting houdt dit in dat de HIR zowel binnen dezelfde subjectieve (persoonsgebonden) als objectieve onderneming (materiële ondernemingsactiviteiten) moet worden aangewend. Dit geldt als misbruikmaatregel om te voorkomen dat bestanddelen van de belaste sfeer naar de onbelaste sfeer over worden gebracht met claimverlies als gevolg. Binnen de vennootschapsbelasting is de objectieve ondernemingsgrens echter niet meer van belang: artikel 2 lid 5 Wet Vpb regelt namelijk dat een lichaam wordt geacht met haar hele vermogen een onderneming te drijven.²²⁶ Hiermee is dus ook de weg vrij om de HIR binnen de FE aan te wenden zonder rekening te houden met deze objectieve én subjectieve ondernemingseisen: de FE wordt namelijk door middel van de consolidatiegedachte behandeld als één belastingplichtige en daarmee één subjectieve onderneming.

Grensoverschrijdend kan echter geen FE worden gevormd met een dochteronderneming waardoor een HIR van een Nederlandse moeder niet kan worden aangewend in de buitenlandse dochter. Dat er

²²¹ Nijkeuter & Brillman, *WFR* 2021/29, par. 2.1.

²²² NOB-commentaar Baangerelateerde Investeringskorting van 16 oktober 2020, par. 1.6.

²²³ *Kamerstukken II* 1989/90, 21 343, nr. 3, p. 109 (KIA) en de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 27 november 2020 (BIK).

²²⁴ NOB-commentaar Baangerelateerde Investeringskorting van 16 oktober 2020, par. 1.7.

²²⁵ Van Kempen, *Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting*, IB.3.2.25.C.a1.

²²⁶ Met uitzondering van de lichamen benoemd in artikel 2 lid 1 onderdeel e t/m g Wet Vpb.

sprake is van een belemmering lijkt duidelijk, de vraag is echter of dit valt te rechtvaardigen door een dwingende reden van algemeen belang. Ik meen van wel. Er kan namelijk een parallel worden getrokken tussen winstoverdracht aan de ene kant en het aanwenden van een HIR in een andere onderneming aan de andere kant. Wanneer winst wordt overgedragen, leidt dit tot een lagere heffingsgrondslag bij de overdrager en een hogere heffingsgrondslag bij de overnemer. Het HvJ heeft in meerdere arresten²²⁷ al bepaald dat het vrijelijk kunnen bepalen waar winsten dan wel verliezen neerslaan de soevereiniteit van lidstaten op het gebied van belastingheffing in het geding brengt. Deze uitleg van het HvJ slaat naar mijn mening ook op de overdracht van een HIR, waarbij de facto binnenlandse winst zou worden overgedragen naar het buitenland, met als risico dat deze winst niet in het buitenland in de heffing wordt betrokken door het ontbreken van een aangrijpingspunt voor de belastingheffing. Hiermee blokkeert het territorialiteitsbeginsel mijns inziens een mogelijk per-elementberoep.

Een mogelijke per-element ingang is daarentegen wel te vinden in de ‘eenzelfde economische functie’-eis.²²⁸ Een HIR voortkomend uit een pand dat voorheen in eigen gebruik was kan in principe niet worden aangewend voor een pand dat aan andere groepsmaatschappijen wordt verhuurd. Hierop geldt, net als bij de investeringsaftrek, de uitzondering indien het pand aan een gevoegde maatschappij wordt verhuurd. Indien het pand aan een 100 procent buitenlandse dochtermaatschappij wordt verhuurd geldt dit als verhuur aan derden. In het licht van de per-elementarresten is dit, net als bij de investeringsaftrek, een belemmering. De uitwerking van de HIR lijkt mij echter anders: er is hier geen sprake van een permanent belastingvoordeel zoals bij de investeringsaftrek maar van een uitstelfaciliteit. Het territoriale argument gaat in dit geval dan ook niet op aangezien geen sprake is van claimverlies. Het ontbreken van claimverlies maakt ook dat het per-elementrisico voor de overheid vrij klein is en dat de Inspecteur dit voordeel eenzijdig zou moeten toekennen.

Deelconclusie

In paragraaf 2.2 en 2.3 zijn verschillende elementen uit de Nederlandse fiscale wetgeving binnen het Europeesrechtelijk toetsingskader omtrent de per-elementbenadering geplaatst. Met de spoedreparatie FE lijkt veel budgettaire onzekerheid te zijn weggenomen, vooral aangezien de rechtvaardigingsgronden voor een mogelijke bevoordeling van binnenlandse FE's in veel gevallen tot grote onenigheid binnen de vakliteratuur leiden. Toch lijkt de Staatssecretaris te voorzichtig te zijn geweest door de spoedreparatie ook te laten zien op interne leningen. Buiten het feit dat dit specifieke element (nog) niet aan het Europese recht is getoetst, lijkt een beroep op de per-elementbenadering niet in het voordeel van de belastingplichtige uit te werken. Er wordt hier een beroep gedaan op de

²²⁷ Zie bijvoorbeeld HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-231/05, ECLI:EU:C:2007:439 (*Oy AA*).

²²⁸ Van Kempen, *Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting*, IB.3.2.25.C.d.

aftrekbaarheid van een lening die in puur binnenlandse verhoudingen fiscaal non-existent is. De Staatssecretaris lijkt het risico op eventuele succesvolle procedures niet te willen lopen.

Zoals geconstateerd kan elk voordeel dat is toe te rekenen aan de FE en de consolidatiegedachte daarvan mogelijk onder de per-elementbenadering vallen: er is dan immers sprake van een belemmering. Indien een dergelijke belemmering kan worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang, is de verschillende behandeling toegestaan. Aangezien de behandeling van FE's voor de verrekenprijnsregels niet tot een evident voordeel leidt, lijkt dit zowel budgettair als academisch irrelevant. De innovatiebox bevat wel degelijk een Europeesrechtelijk risico waarbij het mijns inziens onzeker is of dit voordeel slechts aan ingezetenen kan worden voorbehouden. Het budgettaire risico dat wordt gelopen is, zoals reeds geconstateerd, acceptabel en zou niet moeten leiden tot het opheffen van de voordelen in puur binnenlandse verhoudingen. Kijkend naar de mogelijke uitwerking van de per-elementbenadering voor de sanctiebepaling voor afgewaardeerde vorderingen valt te constateren dat de hieraan toegerekende 'voordelen' voor FE's feitelijk ontbreken. Alhoewel de earningstrippingmaatregel tot een grote verscheidenheid aan argumentaties heeft geleid, meen ik dat een succesvol beroep op de per-elementbenadering niet in de lijn der verwachting ligt. Wat betreft de investeringsaftrek kan deze regeling worden afgedaan als territoriale regeling waarbij tevens een samenhang bestaat tussen de voordelen en de latere belastingheffing over de inkomsten uit die investeringen. Als laatste punt vertoont de aanwending van de HIR in een buitenlandse groepsmaatschappij grote gelijkenissen met de overdracht van winsten, wat volgens het HvJ slechts aan ingezetenen kan worden voorbehouden met het oog op het behoud van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten.

De conclusie die uit het voorgaande valt af te leiden is dat de spreekwoordelijke 'grijze wolk' een stuk minder grauw is dan men denkt. De huidige spoedreparatie lijkt de lading van de recente HvJ-jurisprudentie voldoende te dekken. Het resterende Europeesrechtelijke struikelblok, de innovatiebox, zal voor binnenlands belastingplichtigen naar mijn mening niet tot nadelige gevolgen moeten leiden. Daarmee lijkt de spoedreparatie een acceptabele versobering van het FE-regime waarbij belastingplichtigen geen verder onweer hoeven te verwachten.

Hoofdstuk 3 Alternatieve groepsregeling in de vennootschapsbelasting

Inleiding

Het Europeesrechtelijke offensief op de FE lijkt het einde van deze groepsregeling in de vennootschapsbelasting te hebben ingeluid. De Staatssecretaris ziet de afschaffing van de regeling met de gelijktijdige invoering van een alternatieve groepsregeling als een toereikende oplossing om aan het bedrijfsleven tegemoet te komen en voelt zich hierin ondersteund door de fiscale praktijk. Zoals in hoofdstuk 2 aangegeven heeft de Staatssecretaris drie andere opties in overweging genomen, te weten het behouden van de FE met spoedreparatie, de grensoverschrijdende FE en het volledig afschaffen van de groepsregeling. Hoewel het volledig afschaffen de FE zonder vervangende regeling nooit een reële optie lijkt te zijn geweest,²²⁹ is het desalniettemin relevant om de rechtsgrondslag van een dergelijke groepsregeling in ogenschouw te nemen. De grensoverschrijdende FE lijkt te weinig voorstanders te kennen en de spoedreparatie lijkt volgens sommige auteurs en de Staatssecretaris te complex te zijn geworden om nog te behouden. Nu al deze opties, wellicht ietwat te eenvoudig, door de Staatssecretaris buitenspel zijn gezet, lijkt het zinvol om te kijken of dit alternatief wenselijk is en of deze de problemen van de huidige FE met spoedreparatiemaatregelen op een evenredige wijze oplost. De deelvraag die in dit hoofdstuk centraal staat luidt als volgt:

Op welke wijze kan een groepsregeling worden vormgegeven zodat dit een maatschappelijk wenselijk²³⁰ alternatief voor de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting vormt?

Aangezien zowel de Europeesrechtelijke risico's als de complexiteit het bezwaar vormen tegen de huidige FE, dient het alternatief in beiden opzichten beter te worden vormgegeven. Tevens dienen de positieve effecten van een groepsregeling in de vennootschapsbelasting behouden te blijven, waardoor een wijziging van de FE niet tot onoverkomelijke problemen dient te leiden voor het bedrijfsleven en de groepsregeling een positieve bijdrage levert aan het ondernemingsklimaat. Daarbij heeft de Staatssecretaris ten tijde van de invoering van de spoedreparatiewetgeving aangegeven dat hij de belangrijkste voordelen van het FE-regime beoogt te behouden.²³¹ In het *position paper* van VNO-NCW en MKB-Nederland worden vier voordelen genoemd waarover enige consensus in de vakliteratuur lijkt te bestaan, te weten:²³²

²²⁹ Zie de brief van de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit van 15 september 2020, nr. 2020-168588.

²³⁰ De wenselijkheid hiervan wordt beredeneerd aan de hand van de eenvoud, doeltreffendheid (het verbeteren van het Nederlandse ondernemingsklimaat), Europeesrechtelijke houdbaarheid en continuïteit ten opzichte van de FE-regeling.

²³¹ *Kamerstukken II 2018/19, 34959, nr 3., p.26.*

²³² VNO-NCW & MKB-Nederland, position paper ten behoeve van de startbijeenkomst 'Nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting' op 14 februari 2019.

- onderlinge transacties binnen concern worden genegeerd;
- de fiscale regelgeving vormt geen belemmering voor de waarop de onderneming bedrijfseconomisch wordt georganiseerd (neutraliteitsgedachte);
- voor verschillende belastingbepalingen wordt de FE beschouwd als één belastingplichtige (consolidatiegedachte);
- administratieve lastenbeperking.

Naast de Europeesrechtelijke houdbaarheid en eenvoud van een nieuwe groepsregeling dient deze ook zoveel mogelijk binnen de bovengenoemde kaders te passen om het bedrijfsleven zo veel mogelijk tegemoet te komen. In dit hoofdstuk zal de haalbaarheid van deze doelstellingen uiteen worden gezet.

3.1 Rechtsgrondslagen groepsregimes in de vennootschapsbelasting

Concernvorming kent verschillende motieven, waarvan de fiscaliteit in beginsel niet leidend is. Ondernemingen met aparte bedrijfsonderdelen kunnen door concernvorming hun activiteiten van elkaar scheiden waardoor voor de diverse onderdelen een apart speelveld wordt gecreëerd. Voorbeelden hiervan zijn onder andere het arbeidsrecht, de sociale zekerheid en het aansprakelijkheidsrecht, waarbinnen werknemers, schuldeisers en andere belanghebbenden zich voor hun aanspraken niet tot de overige concernmaatschappijen kunnen wenden.²³³ In andere dan fiscale wetgeving zien we dan ook dat concernvorming duidelijk een plaats heeft, bijvoorbeeld bij de consolidatieplicht in het jaarrekeningenrecht.²³⁴ Met deze plicht wordt voorkomen dat het concernbelang prevaleert boven andere aan de individuele vennootschap verbonden belangen zoals die van werknemers en crediteuren. Het jaarrekeningenrecht zorgt hier dus dat de controlefunctie van de jaarrekening niet wordt vertroebeld door eventuele concernvorming.

Ook de fiscaliteit kent met het FE-regime een waarde toe aan concernvorming, waarbij de zelfstandige belastingplicht voor lichamen het uitgangspunt blijft. De feitelijke onderbouwing ten tijde van invoering van de faciliteit lijkt vooral te zijn gericht op de bovengenoemde concerngedachte.²³⁵ Verdere rechtvaardiging kan worden gevonden in de verlengstukgedachte²³⁶, welke eveneens ten grondslag ligt aan de deelnemingsvrijstelling. Aangenomen kan worden dat een dochtervennootschap in het verlengde van haar moeder handelt wanneer deze een meerderheid van de zeggenschap hierin houdt. Idealiter zou dit betekenen dat aan concernvorming pas wordt toegekomen bij een absoluut meerderheidsbelang zodat is verzekerd dat minderheidsaandeelhouders geen enkele invloed hebben op

²³³ Spanjers, *WFR* 2018/222.

²³⁴ Afdeling 13 van Titel 9 Boek 2 BW.

²³⁵ Van den Dool & Nieuweboer, *WFR* 2019/227, par. 3.

²³⁶ Hofman, *Cursus belastingrecht vennootschapsbelasting*, Vpb.2.4.0.B.f1.

de beslissingen van het concern. Een groepsregeling die op deze verlengstukgedachte is gebaseerd zou dan ook pas aan de orde dienen te komen bij belangen van groter dan 50 procent.

Een onderliggend uitgangspunt achter de verlengstukgedachte is het neutraliteitsbeginsel dat in het Nederlandse fiscale stelsel is geïmplementeerd.²³⁷ De invloed van fiscale wet- en regelgeving op ondernemingsbeslissingen dient met dit beginsel tot een minimum te worden beperkt. Zodoende is het wenselijk om voor elke rechtsvorm dezelfde belastingdruk te bewerkstelligen. Verschillende auteurs bepleiten dat deze neutraliteitstoets niet enkel op het niveau van een vennootschap dient te worden toegepast maar ook op het niveau van een concern.²³⁸ Temeer omdat de individuele belastingplicht van concernmaatschappijen tot gedragsverstoringen zou leiden.²³⁹

Andere auteurs zijn echter kritisch op de grondslag van enig groepsregime in de vennootschapsbelasting. Het huidige FE-regime vormt namelijk geen codificatie van een fiscaal te erkennen economische concernbenadering, aangezien uit HR 8 mei 1957, *BNB* 1957/208 blijkt dat geen betekenis kan worden toegekend aan de bijzondere verhouding tussen moeder- en dochtermaatschappijen.²⁴⁰ Spanjers gaat verder in zijn commentaar en meent dat de FE een faciliteit is zonder enige onderbouwing die belastingplichtigen in staat stelt om hun (horizontale) verliesverrekeningsmogelijkheden te verruimen.²⁴¹ Alhoewel dit argument in de huidige tijdsgeest iets van zijn kracht is verloren – voor verliesjaren die aanvangen na 1 januari 2022 gelden namelijk nieuwe verliesverrekeningsregels waarbij deze onbeperkt voorwaarts verrekenbaar worden²⁴² – blijven de verliesverrekeningsmogelijkheden met FE ruimer dan zonder. Ik sluit me dan ook aan bij de visie van Spanjers dat de budgettaire gevolgen van het FE-regime goed in kaart dienen te worden gebracht om het bestaan van de regeling te kunnen rechtvaardigen. Het belang van een groepsregeling vergelijkbaar met de FE blijkt voor het bedrijfsleven echter zo groot dat de afschaffing van de FE zonder invoering van een alternatieve groepsregeling niet tot de reële opties behoort.²⁴³ Zodoende wordt in het vervolg van dit onderzoek aangenomen dat het bestaan van een groepsregeling in de vennootschapsbelasting voldoende gerechtvaardigd is.

²³⁷ Brief van de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit van 15 september 2020, nr. 2020-168588, pag. 1-2.

²³⁸ Özbas & Stevens, *WFR* 2013/1248.

²³⁹ De Wilde, *IBFD*, p. 260 e.v.

²⁴⁰ Van den Dool & Nieuweboer, *WFR* 2019/227, par. 3.

²⁴¹ Spanjers, *WFR* 2018/222.

²⁴² *Kamerstukken II* 2020/21, 35 572, nr. 12.

²⁴³ Zie Van de Streek, position paper ten behoeve van de startbijeenkomst ‘Nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting’ op 14 februari 2019, par. 3 en brief van de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit van 15 september 2020, nr. 2020-168588, pag. 1-2.

3.2 Europese groepsregelingen

Een breed ondersteund alternatief voor de FE is een systeem waarbij de individuele belastingplicht van groepsmaatschappijen behouden blijft en de winsten dan wel verliezen overdraagbaar of saldeerbaar zijn. Europeesrechtelijk lijkt een dergelijke regeling houdbaar aangezien in arresten *Oy AA* (voor winstoverdracht) en *Marks & Spencer II* (voor verliesoverdracht, mits niet definitief) is beslist dat voordelen afkomstig uit resultaatoverdracht enkel kunnen worden voorbehouden aan ingezeten vennootschappen gelet op de noodzaak om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten te waarborgen. Ook voor resultaatsaldering kan een parallel worden getrokken met de consolidatie van winsten en verliezen zoals benoemd in *X Holding BV*. Zolang een alternatieve groepsregeling enkel deze voordelen omvat zal de Europeesrechtelijke toetsing eenvoudig te doorlopen zijn. Toch lijkt een mogelijk risico te ontstaan indien deze winst- en/of verliesoverdracht doorwerkt naar andere regelingen, zoals in arrest *Lexel* is te zien. Het is dan ook relevant om deze risico's in acht te nemen ten tijde van invoering van een alternatief voor de FE: zoals vermeld vormt juist de Europeesrechtelijke kwetsbaarheid naast de toegenomen complexiteit hét punt van kritiek op de huidige inrichting van de FE met spoedreparatiemaatregelen. Onderstaand zullen de verschillende opties voor een alternatieve regeling worden voorgedragen en toegelicht. Hierbij worden een aantal buitenlandse groepsregelingen als uitgangspunt van deze analyse gebruikt, te weten: het Verenigd Koninkrijk (verliesoverdracht), Zweden (winstoverdracht) en Spanje (resultaatsaldering). Als laatste regeling zal de voorgenomen Europese vennootschapsbelasting, de BEFIT als vervanger van de CCCTB, worden toegelicht als mogelijke oplossingsrichting voor de toekomst.

3.2.1 Inleidende opmerkingen

De overdracht van resultaten kan op verschillende manieren plaatsvinden. Of dit door middel van het overdragen van verliezen of winsten dan wel de consolidatie van resultaten gebeurt maakt niet uit voor de effecten ervan. De resultatenoverdracht regelt namelijk in alle drie de gevallen dat verliezen van groepsmaatschappijen horizontaal met elkaar verrekend kunnen worden. Een logische vraag om dan te stellen is welke van de alternatieven de voorkeur geniet? Van den Dool en Nieuweboer menen dat het Europese recht geen doorslaggevend argument geeft voor één van deze systemen, maar achten dat een systeem van winstoverdracht eenvoudiger is te implementeren in de vennootschapsbelasting.²⁴⁴ Een dergelijke argumentatie plaatst Elsweyer in het perspectief van een volledige hervorming van de belastingwet om de vennootschapsbelasting meer toekomstbestendig te maken. Zodoende kan zowel een winst- of verliesoverdrachtsysteem als resultaatsaldering een plek krijgen in dit nieuwe systeem,

²⁴⁴ Van den Dool & Nieuweboer, *WFR* 2019/235, par. 3, een uitgebreide onderbouwing van dit argument ontbreekt echter.

met de kanttekening van Elswier dat ‘kleine stappen naar een groter geheel soms noodzakelijk zijn’.²⁴⁵

Alhoewel Kok de verliesoverdrachtsregeling nader toelicht in zijn artikel, geeft hij geen argumenten waarom een dergelijke regeling beter zou functioneren dan een winstoverdrachtsregeling.²⁴⁶ Uit de *position paper* van het NOB²⁴⁷ lijkt eveneens een voorkeur te bestaan voor verliesoverdracht maar ook hier blijft een verdere onderbouwing uit. Ik meen dan ook dat niet het type systeem maar de manier waarop deze wordt vormgegeven van belang is wanneer de wenselijkheid hiervan wordt bekeken.²⁴⁸ Het lijkt erop dat een systeem van verliesoverdracht meer tot de verbeelding spreekt in het kader van verliesverrekening. Zoals vermeld zullen beide regelingen als volgt op hoofdlijnen behandeld worden, alsmede een systeem van resultatensaldering en de Europese vennootschapsbelasting.

3.2.2 Verliesoverdrachtsregeling / groepsaftrek

Cyprus, Ierland, Litouwen, Malta en het Verenigd Koninkrijk passen een systeem toe waarbij onderlinge verliesverrekening tussen groepsmaatschappijen wordt bewerkstelligd door het overdragen van verliezen. Groepsmaatschappijen worden bij een dergelijke regeling als afzonderlijke maatschappijen behandeld, waarbij deze hun eigen jaarrekening dienen te hebben en een eigen fiscale winstberekening.²⁴⁹ Doordat wordt aangesloten bij de zelfstandige winstberekening kan mogelijke doorwerking van de groepsaftrek naar andere regelingen in principe worden voorkomen. Hieronder zal de systematiek van de groepsaftrek worden behandeld aan de hand van het Engelse *group relief*. De keuze voor het Engelse systeem komt voort uit het feit dat het Engelse belastingsysteem van de bovengenoemde landen het meest aansluit op de vennootschapsbelasting.

Group Relief (Verenigd Koninkrijk)²⁵⁰

Bezitseis

Een fiscale groep kan in het Verenigd Koninkrijk worden gevormd tussen vennootschappen waarvan de moedermaatschappij een direct of indirect belang van minimaal 75 procent houdt. Ook kan een

²⁴⁵ Elswier, *TFO* 2019/164.1, par. 3.1.

²⁴⁶ Kok, *WFR* 2020/158.

²⁴⁷ NOB, position paper ten behoeve van de startbijeenkomst ‘Nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting’ op 14 februari 2019.

²⁴⁸ Zie voor eenzelfde mening de brief van de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit van 15 september 2020, nr. 2020-168588, par. 5.2.2.

²⁴⁹ Offermans, *TFO* 146.2, par. 2.3.

²⁵⁰ Informatie met betrekking tot de Engelse Group relief is verkregen via desk-research van IBFD Country Database: United Kingdom - Corporate taxation – Country tax Guides, section 8, geraadpleegd op 15 oktober 2021 via: https://research-ibfd-org.eur.idm.oclc.org/#/doc?url=/collections/cta/html/cta_uk_s_008.html

groep worden gevormd door deelnemingen die worden gehouden door een consortium.²⁵¹ Tevens dienen groepsmaatschappijen niet slechts aan het deelnemingsvereiste te voldoen, maar dienen deze eveneens gerechtigd te zijn tot een gelijk deel van de winst en de liquidatie-uitkeringen.²⁵² Hiermee toont de bezitseis voor de *group relief* grote gelijkenissen met die van de FE.

Papillon-groepen

Toegang tot de *group relief* is in beginsel enkel voorbehouden aan in het binnenland gevestigde vennootschappen waarin een direct aandelenbelang door een binnenlandse maatschappij wordt gehouden, maar is na HvJ-arrest *ICI*²⁵³ ook uitgebreid tot binnenlandse vennootschappen waarvan de aandelen worden gehouden door een buitenlandse moedermaatschappij of tussenhoudster gevestigd in een EER-land. Daarnaast hebben ook binnen- en buitenlandse vaste inrichtingen toegang tot de regeling. De uitbreiding volgend op arrest *ICI* is daarmee een soortgelijke reparatie als bij de *Papillon*-FE's.

Wijze van overdracht

Onder de *group relief* bestaat de mogelijkheid om verliezen aan andere groepsmaatschappijen of vaste inrichtingen behorend tot de groep over te dragen. De *group relief* heeft daarmee een optioneel karakter, waarbij partijen per overeenkomst het over te dragen verlies vaststellen (*the agreed loss amount*).²⁵⁴ Tegelijkertijd dient de ontvanger van de verliezen de overdrager te compenseren voor het voordeel dat zij behaalt met behulp van de verliesoverdracht. Een dergelijke betaling dient voor belastingdoeleinden genegeerd te worden.²⁵⁵ Met deze bepaling worden de economische belangen van eventuele minderheidsaandeelhouders beschermd tegen winstverschuiving.

Zowel binnen- als buitenlandse vaste inrichtingen kunnen verliezen overdragen, mits deze niet verrekend kunnen worden in het land waar het hoofdhuis is gevestigd²⁵⁶ respectievelijk waar de vaste inrichting zelf is gelegen²⁵⁷. De *group relief* geldt na *Marks & Spencer II* eveneens voor buitenlandse dochters gevestigd in EER-staten indien daar alle mogelijkheden tot verliescompensatie zijn benut en zodoende sprake is van definitieve verliezen.

²⁵¹ Hiervoor komen slechts in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschappen in aanmerking die elk minimaal 5 procent en in totaal 75 procent van de aandelen in de dochter houden. Sec. 153, sub 1, CTA 2010.

²⁵² Sec. 151, sub 4, CTA 2010

²⁵³ HvJ EG 16 juli 1998, zaak C-264/96 (*ICI*).

²⁵⁴ Sec. 183, sub 1, sub a, CTA 2010

²⁵⁵ Sec. 183, sub 1, sub c, CTA 2010

²⁵⁶ Sec. 107, sub 4 t/m 6, CTA 2010

²⁵⁷ Sec. 106, sub 2 en 5, CTA 2010

Tot 1 april 2017 konden overgedragen verliezen enkel worden afgezet tegen winsten die in hetzelfde jaar waren opgekomen, de zogeheten ‘horizontale verliesverrekening’. Voor verliezen die na deze datum zijn opgekomen geldt een onbeperkte voorwaartse verliesoverdracht aan groepsmaatschappijen.²⁵⁸ Dit is gelijk met de verliesverrekeningsregels van de FE, waarbij de wet slechts bij voorvoegingsverliezen een winstsplitsing voorstaat.²⁵⁹ Verder kunnen slechts verliezen worden overgedragen die zijn opgekomen ten tijde van het van toepassing zijn van de *group relief*. Indien de voorwaarden voor de *group relief* gedurende een belastingjaar worden vervuld kan ook slechts voor een gedeelte van een jaar voor de groepsregeling worden geopteerd, waarbij slechts een pro rata verliesoverdracht kan plaatsvinden.²⁶⁰

Afsluitend dient geconstateerd te worden dat het Verenigd Koninkrijk per 31 januari 2020 uit de EU is gestapt en daarmee niet meer aan de vrije verkeersbepalingen en Europese Richtlijnen dient te voldoen voor situaties die zich na 31 december 2020 voordoen. Desalniettemin geldt de jurisprudentie van het HvJ wel nog steeds voor de overige lidstaten, waardoor de *group relief* van het Verenigd Koninkrijk een bruikbaar model voor een verliesoverdrachtsregeling blijft vormen voor zover zich na 31 december 2020 geen wetswijzigingen hebben voorgedaan.

3.2.3 Winstoverdrachtsregeling / groepsbijdrage

Twee EU-lidstaten kennen een systeem van winstoverdracht, namelijk Finland en Zweden. Bij dit systeem mogen groepsmaatschappijen onder voorwaarden winsten naar een andere groepsvennootschap overdragen, wat de facto een horizontale verliesverrekening bewerkstelligt. De groepsbijdrage geldt bij de overdragende vennootschap als een aftrekpost en wordt bij de verkrijger belast, zodat dit fiscaal neutraal geschiedt. Ook hier worden groepsmaatschappijen als afzonderlijke entiteiten behandeld.²⁶¹ Hieronder zal de systematiek van de groepsbijdrage worden behandeld aan de hand van de Zweedse ‘groepsbijdrageregeling’. De keuze voor de behandeling van het Zweedse systeem komt voort uit de recente relevantie van de regeling met arrest *Lexel*.

²⁵⁸ Finance (No. 2) Bill (HL Bill 156), schedule 9.

²⁵⁹ Artikel 15ae Wet Vpb.

²⁶⁰ Sec. 130, sub 2 en Sec. 140, CTA 2010

²⁶¹ Offermans, *TFO* 146.2, par. 2.3.

Groepsbijdrageregeling (Zweden)²⁶²

Bezitseis

Het Zweedse belastingrecht kent geen specifieke definitie voor een ‘groep’. Wel kent de Zweedse inkomstenbelasting een groepsbijdrageregeling die onderlinge winstoverdracht mogelijk indien een moedermaatschappij in bezit is van meer dan een 90 procent van de aandelen in haar dochter.²⁶³ Aan de overdracht van winst worden naast de bezitseis nog een aantal aanvullende eisen gesteld.²⁶⁴ Zo mag geen van beide vennootschappen een onroerend goed lichaam zijn (*privatbostadsföretag*) of een investeringsvennootschap (*investmentföretag*). Daarnaast dient de moedervernootschap gedurende het gehele jaar waarop de groepsbijdrage ziet aan de bezitseis te voldoen. Ook mag de groepsbijdrage niet zijn vrijgesteld in Zweden en dient een eventuele dividenduitkering aan de moedermaatschappij te zijn vrijgesteld. Ten slotte dienen zowel de overdrager als de verkrijger de groepsbijdrage in hun individuele aangifte aan te geven.²⁶⁵

Wijze van overdracht

Aangezien de groepsbijdrageregeling geen ‘toegangsticket’ heeft zoals in Engeland, is een *Papillon*-reparatie onnodig: alle ingezeten vennootschappen waarin de moeder direct of indirect een belang van meer dan 90 procent in bezit heeft maken aanspraak op de groepsbijdragenregeling. De tussenkomst van een buitenlandse tussenhoudster verandert dit niet. Buitenlandse groepsvennootschappen komen slechts voor groepsbijdragen in aanmerking voor zover deze zijn gevestigd in de EER en tevens in Zweden zijn belast voor bedrijfsactiviteiten met betrekking tot de groepsbijdrage.²⁶⁶ De facto is deze bepaling dus bedoeld voor EER-vennootschappen met een vaste inrichting in Zweden en wordt hiermee dus aan de gelijke behandeling van ingezeten lichamen en vaste inrichtingen volgend uit *Avoir Fiscal* voldaan.

Even als de *group relief* bevat de Zweedse groepsbijdrageregeling een regeling waarbij definitieve grensoverschrijdende verliezen onder voorwaarden in aftrek kunnen worden gebracht. In de eerste plaats dient het vereffeningsproces van de deelneming te zijn voltooid. Vervolgens kan het laagste van de volgende twee bedragen in aftrek worden genomen, maar niet verder dan de winst van de moeder in het relevante jaar. In de eerste plaats dient het verlies zoals berekend in het land van vestiging te worden vastgesteld. Als volgt wordt gekeken naar de hoogte van de liquidatieverliezen onder Zweeds

²⁶² Informatie met betrekking tot de Zweedse groepsbijdrageregeling is verkregen via desk-research van IBFD Country Database: Sweden – Corporate taxation – Country tax Guides, section 8, geraadpleegd op 15 oktober 2021 via: https://research-ibfd-org.eur.idm.oclc.org/#/doc?url=/collections/cta/html/cta_se_s_008.html

²⁶³ Art. 2 hoofdstuk 35 Zweedse inkomstenbelasting.

²⁶⁴ Art. 3 hoofdstuk 35 Zweedse inkomstenbelasting.

²⁶⁵ Art. 3, lid 2, hoofdstuk 35 Zweedse inkomstenbelasting.

²⁶⁶ Art. 2, sub a, hoofdstuk 35 Zweedse inkomstenbelasting.

belastingrecht. Met deze invulling van het *Marks & Spencer II* arrest kan men zich afvragen of een wijziging van de liquidatieverliesregeling bij de invoering van een nieuwe groepsregeling in Nederland noodzakelijk is.²⁶⁷

3.2.4 Resultaatsaldering / groepsconsolidatie

Met de consolidatiegedachte is de FE een unieke groepsregeling binnen Europa. Andere landen passen wel een gedeeltelijke consolidatie toe, waarbij winsten en verliezen worden gesaldeerd op het niveau van de moeder, maar niet de gehele consolidatie waarbij de dochtermaatschappijen worden geacht te zijn opgegaan in de moeder. Een regime van gedeeltelijke consolidatie zien we bijvoorbeeld terug in Denemarken, Duitsland, Frankrijk, Italië, Luxemburg, Polen, Portugal en Spanje.²⁶⁸ Vanwege de vermogensoverdrachtfaciliteit die de Spaanse groepsregeling biedt zal deze regeling hieronder worden behandeld.

Groepsconsolidatie (Spanje)²⁶⁹

Bezitseis

Het vormen van een fiscale groep in Spanje kan op verzoek indien de moedermaatschappij ten minste 75 procent van de aandelen en meer dan de helft van de stemrechten in de dochter bezit, de meerderheid van het bestuur kan benoemen en in het jaar van dat de groepsconsolidatie van toepassing is alsmede de twee jaren daarvoor ten minste de helft van de zittende bestuurders heeft benoemd.²⁷⁰

Ook kunnen groepen worden gevormd met buitenlandse vennootschap als moedermaatschappij indien deze meer dan 75 procent van de aandelen bezit (70 procent voor beursgenoteerde vennootschappen) en daarnaast de meerderheid van de stemrechten bezit. Ook een vaste inrichting van een buitenlandse vennootschap kan kwalificeren als moedermaatschappij voor de groepsconsolidatie indien het hoofdhuis niet is gevestigd in een belastingparadijs.

Naast de bovengenoemde eisen worden ook eisen gesteld aan de dochtermaatschappijen. Zo moeten deze zijn onderworpen aan de Spaanse vennootschapsbelasting tegen hetzelfde tarief als de moedermaatschappij. Daarnaast dienen alle binnenlandse dochtermaatschappijen die aan de voorwaarden voldoen in de fiscale groep te worden gevoegd. Tevens dienen alle maatschappijen hetzelfde boekjaar te hebben welke niet langer mag duren dan 12 maanden.

²⁶⁷ Zie hiervoor paragraaf 3.3.2.

²⁶⁸ Offermans, *TFO* 146.2, par. 2.3.

²⁶⁹ Informatie met betrekking tot de Spaanse groepsconsolidatie is verkregen via desk-research van IBFD Country Database: Spain - Corporate taxation – Country tax Guides, section 8, geraadpleegd op 17 oktober 2021 via: https://research-ibfd-org.eur.idm.oclc.org/#/doc?url=/collections/cta/html/cta_es_s_008.html

²⁷⁰ Artikel 42 CCo.

Wijze van overdracht

Bij de consolidatie van resultaten worden niet alleen winsten en verliezen gesaldeerd, maar worden tevens onderlinge winsten en verliezen binnen de groep geëlimineerd.²⁷¹ Deze eliminering is daarmee de facto een geruisloze vermogensoverdrachtsfaciliteit voor groepsvennootschappen. De moedervenootschap is verplicht tot het doen van de groepsaangifte terwijl de gevoegde dochters hun individuele aangifte moeten indienen. Tevens geldt een hoofdelijke aansprakelijkheid van alle groepsvennootschappen voor de belastingschuld. De groepsregeling kent verder een bepaling waardoor voorvoegingsverliezen slechts verrekenbaar zijn met de winst die toerekenbaar is aan die vennootschap tot maximaal 70 procent van het belastbaar bedrag (dus na eliminatie van onderlinge transacties).

Indien een vennootschap ophoudt deel uit te maken van de groep dienen de mee te geven winsten of verliezen op basis van een zelfstandige winstberekening te worden meegegeven aan de vertrekkende vennootschap.²⁷² Vermogensoverdracht binnen het jaar van ‘ontvoeging’ uit de groep wordt niet geëlimineerd uit het groepsresultaat, verder gelden er geen soortgelijke sanctietermijnen als bij artikel 15ai Wet Vpb.

3.2.5 Common (Consolidated) Corporate Tax Base / BEFIT

Met de toenemende globalisatie lijken landsgrenzen wereldwijd steeds minder zichtbaar te worden. Als concurrerende economie probeert de Europese Unie zo veel mogelijk belemmeringen van de interne markt weg te nemen, bijvoorbeeld met behulp van het harmoniseren van regelgeving (Btw-richtlijn) als met het direct of indirect wegnemen van discriminatie en/of belemmeringen (vrije verkeersbepalingen en anti-staatssteun). Binnen dit kader is het de wens van de Europese Commissie om tot een Europese vennootschapsbelasting te komen. Met een dergelijke grensoverschrijdende fiscale groepsregeling worden verrekenprijsformaliteiten, dubbele belasting en het ontbreken van grensoverschrijdende verliesverrekening opgelost.²⁷³

In eerste instantie is een dergelijke vennootschapsbelasting gericht op multinationals (actief in twee of meer lidstaten) met een groepsomzet boven de 750 miljoen euro. Indien het systeem als werkbaar wordt ervaren is het ook denkbaar dat kleinere belastingplichtigen voor een dergelijke regeling kunnen opteren. De Europese vennootschapsbelasting kent in haar ultieme vorm een consolidatie-element: niet enkel de belastinggrondslag wordt in Europa op een overeenkomstige wijze berekend, maar het gehele Europese resultaat wordt geconsolideerd en vervolgens aan de hand van een verdeelsleutel aan de betreffende lidstaten toegerekend. Het bijkomende voordeel van een dergelijke consolidatie is dat

²⁷¹ Artikel 64 LIS (Spaanse vennootschapsbelasting).

²⁷² Artikel 74 LIS (Spaanse vennootschapsbelasting).

²⁷³ Van de Streek & Strik, *WFR* 2011/1405, par. 1.

lidstaten geen invloed op het vestigingsklimaat kunnen uitoefenen door tariefsverlagingen toe te passen.

Indien de CCCTB²⁷⁴ wordt bekeken in het licht van de per-elementjurisprudentie valt te constateren dat dit het eindstation is waarbij alle belemmeringen om binnen de Unie ondernemingsactiviteiten te ontplooiën worden weggenomen. Indien tot een eerlijke verdeelsleutel wordt gekomen, die eveneens vrij robuust zal uitwerken²⁷⁵, zal de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid niet meer in het geding komen bij grensoverschrijdende verliesverrekening en vermogensoverdracht. Toch lijkt het voorstel geen voeten in de aarde te krijgen vanwege onenigheid over voornamelijk de verdeelsleutel, waarbij immateriële activa geen rol spelen, waardoor zowel het Verenigd Koninkrijk en Ierland de unanimiteit voor het voorstel in 2016 hebben tegengehouden.²⁷⁶ De CCCTB lijkt hiermee dan ook een oplossing die uit het sprookjesboek van de Europese Commissie komt waarvan de vormgeving al sinds de strategie van Lissabon in 2000 speelt.²⁷⁷ Op 18 mei 2021 is dan ook een persbericht door de Europese Commissie naar buiten gebracht met een plan voor een nieuw Europees belastingsysteem.²⁷⁸ Het zogeheten BEFIT ('Business in Europe: Framework for Income Taxation') betekent de intrekking van het CCCTB-voorstel en zal in 2022 pas verder uitgewerkt worden. Kijkend naar het langdurige proces omtrent de CCCTB lijkt het mij te voorbarig om er vanuit te gaan op korte termijn overeenstemming over BEFIT wordt bereikt. Om te wachten tot de Europese Commissie alle huidige problemen van de FE oplost lijkt dan ook weinig zinvol. Nu de spoedreparatiewetgeving al ogenschijnlijk de meeste problemen heeft opgelost, mits de toegenomen complexiteit als werkbaar wordt gezien, lijkt een Europese vennootschapsbelasting wel weer een mogelijke oplossingsrichting.

Deelconclusie

Wanneer de hiervoor beschreven systemen met elkaar vergeleken worden zijn net zo veel gelijkenissen als verschillen te constateren. De ondergrens wat betreft het belang in een groepsmaatschappij lijkt vrij hoog te liggen, waarbij in ieder geval een meerderheid van de zeggenschap direct of indirect in handen van de moedermaatschappij dient te liggen. Zowel de groepsaftrek als de groepsbijdragen zijn optioneel, terwijl de consolidatie van resultaten automatisch geschiedt zodra is geopteerd voor groepsconsolidatie.

²⁷⁴ Common Consolidated Corporate Tax Base.

²⁷⁵ Zie bijvoorbeeld Bijleveld, *WFR* 2019/9, par. 2. en Kavelaars, *WFR* 2008/1184, par. 4.

²⁷⁶ Mahony, 'EU in new push for common corporate tax base', *euobserver*, geraadpleegd op 18 oktober 2021 via: <https://euobserver.com/economic/129156>.

²⁷⁷ Kavelaars, *WFR* 2008/1184.

²⁷⁸ Persbericht Europese Commissie, 'Toekomstbestendige belastingen – Commissie presenteert nieuwe, ambitieuze agenda voor de belasting van ondernemingen', 18 mei 2021, online geraadpleegd via https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2430.

De positie van minderheidsaandeelhouders lijkt bij de groepsaftrek beschermd door de verplichte vergoeding die moet worden betaald voor het belastingvoordeel dat met de verliesoverdracht wordt verkregen. Zodoende treedt er commercieel geen verarming van de overdragende vennootschap op. De Spaanse groepsregeling kent daarentegen geen vereiste voor dergelijke vergoedingen waar de systematiek van de regeling een dergelijke overeenkomst niet mogelijk maakt. Het lijkt me wel dat commercieel tot een bepaalde verdeling van de consolidatievoordelen kan worden gekomen indien gewenst.

Waar de Engelse regeling een pro rata toepassing van de regeling toestaat is dit in de overige regelingen uitgesloten, vermoedelijk vanuit eenvoudsredenen. Daarbovenop komt dat de Engelse faciliteit een overeenkomst van verliesoverdracht vereist, terwijl bijvoorbeeld de Zweedse groepsregeling een dergelijke bepaling niet kent. Ik meen dat de oorzaak hiervan ligt in de hogere beziteis voor de Zweedse groepsbijdrageregeling waardoor het commerciële belang van een dergelijk overeenkomst minder zinvol is.

Indien we kijken naar het systeem dat het meest inpasbaar is in de huidige wetssystematiek lijkt de Spaanse groepsregeling een werkbaar alternatief voor de FE. Aangezien deze regeling het meest aansluit op de voorwaarden van de huidige Nederlandse groepsregeling levert deze regeling ook de nodige rechtszekerheid voor belastingplichtigen op.²⁷⁹ Daarnaast is het bij een dergelijke regeling eenvoudiger om een gedeeltelijke consolidatiegedachte in te voeren indien dat politiek gewenst is. Daarnaast leidt het salderen van resultaten ertoe dat interne leningen op eenzelfde wijze in de belasting worden betrokken als voorheen. Tevens is het met een dergelijke regeling te rechtvaardigen dat slechts eenmaal van het tariefsopstapje kan worden geprofiteerd, wat nu eveneens het geval is bij de FE. In mijn optiek is de groepsconsolidatie dan ook het gewenste alternatief voor de FE.

3.3 Kernelementen van een nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting

De in paragraaf 3.2 besproken groepsregelingen illustreren goed hoe complex de vormgeving van een groepsregeling binnen een vennootschapsbelasting in de praktijk is. Waar één simpel element, het louter overdragen van verliezen, de Engelse *group relief* al bijzonder ingewikkeld maakt, lijkt dit alleen maar toe te nemen indien de regeling meerdere elementen zal bevatten. Kijkend naar de Nederlandse vennootschapsbelasting, kan worden gesteld dat een aantal keuzes moet worden gemaakt bij het opstellen van een nieuwe groepsregeling. In de eerste plaats komt de vraag op of de bezitseis naar beneden kan worden bijgesteld nu de regeling geen complete consolidatie meer zal kennen en daarmee dan ook minder vergaand zal zijn. Daarnaast acht ik de toepassing van de liquidatieverliesregeling en het risico op dubbele verliesneming uiterst relevant aangezien dit haaks

²⁷⁹ Zie meer hierover in paragraaf 4.3.

zou staan op doel en strekking van de deelnemingsvrijstelling. Ook de formeelrechtelijke aspecten met betrekking tot het aangifteproces lijken relevant voor het eenvoudsargument van de Staatssecretaris. Afsluitend zal de noodzaak tot en de eventuele vormgeving van een vermogensoverdrachtsregeling worden behandeld. Met deze punten wordt geenszins beoogd om een volledig beeld te schetsen van de ideale groepsregeling nu de omvang van dit onderzoek dit niet toelaat. Verdere toelichting hierop is terug te vinden in de discussie.

3.3.1 Bezitseis

Alhoewel een resultaatoverdracht of -salderingssysteem als vervanger van de FE functioneert, dient te worden geconstateerd dan deze minder vergaand zal zijn dan haar voorganger. Het valt daarom mogelijk te rechtvaardigen om de bezitseis voor het concernbegrip van deze groepsregeling minder streng vorm te geven. De NOB noemt een viertal opties voor een nieuw bezitspercentage, namelijk: 5 procent (deelnemingsvrijstelling), 25 procent (gelieerdheid in het CFC-regime), 33,33 procent (verbondenheid voor onder andere artikel 10a) of 95 procent als continuering van de huidige bezitseis.²⁸⁰ Kok noemt onder andere een bezitspercentage van 25 procent om aan verschillende joint ventures tegemoet te komen, maar meent dat voor andere percentages ook valide argumenten zijn te bedenken.²⁸¹ Mijns inziens lijken lage percentages echter niet in lijn te liggen met één van de rechtsgronden van het bestaan van een groepsregeling: de verlengstukgedachte. De kans dat een dochter in het verlengde van haar moeder handelt neemt namelijk toe naarmate het aandelenbezit stijgt. Bij een aandelenbezit van 5, 25 of 33,33 procent kan niet worden verzekerd dat er direct of indirect een zodanige invloed op de besluitvorming kan worden uitgeoefend dat daarmee de activiteiten van de dochter kunnen worden bepaald. Uit jurisprudentie van het HvJ blijkt dat een dergelijke invloed wel noodzakelijk is om de werking van het vrije kapitaalverkeer uit te sluiten, welke ook op derden landen ziet.²⁸² Zodoende leidt een bezitspercentage van bijvoorbeeld 25 procent er mogelijk toe dat definitieve verliezen als in *Marks & Spencer II* van dochters uit niet-EU-landen in Nederland aftrekbaar dienen te zijn.²⁸³ Mijns inziens dient het minimum bezit formeel in een percentage te worden vastgelegd in tegenstelling tot de bewoording voor de Wet Bronbelasting²⁸⁴ en de liquidatieverliesregeling²⁸⁵. Uit de bovengenoemde jurisprudentie volgt dat in ieder geval sprake is van een bepalende invloed indien de meerderheid van de aandelen en stemrechten in handen zijn, dus bij een bezit van minimaal 50 procent.

²⁸⁰ NOB, position paper ten behoeve van de startbijeenkomst ‘Nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting’ op 14 februari 2019, par. 5.

²⁸¹ Kok, *WFR* 2020/158, par. 3.

²⁸² HvJ EG 10 mei 2007, zaak C-492/04 (*Lasertec*).

²⁸³ Door de territoriale beperking van de liquidatieverliesregeling voor verliezen boven de vijf miljoen euro lijkt dit argument aan relevantie te hebben gewonnen. Zie meer hierover in de sub-paragraaf 3.2.7.

²⁸⁴ Artikel 1.2, lid 1, onderdeel d Wet Bronbelasting 2021.

²⁸⁵ Artikel 13d, lid 4, Wet Vpb.

Van den Dool en Nieuweboer zijn vanuit het oogpunt van continuïteit een duidelijkere mening toegedaan dan Kok en de NOB en stellen eenduidig de voortzetting van de bestaande bezitseis voor.²⁸⁶ Bij een 95 procent belang zijn de concernverbanden tevens het sterkst en is het bestaan van een groepsregeling derhalve het best te rechtvaardigen. Indien men voor een continuering van de bestaande bezitseis kiest kan ook aansluiting worden gezocht bij de huidige definitie van de bezitseis voor FE's, namelijk dat niet enkel deelname in het gestorte kapitaal van belang is, maar ook in stemrecht, winst en vermogen. Hiermee blijft de jurisprudentie op dit punt ook relevant, wat belastingplichtigen meer rechtszekerheid biedt. De Staatsecretaris lijkt deze zienswijze te delen en benoemt dat eveneens voor de beëindiging van een fiscale groep kan worden aangesloten bij de huidige wet- en regelgeving.²⁸⁷ Van den Dool en Nieuweboer benoemen naast deze kwantitatieve eisen ook een kwalitatieve eis waarbij de deelnemende maatschappijen deel uit dienen te maken van dezelfde geconsolideerde jaarrekening.²⁸⁸ Ik meen dat een dergelijk vereiste redelijk inhoudsloos is aangezien een 95 procent belang al voldoende lijkt te verzekeren dat de deelnemende maatschappijen onder gemeenschappelijk bestuur staan.

3.3.2 Dubbele verliesneming

Door de consolidatiegedachte van de FE vormt een dochtermaatschappij in principe geen deelneming meer in de zin van artikel 13 en verder Wet Vpb.²⁸⁹ Zodoende kan bij liquidatie ook geen liquidatieverlies ingevolge artikel 13d in aanmerking worden genomen.²⁹⁰ De logica achter deze systematiek zit hem in de toerekeningsfictie van de FE, waarbij de verliezen van de geliquideerde dochter aan de moeder zijn toe te rekenen en zodoende niet definitief verloren gaan bij een liquidatie. Deze toerekeningsfictie ziet echter niet op voorvoegingsverliezen van de dochter, waardoor deze wel volgens de huidige wetssystematiek verloren gaan.

Ook bij de liquidatie van een kleindochtermaatschappij die via een buitenlandse tussenhoudster in de FE is gevoegd kan geen verlies worden geclaimd ingevolge artikel 13d Wet Vpb: niet de grootmoeder maar de tussenhoudster bezit immers rechtstreeks de aandelen in de kleindochter, welke vervolgens mogelijk op grond van het nationale recht van haar vestigingsstaat een liquidatieverlies in aanmerking kan nemen. Bij de uiteindelijke liquidatie van deze tussenhoudster kan de FE wel een liquidatieverlies claimen. De wetgever heeft echter voorzien in de voorkoming van dubbele verliesneming met betrekking tot de geliquideerde kleindochtermaatschappij door middel van artikel 13d, twaalfde lid Wet Vpb, waarbij het opgeofferde bedrag in de tussenhoudster wordt verminderd met de reeds binnen

²⁸⁶ Van den Dool & Nieuweboer, *WFR* 2019/2 35, par. 4.3.

²⁸⁷ Brief van de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit van 15 september 2020, nr. 2020-168588, par. 6.

²⁸⁸ Van den Dool & Nieuweboer, *WFR* 2019/235, par. 4.3.

²⁸⁹ Van de Streek, *Cursus Belastingrecht Venootschapsbelasting*, Vpb.2.9.4.B.b1.II.

²⁹⁰ HR 4 juni 1986, nr. 23 381, *BNB* 1986/282.

FE verrekende verliezen van de kleindochtermaatschappij. Indien de kleindochtermaatschappij per saldo een positief resultaat heeft is van dubbele verliesverrekening geen sprake en treedt er geen beperking van het in aanmerking te nemen liquidatieverlies op.

Wanneer wordt afgestapt van de hierboven behandelde consolidatiegedachte blijft de deelnemingsverhouding tussen moeder en haar dochtermaatschappijen wel zichtbaar, waardoor met betrekking tot deze regelingen zonder nadere regelgeving aanspraak kan worden gemaakt op de liquidatieverliesregeling. In dat geval kan de reeds geconstateerde dubbele verliesnemering zich weer voordoen, hetgeen vanuit de ratio van de deelnemingsvrijstelling en de liquidatieverliesregeling zeer onwenselijk is. Door aan te sluiten op de methodiek van artikel 13d, twaalfde lid Wet Vpb lijkt mij dit probleem eenvoudig en doelmatig op te lossen.

Een vervolgvraag die op bovengenoemde problematiek door meerdere auteurs wordt gesteld is of het bestaan van de liquidatieverliesregeling überhaupt nog voldoende gerechtvaardigd kan worden.²⁹¹ De keuze voor het afschaffen of versoberen van deze regeling is in mijn optiek één van politieke alsmede budgettaire aard: er is een rechtsgrond voor de regeling, maar deze lijkt wellicht iets te mager in verhouding tot de voordelen die hiermee behaald kunnen worden. Indien de regeling niet wordt afgeschaft onder gelijktijdige invoering van een nieuw groepsregime komt de vraag op of de liquidatieverliesregeling wel de lading dekt voor definitieve verliezen als in *Marks & Spencer II*.²⁹² De invoering van een nieuw groepsregime lijkt in ieder geval een goed moment om het bestaan en de vormgeving van de liquidatieverliesregeling nader te bekijken.

Naast de samenloop met de liquidatieverliesregeling constateert Van de Streek in zijn position paper een voorwaardelijke verliesverrekening binnen de huidige FE, namelijk bij de samenloop tussen horizontale verliesverrekening en faillissement van een groepsmaatschappij.²⁹³ In dergelijke gevallen is er mogelijk sprake van dubbele verliesverrekening waarbij de verliezen van de failliete deelneming voor rekening komen van externe schuldeisers (en dus aftrekbaar zijn), terwijl de moeder deze verliezen al heeft kunnen benutten door horizontale verliesverrekening. Uit jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat een onbetaalde schuld belast dient vrij te komen bij een FE.²⁹⁴ In mijn optiek zal deze jurisprudentie ook bij een nieuwe fiscale regeling van toepassing blijven aangezien de achterliggende rechtsoverwegingen zich op dezelfde kenmerken richten. Het wettelijk verankeren beperkt in dit geval de budgettaire risico's van deze eventuele dubbele verliesnemering.

²⁹¹ Van den Dool & Nieuweboer, *WFR* 2019/235, par. 4.7. en Kok, *WFR* 2020/158, par. 11.1.

²⁹² Van den Dool & Nieuweboer, *WFR* 2019/235, par. 4.7.

²⁹³ Zie de position paper van Van de Streek ten behoeve van de startbijeenkomst 'Nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting' op 14 februari 2019.

²⁹⁴ HR 14 november 1992, nr. 28 064, BNB 1992/392 en HR 9 oktober 2010, nr. 8/03498, BNB 2010/308.

3.3.3 Formele aspecten

Zoals gezegd is het wat betreft de doeltreffendheid van de nieuwe groepsregeling irrelevant of verliesverrekeningsmogelijkheden worden geboden via winstoverdracht, verliesoverdracht of resultatsaldering. Uitvoeringstechnisch wijst de Staatssecretaris echter op een aantal knelpunten die een nieuw groepsregime met zich mee zal brengen.²⁹⁵ Zo lijkt een verlies pas overdraagbaar indien deze onherroepelijk vaststaat, dus wanneer de zelfstandige aangifte van de overdrager definitief is. Alhoewel wordt gekeken of dit mogelijk ook op een eerder moment kan, lijkt dit planningsmogelijkheden met zich mee te brengen. Artikel 49 Algemene Wet inzake Rijksbelastingen regelt echter dat belastingplichtigen hun gegevens en inlichtingen duidelijk, stellig en zonder voorbehoud dienen te verstrekken, met omkering van de bewijslast tot gevolg.²⁹⁶ Indien een foutieve aangifte wordt ingediend én hierbij tevens sprake is van grove schuld dan wel opzet kan zelfs tegen een bestuurlijke boete worden aangekeken. Het is dan ook niet aannemelijk dat belastingplichtigen hierop in zullen spelen om zo een liquiditeitsvoordeel te behalen met het indienen van een foutieve aangifte.

In tegenstelling tot de systemen van winst- dan wel verliesoverdracht is het uitgangspunt bij een consolidatieregeling dat alle individuele aangiftes van groepsvennootschappen door een aangewezen vennootschap worden gecombineerd tot één groepsaangifte, welke vervolgens de door de groep verschuldigde belasting dient af te dragen. Het correctiemechanisme voor een dergelijk systeem is vele male eenvoudiger dan voor systemen van winst- en verliesoverdracht, aangezien hierbij slechts één voor bezwaar en beroep vatbare beschikking zal worden opgelegd en dus gecorrigeerd dient te worden bij een foutieve vaststelling van de winst of het verlies. Hierbij wordt het uiteindelijke horizontale verliesverrekeningsproces minder langdurig en tevens minder bewerkelijk omdat hierbij het tariefopstapje slechts éénmaal benut kan worden zoals met de huidige FE.

3.3.4 Vermogensoverdracht

Vermogensoverdracht binnen en buiten FE

Eén van de voornaamste bezwaren tegen het afschaffen van het FE-regime is het verdwijnen van een eenvoudige mogelijkheid om vermogensbestanddelen zonder heffing tussen groepsmaatschappijen over te dragen. Alhoewel de juridische fusie- en splitsingsfaciliteiten in de vennootschapsbelasting deze mogelijkheid ook bieden, worden hier civielrechtelijke eisen aan gesteld welke zijn opgenomen in artikel 2:309 BW respectievelijk artikel 2:334a BW. De bedrijfsfusievrijstelling zal in dit kader het best toepasbaar zijn aangezien dit geen civielrechtelijke gevolgen heeft en louter een fiscale regeling

²⁹⁵ Brief van de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit van 15 september 2020, nr. 2020-168588, par. 6.9 en 6.10.

²⁹⁶ Artikel 25 lid 3 AWR.

betreft. Toch lijkt ook deze regeling niet de mogelijkheden te bieden die er binnen de FE wel waren, aangezien een vereiste voor de toepassing van de faciliteit is dat een (zelfstandig deel van een) materiële onderneming tegen uitreiking van eigen aandelen wordt overgedragen, iets wat in vele gevallen niet aan de orde zal zijn.²⁹⁷ Daarnaast meent De Vries dat naast dit vereiste ook de onenigheid tussen belastingplichtigen en de fiscus over de vaststelling van een (zelfstandig deel van een) onderneming een grote rol speelt in de keuze om niet de bedrijfsfusiefaciliteit maar de FE te gebruiken voor reorganisaties.²⁹⁸

Een voordeel van vermogensoverdracht binnen FE is dat dit zowel omhoog (overdracht aan moeder) als omlaag (overdracht aan dochter) kan. De herstructureringsfaciliteiten in de vennootschapsbelasting werken echter beperkter uit, zo lijkt een overdracht omhoog niet mogelijk door het vereiste om eigen aandelen uit te reiken aan de overdrager, casu quo de dochteronderneming.²⁹⁹ Van den Dool constateert een ‘relatief kostbaar en tijdrovend’ alternatief om de afsplitsingsentiteit ‘getrapt’ omhoog uit te voeren door eerst een zijwaartse splitsing te doen om vervolgens de verkrijgende vennootschap omhoog te fuseren.³⁰⁰ Ik meen dat een dergelijke samenstelling van rechtshandelingen niet in lijn ligt met doel en strekking van de beide faciliteiten en betwijfel daarmee of de inspecteur in deze gevallen goedkeuring zal geven aan de fusie.³⁰¹

Hoe dit voorgaande voorbeeld ook uitwerkt, er dient te worden geconstateerd dat een geruisloze vermogensoverdracht naar boven in elk geval aanzienlijk is bemoeilijkt zo niet onmogelijk is gemaakt, dit terwijl van economische realisatie van de stille reserves geen sprake zal zijn aangezien het vermogensbestanddeel het concern niet verlaat. Aan de andere kant leidt een vennootschapsbelastingclaim er mogelijk wel toe dat een bedrijfseconomisch gewenste overdracht uitblijft.³⁰²

Heithuis betoogt dat de alternatieven voor overdracht binnen FE tevens voordeliger uitwerken voor wat betreft de sanctietermijnen. Zo kent de sanctie van artikel 15ai een termijn van 3 kalenderjaren voor situaties waarbij een (zelfstandig deel van een) onderneming wordt overgedragen, waar dit in het gelijke geval bij de fusie- en splitsingsfaciliteiten slechts 3 boekjaren is, wat kan uitwerken in een sanctietermijn van 2 jaar en één dag.³⁰³ Mijns inziens vormt dit verschil geen doorslaggevend argument waarom de fusie- en splitsingsvrijstellingen voordeliger zijn dan de overdracht binnen FE, vooral aangezien binnen FE overdracht van ‘losse’ vermogensbestanddelen mogelijk is met een

²⁹⁷ Heithuis, *WFR* 2015/1348, par. 4.

²⁹⁸ De Vries, *WFR* 2015/1344, par. 5.

²⁹⁹ Het uitgeven van aandelen aan de eigen BV of NV wordt tegengehouden door artikel 2:205 BW respectievelijk artikel 2:95 BW.

³⁰⁰ Van den Dool & Nieuweboer, *WFR* 2019/227, voetnoot 57.

³⁰¹ Op een dergelijke samenstel van rechtshandelingen zou het *fraus legis* leerstuk op van toepassing kunnen zijn. Het gaat dit onderzoek te buiten om dit afdoende te behandelen.

³⁰² Van den Dool & Nieuweboer, *WFR* 2019/227, par. 4.4.

³⁰³ Heithuis, *WFR* 2015/1348, par. 4.

sanctietermijn van zes kalenderjaren³⁰⁴, terwijl een dergelijke overdracht niet wordt gefaciliteerd door een van de andere regelingen. Er dient mijns inziens dus geconcludeerd te worden dat de huidige vermogensoverdrachtmogelijkheden binnen FE gunstiger uitwerken dan de bestaande faciliteiten.

Vermogensoverdracht bij een nieuw groepsregime

In de reacties op de aankondiging van de Staatssecretaris om mogelijk een nieuw groepsregime in te voeren zijn meerdere auteurs en fiscale belangenorganisaties ingegaan op de belangrijkste voordelen die de huidige FE kent, waarbij velen van hen de overdracht van vermogensbestanddelen noemen.³⁰⁵ De geruisloze overdracht van vermogensbestanddelen binnen een groep kan volgens de NOB op grond van EU-recht worden voorbehouden aan binnenlands belastingplichtigen waar dit gerechtvaardigd wordt door de noodzaak een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid te waarborgen.³⁰⁶ Enkele oplossingsrichtingen worden dan ook gegeven ingeval het tot een afschaffing van de huidige FE komt.

Register Belastingadviseurs stelt een systeem voor met een gedeeltelijke consolidatiegedachte welke naar Spaans voorbeeld dient te worden vormgegeven.³⁰⁷ Bij dit regime worden de individuele jaarresultaten van groepsvennootschappen met elkaar gesaldeerd en dienen resultaten uit onderlinge transacties uit deze winstbepaling geëlimineerd te worden, waardoor onderlinge vermogensoverdracht niet tot fiscale winstneming zal leiden. Het voordeel van een dergelijke gedeeltelijke consolidatiegedachte is dat dit het meest in lijn ligt met de consolidatiegedachte van de FE zonder potentiële risico's met betrekking tot het EU-recht.

Het is echter belangrijk om af te vragen of het wel wenselijk is om de overdrachtsfaciliteit op eenzelfde wijze in te richten als voorheen. SRA meent namelijk dat de algemene overdrachtsfaciliteit die het huidige FE-regime momenteel kent op onderdelen te ruimhartig uitwerkt aangezien dit zowel op- als neerwaartse overdracht toestaat ongeacht of daar een zakelijke reden voor is.³⁰⁸ Zodoende meent Kampschoër dan ook dat slechts onzakelijke overdrachten zullen worden geraakt door het ontbreken van een nieuwe interne reorganisatiefaciliteit.³⁰⁹ Voor bedrijfsmiddelen die worden overgedragen in het kader van een bij de aard en omvang van de overdrager en de overnemer passende

³⁰⁴ Artikel 15ai lid 3 onderdeel a Wet Vpb.

³⁰⁵ Zie de *position papers* van Register Belastingadviseurs, VNO-NCW & MKB-Nederland, SRA en het NOB ten behoeve van de startbijeenkomst 'Nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting' op 14 februari 2019.

³⁰⁶ NOB, *position paper* ten behoeve van de startbijeenkomst 'Nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting' op 14 februari 2019.

³⁰⁷ Register Belastingadviseurs, *position paper* ten behoeve van de startbijeenkomst 'Nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting' op 14 februari 2019.

³⁰⁸ SRA, *position paper* ten behoeve van de startbijeenkomst 'Nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting' op 14 februari 2019.

³⁰⁹ Kampschoër, *WFR* 2018/87.

normale bedrijfsuitoefening wordt aan dit zakelijkheids criterium voldaan. Om te voorkomen dat hierover nodeloze discussies worden gevoerd lijkt het mij wenselijk om deze transacties hoe dan ook te elimineren uit de belastinggrondslag van de groep. Voor overige transacties dient te worden bezien of slechts een sanctiebepaling gelijk aan artikel 15ai dient te gelden of eveneens een zakelijkheidstoets zoals voor de fusie- en splitsingsfaciliteiten. Over een zakelijkheidstoets merkt De Vries op dat dit in de praktijk als belemmerend wordt gezien omdat bij interne reorganisaties veelal haast is geboden en dat goedkeuring van de inspecteur vaak te lang duurt.³¹⁰ Aangezien winstoverdracht ook op een eenvoudigere manier kan worden bewerkstelligd dan met de overdracht van vermogensbestanddelen meen ik dat misbruik van een reorganisatiefaciliteit nauwelijks zal voorkomen. Derhalve ben ik het eens met de zienswijze van De Vries.

Het voorstel van SRA lijkt een compleet nieuwe vermogensoverdrachtfaciliteit te betekenen, waar deze is gemodelleerd naar de reorganisatievrijstelling in de overdrachtsbelasting.³¹¹ Hierbij wordt de voorwaarde gesteld dat een overdracht binnen concern is en het bovendien vermogensbestanddelen betreft waarop niet of in meer dan tien jaar wordt afgeschreven. Als extra voorwaarde dient de overnemende vennootschap de (latente) belastingclaim op de stille reserves van het vermogensbestanddeel aan de overdrager te betalen, iets wat Van den Dool ook als mogelijke optie ziet voor de vergoeding voor de winstoverdracht die naar Belgisch voorbeeld gemodelleerd kan worden.³¹² SRA is verder van mening dat de vennootschapsbelasting evenals bij de overdrachtsbelasting alsnog verschuldigd is indien het vermogensbestanddeel binnen drie jaar wordt vervreemd aan een derde of als de overnemer dan wel overdrager binnen drie jaar na overdracht geen onderdeel van het concern meer uitmaakt. Ik betwijfel of hierbij in overweging is genomen dat de overdrachtsbelasting door de vrijstelling wordt afgesteld in tegenstelling tot de vennootschapsbelasting die slechts wordt uitgesteld. Hiermee zorgt een vervreemding buiten het concern dus automatisch voor een afrekeningsmoment. Wellicht dat met deze gelijktrekking is beoogd om de winst op het vermogensbestanddeel toe te rekenen aan de bezitsperiode van de overdrager aangezien een mogelijke doorwerking hiervan invloed kan hebben op andere regelgeving.

Vermogensoverdrachtregeling Verenigd Koninkrijk en Zweden

Naast de *group relief* kent het Verenigd Koninkrijk ook een geruisloze vermogensoverdrachtfaciliteit voor overdrachten tussen binnenlandse groepsvennootschappen. In de zaak *Gallaher Ltd v. HMRC* heeft het *First Tier Tribunal*³¹³ beslist dat deze beperking tot binnenlandse groepsvennootschappen

³¹⁰ De Vries, *WFR* 2015/1344, par. 5.

³¹¹ Artikel 15 lid 1 onderdeel h Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970 jo. artikel 5b Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer 1971.

³¹² Van den Dool & Nieuweboer, *WFR* 2019/235, par. 4.4.

³¹³ Een Britse lagere rechtbank.

mogelijk een belemmering vormt op grond van het vrije verkeer van vestiging. Als reactie hierop heeft de Engelse belastingautoriteit een besluit³¹⁴ uitgegeven waarbij voor grensoverschrijdende vermogensoverdracht uitstel van betaling van vijf jaar wordt geboden overeenkomstig met de jurisprudentie omtrent exitheffingen.³¹⁵ De overdrachtsfaciliteit kent een gelijke antimisbruikregeling als artikel 15ai waarbij belastingheffing alsnog verschuldigd is indien de verkrijgende vennootschap binnen zes jaar na overdracht de fiscale groep verlaat.³¹⁶ Het is overigens de vraag of voor grensoverschrijdende vermogensoverdracht Europeesrechtelijk dezelfde uitstelfaciliteit dient te worden verleend als voor exitheffingen volgend uit arrest *National Grid Indus*. Een dergelijke exitheffing is op grond van het territorialiteitsbeginsel te rechtvaardigen, maar wordt niet proportioneel geacht indien geen uitstel van betaling wordt verleend aangezien zich geen realisatiemoment voordoet bij emigratie. In *X Holding* wordt in rechtsoverweging 74 tot en met 81 de mogelijkheid tot grensoverschrijdende vermogensoverdracht behandeld, waarbij het Hof overweegt dat dit voordeel kan worden voorbehouden aan ingezeten vennootschappen mits de nationale rechter acht dat dit niet verder dan noodzakelijk gaat. Bij het overdragen van vermogensbestanddelen naar een buitenlandse groepsvennootschap is in tegenstelling tot emigratie per definitie sprake van een realisatiemoment, waardoor een dergelijk uitstel niet noodzakelijk lijkt indien Nederland ook een vermogensoverdrachtfaciliteit wil invoeren.³¹⁷

De Zweedse groepsbijdrageregeling kent echter geen specifieke overdrachtfaciliteit maar slechts een regeling gelijk aan de bedrijfsfusiefaciliteit. Het ontbreken van een overdrachtfaciliteit voor individuele vermogensbestanddelen lijkt haaks te staan op de positie van de Zweedse wetgever dat winstoverdracht ook op een eenvoudigere wijze bewerkstelligd kan worden, namelijk door een groepsbijdrage.³¹⁸ Kennelijk is de Zweedse wetgever eenzelfde mening als Heithuis toegedaan en acht hij de bestaande reorganisatievrijstellingen toereikend.

Zoals betoogd sluit de Spaanse faciliteit het best aan op een systeem van resultaatsaldering, waarbij de onderlinge overdracht van vermogensbestanddelen de jaarwinst van groepslichamen blijft raken, maar per saldo niet tot uitdrukking komt in het resultaat van de groep. Indien voor een winst- of verliesoverdrachtsregeling wordt gekozen acht ik dat een reorganisatiefaciliteit het best kan worden vormgegeven zoals momenteel binnen FE geldt met de kanttekening dat dit niet doorwerkt naar de individuele winstbepaling van groepsvennootschappen. De Engelse faciliteit is dan ook een goed alternatief.

³¹⁴ Schedule 3ZC to TMA.

³¹⁵ HvJ EU 8 september 2011, zaak C-371/10 (*National Grid Indus*).

³¹⁶ Sec. 179 of CTA 2010.

³¹⁷ Het na arrest *National Grid Indus* ingevoerde artikel 25a, lid 2, onderdeel d Invorderingswet 1990 regelt eveneens dat bij vervreemding na emigratie direct afgerekend dient te worden.

³¹⁸ C-484/19, r.o. 9 en r.o. 40.

Deelconclusie

Zoals vermeld geven bovengenoemde punten geen volledig beeld van de perikelen omtrent de invoering van een nieuwe groepsregeling, maar tonen deze wel aan dat veel overwegingen van politieke aard zijn, zoals de hoogte van de bezitseis en de toepassing van de liquidatieverliesregeling. Ook zijn er elementen die relatief objectief benaderd kunnen worden, zoals bijvoorbeeld de formele aspecten omtrent de belastingaangifte. Vanuit de wens voor continuïteit kan worden gesteld dat de huidige fusiefaciliteiten niet afdoende werkbaar zijn om een vermogensoverdrachtfaciliteit te vervangen. Zodoende zou een nieuwe groepsfaciliteit ook een vermogensoverdrachtsfaciliteit moeten kennen. Naast deze punten dient te worden geconstateerd dat ook bij de invoering van een nieuw groepssysteem aan de nodige Europese jurisprudentie dient te worden voldaan, zoals de arresten *Mark & Spencers II* en *Papillon*. De Europeesrechtelijke kaders lijken daarmee niet beduidend anders dan bij de huidige FE. Bij elkaar genomen lijkt de vormgeving van de groepsregeling daarmee sterk afhankelijk van politieke keuzes, waardoor de uitwerking ten opzichte van de huidige regeling ambigue lijkt.

3.4 Wetgeving die op groepsniveau toepasbaar dient te blijven

Zoals reeds is betoogd is het vanuit de concernneutraliteitsgedachte wenselijk om regelingen zoveel mogelijk op groepsniveau toe te passen. Bij de invoering van een nieuwe groepsregeling is het dan ook vanuit deze gedachte noodzakelijk om de mogelijkheid te bieden om verschillende regelingen binnen de vennootschapsbelasting op het niveau van de fiscale groep toepasbaar te houden. In paragraaf 3.3 is de mogelijkheid tot de overdracht van resultaten en vermogensbestanddelen binnen de fiscale groep besproken. In hoofdstuk 2 zijn echter diverse andere regelingen besproken welke momenteel op het niveau van de fiscale eenheid toepasbaar zijn. Deze niet limitatieve lijst van regelingen betreft in ieder geval de innovatiebox, de earningsstrippingmaatregel, de investeringsaftrek en de aanwending van de herinvesteringsreserve. Onderstaand zal de haalbaarheid en wenselijkheid van de voortzetting van deze regelingen op groepsniveau worden toegelicht.

Innovatiebox

In paragraaf 2.3.2 zijn de Europeesrechtelijke risico's van de innovatiebox geanalyseerd. Hoewel de huidige toepassing van de innovatiebox op FE-niveau niet volledig in lijn lijkt met het Europese recht, valt te constateren dat een per-elementbenadering strijdig is met de internationale afspraken omtrent BEPS actiepunt 5. Het eenzijdig repareren van de innovatiebox door deze ook grensoverschrijdend toe te passen lijkt dan ook geen politiek verantwoorde keuze. De andere mogelijke reparatie van dit Europeesrechtelijke risico is dan om de innovatiebox slechts op individueel niveau toe te passen. Een

dergelijke wetsuitleg lijkt echter tegen het doel van de innovatiebox om innovatiewerkzaamheden te stimuleren in te gaan. Het niet meer kunnen uitbesteden van innovatiewerkzaamheden aan een maatschappij behorend tot de binnenlandse fiscale groep beperkt innovatieve bedrijven in hun keuzevrijheid van de wijze waarop zij hun bedrijfsstructuur op zakelijke gronden wensen vorm te geven zonder dat hierbij een reële kans op belastingontwijking aanwezig is. De uitsluiting van dergelijke interne werkzaamheden zal mijns inziens leiden tot negatieve impulsen om in Nederland te investeren, aangezien concurrerende landen bij een eenzijdige versobering van de innovatiebox een soortgelijke regeling vermoedelijk wel op groepsniveau toepasbaar houden. Ik meen dan ook dat de wetgever de innovatiebox ook bij de invoering van een nieuw groepsregime op concernniveau toepasbaar dient te houden. Aangezien de OESO met de nexusbreuk benoemd in BEPS actiepunt 5 uitgaat van één belastingplichtige dient de wetgever de fiscale groep voor de toepassing van de innovatiebox als één belastingplichtige aan te merken om in lijn met deze internationale afspraken te blijven.

Earningsstrippingmaatregel

De earningsstrippingmaatregel is een antimisbruikmaatregel die voortkomt uit de Europese afspraken omtrent ATAD 1. In paragraaf 2.3.4 is reeds geconstateerd dat de Europeesrechtelijke risico's van de toepassing van deze regeling op groepsniveau door de richtlijn is beoogd en tevens op grond van het territorialiteitsbeginsel aan binnenlandse groepen kan worden voorbehouden. Dit volgt mijns inziens rechtstreeks uit de eis dat zowel winsten als renten die meetellen voor de renteaftrekbeperking aan de Nederlandse vennootschapsbelasting onderworpen dienen te zijn. Door de groep als belastingplichtige voor de earningsstrippingmaatregel in aanmerking te nemen kan worden vastgesteld of op groepsniveau excessieve renteaftrek wordt genoten. Gezien de grote verwevenheid van vennootschappen die onder een fiscale groepsregeling vallen kan de toepassing op individuele basis ertoe leiden dat een renteaftrek in werking treedt, terwijl op groepsniveau geen sprake is van excessieve financiering met vreemd vermogen. Omdat op groepsniveau van het saldo aan renten wordt uitgegaan vallen de renten en baten van binnenlandse interne leningen tegen elkaar weg en worden deze renten dus niet in aftrek beperkt. Bij de individuele toepassing van de regeling kan dit echter wel tot een aftrekbeperking leiden. Het aansluiten bij het concern zou mijns inziens dan het meeste recht doen aan de neutraliteitsgedachte.

Investeringsaftrek en herinvesteringsreserve

De investeringsfaciliteiten in de inkomstenbelasting zijn, zoals besproken in paragraaf 2.3.5, bedoeld ter stimulering van binnenlandse investeringen in bedrijfsmiddelen. Zodoende kan een onderscheid

tussen binnen- en buitenlands belastingplichtigen worden gerechtvaardigd vanuit het territorialiteitsbeginsel. Bij de invoering van een nieuwe groepsregeling zonder consolidatiegedachte komt de vraag op of dergelijke faciliteiten op het binnenlandse concern als geheel dienen te zien. Ik meen van wel, waar bij vervanging van bedrijfsmiddelen binnen een groep de facto geen sprake is van realisatie zoals eveneens het geval was bij vermogensoverdracht. Door deze faciliteiten op het niveau van de groep toe te passen worden eventuele investeringsdrempels weggenomen, terwijl hierbij geen risico op misbruik ontstaat: het overdragen van resultaten is namelijk al mogelijk binnen een fiscale groepsregeling. Ik meen dan ook dat de wetgever de concernneutraliteitsgedachte hierin moet volgen door deze regelingen op groepsniveau toepasbaar te houden.

3.5 Overgangsrecht

Naast het vormgeven van een nieuwe groepsregeling lijkt het onvermijdelijk dat er in overgangsrecht moet worden voorzien.³¹⁹ De Staatssecretaris constateert dat de invoering van een nieuwe groepsregeling de facto de beëindiging van alle bestaande FE's betekent³²⁰, waardoor mogelijk ongewenst aan bepaalde sanctiebepalingen van het FE-regime kan worden ontsnapt. Ter voorkoming van misbruik en in het kader van de rechtszekerheid van belastingplichtigen dient de transitie tussen FE en de nieuwe groepsregeling én tussen FE en het niet van toepassing zijn van enige groepsregeling zo helder mogelijk te worden geformuleerd. De Staatssecretaris lijkt geen voorschot te willen nemen op het overgangsrecht totdat de keuze voor een nieuwe groepsregeling en de vorm daarvan definitief is. Met de conclusies volgend uit vorige paragrafen kan hier wellicht een voorschot op worden genomen. Hierbij is het voornamelijk van belang dat wordt gekeken naar de eventuele nadelige gevolgen van de afschaffing van de FE met gelijktijdige invoering van een nieuwe groepsregeling vanuit zowel het perspectief van de belastingplichtige (rechtszekerheid) als de overheid (grondslaguitholling en misbruik).

Sanctiebepalingen

Met betrekking tot de bepalingen die normaliter in werking treden ten tijde van de beëindiging van een FE zal overgangsrecht kunnen worden vormgegeven door de bepalingen in werking te laten treden voor zover dit tot grondslaguitholling of misbruik zal leiden. De sanctietermijn van artikel 15ai, lid 3 Wet Vpb zal bijvoorbeeld moeten doorlopen om misbruik in aanloop naar het nieuwe regime te voorkomen. Een verdere uitwerking van de 'misbruik'-kant lijkt inderdaad het best uitvoerbaar indien duidelijk is wat voor een regeling zal worden ingevoerd. Het lijkt mij evident dat het opstellen van

³¹⁹ *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 008, nr. 2, par. 2.2.2.

³²⁰ Brief van de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit van 15 september 2020, nr. 2020-168588, par. 6.9 en 6.12.

overgangsrecht eenvoudiger wordt naarmate meer wordt aangesloten bij de reeds geldende voorwaarden voor de FE, zoals een bezitseis van 95 procent en resultatensaldering/consolidatie.

Indien de consolidatiegedachte, al dan niet gedeeltelijk, door de wetgever wordt losgelaten zullen bepaalde regelingen die voorheen toepasbaar waren op het niveau van de FE slechts op individueel niveau toegepast kunnen worden. Dit is met name bezwaarlijk indien dit gaat over constructies en rechtshandelingen die jaren geleden zijn opgezet of voltrokken, zoals bij de toepassing van de innovatiebox, de investeringsaftrek en de aanwending van de herinvesteringsreserve. Deze regelingen zijn in hoofdstuk 2 reeds geanalyseerd in het kader van de per-elementbenadering en in paragraaf 3.4 geanalyseerd voor wat betreft de wenselijkheid van de voortzetting van deze regelingen op groepsniveau. Indien de wetgever voor de toepassing van deze regelingen van de concerngedachte afstapt, dient hij mijns inziens ten minste hiervoor in overgangsrecht te voorzien. Ik zal de vormgeving van het overgangsrecht voor de innovatiebox, de earningsstrippingmaatregel, de investeringsaftrek en de aanwending van de herinvesteringsreserve toelichten.

Innovatiebox

Indien de wetgever de innovatiebox slechts per belastingplichtige wenst toe te passen, acht ik het in het kader van rechtszekerheid evenredig dat de FE wordt geacht niet te zijn beëindigd voor de toepassing van de innovatiebox voor ten minste een periode van vijf jaar, waarbij deze vijf jaar ook wordt gehanteerd voor de aanmerking als kleinere belastingplichtige.³²¹ Een langere periode acht ik echter nog proportioneler aangezien innovatiewerkzaamheden doorgaans een relatief lange aanloopperiode hebben voordat winsten worden behaald die onder de innovatiebox kunnen worden gebracht. Het is aan de wetgever om hierover een verdere afweging te maken.

Earningsstrippingmaatregel

De earningsstrippingmaatregel ziet zowel op groepsleningen als op externe financiering. De toepassing op groepsniveau heeft als voordeel dat interne leningen de facto niet in het saldo aan renten tot uitdrukking komen en derhalve niet tot een aftrekbeperking zullen leiden. Indien van deze groepsbenadering wordt afgestapt hebben deze interne leningen echter wel invloed op het saldo aan renten van de individuele groepsmaatschappij, wat tot een aftrekbeperking kan leiden. De wetgever dient belastingplichtigen in dit kader afdoende tijd te geven om hun bestaande financieringsstructuur aan te passen zodat aan de antimisbruikmaatregel kan worden ontkomen. De overgangsregel die ten tijde van invoering van de spoedreparatie op artikel 10a Wet Vpb is ingevoerd lijkt hiervoor een goede

³²¹ Artikel 12ba, lid 2 Wet Vpb.

leidraad te vormen, waarbij deze termijn was bedoeld om belastingplichtigen in staat te stellen de groepsschulden binnen de overgangsperiode te laten verdwijnen.³²² De gekozen termijn van één jaar acht ik eveneens in het geval van de earningsstrippingmaatregel recht te doen aan de nadelige consequenties van het loslaten van de consolidatiegedachte.

Investeringsaftrek en herinvesteringsreserve

De afschaffing van de consolidatiegedachte leidt ertoe dat de investeringsaftrek mogelijk niet kan worden verkregen dan wel een desinvestering dient te worden geconstateerd. Ook leidt dit ertoe dat het recht op de aanwending van de herinvesteringsreserve bij een andere groepsmaatschappij komt te vervallen. Zelfs indien de wetgever het niet wenselijk acht dat deze faciliteiten op groepsniveau toepasbaar blijven, dient er mijns inziens in het kader van de rechtszekerheid een overgangsregeling te worden getroffen voor investeringen die zijn gedaan voor de invoering van het nieuwe groepsregime. Voor de herinvesteringsreserve stel ik voor dat deze binnen de groep aanwendbaar blijft voor vervreemdingen die voor de afschaffing van de FE hebben plaatsgevonden. De termijn waarop de reserve aanwendbaar is dient daarbij drie kalenderjaren na afschaffing te zijn. Voor de investeringsaftrek stel ik voor dat deze niet zal worden teruggenomen indien het bedrijfsmiddel dat door een andere groepsmaatschappij wordt gebruikt reeds voor de afschaffing van de FE in gebruik is genomen door diezelfde maatschappij.

Verdere conclusies omtrent het overgangsrecht vereisen een grondige analyse van de voorwaarden van de nieuwe groepsregeling en de gevolgen voor belastingplichtigen die onder het FE-regime vallen. Zodoende sluit ik me aan bij de beslissing van de Staatssecretaris om het overgangsrecht pas in een later stadium uit te werken. Het overgangsrecht, mits correct geïmplementeerd, lijkt niet tot een onoverkomelijke horde te leiden, maar zal wel leiden tot een behoorlijke afzwakking van het eenvoudsargument. Juist bij wetgeving die wordt gewijzigd in het kader van eenvoud en uitvoerbaarheid is de complexiteit van het overgangsrecht één van de doorslaggevende factoren om mee te wegen. Toch lijkt dit een van de elementen die pas na de definitieve keuze zal worden vormgegeven.

Deelconclusie

In de voorgaande paragrafen zijn verschillende aspecten van een alternatieve groepsregeling naar voren gekomen. De rechtsgrondslag voor een groepsregime wordt breed ondersteund in zowel de fiscale vakliteratuur als de politiek, waardoor er weinig twijfel lijkt te bestaan over het invoeren of het in stand houden van enige groepsregeling in de vennootschapsbelasting. Uit zowel eenvouds- als

³²² De Groot & Van Gijlswijk, *WFR* 2018/144, par. 4.1.2.

rechtszekerheidsredenen kan worden gesteld dat een continuering van de voorwaarden van het huidige regime de voorkeur geniet. De keuze tussen een winst- of verliesoverdrachtsysteem lijkt meer om een vormvoorkeur te gaan dan om de fiscale, Europeesrechtelijke en budgettaire gevolgen daarvan. Mijns inziens tonen de uitvoerbaarheid en eenvoud van een nieuwe groepsregeling duidelijk voorkeuren voor een systeem van resultatensaldering, maar werkt dit op onderdelen zoals de toepassing van het tariefopstapje of de verplichte saldering minder gunstig uit voor belastingplichtigen. Aan de andere kant heeft niet enkel de Belastingdienst een voordeel bij eenvoudige wetgeving, maar ook de belastingplichtigen zelf. De administratieve lasten en kosten die daarmee verband houden zullen beduidend lager uitvallen indien wetgeving wordt gesimplificeerd. De uitvoeringslasten in het kader van het overgangsrecht nemen aanzienlijk toe indien er bij meer regelingen van de groepsbenadering wordt afgestapt, zoals te zien is bij de innovatiebox, de earningsstrippingmaatregel en de investeringsfaciliteiten. De wetgever dient dan ook een afweging tussen deze uitvoeringslasten en de Europeesrechtelijke en budgettaire risico's te maken. Hiermee lijkt de keuze tussen beide systemen wellicht wat principiëler van aard en kan worden gesteld dat elke variant voor- en nadelen kent. Mijn voorkeur gaat, zoals betoogd, uit naar een eenvoudiger systeem die tevens minder bewerkelijk is. Indien wordt afgestapt van de FE zou een systeem van resultatensaldering een goed alternatief zijn.

Hoofdstuk 4 Toetsing nieuwe groepsregeling

Inleiding

Zoals de Staatssecretaris heeft aangegeven dient een nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting recht te doen aan de wensen van het bedrijfsleven alsmede de huidige knelpunten van het FE-regime weg te nemen. In dit kader heeft de Staatssecretaris concreet drie punten genoemd waaraan een dergelijke regeling dient te voldoen,³²³ waarbij VNO-NCW en MKB-Nederland met vier additionele punten mijns inziens een duidelijke invulling geven aan de vereisten voor een bijdrage aan een goed fiscaal ondernemersklimaat.³²⁴ Waar bepaalde van deze punten met elkaar conflicteren zal een middenweg moeten worden gevonden bij het vormgeven van een nieuwe groepsregeling. Het toetsingskader voor een nieuw groepsregime laat zich, naast de algemene eisen voor goede wetgeving³²⁵, het best omvatten in de volgende drie criteria:

1. Europeesrechtelijke houdbaarheid;
2. Eenvoud en uitvoerbaarheid; en
3. Bijdrage aan het ondernemingsklimaat.

In dit hoofdstuk zullen derhalve de voorgaande conclusies binnen dit kader worden getoetst om tot een afweging te komen of een alternatieve groepsregeling een beter passende regeling is binnen de vennootschapsbelasting dan de FE. De deelvraag die in dit hoofdstuk centraal staat is als volgt:

Vormt een alternatieve groepsregeling een verbetering ten opzichte van het huidige fiscale eenheidsregime met spoedreparatiemaatregelen met betrekking tot het EU-recht, de eenvoud en uitvoerbaarheid alsmede de gevolgen voor het ondernemingsklimaat?

In de onderstaande drie paragrafen zullen al deze criteria worden behandeld. Afgaand op de conclusies uit hoofdstuk 3 zal het resultaatsalderingssysteem met eliminering van onderlinge transacties als uitgangspunt worden genomen. De conclusies met betrekking tot de Europeesrechtelijke houdbaarheid volgen uit hoofdstuk 1 en 2.

4.1 Europeesrechtelijke houdbaarheid

Zoals in hoofdstuk 2 is aangegeven acht de Staatssecretaris de strijdigheid van de FE met het Europese recht als één van de voornaamste bezwaren tegen de continuering hiervan.³²⁶ Door de spoedreparatie

³²³ Brief van de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit van 15 september 2020, nr. 2020-168588, par. 3.

³²⁴ VNO-NCW en MKB-Nederland, position paper ten behoeve van de startbijeenkomst ‘Nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting’ op 14 februari 2019.

³²⁵ *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 008, nr. 2.

³²⁶ Brief van de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit van 15 september 2020, nr. 2020-168588, par. 3.

lijken de meeste Europeesrechtelijke kwetsbaarheden te zijn weggenomen, maar tegelijkertijd lijkt de regeling aanzienlijk complexer te zijn geworden.

De twee belangrijkste voordelen die de FE biedt kunnen op basis van de voorgaande conclusies op grond van het territorialiteitsbeginsel aan ingezetenen worden voorbehouden, te weten de overdracht dan wel consolidatie van resultaten³²⁷ en de geruisloze overdracht van vermogensbestanddelen.³²⁸ Het Europese recht stelt echter wel beperkingen aan de mate waarin deze faciliteiten kunnen doorwerken naar andere regelingen die niet aan ingezetenen kunnen worden voorbehouden. In eerste instantie lijkt dit een complexe toetsing aangezien het huidige FE-regime op verschillende plaatsen in de wet is verweven. Toch blijkt uit hoofdstuk 2 dat dit alleszins meevalt. Waar slechts de innovatiebox na de spoedreparatiewetgeving een per-elementrisico lijkt te lopen, valt voor de andere regelingen juist te constateren dat de voordelige behandeling van FE's niet belemmerend uitwerkt.

Een nieuwe groepsregeling lijkt dan niet per se nodig vanuit het Europeesrechtelijke perspectief. Wel meen ik dat bij de vormgeving van een dergelijke regeling beter nagedacht kan worden over de per-elementbenadering: iets wat ten tijde van invoering van het FE-regime uiteraard nooit voor mogelijk is gehouden. Een voordeel kan bijvoorbeeld worden behaald door de groepsregeling slechts die elementen te laten bevatten die evident niet belemmerend uitwerken, bijvoorbeeld de resultaat- en vermogensoverdracht, maar ook de aanwending van de HIR binnen de groep lijkt hier onder te vallen.³²⁹ Door de groepsregeling naar het Spaanse voorbeeld vorm te geven, waarbij resultaten extracomptabel met elkaar in één groepsaangifte worden gesaldeerd en onderlinge transacties worden geëlimineerd, zal de overdracht van resultaten geen invloed hebben op andere regelingen die aan de hand van individuele resultaten van groepsvennootschappen worden toegepast. Zodoende lijkt een dergelijke groepsregeling Europeesrechtelijk houdbaar.

Met betrekking tot overige elementen is het zaak om in acht te nemen of het in de eerste plaats wenselijk is om deze op groepsniveau toe te passen, waarna kan worden gekeken naar de Europeesrechtelijke houdbaarheid hiervan en de eventuele budgettaire risico's. Zoals in paragraaf 3.4 is vastgesteld lijkt een toepassing van de overige regelingen op groepsniveau in de meeste gevallen recht doen aan de concernneutraliteitsgedachte. Het is dan ook zeer onwenselijk om een groepsregeling met slechts twee voordelige elementen in te voeren zonder naar de overige FE-voordelen te kijken. Door de spoedreparatie FE tot de in artikel 15 lid 16 Wet Vpb benoemde regelingen te beperken heeft de Staatssecretaris mijns inziens reeds een afweging gemaakt tussen het risico op het toekennen van de per-elementvoordelen en de negatieve gevolgen van het eenzijdig beperken van de binnenlandse voordelen. De regelingen die de Staatssecretaris juist niet heeft opgenomen in de spoedreparatie zullen dan of een beperkt per-elementrisico lopen of beperkte

³²⁷ *X Holding* r.o. 24.

³²⁸ Zie analyse met betrekking tot de vermogensoverdracht in paragraaf 3.3.4.

³²⁹ Zie paragraaf 2.3.5.

budgettaire consequenties met zich meebrengen. Mij lijkt dan ook dat voor deze regelingen moet worden gekeken of deze op groepsniveau toepasbaar kunnen blijven, zoals bijvoorbeeld de aanwending van de HIR binnen de groep alsmede het toepassen van de aftrekbare 15b-rente op groepsniveau. Indien hiervoor wordt gekozen bij het nieuwe groepsregime zullen groepsmaatschappijen initieel op individuele basis worden belast en zal dit in bepaalde uitzonderingen op groepsniveau plaatsvinden. Dit is in tegenstelling tot het huidige systeem, waar de basis groepsconsolidatie is en voor bepaalde regelingen van de concerngedachte wordt afgestapt. Het is echter de vraag of de wetgever een dergelijke vormgeving van een nieuwe groepsregeling aandurft in het onzekere speelveld van de per-elementjurisprudentie van het HvJ.

4.2 Eenvoud en uitvoerbaarheid

Door de spoedreparatiewetgeving is de huidige FE tamelijk complex geworden in de uitwerking. Een nuancering kan worden gevonden in het feit dat een aantal elementen voorheen ook al niet geconsolideerd beschouwd dienden te worden, zoals bij de verrekening van voorvoegingsverliezen, de kwijtscheldingswinstvrijstelling en Sarakreek-structuren.³³⁰ Of met de huidige spoedreparatie een kantelpunt is bereikt wat betreft de complexiteit van de regeling lijkt de afweging te zijn.

De uitvoeringstoetsen die de Belastingdienst heeft uitgevoerd tonen dat de additionele (structurele) uitvoeringslast van de spoedreparatiewetgeving voornamelijk is gelegen in artikel 10a en het reeds afgeschafte artikel 13l Wet Vpb.³³¹ De gezamenlijke uitvoeringslast van artikel 13 lid 9 en verder en 20a Wet Vpb wordt jaarlijks gesteld op slechts 4 fulltime werknemers ofwel 400.000 euro. In verhouding leidt enkel de toepassing van artikel 10a op FE-niveau tot een structurele last van 15 fulltime werknemers ofwel 1,5 miljoen euro. Deze uitvoeringslast kan echter voor een aanzienlijk gedeelte worden gereduceerd indien interne leningen niet meer onder het bereik van de spoedreparatie vallen, zoals betoogd in paragraaf 2.2.1. Het FE-regime lijkt ook met de spoedreparatie op interne leningen nog uitvoerbaar, waardoor ik het handhaven van de regeling niet problematisch acht. De vraag resteert nu of de regeling nog uitvoerbaar is voor de praktijk.

Nederland kent in totaal 100.000 FE's met circa 200.000 gevoegde dochters, waarvan een aanzienlijk deel (circa 87 procent) zich tot het MKB rekent.³³² Van de Streek merkt daarbij op dat dit vermoedelijk veelal structuren zijn waarbij één holdingvennootschap met één werkmaatschappij in een FE is gevoegd, aangezien juist het MKB lijkt te profiteren van het meermaals kunnen toepassen van het tariefopstapje in de vennootschapsbelasting.³³³ De regelingen welke zijn opgenomen in de

³³⁰ Elsweier, *TFO* 2019/164.1, par. 4.2.

³³¹ Belastingdienst, 'Uitvoeringstoets spoedreparatie fiscale eenheid'.

³³² *Kamerstukken II*, 2018-2019, 34 959, nr. 7, blz. 3.

³³³ Van de Streek, position paper ten behoeve van de startbijeenkomst 'Nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting' op 14 februari 2019, par. 1.

spoedreparatie treffen deze groep dan ook in mindere mate, aangezien het misbruik zoals opgenomen in de spoedreparatie in puur nationale verhoudingen doorgaans niet zal voorkomen. Elsweier meent dan ook dat de groep die het meest wordt getroffen het grootbedrijf is, welke tevens veel beter in staat is om met de toegenomen complexiteitslast om te gaan.³³⁴ Zodoende lijkt de spoedreparatie niet tot onoverkomelijke problemen voor de praktijk te leiden.

Bouwman komt daarnaast tot de conclusie dat een verliesoverdrachtsysteem niet persé eenvoudiger uit zal werken dan het huidige FE-regime.³³⁵ Elsweier bevestigt dit na het lezen van een onderzoek van Offermans³³⁶ over de voorwaarden, fiscale gevolgen en verenigbaarheid met het EU-recht van buitenlandse groepsregelingen.³³⁷ De in paragraaf 3.2 besproken groepsregelingen lijken deze zienswijze te bevestigen. Ook meent Elsweier dat het uitvoeringstechnisch lastig lijkt om 200.000 extra aangiftes te verwerken.³³⁸ Van den Dool en Nieuweboer nuanceren deze gedachte echter: de individuele aangiftes bij een nieuwe groepsregeling worden eenvoudiger dan de FE-aangifte en het niet meer hoeven toepassen van de complexe antimisbruikbepalingen van het FE-regime levert extra capaciteit bij de belastingdienst op.³³⁹ Ik vraag me echter af of een nieuw groepsregime deze uitvoeringslast volledig zal wegnemen. Aangezien sprake is van een minder vergaande faciliteit meen ik dat de misbruikmogelijkheden over het algemeen zullen afnemen ten opzichte van het FE-regime, maar zeker niet volledig. Zodoende levert dit ook winst in de uitvoeringslast op.

Alhoewel een nieuwe regeling dus vermoedelijk enige winst oplevert wat betreft de structurele uitvoeringslast, meen ik dat het overgangsrecht een aanzienlijke incidentele last tot gevolg zal hebben. Zoals in paragraaf 3.4 en 3.5 is besproken ligt de mate waarin het overgangsrecht van invloed is op de uitvoeringslast grotendeels aan de al dan niet gedeeltelijke continuering van de consolidatiegedachte. Indien hier volledig van wordt afgestapt, is het dan ook de vraag of de Belastingdienst de capaciteit heeft voor zowel de uitvoering van de nieuwe groepsregeling als het overgangsrecht. Nieuwe wetgeving leidt tevens in veel gevallen tot onduidelijkheid over de toepassing van bepaalde onderdelen bij zowel belastingplichtigen als de uitvoerder, waardoor eveneens rekening moet worden gehouden met tijdrovende en langdurige procedures.

Uit het voorgaande concludeer ik dat momenteel ten onrechte het beeld wordt geschetst dat een alternatieve groepsregeling zowel eenvoudiger als uitvoerbaarder is dan het huidige FE-regime. Deze twee aspecten kunnen namelijk pas worden afgewogen als het volledige wetgevingsproces is doorlopen en daarmee alle facetten van de nieuwe groepsregeling bekend zijn. Elsweier merkt in dit kader dan ook op dat een salderingsregeling er op hoofdlijnen wellicht eenvoudiger en

³³⁴ Elsweier, *TFO* 2019/164.1.

³³⁵ J.N. Bouwman, *NFR* 2016/2092, par. 3.

³³⁶ R. Offermans, *TFO* 2016/146.2.

³³⁷ Elsweier, *TFO* 2019/164.1, par. 4.4.

³³⁸ Elsweier, *TFO* 2019/164.1, par. 4.2.

³³⁹ Van den Dool & Nieuweboer, *WFR* 2019/227, par. 4.1.

uitvoeringstechnisch beter uitziet, maar dat de ingewikkeldheid pas fors toeneemt indien deze in detail wordt uitgewerkt.³⁴⁰ Zowel de eenvoud als de uitvoerbaarheid lijken daarmee op dit moment geen voorkeur te geven voor het behoud van de huidige FE of de invoering van een nieuwe groepsregeling.

4.3 Ondernemingsklimaat

Uit de Nota Zicht op Wetgeving volgt dat wetgeving zowel doeltreffend (effectief) als doelmatig (efficiënt) dient te zijn.³⁴¹ Deze twee vereisten zorgen ervoor dat de wetgeving haar doel bereikt zonder de nodeloze inefficiëntie. De Staatssecretaris heeft in dit kader aangegeven dat een nieuwe groepsregeling dient bij te dragen aan een goed ondernemingsklimaat, iets wat de FE als voorganger van de nieuwe regeling namelijk ook al bewerkstelligde.³⁴²

Indien van de consolidatiegedachte van de FE wordt afgestapt, lijkt een verslechtering van het ondernemingsklimaat voor de hand te liggen nu de groepsfaciliteit minder ruim zal worden vormgegeven. Indien gekozen wordt voor een resultaatoverdrachtsysteem inclusief vermogensoverdrachtfaciliteit, blijven de twee meest gunstige elementen van de FE behouden en zal het ondernemingsklimaat volgens Elswelier slechts in beperkte mate verslechteren.³⁴³ Nadelige fiscale gevolgen kunnen echter niet alleen in deze twee elementen worden gevonden, maar ook in de regelingen die na de invoering van de nieuwe regeling niet meer op groepsniveau kunnen worden toegepast, zoals de investeringsaftrek, de earningsstrippingmaatregel, de herinvesteringsreserve en de innovatiebox. Deze niet limitatieve lijst van nadelige gevolgen van de invoering van een nieuwe groepsregeling zonder consolidatiegedachte dient mijns inziens goed bekeken en aangevuld te worden vanuit het wens om vervanging van de FE vrijwel neutraal te maken met betrekking tot het ondernemingsklimaat. Een eventuele budgettaire winst bij invoering van een nieuwe groepsregeling zou daarbij bijvoorbeeld kunnen worden ingezet om het ondernemingsklimaat verder te verbeteren door bijvoorbeeld een tariefsverlaging, verbreding van de innovatiebox of een verruiming van de investeringsaftrek.

Het ondernemingsklimaat wordt naast de fiscaliteit ook in grote mate bepaald door andere welvaartsfactoren zoals infrastructuur, opleidingsniveau en politieke stabiliteit. De invloed van het ondernemingsklimaat op de investerings- en vestigingsbeslissingen van buitenlandse ondernemingen wordt geduid als het vestigingsklimaat. Als kleine open economie kent Nederland over het algemeen een gunstig vestigingsklimaat, waarbij VNO-NCW en MKB Nederland een kanttekening plaatsen dat dit in het verleden niet enkel voor reële economische aanwezigheid zorgde maar ook in grote mate de

³⁴⁰ Elswelier, *TFO* 2019/164.1, par. 4.2.

³⁴¹ *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nr. 1-2, par. 2.2.3.

³⁴² Brief van de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit van 15 september 2020, nr. 2020-168588, par. 3.

³⁴³ Elswelier, *TFO* 2019/164.1, par. 4.2.

doorstroom van kapitaal bewerkstelligde.³⁴⁴ VNO-NCW en MKB Nederland komen in hun manifest tot de conclusie dat het Nederlandse vestigings- en ondernemingsklimaat momenteel onder druk staat door meerdere factoren, waaronder de woningnood, de achterlopende innovatiecijfers, het onderwijsniveau én de politieke instabiliteit.³⁴⁵ Vanuit fiscaal oogpunt is vooral het laatste punt relevant: belastingplichtigen dienen te weten waar ze de komende jaren aan toe zullen zijn om een weloverwogen investeringsbeslissing te kunnen nemen. Het fiscale ‘zigzagbeleid’ dat de afgelopen jaren is gevolgd, waarbij bijvoorbeeld het innovatieboxtarief tweemaal is verhoogd, de 30-procentsregeling is ingekort en de verliesverrekening is ingeperkt, draagt hier volgens VNO-NCW en MKB-Nederland dan ook niet aan bij.³⁴⁶ De oplossing lijkt dan ook niet te vinden in ingewikkelde fiscale wet- en regelgeving, maar in een versimpeling van de wet en een voorspelbare positie van de overheid wat betreft het fiscale beleid.

De wens van de Staatssecretaris om met de nieuwe wetgeving een eenvoudiger stelsel in te voeren sluit aan bij bovengenoemde redentie. De vraag is echter of met de invoering van het nieuwe systeem wel de gewenste eenvoud wordt bewerkstelligd. Zoals in paragraaf 4.2 is benadrukt lijkt deze eenvoud niet noodzakelijkerwijs uit het gekozen systeem te volgen. Daarnaast is de FE-regeling al sinds jaar en dag in ons fiscale stelsel verankert, waardoor de belastingplichtigen van zowel de voor- als de nadelen goed op de hoogte zijn en de regeling daarmee een stabiel element van het fiscale beleid vormt. Door de wetssystematiek van een eventuele nieuwe groepsregeling in grote mate in lijn te brengen met de huidige FE kan de wetgever een zekere mate van rechtszekerheid bewerkstelligen. Een continuering van de voorwaarden zou zo bijvoorbeeld ertoe kunnen leiden dat FE-jurisprudentie van toepassing blijft en belastingplichtigen zich hier op kunnen beroepen. Echter, des te meer er wordt aangesloten op de huidige FE, des te meer men zich kan afvragen of een nieuwe groepsregeling wel wenselijk is.

Hoewel in hoofdstuk 2 is geconstateerd dat boven de huidige FE enige onzekerheid hangt, lijkt de invoering van een alternatieve groepsregeling op korte termijn tot grotere onzekerheid te leiden. Een wetswijziging zou immers betekenen dat belastingplichtigen weer bekend dienen te worden met de nieuwe regelgeving, wat doorgaans enige tijd duurt bij ingrijpende veranderingen.³⁴⁷ Hiermee zullen op de korte termijn de investeringen van ondernemers afnemen zodat zij de gevolgen van het nieuwe groepsregime beter kunnen inschatten. Op de lange termijn lijken investeringen niet in belangrijke mate af te nemen mits de regeling budgettair-neutraal wordt ingevoerd. Indien de nieuwe groepsregeling niet meer is voorzien van de per-elementrisico’s die nu gelden lijkt dit wel een positieve bijdrage aan het ondernemingsklimaat op te leveren ten opzichte van het huidige systeem. Dit is echter ook op andere manieren op te lossen dan de invoering van een nieuw groepsregime, zoals

³⁴⁴ VNO-NCW & MKB-Nederland, manifest vestigingsklimaat, 14 oktober 2021, Bijlage 1 par. 6.

³⁴⁵ VNO-NCW & MKB-Nederland, manifest vestigingsklimaat, 14 oktober 2021, punt 6.

³⁴⁶ VNO-NCW & MKB-Nederland, manifest vestigingsklimaat, 14 oktober 2021, punt 6.

³⁴⁷ Elswelier, *TFO* par. 4.2.

door gedegen onderzoek naar de per-elementrisico's en daarmee aan te geven dat een eventuele opname in artikel 13 lid 16 Wet Vpb geen terugwerkende kracht zal kennen. Daarnaast lijkt de marginale verbetering die de invoering van een nieuw systeem teweeg zal brengen niet op te wegen tegen de eenmalige verslechtering van het ondernemingsklimaat. Concluderend lijkt een wijziging van het groepsregime niet op een efficiënte wijze neutraal door te voeren ten opzichte van het ondernemingsklimaat.

Deelconclusie

Wanneer naar de vervanging van het huidige FE-regime wordt gekeken, lijkt een systeem van resultatsaldering op onderdelen verbeteringen te bieden. Binnen het geschetste kader lijken deze verschillen echter kleiner dan dat de Staatssecretaris aanvankelijk voor ogen had. Europeesrechtelijk lijkt in de eerste plaats weinig verschil tussen de manieren van resultaatoverdracht, waaronder ook het consolidatiesysteem van de FE. Daarnaast lijken de budgettaire risico's van per-elementaanspraken beperkt, wat de wetgever eveneens heeft geconstateerd door de spoedreparatie FE tot een aantal regelingen te beperken.

Wat betreft de eenvoud alsmede de uitvoerbaarheid van de verschillende regelingen lijkt een beperkte voorkeur te bestaan voor een systeem van resultatsaldering, mits deze wel op een correcte wijze wordt vormgegeven. Hierbij kan worden gedacht aan een continuering van onderdelen van het huidige FE-regime, zodat ook gewezen jurisprudentie relevant blijft. Dit zal dan ook de rechtszekerheid verbeteren en de uitvoeringslast verminderen. Toch lijkt de huidige regeling de voor de praktijk meest gewenste optie, mede gezien de ervaring met de regeling en de jurisprudentie op dit vlak. Ook met spoedreparatiemaatregelen lijkt de FE voor het overgrote deel van de belastingplichtigen niet tot onoverkomelijke complexiteit en administratieve lasten te leiden.

Daarbovenop komt dat een ingrijpende wetswijziging zoals de aanpassing van een groepsregime een negatieve invloed op investeringsbeslissingen zal hebben, waar bedrijvigheid doorgaans wordt afgeremd door instabiel overheidsbeleid. Dit nadelige effect zal dan eventueel kunnen worden opgevangen door verruiming op andere vlakken in de belastingwet. Deze compensatie zal vermoedelijk wel tot de nodige inefficiënties leiden en daarmee een tijdelijke budgettaire derving opleveren. Alhoewel dit ongewenst is lijkt een dergelijk keuze wel verdedigbaar.

Op basis van het voorgaande meen ik dat er geen doorslaggevende argumenten zijn te geven waarom een nieuwe groepsregeling aanzienlijk beter is dan de FE. De wens om Europeesrechtelijk aan alle regels te voldoen is een begrijpelijke, maar leidt er anderszins toe dat een langdurig proces moet worden gestart om te voorkomen dat verdere spoedreparatie nodig is. Waar bepaalde fiscale auteurs relatief vlug bereid zijn om de handdoek in de ring te gooien, heeft het bedrijfsleven een duidelijke

voorkeur uitgesproken voor het behoud van de FE. Ik meen dat de continue drang tot aanpassing zorgelijk is. Door de stellingname dat aan de FE als ‘uniek onderdeel van ons belastingstelsel’ een einde dient te komen, lijkt de wetgever vanaf de conclusie van A-G Campos Sánchez-Bordana bij arrest *X BV* de hoop op te hebben gegeven om de regeling te behouden, dat terwijl de alternatieven die voor handen zijn niet als een aanzienlijke verbetering zijn aan te merken.

Conclusie, discussie en aanbevelingen

Conclusie

Met dit onderzoek is beoogd om tot een antwoord op de volgende vraag te komen:

‘Is de vervanging van het fiscale eenheidsregime door een alternatieve groepsregeling een proportionele reactie op de per-elementbenadering?’

Hiervoor is een literatuuronderzoek uitgevoerd naar de fiscale eenheid en de alternatieve groepsregelingen in het kader van het Europese recht.

Uit de beschikbare jurisprudentie van het Hof van Justitie is af te leiden dat het Europese recht geen voorkeur geeft voor het type systeem dat verliesverrekening tussen groepsmaatschappijen bewerkstelligt. Wel toont het Europese recht dat de mate van doorwerking van een groepsregeling naar andere regelingen een mogelijke belemmering kan vormen indien dit niet gerechtvaardigd kan worden door een dwingende reden van algemeen belang. Deze doorwerking naar andere regelingen kan echter bij zowel de huidige fiscale eenheid als bij een alternatief conform Europees recht voorkomen en toont derhalve eveneens geen voorkeuren voor het type groepsregeling.

Uit het vergelijkingskader met de omschreven groepsregelingen van andere lidstaten is gebleken dat de fiscale eenheidsregeling met spoedreparatiemaatregelen niet in overwegende mate complexer is dan deze alternatieven. Daarnaast is aangetoond dat de uitvoeringslast niet noemenswaardig zal verminderen bij de invoering van een nieuw systeem, behoudens de doelmatigheid van de spoedreparatie op de in dit onderzoek benoemde onderdelen wordt bijgesteld.

De fiscale eenheidsregeling biedt belastingplichtigen vele voordelen naast de consolidatie van resultaten en het geruisloos overdragen van verliezen. De vervanging van deze regeling zonder compensatie voor de overige voordelen van de fiscale eenheid levert dan ook een verslechtering van het ondernemingsklimaat op. Indien de voordelige elementen wel worden gecompenseerd, zal het ondernemingsklimaat slechts op korte termijn verslechteren wegens de nadelige gedragseffecten als gevolg van instabiel beleid.

Uit dit onderzoek blijkt dat de vervanging van de fiscale eenheid door een alternatieve groepsregeling niet proportioneel is, waar zowel het Europees recht, de eenvoud en uitvoerbaarheid alsmede het ondernemingsklimaat hiertoe geen aanleiding geven.

Discussie en aanbevelingen

In dit onderzoek zijn verschillende elementen van de fiscale eenheid aan het Europese recht getoetst, waarmee een duidelijk beeld is geschetst van de eventuele risico's van de consolidatiegedachte met betrekking tot deze regelingen. De uiteenzetting van de per-elementrisico's is beslist niet eenvoudig vanwege de onvoorspelbaarheid van het Hof van Justitie, waardoor het lastig is om hierop vooruit te lopen. Toch lijken de conclusies voldoende betrouwbaar om beleidskeuzes hierop te baseren.

De buitenlandse groepsregelingen die in dit onderzoek zijn aangehaald zijn nagenoeg even complex als de fiscale eenheidsregeling. De behandeling hiervan is gezien de omvang van dit onderzoek dan ook vrij gelimiteerd om een volledig beeld te kunnen schetsen. Alhoewel de vormgeving van deze groepsregelingen op Europeesrechtelijk niveau gelijk dient te zijn aan een eventuele groepsregeling in Nederland, is de vergelijkbaarheid van een buitenlands groepsregime met een Nederlands groepsregime niet volledig zuiver aangezien de vennootschapsbelasting niet in grote mate overeen zal komen met de andere buitenlandse systemen. De eventuele inpasbaarheid van buitenlandse groepsregelingen dient dan ook in een eventueel vervolgonderzoek in het bredere perspectief van de vennootschapsbelastingssystemen te worden geplaatst.

Afsluitend beveel ik aan om te kijken naar de impact van de invoering van een nieuwe groepsregeling op het ondernemingsklimaat indien de wetgever ervoor kiest om af te stappen van de fiscale eenheid. Hierbij kan worden gedacht aan de impact van het afstappen van de consolidatiegedachte voor bepaalde regelingen wat vervolgens afzonderlijk tegen de Europeesrechtelijke en budgettaire risico's hiervan kan worden afgewogen.

Literatuurlijst

Jurisprudentie

Hof van Justitie

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

HvJ EG 28 januari 1992, zaak C-204/90, ECLI:EU:C:1992:35 (*Bachmann*).

HvJ EG 28 januari 1992, zaak C-300/90, ECLI:EU:C:1992:37 (*Commissie/België*).

HvJ EG 16 juli 1998, zaak C-264/96, ECLI:EU:C:1998:370 (*ICI*).

HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-254/97, ECLI:EU:C:1999:368 (*Société Baxter*).

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

HvJ EG 10 maart 2005, zaak C-39/04, ECLI:EU:C:2005:161 (*Laboratoires Fournier*).

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

HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 (*Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas*).

HvJ EG 13 maart 2007, zaak C-524/04, ECLI:EU:C:2007:161 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*).

HvJ EG 10 mei 2007, zaak C-492/04, ECLI:EU:C:2007:273 (*Lasertec*).

HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-231/05, ECLI:EU:C:2007:439 (*Oy AA*).

HvJ EU 6 december 2007, zaak C-298/05, ECLI:EU:C:2007:754 (*Columbus Container Services*).

HvJ EG 23 oktober 2008, zaak C-157/07, ECLI:EU:C:2008:588 (*KR Wannsee*).

HvJ EG 27 november 2008, zaak C-418/07, ECLI:EU:C:2008:659 (*Papillon*).

HvJ EU 25 februari 2010, zaak C-337/08, ECLI:EU:C:2010:89 (*X Holding BV*).

HvJ EU 8 september 2011, zaak C-371/10, ECLI:EU:C:2011:563 (*National Grid Indus*).

HvJ EU 21 februari 2013, zaak C-123/11, ECLI:EU:C:2013:84 (*A Oy*).

HvJ EU 4 juli 2013, zaak C-350/11, ECLI:EU:C:2013:447 (*Argenta Spaarbank D*).

HvJ EU 10 juni 2015, zaak C-686/13, ECLI:EU:C:2015:375 (*X AB*).

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

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

HvJ EU 22 februari 2018, zaak C-398/16 en C-399/16 9, ECLI:EU:C:2018:110 (*X BV en X NV*).

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

HvJ EU 26 februari 2019, zaken C-115/16 en C-116/16, ECLI:EU:C:2019:134 (*Deense zaken*).

HvJ EU 26 februari 2019, zaak C-135/17, ECLI:EU:C:2019:136 (*X*).

HvJ EU 19 juni 2019, zaak C-608/17, ECLI:EU:C:2019:511 (*Holmen AB*).

HvJ EU 20 januari 2021, zaak C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (*Lexel AB*).

Nationale jurisprudentie

HR 14 november 1992, nr. 28 064, ECLI:NL:HR:1992:ZC5122, BNB 1992/392.

HR 9 oktober 2010, nr. 8/03498, ECLI:NL:PHR:2010:BJ9665, BNB 2010/308.

HR 25 november 2011, nr. 08/05323, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, BNB 2012/37.

HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, ECLI:NL:HR:2021:1152, BNB 2021/137 (*Hunkemöller*).Gerechtshof
Den Haag 2 september 2021, BK-19/00759.

Vakliteratuur

Tijdschriften

Bagci, Ruige & Vermeulen, WFR 2018/153

R. Bagci, P. Ruige & H. Vermeulen, ‘De earnings-strippingbepaling en de perelementbenadering. Een Europeesrechtelijk analyse; noodzaak of anathema voor de interne markt?’, *WFR* 2018/153.

Bijleveld, WFR 2019/9

M.C.A. Bijleveld, ‘De CCCTB – een Europees voorstel met vergaande gevolgen voor Nederland’, *WFR* 2019/9.

Bouwman, NTFR 2016/2092

J.N. Bouwman, 'Van fiscale eenheid naar verliesoverdracht; het blijft gewoon complex?!', *NTFR* 2016/2092.

Burgt, van der & Ruijschop, TFO 2019/164.2

G.C. van der Burgt & M.H.C. Ruijschop, 'Spoedreparatie fiscale eenheid: de slotbalans', *TFO* 2019/164.2.

Dool, van den & Nieuweboer, WFR 2019/227 & 2019/235

R.P. van den Dool & M. Nieuweboer, 'Een territoriale groepsregeling', *WFR* 2019/227 en *WFR* 2019/235.

Eijk, van, WFR 2018/88

G.I. van Eijk, 'De spoedreparatiemaatregelen in de vpb: over 10a Wet vpb en "interne leningen"', *WFR* 2018/88.

Elsweier, TFO 2019/164.1

F.J. Elsweier, 'Een toekomstbestendige concernregeling voor de vennootschapsbelasting', *TFO* 2019/164.1.

Groot, de & Gijlswijk, van, WFR 2018/144

I.M. de Groot en M.J.A.M. van Gijlswijk, 'De renteaftrekbepkeringen in spoedreparatieperspectief', *WFR* 2018/144.

Heithuis, FED 2018/44

E.J.W. Heithuis, 'De per-elementbenadering in de fiscale eenheid en de spoedreparatie', *FED* 2018/44.

Heithuis, WFR 2015/1348

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

Heithuis, WFR 2019/189

E.J.W. Heithuis, '50 jaar vpb – Uitgangspunten voor een nieuwe groepsregeling', *WFR* 2019/189.

Kampschoër, WFR 2018/87

G.W.J.M. Kampschoër, 'Een ander geluid; geen “old school”-fiscale eenheid meer', *WFR* 2018/87.

Kavelaars, WFR 2008/1184

P. Kavelaars, 'Naar een Europese winstgrondslag (deel 1)', *WFR* 2008/1184.

Kok & Vries, de, WFR 2018/37

Q.W.J.C.H. Kok & R.J. de Vries, 'Blauwdruk voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2018/37.

Kok, WFR 2020/158

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

Kooiman & Ruijschop, WFR 2018/34

W.R. Kooiman en M.H.C. Ruijschop, 'De beleggingsdeelneming na spoedreparatie: science fiction', *WFR* 2018/34.

Marres, NTFR 2019/3022

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

Mierlo, van & Zeijden, van der, MBB 2019/8

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

Nijkeuter & Brilman, *WFR* 2021/29

E. Nijkeuter & L. Brilman, 'De BIK-regeling Europeesrechtelijk getoetst', *WFR* 2021/29.

Offermans, *TFO* 2016/146.2

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

Os, van, *MBB* 2018/5-7

P.B.N. van Os, 'Unierecht en belastingontwijking – een kritische beschouwing van X BV (C-398/16) en diens mogelijke implicaties voor de unierechtelijke houdbaarheid van art. 10a Wet vpb 1969', *MBB* 2018/5-7.

Özbas & Stevens, *WFR* 2013/1248

N. Özbas & S.A. Stevens, 'Een pleidooi voor een fiscale eenheid vpb voor stichtingen', *WFR* 2013/1248.

Ruijschop, *WFR* 2020/39

M.H.C. Ruijschop, 'Verdronken vlinder', *WFR* 2020/39.

Smit, *MBB* 2018/1

D.S. Smit, 'Kwade Wolk boven het fiscale eenheidsregime: valt het tij nog te keren?', *MBB* 2018/1.

Smit, *V-N* 2020.12.0

D. Smit, 'If it ain't broke, stop fixing it', *V-N* 2020.12.0.

Spanjers, *WFR* 2018/222

M. Spanjers, 'Fiscale eenheid is betwistbare belastingfaciliteit', *WFR* 2018/222.

Streek, van de & Strik, WFR 2011/1405.

J.L. van de Streek & S.A.W.J. Strik, ‘Grensoverschrijdende consolidatie: Het hart van de CCCTB’, *WFR* 2011/1405.

Vleggeert, WFR 2016/49.

J. Vleggeert, ‘Over rente en royalty’s: de BEPS-acties 4 en 5’, *WFR* 2016/49.

Vries, de, WFR 2015/1344

R.J. de Vries, ‘Fiscalisten, hun “speeltjes” en het einde van de fiscale eenheid vpb is nog niet in Zicht’, *WFR* 2015/1344.

Wal, van der, WFR 2009/436

N.M. van der Wal, ‘Vaste inrichtingen en het gemeenschapsrecht: enkele kwetsbare onderdelen van de Nederlandse regelgeving’, *WFR* 2009/436.

Wattel, NJB 2021/715

P.J. Wattel, “Marktconforme Profit shifting”, *NJB* 2021/715.

Wisman, V-N 2021//8.0

C. Wisman, ‘Uitvergroot: Bedoeld of onbedoeld: verrassende wending EU-uitleg “belastingontwijking”’, *V-N* 2021/8.0.

Overige artikelen

Redactie TaxLive, ‘Onrust in de innovatiebox’, *TaxLive*, 22 januari 2015.

M. de Wilde, “Sharing the Pie, taxing multinationals in a global market”, 2017: Amsterdam, *IBFD*.

A. de Groot, ‘Grensoverschrijdende fiscale eenheid onontkoombaar?!’, *EFS* post-master 2015.

Boeken

Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting

M.L.M. van Kempen, A.W. Hofman & A.C. Rijkers (red.), *Cursus Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting

M.L.M. van Kempen, A.W. Hofman & A.C. Rijkers (red.), *Cursus Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Van Eijdsden & Kok, FM nr. 124

J.A.R. van Eijdsden & Q.W.J.C.H. Kok, *Afgewaardeerde vorderingen*, Deventer: Wolters Kluwer 2007.

Van Horzen, FED Fiscale Brochures 2020

F. van Horzen, *Verliesverrekening in de Vennootschapsbelasting (FED Fiscale Brochures)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

De Roos e.a. 2014

De Roos e.a., *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2014.

Van Soest, FED 1983

A.J. van Soest, *De regeling van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Deventer: FED 1983.

Noten bij arresten

Redactie Vakstudie Nieuws, ‘Arrest-Lexel: Zweden weigert ten onrechte aftrek van rente op concernlening’, *V-N* 2021/6.8 noot bij arrest *Lexel AB*.

R.J. de Vries, ‘Gevoegde zaken X BV en X NV. Vrijheid van vestiging. Fiscale eenheid. Per-elementbenadering. Renteaftrekbepierking winstdrainage. Aftrek valutaverlies deelneming’, *BNB* 2018/92, noot bij arrest *X BV en X NV*.

W.F.E.M. Egelie, ‘Zweedse renteaftrekbepierking voor betalingen aan een vennootschap binnen dezelfde groep in strijd met de vrijheid van vestiging’, *NDFR* 2021/524, noot bij arrest *Lexel AB*.

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 2.

Kamerstukken II 2009/10, 32129, 3.

Kamerstukken II 2016/17, 34 552, nr. 3.

Kamerstukken II 2017/18, 34323, 20.

Kamerstukken I 2017/18, 34323, F.

Kamerstukken II 2017/18, 34959 nr. 1.

Kamerstukken II 2017/18, 34959, 2.

Kamerstukken II 2017/18, 34959, 3.

Kamerstukken II 2018/19, 34959, 7.

Kamerstukken II 2018/19, 35028, 21.

Kamerstukken II 2018/19, 34959, 6.

Kamerstukken II 2018/19, 34959, 7..

Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3

Kamerstukken II 2018/19, 34959, nr 3.

Kamerstukken II 2018/19, 34 959, nr. 7.

Kamerstukken II 2020/21, 35 572, nr. 12.

Overige parlementaire stukken

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 30 juli 2020, Stcrt. nr. 2020-69898.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit van 15 september 2020, Stcrt. nr. 2020-168588.

J.L. Van de Streek, position paper ten behoeve van de startbijeenkomst ‘Nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting’ op 14 februari 2019.

NOB, position paper ten behoeve van de startbijeenkomst ‘Nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting’ op 14 februari 2019.

Register Belastingadviseurs, position paper ten behoeve van de startbijeenkomst ‘Nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting’ op 14 februari 2019.

SRA, position paper ten behoeve van de startbijeenkomst ‘Nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting’ op 14 februari 2019.

VNO-NCW en MKB-Nederland, position paper ten behoeve van de startbijeenkomst ‘Nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting’ op 14 februari 2019.