

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM
Erasmus School of Economics
Masterscriptie Fiscale Economie

Het einde van de fiscale eenheid?

Naam student: M.A. van den Berg
Studentnummer: 447870

Begeleider: L.C. van Hulten MSc
Tweede beoordelaar: prof. dr. P. Kavelaars

Datum definitieve versie: 18-4-2022

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

Inhoudsopgave

Lijst met gebruikte afkortingen	5
1. Inleiding	6
1.1 Aanleiding.....	6
1.2 Probleemstelling en deelvragen.....	8
1.3 Opzet	8
1.4 Afbakening.....	9
2. Wat houdt de fiscale eenheid in zijn huidige vorm in?	11
2.1 Inleiding	11
2.2 Algemene achtergrond van de fiscale eenheid	11
2.3 Geschiedenis van de fiscale eenheid.....	12
2.4 Huidige doel en strekking van de fiscale eenheid	13
2.4.1 Introductie	13
2.4.2 Voordelen van de fiscale eenheid	14
2.4.3 Nadelen van de fiscale eenheid.....	15
2.5 Anti-misbruik maatregelen.....	16
2.6 Deelconclusie.....	17
3. Wat zijn de knelpunten van de fiscale eenheid op nationaal en internationaal gebied?.....	18
3.1 Inleiding	18
3.2 Knelpunten op nationaal gebied	18
3.2.1 Knelpunten op algemeen gebied	18
3.2.2 Knelpunten op het gebied van complexiteit	19
3.2.3 Knelpunten op administratief gebied.....	20
3.3 Knelpunten op internationaal gebied	20
3.3.1 Inleiding	20
3.3.2 Papillon.....	21
3.3.3 De gevolgen voor de Nederlandse fiscale eenheid	22
3.3.4 Groupe Steria	23
3.3.5 De gevolgen voor de Nederlandse fiscale eenheid	24
3.3.5.1 Inleiding	24
3.3.5.2 X bv arrest.....	25
3.3.5.3 X nv arrest.....	26
3.4 Overzicht van de arresten	27
3.5 Deelconclusie.....	30
4. Welke potentieel interessante alternatieven zijn er?	32

4.1 Inleiding	32
4.2 Volledige afschaffing van de fiscale eenheid en geen vervangende groepsregeling	32
4.2.1 Algemeen.....	32
4.2.2 Beoordeling	33
4.2.3 Afweging.....	34
4.3 Het huidige fiscale eenheids-regime behouden met de bestaande wetswijzigingen en mogelijk uitbreiden met nieuwe repartie maatregelen.....	35
4.3.1 Algemeen.....	35
4.3.2 Beoordeling	36
4.3.2.1 Voordelen van het behouden van de huidige fiscale eenheid	36
4.3.2.2 Nadelen van het behouden van de huidige fiscale eenheid	37
4.3.3 Afweging	39
4.4 Een systeem met resultaatsaldering	40
4.4.1 Algemeen.....	40
4.4.2 Beoordeling	41
4.4.2.1 Voordelen van een systeem met resultaatsaldering.....	41
4.4.2.2 Nadelen van een systeem met resultaatsaldering	43
4.4.3 Afweging	45
4.5 Grensoverschrijdende fiscale eenheid	46
4.5.1 Algemeen.....	46
4.5.2 Beoordeling	47
4.5.2.1 Voordelen van de grensoverschrijdende fiscale eenheid	47
4.5.2.2 Nadelen van de grensoverschrijdende fiscale eenheid.....	48
4.5.3 Afweging	51
4.6 Deelconclusie.....	53
5. Moet er worden overgegaan tot het invoeren van een nieuw regime?	55
5.1 Inleiding	55
5.2 Kan de huidige fiscale eenheid blijven bestaan of moet er een nieuwe concernregeling worden ingevoerd?	55
5.2.1 Inleiding	55
5.2.2 Toetsing of de huidige fiscale eenheid blijven bestaan	56
5.3 Als er een nieuwe concernregeling zou moeten worden ingevoerd, welk alternatief zou er dan gekozen moeten worden?.....	58
5.3.1 Verschillende soorten concernregelingen in het algemeen.....	58
5.3.2 Afweging	59
5.3.2.1 Eerste alternatief	59
5.3.2.2 Tweede alternatief	59

5.3.2.3 Derde alternatief	60
5.3.2.4 Vierde alternatief	60
5.3.3 Vormgeving	60
5.3.4 Toetsing	62
5.3.4.1 Inleiding	62
5.3.4.1 Effectiviteit	62
5.3.4.1.1 Introductie.....	62
5.3.4.1.2 Toetsing aan de oorspronkelijke doelstellingen.....	63
5.3.4.1.3 Toetsing aan het EU-recht.....	63
5.3.4.1.4 Toetsing aan het ondernemingsklimaat.....	65
5.3.4.2 Budgettaire gevolgen	66
5.3.4.3 Bevindingen	66
5.5 Deelconclusie.....	67
6. Samenvatting en conclusie.....	68
6.1 Samenvatting.....	68
6.2 Conclusie	72
Literatuurlijst	73

Lijst met gebruikte afkortingen

Art.	Artikel
ATAD	Anti Tax Avoidance Directive
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BV	Besloten Vennootschap
EU	Europese Unie
HvJ	Hof van Justitie
MKB	Midden- en kleinbedrijf
NV	Naamloze Vennootschap
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
Wet VPB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969

1. Inleiding

1.1 Aanleiding

De fiscale eenheid is een unieke belastingfaciliteit van de Wet VPB 1969 die in de huidige vorm alleen in Nederland bestaat. Hierdoor is het voor belastingplichtigen mogelijk om zelfstandig belastingplichtigen als één aan te merken, namelijk de fiscale eenheid.¹ Het probleem bij de huidige regeling van de fiscale eenheid is door de jaren heen ontstaan door Europese jurisprudentie. De fiscale eenheid ligt namelijk al geruime tijd onder vuur vanuit Europa.² De oorzaak hiervan is dat bepaalde voordelen van de fiscale eenheid alleen toegankelijk zijn voor Nederlandse belastingplichtigen. Deze territoriale beperking is een doorn in het oog van de EU vanwege het streven naar een interne markt, namelijk een gemeenschappelijke ruimte zonder binnengrenzen waarin eerlijke en vrije mededinging verzekerd is. Een inbreuk op deze vrijheden, die niet gerechtvaardigd is, zal door de betreffende lidstaat moeten worden weggenomen.³

De fiscale eenheid maakt het d.m.v. een fictie in de wetgeving mogelijk, dat twee of meer belastingplichtigen worden gezien als één belastingplichtige, vanuit fiscaal perspectief. Dit is mogelijk op verzoek van belastingplichtigen, indien de moedermaatschappij ten minste 95% van de aandelen van de dochtermaatschappij bezit. Als de fiscale eenheid van kracht is, dan wordt de belasting geheven alsof er slechts één belastingplichtige is. Hierdoor wordt de belasting geheven bij de moedermaatschappij.⁴ Zolang de fiscale eenheid bestaat, leiden de dochtermaatschappijen in de fiscale eenheid een onzichtbaar bestaan vanuit fiscaal perspectief. Ondanks dat de dochtermaatschappijen blijven bestaan, richt de inspecteur zich alleen tot de moedermaatschappij bij de heffing van de vennootschapsbelasting.⁵ Het unieke aan de fiscale eenheid van Nederland is dus dat er sprake is van een gehele consolidatie. Hierdoor worden de dochtervennootschappen geacht te zijn opgegaan in de moedervennootschap.⁶

De belastingplichtigen die een fiscale eenheid aangaan, doen dit voor de voordelen die de fiscale eenheid te bieden heeft. Een van de voordelen is de mogelijkheid om verliezen horizontaal te compenseren met vennootschappen die deel uitmaken van de fiscale eenheid. Hierdoor kunnen deze vennootschappen de winsten en verliezen binnensjaars met elkaar verrekenen. Het gevolg is een directe verlichting in vennootschapsbelastingdruk voor

¹ J. van Poppel & K. Schriek, 'Fiscale eenheid en de vrijheid van vestiging: nog niet uitgepraat?', *MBB* 2020/45, par. 1.

² E.J.W. Heithuis, '50 jaar VPB – Uitgangspunten voor een nieuwe groepsregeling', *WFR* 2019/189, par. 1.

³ J. van Poppel & K. Schriek, 'Fiscale eenheid en de vrijheid van vestiging: nog niet uitgepraat?', *MBB* 2020/45, par. 1.

⁴ Art. 15 lid 1 Wet VPB 1969.

⁵ R.P. van den Dool e.a., *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 348.

⁶ R. Offermanns, 'Een vergelijking van de fiscale eenheidsregimes binnen Europa en hun verenigbaarheid met het EU-recht', *TFO* 2016/146.2, par. 2.3.

het concern. Een ander voordeel is de mogelijkheid tot interne herstructurering zonder heffing van vennootschapsbelasting. Door het aangaan van een fiscale eenheid kunnen deze vennootschappen activa en passiva overdragen zonder dat het belastingheffing tot gevolg heeft. Er zijn nog een aantal andere minder belangrijke voordelen en nadelen. Echter wegen de voordelen meestal op tegen de nadelen, aangezien in de praktijk vrijwel altijd een fiscale eenheid wordt aangegaan wanneer dit mogelijk is.⁷

Zoals eerder benoemd, ligt de fiscale eenheid vanuit Europa onder vuur. De Europese jurisprudentie heeft de fiscale eenheid ingrijpend veranderd. Bovendien heeft de Europese jurisprudentie vragen opgeroepen over de houdbaarheid van deze belastingfaciliteit.⁸

In het arrest X holding liep het nog goed af voor de fiscale eenheid. In deze zaak verzocht X-holding BV een fiscale eenheid aan te gaan met haar dochtervennootschap, die in België was gevestigd. De Hoge Raad stelde hierover prejudiciële vragen aan het HvJ. Het HvJ oordeelde dat het uitsluiten van een buitenlandse dochtervennootschap voor de vorming van een fiscale eenheid niet in strijd is met het EU-recht. De reden hiervoor lag volgens het HvJ onder andere in het feit dat de dochtervennootschap niet onderworpen was aan de Nederlandse winstbelasting. Bovendien zou volgens het HvJ een grensoverschrijdende fiscale eenheid ertoe kunnen leiden dat de moedervennootschap vrijelijk kan kiezen in welke lidstaat de verliezen in rekening worden gebracht. Het niet toestaan van de grensoverschrijdende fiscale eenheid is volgens het HvJ dan ook gerechtvaardigd, teneinde de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven.⁹

Het arrest Papillon zorgde voor meer opschudding omtrent de fiscale eenheid. In het arrest Papillon werd het Franse regime van de fiscale eenheid getoetst aan het EU-recht. Het ging hier om de mogelijkheid een fiscale groep te vormen tussen een feitelijk in Frankrijk gevestigde moedervennootschap en een feitelijk in Frankrijk gevestigde kleindochtervennootschap, terwijl de aandelen in de kleindochter worden gehouden door een tussenhoudster die feitelijk in Nederland is gevestigd. Volgens het Franse regime was het niet mogelijk in deze situatie een fiscale groep te vormen. Het HvJ oordeelde vervolgens dat dit in strijd is met het EU-recht.¹⁰ Het arrest Papillon is de oorzaak voor de aanpassingen die de wetgever heeft ingevoerd om de fiscale eenheid in overeenstemming te brengen met het EU-recht.¹¹

Later kwam er ook nog het arrest X bv. Hierin oordeelde het HvJ in de zaak X bv dat het in strijd is met EU-recht dat X bv de rente op een geldlening niet in aftrek kan brengen, omdat deze lening in verband gebracht kon worden met een kapitaalstorting in een

⁷ R.P. van den Dool e.a., *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 349-350.

⁸ E.J.W. Heithuis, '50 jaar VPB – Uitgangspunten voor een nieuwe groepsregeling', *WFR* 2019/189, par. 1.

⁹ HvJ EU 25 februari 2010, C-337/08, ECLI:EU:C:2010:89 (*X Holding*).

¹⁰ HvJ EU 27 november 2008, C-418/07, ECLI:EU:C:2008:659 (*Papillon*).

¹¹ *Kamerstukken II* 2015/16, nr. 3, 34323, p. 1-2.

dochtervennootschap die in een andere lidstaat was gevestigd. Het kardinale punt in de overweging van het HvJ was dat X bv wel de rente in aftrek had kunnen brengen, wanneer deze in een fiscale eenheid was gevoegd met de dochtervennootschap en deze ook gevestigd was in Nederland.¹² Het arrest X bv is de oorzaak van verdere wetswijzigingen, die de per-element benadering tot gevolg had.¹³ De per-element benadering houdt in dat bij elk voordeel van de fiscale eenheid i.c.m. andere wettelijke regelingen moet worden getoetst of het betreffende voordeel ook grensoverschrijdend moet worden toegekend.¹⁴

De fiscale eenheid staat dus onder druk vanwege deze uitspraken van het HvJ. De wetgever heeft reeds aangegeven dat het de wetswijzigingen ziet als tijdelijke oplossing, die de meest acute problemen oplossen.¹⁵ Echter zijn met deze wetswijzigingen nog niet alle EU-rechtelijke risico's ondervangen, volgens de wetgever. Het is daarom noodzakelijk een nieuwe fiscale groepsregeling te ontwerpen, die minder vatbaar is voor EU-rechtelijke en budgettaire risico's.¹⁶

1.2 Probleemstelling en deelvragen

Het onderwerp van de scriptie betreft de fiscale eenheid ex art. 15 tot en met 15aj en 15a Wet VPB 1969. De centrale onderzoeksvraag is: In hoeverre is het huidige regime van de fiscale eenheid, van de Wet VPB 1969, nog geschikt voor de huidige tijd n.a.v. de arresten van het HvJ EU? Zo nee, moet er een nieuw regime worden ingevoerd?

De deelvragen die ter ondersteuning van de centrale onderzoeksvraag dienen:

- Wat houdt de fiscale eenheid in zijn huidige vorm in?
- Wat zijn de knelpunten van de fiscale eenheid op nationaal en internationaal gebied?
- Welke potentieel interessante alternatieven zijn er?
- Moet er worden overgegaan tot het invoeren van een nieuw regime?

1.3 Opzet

De centrale probleemstelling wordt uitgewerkt in 6 hoofdstukken, waarvan hoofdstuk 1 de inleiding is. Het onderzoek zal beginnen in hoofdstuk 2 met een uitgebreid onderzoek naar de fiscale eenheid ex art. 15 tot en met 15aj en 15a Wet VPB 1969. De achtergrond en de geschiedenis van de fiscale eenheid zullen worden onderzocht, evenals doel en strekking van

¹² HvJ EU 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110 (X).

¹³ *Kamerstukken II 2017/18*, 34959, nr. 3, p. 1-2.

¹⁴ Internetconsultatiedocument, 'Eerste internetconsultatie nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting', 17 juni 2019, p. 1.

¹⁵ *Kamerstukken II 2018/19*, 34 959, nr. 7, p. 5.

¹⁶ Internetconsultatiedocument, 'Eerste internetconsultatie nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting', 17 juni 2019, p. 2.

de fiscale eenheid. In hoofdstuk 3 zullen de knelpunten van de fiscale eenheid op nationaal en internationaal gebied onderzocht worden. In hoofdstuk 4 zal worden onderzocht welke alternatieven er zijn voor de huidige fiscale eenheid. De eventuele invoering van een nieuw regime zal onderzocht worden in hoofdstuk 5 aan de hand van een toetsingskader, betreffende de effectiviteit van een eventueel nieuw regime. Met effectiviteit wordt bedoeld dat de wet, op zijn minst in belangrijke mate, de door wetgever beoogde doelstellingen kan verwezenlijken. De wetgever meent dat effectiviteit een uiterst belangrijke kwaliteitseis is voor het wetgeven.¹⁷ Dit is de reden om dit voorstel aan deze kwaliteitseis te toetsen. Er is gekozen om niet aan de andere kwaliteitseisen voor goede wetgeving te toetsen. Een daarvan is de kwaliteitseis m.b.t. de rechtmatigheid van de wet. Met rechtmatigheid wordt bedoeld dat de wetten in overeenstemming zijn met het recht.¹⁸ Aangezien de fiscale eenheid een concernregeling is die geruime tijd bestaat, lijkt het vanzelfsprekend dat het in overeenstemming is met het recht. Hierdoor lijkt het onnodig een vervangende concernregeling hieraan te toetsen. Een andere kwaliteitseis is subsidiariteit, wat inhoudt dat de overheid niet verder mag ingrijpen dan noodzakelijk. Ook dit lijkt geen relevant toetsingskader te bieden voor het invoeren van een nieuwe concernregeling. Er zijn nog een aantal overige kwaliteitseisen, echter liggen de meeste hiervan in de sfeer van de dagelijkse uitvoerbaarheid, wat ook niet geschikt lijkt als belangrijk toetsingscriterium. Hoofdstuk 6 bevat de samenvatting en de conclusie van het onderzoek. Verder bevat het de beantwoording op de centrale onderzoeksvraag.

1.4 Afbakening

Met betrekking tot de arresten die worden genoemd in de centrale onderzoeksvraag, wordt bedoeld het arrest Papillon van 27 november 2008 en het arrest X bv van 22 februari 2018. Er wordt gekozen voor het arrest Papillon, omdat dit arrest ervoor heeft gezorgd dat de wetgever de Wet aanpassing fiscale eenheid moest invoeren in 2016. Dit geeft dus aan dat het een cruciaal arrest is geweest in de ontwikkeling van de fiscale eenheid.¹⁹ Verder is er gekozen voor het arrest Groupe Steria. Tevens wordt er gekozen om het arrest X bv in het onderzoek te betrekken, omdat dit arrest heeft geresulteerd in de per-element benadering en heeft geleid tot de invoering van de Wet spoedreparatie fiscale eenheid.²⁰ Hier is tevens sprake van een cruciaal arrest m.b.t. de fiscale eenheid, aangezien dit arrest de werking van de fiscale eenheid voor bepaalde regelingen heeft veranderd.

Er is in de scriptie gekozen om vier alternatieven te onderzoeken als mogelijke scenario's voor de huidige fiscale eenheid. Er is voor deze vier alternatieven gekozen, omdat dit de vier

¹⁷ *Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 2, p. 25.*

¹⁸ *Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 2, p. 24.*

¹⁹ F. Elswier, *Fiscale eenheid: een dynamisch regime binnen de VPB*, Thema 2022, p. 1 (online, bijgewerkt 20 januari 2022).

²⁰ F. Elswier, *Fiscale eenheid: een dynamisch regime binnen de VPB*, Thema 2022, p. 1 (online, bijgewerkt 20 januari 2022).

alternatieven zijn die de wetgever heeft voorgelegd in het internetconsultatiedocument. Hierdoor worden slechts realistische alternatieven onderzocht, die ook in overweging zijn genomen door de wetgever.²¹ Bij de beoordeling van deze alternatieven zal er geen aandacht besteed worden aan het overgangsrecht. Het eerste alternatief betreft het scenario waarin de fiscale eenheid volledig wordt afgeschaft en er geen vervangende groepsregeling wordt ingevoerd. Bij het tweede alternatief blijft de huidige fiscale eenheid behouden inclusief wetswijzigingen en wordt het eventueel uitgebreid met nieuwe wetswijzigingen. Het derde alternatief is een systeem met resultatensaldering. Tenslotte wordt het vierde alternatief met een grensoverschrijdende fiscale eenheid behandeld.

²¹ Internetconsultatiedocument, 'Eerste internetconsultatie nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting', 17 juni 2019.

2. Wat houdt de fiscale eenheid in zijn huidige vorm in?

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt duidelijk wat de fiscale eenheid in feite is. De algemene achtergrond van de fiscale eenheid komt als eerst aan bod. Vervolgens belicht dit hoofdstuk kort de geschiedenis van de fiscale eenheid. Verder komt het huidige doel en de strekking van de fiscale eenheid aan bod. Ten slotte worden de anti-misbruikmaatregelen van de fiscale eenheid behandeld. Het hoofdstuk sluit af met een deelconclusie.

2.2 Algemene achtergrond van de fiscale eenheid

Het uitgangspunt van de vennootschapsbelasting is dat elk subjectief belastingplichtig lichaam zelfstandig in de heffing wordt betrokken. Een belangrijke uitzondering hierop is de regeling van de fiscale eenheid. Deze bijzondere regeling maakt het mogelijk dat er bij de moedermaatschappij en de dochtermaatschappijen gezamenlijk vennootschapsbelasting wordt geheven alsof er sprake is van één belastingplichtige.²² Een concern is een groep van vennootschappen onder leiding van de moedermaatschappij, die een gezamenlijke strategie hebben en economisch en organisatorisch verbonden zijn.²³ Er kunnen verschillende redenen zijn voor een concern om de bedrijfsvoering te verdelen in afzonderlijke vennootschappen. Door een voeging in fiscale eenheid worden de afzonderlijke vennootschappen voor de heffing van de vennootschapsbelasting samengevoegd tot één belastingplichtige.²⁴ Het regime van de fiscale eenheid poogt dus aansluiting te zoeken bij de veel voorkomende werkelijkheid van concernvorming. De wetgever is van mening dat de fiscaliteit geen obstakel zou moeten vormen voor een concern.²⁵ Het voegen in de fiscale eenheid is optioneel en heeft verschillende voor- en nadelen, waardoor het concern zal moeten afwegen of het gunstig is om te opteren voor een structuur met een fiscale eenheid.

Toch is er een punt van kritiek vanuit de vakliteratuur op het bestaan van de fiscale eenheid, namelijk het gebrek aan grondslagen voor de fiscale eenheid. Het belangrijkste argument hiervoor is dat het regime van de fiscale eenheid geen codificatie vormt van een economische concernbenadering.²⁶ Dit zou volgen uit een arrest van de Hoge Raad die in een uitspraak had geoordeeld, dat de zelfstandige belastingplicht in de vennootschapsbelasting ertoe leidt dat er geen betekenis kan worden toegekend aan de bijzondere verhouding tussen de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij.²⁷ Bovendien is uit andere jurisprudentie geen economische concernbenadering voor de fiscale

²² art. 15, lid 1, Wet VPB 1969.

²³ H.J. Bresser, art. 15 Wet VPB 1969, NDFR commentaar, aant. 1 (online, bijgewerkt 6 januari 2022).

²⁴ H.J. Bresser, art. 15 Wet VPB 1969, NDFR commentaar, aant. 1 (online, bijgewerkt 6 januari 2022).

²⁵ Internetconsultatiedocument, 'Eerste internetconsultatie nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting', 17 juni 2019, p. 1.

²⁶ R.P. van den Dool & M. Nieuweboer, 'Een territoriale groepsregeling - deel 1', *WFR* 2019/227, par. 2.

²⁷ HR 8 mei 1957, 12 931, ECLI:NL:HR:1957:AY2274.

eenheid af te leiden. Het is opmerkelijk dat het een week duurde sinds het eerste pleidooi voor de fiscale eenheid voordat de fiscale eenheid was ingevoerd. Verder werd de inbreuk op de zelfstandige belastingplicht van de vennootschapsbelasting niet eens beargumenteerd. Hierdoor wordt gedacht dat de invoering van de fiscale eenheid vooral bedoeld is om de geconsolideerde jaarrekening te gebruiken bij de aangifte van de vennootschapsbelasting, teneinde conflicten met de fiscus te voorkomen en de economische eenheid fiscaal erkenning te geven.²⁸ Concluderend is het opmerkelijk dat de grondslag van de huidige fiscale eenheid gering te noemen is.²⁹

2.3 Geschiedenis van de fiscale eenheid

Sinds 1940 wordt er in Nederland winstbelasting geheven over de behaalde winst van vennootschappen. Het is eveneens sinds 1940 mogelijk voor vennootschappen om tezamen met andere vennootschappen aangifte van de vennootschapsbelasting te doen. De fiscale eenheid is dus net zo oud als de winstbelasting in Nederland.³⁰ Per 1 januari 1970 werd de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 ingevoerd. Hierdoor kan een directe belasting worden geheven over de lichamen, die vermeld zijn onder art. 2 en 3 Wet VPB 1969. De vennootschapsbelasting werkt volgens het klassieke stelsel, er wordt namelijk geen rekening gehouden met de heffing van de inkomstenbelasting.³¹

Er is op 1 januari 2003 een belangrijke wetswijziging doorgevoerd met betrekking tot de fiscale eenheid. Het oude regime voor deze datum hanteerde namelijk een opgaan in-benadering. Dit hield in dat de gevoegde dochtermaatschappij geacht werd te zijn opgegaan in de moedermaatschappij. Dit betekende dus dat bezittingen en schulden van de dochtermaatschappij na het moment van voeging direct aan de moedermaatschappij worden toegerekend. Het gevolg was dat de dochtermaatschappij fiscaal geen winst of verlies meer behaalde.³²

De opgaan in-benadering van het oude fiscale eenheid regime leidde volgens de Staatsecretaris van Financiën te veel tot het wegdenken van de gevoegde dochtermaatschappij. Het opgaan-in begrip leidde tot discussies over de betekenis en de reikwijdte hiervan. Het was bijvoorbeeld onduidelijk in hoeverre er nog betekenis aan zelfstandige belastingplicht van de dochtermaatschappij gegeven moest worden na het aangaan van de fiscale eenheid. Het begrip is zodoende door de jaren heen door de jurisprudentie ontwikkeld. Echter meende de Staatssecretaris van Financiën dat er een te vergaande invulling werd gegeven aan het opgaan-in begrip, waardoor de

²⁸ R.P. van den Dool & M. Nieuweboer, 'Een territoriale groepsregeling - deel 1', *WFR* 2019/227, par. 3.

²⁹ R.P. van den Dool & M. Nieuweboer, 'Een territoriale groepsregeling - deel 1', *WFR* 2019/227, par. 7.

³⁰ H.J. Bresser, art. 15 Wet VPB 1969, NDFR commentaar, aant. 1 (online, bijgewerkt 6 januari 2022).

³¹ R.P. van den Dool e.a., *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 3-4.

³² H.J. Bresser, art. 15 Wet VPB 1969, NDFR commentaar, aant. 1 (online, bijgewerkt 6 januari 2022).

dochtervennootschap bijna volledig werd weggedacht door de jurisprudentie.³³ Dit ging volgens de Staatssecretaris van Financiën verder dan noodzakelijk was om het uitgangspunt te verwezenlijken. De vergaande interpretatie van het opgaan-in begrip leidde ook op internationaal gebied tot onduidelijkheid. Zo was het onduidelijk of door het wegdenken van de gevoegde dochtervennootschap deze wel aanspraak kon maken op de toepassing van belastingverdragen. Hierover kon twijfel ontstaan doordat het vereist is dat het lichaam inwoner moet zijn van de verdragsluitende staat, hetgeen afhangt van het feit of het lichaam zelfstandig belastingplichtig is.³⁴ Daarom heeft de Staatssecretaris van Financiën destijds een nieuwe benadering bedacht, namelijk de volledige consolidatie. Dit is nog steeds de huidige benadering van de fiscale eenheid. Het houdt in dat resultaten en vermogens van de gevoegde maatschappijen worden samengevoegd, maar de subjectieve belastingplicht van de gevoegde maatschappijen blijft bestaan. Voor het berekenen van de verschuldigde belasting wordt dus gedaan alsof er sprake was van één belastingplichtige, echter blijven de gevoegde maatschappijen subjectief belastingplichtig.³⁵

2.4 Huidige doel en strekking van de fiscale eenheid

2.4.1 Introductie

De voorwaarden voor het aangaan van een fiscale eenheid staan in art. 15, lid 1 en 4, Wet VPB 1969 en zijn:

- De moedermaatschappij bezit de gehele juridische en economische eigendom van ten minste 95% van de aandelen in de dochtermaatschappij.
- De boekjaren van de moedermaatschappij en dochtermaatschappij vallen samen.
- De moedermaatschappij en dochtermaatschappij hebben dezelfde winstbepalingsregels.
- Zowel de moedermaatschappij als dochtermaatschappij zijn gevestigd in Nederland.
- De moedermaatschappij en dochtermaatschappij hebben beide een kwalificerende rechtsvorm.
- De aandelen die de moedermaatschappij heeft in de dochter worden niet als voorraad gehouden.

Tijdens het bestaan van de fiscale eenheid hebben de dochtermaatschappijen fiscaal gezien een sluimerende functie, aangezien ze wel bestaan maar de inspecteur zich uitsluitend richt tot de moedermaatschappij voor de heffing van de vennootschapsbelasting.³⁶

Er kan dus een fiscale eenheid gevormd worden, als aan de eisen wordt voldaan. Het is echter niet verplicht een fiscale eenheid aan te gaan, het is namelijk op verzoek van de belastingplichtigen. Het verzoek dient te worden ingediend bij de belastinginspecteur binnen

³³ *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 854, nr. 3, p. 4-5.

³⁴ *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 854, nr. 3, p. 4-5.

³⁵ *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 854, nr. 3, p. 4-5.

³⁶ R.P. van den Dool e.a., *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 347.

3 maanden na het gewenste voegingstijdstip. De inspecteur geeft een beschikking af, waartegen de belastingplichtige in bezwaar en vervolgens in beroep kan gaan.³⁷ Dit systeem waarin het dus niet verplicht is voor belastingplichtigen om een fiscale eenheid te vormen, ook al is er aan de voorwaarden voldaan, is mijns inziens coherente benadering. Ondanks de concernbenadering die ten grondslag ligt aan de fiscale eenheid is het mijns inziens het beste de keuze aan de belastingplichtige te laten over de manier waarop deze de onderneming wil vormgeven.

De toerekeningsfictie van de fiscale eenheid zorgt ervoor dat de werkzaamheden en het vermogen van de dochtervennootschappen deel uitmaken van de moedervennootschap. Het gevolg is dat de toerekeningsfictie ertoe leidt dat ook voor dat onderlinge vordering- en schuldverhoudingen vanuit fiscaal perspectief tegen elkaar wegvallen. Als bijvoorbeeld een moedermaatschappij een lening verstrekt aan de dochtermaatschappij, dan maken zowel de vordering als de schuld deel uit van het vermogen van de moedermaatschappij, wat ertoe leidt dat het tegen elkaar wegvalt.³⁸

2.4.2 Voordelen van de fiscale eenheid

De voordelen van het aangaan van een fiscale eenheid zijn onder andere de mogelijkheid tot horizontale verliescompensatie. Dit houdt in dat alle winsten en verliezen van de maatschappijen binnen de fiscale eenheid in hetzelfde jaar met elkaar verrekend kunnen worden. Een behaald positief resultaat van de ene vennootschap in de fiscale eenheid kan bijvoorbeeld worden gesaldeerd met een negatief resultaat van een andere vennootschap, die onderdeel uitmaakt van dezelfde fiscale eenheid. Dit resulteert in een directe verlichting van de VPB-druk van het concern.³⁹ Het volgende voorbeeld kan dit verduidelijken. Een moedervennootschap X vormt een fiscale eenheid met twee dochtervennootschappen Y en Z. De moedervennootschap X behaalt in een boekjaar een winst van € 100.000, de dochtervennootschap Y behaalt een winst van € 200.000 en de dochtervennootschap Z behaalt een verlies van € 400.000. Door de saldering van de winsten en de verliezen heeft de fiscale eenheid als geheel geen winst gemaakt, namelijk een verlies van € 100.000, derhalve hoeft er ook geen winstbelasting betaald te worden, hetgeen niet het geval was geweest als er geen fiscale eenheid was gevormd.

De fiscale eenheid biedt daarnaast de mogelijkheid tot interne herstructurering zonder dat er heffing plaatsvindt over de stille reserves. De mogelijkheid tot geruisloze herstructurering is een logisch gevolg van het feit dat er bij een fiscale eenheid belasting wordt geheven alsof er sprake is van één belastingplichtige, namelijk de moedermaatschappij. Door de fiscale eenheid kan een concern alle activa en passiva, inclusief stille reserves, geruisloos

³⁷ R.P. van den Dool e.a., *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 348.

³⁸ R.P. van den Dool e.a., *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 350.

³⁹ R.P. van den Dool e.a., *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 349.

overdragen, dus zonder fiscale afrekening van vennootschapsbelasting over eventuele stille reserves. Dit is inherent aan het bestaan van de fiscale eenheid, omdat er door de toerekeningsfictie vanuit fiscaal perspectief niets gebeurt, aangezien het vermogensbestanddeel al deel uit maakt van het vermogen van de moedermaatschappij en dit na de verplaatsing van het vermogensbestanddeel nog steeds geldt. Om oneigenlijk gebruik van deze mogelijkheid tegen te gaan heeft de wetgever voor de interne herstructurering een aantal anti-misbruik maatregelen opgenomen.⁴⁰

Verder is er nog een voordeel, waarvan de aard ligt in de administratieve sfeer. Dit is het gegeven dat er voortaan maar één aangifte vennootschapsbelasting gedaan hoeft te worden.⁴¹

2.4.3 Nadelen van de fiscale eenheid

De fiscale eenheid kent ook een aantal nadelen, waaronder het feit dat er door het samentellen van de resultaten van de maatschappijen, niet afzonderlijk gebruik kan worden gemaakt van het tarief voordeel van 15% over de eerste € 395.000 winst. Dit is een nadeel, omdat de resultaten door de fiscale eenheid bij elkaar opgeteld worden. Als de verschillende vennootschappen niet waren samengevoegd in een fiscale eenheid is over elk resultaat 15% vennootschapsbelasting verschuldigd tot en met € 395.000 en over het meerdere 25,8%.⁴² Hierdoor wordt het resultaat van de fiscale eenheid dus sneller aan een hoger tarief onderworpen dan wanneer de vennootschappen niet waren gevoegd als fiscale eenheid.

Verder is het niet mogelijk een liquidatieverlies ex art. 13d Wet VPB 1969 te nemen op een dochtermaatschappij in de fiscale eenheid. Dit is een gevolg van het feit dat de balanspost deelneming van de balans van de moedervenootschap verdwijnt en door de consolidatie en toerekeningsfictie wordt vervangen door de activa en passiva van de dochtervenootschap. Het niet gebruik kunnen maken van de liquidatieverliesregeling is een nadeel voor de moedervenootschap. Dit komt doordat de liquidatieverliesregeling een uitzondering is op de deelnemingsvrijstelling en de regeling tevens alleen in het voordeel van de belastingplichtige werkt. Volgens de liquidatieverliesregeling zijn liquidatieverliezen van de winst aftrekbaar. Het verschil tussen het opgeofferde bedrag voor de deelneming en de uitkering die de moedermaatschappij ontvangt, wordt aangemerkt als het liquidatieverlies en is dus aftrekbaar van het resultaat van de moedermaatschappij. Het is dus een nadeel voor de moedermaatschappij van de fiscale eenheid dat deze hier geen gebruik van zou kunnen maken als het een dochtermaatschappij zou liquideren.

⁴⁰ R.P. van den Dool e.a., *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 350.

⁴¹ R.P. van den Dool e.a., *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 349-350.

⁴² Art. 22 Wet VPB 1969.

Een ander nadeel is dat het niet vanzelfsprekend is dat fiscaal compensabele verliezen uit perioden voor en na de fiscale eenheid kunnen worden gecompenseerd met winsten van de periode dat de fiscale eenheid van kracht is en omgekeerd.⁴³ Het betreft zeer complexe wetgeving, die geregeld is in art. 15ae tot en met art. 15ah Wet VPB 1969. Het gaat hier om de verrekening van compensabele verliezen van maatschappijen, die gevoegd zijn in de fiscale eenheid, over het voegingstijdstip c.q. ontvoegingstijdstip heen.

Meestal wegen de voordelen van het aangaan van een fiscale eenheid wel op tegen de nadelen, aangezien er in de praktijk bijna altijd een fiscale eenheid wordt aangegaan wanneer dit mogelijk is. Echter zal dit niet per definitie het geval zijn, dus zal er ten alle tijden een afweging gemaakt moeten worden per situatie.

2.5 Anti-misbruik maatregelen

Er zijn meerdere anti-misbruik maatregelen binnen het stelsel van de fiscale eenheid, maar een cruciale bepaling is onder andere art. 15ai Wet VPB 1969. Het is een anti-misbruikbepaling tegen het overgedragen van vermogensbestanddelen binnen de fiscale eenheid. De kern van het artikel is als volgt, wanneer in een jaar door een maatschappij een vermogensbestanddeel wordt overgedragen aan de andere maatschappij, met een hogere waarde dan de boekwaarde, dan wordt de waarde van dat vermogensbestanddeel op het moment voor de ontvoeging gesteld op de waarde in het economisch verkeer.⁴⁴ De wetgever heeft deze bepaling ingevoerd om twee mogelijke misbruiksituaties te bestrijden. Ten eerste de situatie, waarin een fiscale eenheid voor korte tijd wordt aangegaan om onbelaste vermogensoverdracht te faciliteren, van de ene maatschappij naar de andere, waarna de fiscale eenheid wordt verbroken. Ten tweede de situatie, waarbij de overdrachtswinst die behaald is binnen de fiscale eenheid en waarover dus niet wordt geheven, kan worden omgevormd tot een bestanddeel waar de deelnemingsvrijstelling op van toepassing is, zoals vervreemdingsvoordelen op aandelen.⁴⁵

⁴³ R.P. van den Dool e.a., *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 351.

⁴⁴ Art. 15ai lid 1 Wet VPB 1969.

⁴⁵ R.P. van den Dool e.a., *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 397.

2.6 Deelconclusie

De fiscale eenheid bestaat al een geruime tijd en is ook veranderd in die tijd. In dit hoofdstuk is de geschiedenis van de fiscale eenheid behandeld, alsmede het huidige doel en strekking van de fiscale eenheid. De deelvraag die in dit hoofdstuk behandeld wordt, is: wat houdt de fiscale eenheid in zijn huidige vorm in?

Om te beginnen wordt er sinds 1940 in Nederland winstbelasting geheven over de behaalde winst van vennootschappen, tevens is het sinds 1940 mogelijk voor vennootschappen om tezamen met andere vennootschappen aangifte van de vennootschapsbelasting te doen. Dit kan gezien worden als de eerste vorm van de fiscale eenheid. Voor de wetwijziging in 2003 kende de fiscale eenheid een opgaan-in benadering, wat inhield dat de gevoegde dochtermaatschappij geacht werd op te zijn gegaan in de moedermaatschappij. Tegenwoordig heeft de fiscale eenheid een andere benadering, namelijk consolidatie. Dit houdt in dat resultaten en vermogens van de gevoegde maatschappijen worden samengevoegd, maar de subjectieve belastingplicht van de gevoegde maatschappijen blijft bestaan.

De kern van het huidige regime van de fiscale eenheid is het feit dat deze regeling het mogelijk maakt dat er bij de moedermaatschappij en de dochtermaatschappijen gezamenlijk vennootschapsbelasting wordt geheven alsof er sprake is van één belastingplichtige. De wetgever heeft met de fiscale eenheid een instrument wat aansluit bij de economische werkelijkheid, namelijk concernvorming. De wetgever is van mening dat de fiscaliteit geen obstakel zou moeten vormen voor een concern. Geconcludeerd kan worden dat de kern van de fiscale eenheid het feit is dat er volgens een fictie in de wetgeving twee of meer belastingplichtigen worden gezien als een belastingplichtige, vanuit fiscaal perspectief. Verder heeft de fiscale eenheid een aantal voordelen en nadelen. De belangrijkste voordelen zijn de horizontale verliescompensatie en de mogelijkheid tot interne herstructurering zonder heffing van vennootschapsbelasting over eventuele stille reserves. De belangrijkste nadelen van de fiscale eenheid zijn het niet per lichaam gebruik kunnen maken van het tariefopstapje van 15% in de VPB en het feit dat het niet mogelijk is een liquidatieverlies te nemen voor een dochtermaatschappij die gevoegd is in de fiscale eenheid.

3. Wat zijn de knelpunten van de fiscale eenheid op nationaal en internationaal gebied?

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zullen de knelpunten van de fiscale eenheid behandeld worden. De knelpunten op nationaal gebied zullen als eerst behandeld worden, te weten de zuiver binnenlandse situaties. Er zijn op dit gebied verschillende knelpunten, zoals de winstneming op schulden bij voeging van de schuldenaar. Verder is het alsmaar complexer worden van de fiscale eenheid door bijvoorbeeld anti-misbruikbepalingen een voorbeeld van een knelpunt. Vervolgens worden de knelpunten op internationaal gebied benoemd, namelijk de grensoverschrijdende situaties. Er zal met name worden ingegaan op een aantal belangrijke arresten die van invloed zijn geweest op de fiscale eenheid, doordat deze arresten de aanleiding zijn geweest voor wetswijzigingen. Het gaat dan om het arrest van Papillon, het arrest Groupe Steria en verder het arrest van X bv. Deze arresten geven de kwetsbaarheid van de fiscale eenheid weer in samenhang met het EU-recht. Er zal worden afgesloten met een deelconclusie.

3.2 Knelpunten op nationaal gebied

3.2.1 Knelpunten op algemeen gebied

Er zijn een aantal knelpunten bij de fiscale eenheid op nationaal gebied, dat wil zeggen in zuiver binnenlandse situaties. Het eerste probleem betreft de winstneming op schulden bij de voeging van de schuldenaar. Op het moment dat een vordering op een dochtermaatschappij wordt verworven onder de nominale waarde en er vervolgens een fiscale eenheid wordt aangegaan met de schuldenaar, dan moet de schuldenaar een winst nemen ter grootte van het verschil tussen de nominale waarde en de waarde van de vordering o.g.v. art. 15ab, lid 6, Wet VPB 1969. De praktijk probeert dit probleem te voorkomen door een dergelijke vordering om te zetten voordat de fiscale eenheid tot stand komt.⁴⁶ Het probleem is hier dus dat er een winst genomen moet worden o.b.v. een wettelijke bepaling, terwijl er in feite geen winst wordt gemaakt. Desondanks is het een logisch gevolg uit de systematiek van de fiscale eenheid.

Verder is er een knelpunt met betrekking tot de bepaling van het opgeofferde bedrag bij ontvoeging. Sinds de invoering van de huidige fiscale eenheid in 2003 regelt art. 13d, lid 8, Wet VPB 1969 de hoogte van het opgeofferde bedrag van een deelneming in een dochtermaatschappij die ontvoegd is. Hiervoor was het opgeofferde bedrag bij ontvoeging simpelweg gelijk aan het opgeofferde bedrag voor de deelneming. Sinds 2003 is het opgeofferde bedrag gelijk aan het fiscaal eigen vermogen minus de toelaatbare reserves. Bij de invoering is door de Staatssecretaris van Financiën aangegeven dat er bewust is gekozen

⁴⁶ A.C.P. Bobeldijk, 'Recente ontwikkelingen ten aanzien van de fiscale eenheid vennootschapsbelasting', *NtFR Beschouwingen* 2020/9, par. 3.1.

voor een eenvoudige regeling.⁴⁷ Dit is een opvallend argument, aangezien er een aantal wettelijke bepalingen in de Wet VPB 1969 zijn die complexiteit niet ontberen. Het knelpunt ligt in het feit dat bij een voeging en latere ontvoeging van een dochtermaatschappij, de goodwill niet meer tot het opgeofferde bedrag behoort. Deze regeling werkt dus in het nadeel van de belastingplichtige.⁴⁸ Mijns inziens werkt de verandering in deze regeling economisch verstorend. Bovendien is het niet in lijn met het doel en strekking van de fiscale eenheid. Aangezien de nieuwe regeling, omwille van eenvoud, in het nadeel werkt van de belasting is het een economisch verstorende regeling, die tevens niet in lijn is met doel en strekking van de fiscale eenheid.

3.2.2 Knelpunten op het gebied van complexiteit

Daarnaast is er nog een knelpunt met de fiscale eenheid i.c.m. verliesverrekening, wat vaak leidt tot complexe situaties. De regeling werkt in het nadeel van belastingplichtigen. De verliesverrekeningsproblematiek wordt complex op het moment dat een bestaande fiscale eenheid wordt opgenomen in een nieuwe fiscale eenheid. De compensabele verliezen van de bestaande fiscale eenheid worden verrekend met de winsten van de nieuwe fiscale eenheid, voor zover de winst toe te rekenen is aan de maatschappijen die voor het voegingsmoment tot de bestaande fiscale eenheid behoorden. De verliesverrekeningsproblematiek wordt nog complexer op het moment dat er vervolgens een van de dochtermaatschappijen wordt ontvoegd.⁴⁹ Uit het arrest van de Hoge Raad van 13 mei 2011 blijkt dat bij de toepassing van art. 15af, lid 1, onderdeel b, Wet VPB 1969, de mee te geven verliezen moeten worden bepaald op het ontvoegingstijdstip.⁵⁰ De uitspraak werd met enige kritiek ontvangen door de vakliteratuur.⁵¹ De oorzaak hiervan ligt in het feit dat uit de wettekst van art. 15af, lid 1, onderdeel b, Wet VPB 1969 voortvloeit dat de omvang van het eventuele mee te geven verlies slechts na afloop van het boekjaar van de moedermaatschappij kan worden vastgesteld.⁵² De complexiteit in deze situaties komt het regime van de fiscale eenheid niet ten goede en vormt dus een knelpunt.

Bovendien is de Wet VPB 1969 door de wet aanpassing fiscale eenheid een aantal complexe bepalingen rijker geworden. De aanpassingen zijn ingevoerd om te voorkomen dat een verlies twee keer ten laste van het resultaat kan worden gebracht. Dit zou bijvoorbeeld kunnen voorkomen in situaties waarbij een fiscale eenheid wordt gevormd met een niet in Nederland gevestigde tussenhoudstermaatschappij. Vervolgens kan een verlies mogelijk

⁴⁷ *Kamerstukken I* 2001/02, 26 854, nr. 45d, p. 16.

⁴⁸ A.C.P. Bobeldijk, 'Recente ontwikkelingen ten aanzien van de fiscale eenheid vennootschapsbelasting', *NTFR Beschouwingen* 2020/9, par. 4.1.

⁴⁹ A.C.P. Bobeldijk, 'Recente ontwikkelingen ten aanzien van de fiscale eenheid vennootschapsbelasting', *NTFR Beschouwingen* 2020/9, par. 4.2.

⁵⁰ HR 13 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP7962.

⁵¹ A.W. Hofman, 'Verliezen meegeven bij ontvoeging: vraagtekens bij HR 13 mei 2011', *WFR* 2013/553, par. 1.

⁵² A.C.P. Bobeldijk, 'Recente ontwikkelingen ten aanzien van de fiscale eenheid vennootschapsbelasting', *NTFR Beschouwingen* 2020/9, par. 5.1.

twee keer ten laste van het resultaat van de fiscale eenheid gebracht worden, wanneer de tussenhoudstermaatschappij is gefinancierd met een lening door de fiscale eenheid en deze vordering wordt afgewaardeerd. Hierdoor heeft de wetgever wijzigingen aangebracht in de Wet VPB 1969 om de mogelijkheid tot dubbele verliesneming tegen te gaan, zoals art. 15ac, lid 2, en lid 7, evenals art. 15ah, lid 3 Wet VPB 1969. De kritiek vanuit de vakliteratuur op deze bepalingen gaat er met name over dat de bepalingen onduidelijk zijn en gericht zijn op situaties die zelden voorkomen.⁵³

3.2.3 Knelpunten op administratief gebied

Vervolgens is er een veel genoemd voordeel van de fiscale eenheid, namelijk de administratieve vereenvoudiging en de beperking van de administratieve lasten. De reden hiervoor komt voort uit de essentie van de fiscale eenheid, omdat deze het mogelijk maakt voor bijvoorbeeld een moeder- en dochtermaatschappij, die gevoegd is in fiscale eenheid, om gezamenlijk te voldoen met één aangifte voor de vennootschapsbelasting. Toch vergt deze ogenschijnlijk eenvoudige logica enige nuancering. Volgens cijfers van het Ministerie van Financiën uit 2015 zijn er in Nederland 100.000 fiscale eenheden, waarin ruwweg 200.000 dochtermaatschappijen zijn gevoegd. Voor de vennootschapsbelasting zijn ongeveer 745.000 belastingplichtige lichamen. Geconcludeerd kan worden dat het bestaan van de fiscale eenheid het aantal belastingaangiftes vermindert met 20%.⁵⁴ Daarentegen betekent dit niet dat de belastingdienst 200.000 aangiften minder te beoordelen heeft, omdat elke aangifte de vermogens en resultaten van de gevoegde maatschappijen bevat. De omvang van de controle wordt dus niet minder door de gezamenlijke aangifte van de fiscale eenheid, behalve het feit dat onderlinge transacties voor een deel genegeerd kunnen worden.⁵⁵ Bovendien heeft de fiscale eenheid inmiddels zoveel bepalingen met betrekking tot onderlinge rechtsverhoudingen en transacties dat van administratieve vereenvoudiging en beperking van administratieve lasten geen sprake meer kan zijn.

3.3 Knelpunten op internationaal gebied

3.3.1 Inleiding

De knelpunten op internationaal gebied komen voornamelijk voort uit Europese rechtspraak van het HvJ. Het gaat hier met name over grensoverschrijdende vraagstukken van discriminatie of belemmering i.c.m. de fiscale eenheid. De meeste knelpunten die hierdoor zijn ontstaan, zijn reeds opgelost met de wetswijzigingen. Echter is en blijft het grensoverschrijdende aspect i.c.m. de fiscale eenheid een zwak punt, te meer aangezien er nog Europese rechtspraak kan komen over bepaalde facetten van de fiscale eenheid.

⁵³ A.C.P. Bobeldijk, 'Recente ontwikkelingen ten aanzien van de fiscale eenheid vennootschapsbelasting', *NtFR Beschouwingen* 2020/9, par. 5.5.

⁵⁴ R.P. van den Dool & M. Nieuweboer, 'Een territoriale groepsregeling - deel 1', *WFR* 2019/227, par. 4.1.

⁵⁵ R.P. van den Dool & M. Nieuweboer, 'Een territoriale groepsregeling - deel 1', *WFR* 2019/227, par. 4.1.

Derhalve is het van belang de arresten te onderzoeken die hebben geleid tot de wetswijzigingen, die de knelpunten en onzekerheden omtrent veringbaarheid met het EU-recht moesten wegnemen.

3.3.2 Papillon

Het eerste Europese arrest dat zorgde voor onzekerheden omtrent de fiscale eenheid en de verenigbaarheid met het EU-recht, betreft het arrest Papillon. Een Franse Société, genaamd Papillon, wilde haar winsten en verliezen kunnen compenseren met de winsten en verliezen van haar Franse kleindochtermaatschappijen, d.m.v. fiscale integratie, de Franse fiscale eenheid. De aandelen in de kleindochtermaatschappijen worden echter gehouden via een Nederlandse tussenhoudstermaatschappij. De Franse fiscus stelde dat Papillon geen fiscale integratie kon toepassen, vanwege het feit dat de aandelen in de kleindochtermaatschappijen werden gehouden via een Nederlandse tussenhoudstermaatschappij. De Nederlandse tussenhoudstermaatschappij kon volgens de Franse fiscus geen gebruik maken van de Franse regels omtrent de fiscale integratie. De Franse rechter in deze zaak heeft prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ.⁵⁶

In deze zaak gaat het in feite om twee prejudiciële vragen, die volgens het HvJ gezamenlijk onderzocht moeten worden. Ten eerste wordt gevraagd of de onmogelijkheid in de regeling om een fiscale integratie aan te gaan met een kleindochtervennootschap, wanneer deze aandelen worden gehouden door de moedervernootschap via een dochtervennootschap, die niet gevestigd is in Frankrijk, een beperking is van de vrijheid van vestiging. Ten tweede wordt gevraagd, wanneer de eerste vraag positief wordt beantwoord, of zo een beperking gerechtvaardigd kan worden met een beroep op de noodzaak de samenhang van het fiscale stelsel te waarborgen.⁵⁷

Voordat de prejudiciële vragen beantwoord konden worden, was het noodzakelijk een aantal feiten te constateren. Het HvJ merkte op dat de vrijheid van vestiging beoogt een gelijke behandeling van eigen en buitenlandse ondernemingen te garanderen.⁵⁸ Verder wordt vastgesteld dat de fiscale integratie regeling een belastingvoordeel oplevert voor de moedervernootschap, omdat deze de winsten en verliezen van alle vennootschappen binnen de groep kan verrekenen.⁵⁹ Een moedervernootschap die in Frankrijk gevestigd is en die aandelen houdt in haar kleindochter, die eveneens in Frankrijk is gevestigd, via een tussenhoudster die niet in Frankrijk is gevestigd, kan niet van de voordelen van de fiscale integratie regeling genieten, terwijl dit wel mogelijk was geweest wanneer de

⁵⁶ HvJ EU 27 november 2008, C-418/07, ECLI:EU:C:2008:659, V-N 2008/59.20, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws (*Papillon*), p. 1.

⁵⁷ HvJ EU 27 november 2008, C-418/07, ECLI:EU:C:2008:659 (*Papillon*), r.o. 13.

⁵⁸ HvJ EU 27 november 2008, C-418/07, ECLI:EU:C:2008:659 (*Papillon*), r.o. 16.

⁵⁹ HvJ EU 27 november 2008, C-418/07, ECLI:EU:C:2008:659 (*Papillon*), r.o. 18.

tussenhoudster in Frankrijk was gevestigd.⁶⁰ Volgens het HvJ is het belangrijk om vast te stellen of de grensoverschrijdende situatie vergelijkbaar is met de binnenlandse situatie. Vervolgens meent het HvJ dat de situaties objectief vergelijkbaar zijn. Hierdoor kan geconcludeerd worden dat er sprake is van een ongelijke behandeling o.g.v. de plaats van zetel van de dochtermaatschappij.⁶¹ Doordat grensoverschrijdende situaties worden benadeeld t.o.v. louter binnenlandse situaties is er sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging.⁶² Er werden een aantal rechtvaardigingsgronden gegeven, zoals de noodzaak om de verdeling van heffingsbevoegdheid tussen lidstaten te handhaven. Een andere rechtvaardigingsgrond die genoemd werd, is de noodzaak om de samenhang van het belastingstelsel te waarborgen. De rechtvaardigingsgronden werden door het HvJ als ongegrond beoordeeld. Bovendien vond het HvJ de regeling niet proportioneel.⁶³

Kort samengevat heeft het HvJ dus geoordeeld dat de Franse fiscale eenheid in strijd is met het EU-recht. Het HvJ oordeelt dat er sprake is van een ongelijke behandeling, omdat een Franse moederverenootschap wel een fiscale integratie aan kan gaan met een Franse dochtermaatschappij en kleindochtermaatschappij, maar dit niet kan wanneer er een buitenlandse tussenhoustermaatschappij tussen zit. Verder oordeelde het HvJ dat er sprake is van een ongelijke behandeling die gebaseerd is op de zetelplaats van de dochtermaatschappij, die fungeert als tussenhouster. Bovendien oordeelde het HvJ dat de Franse regelgeving omtrent de fiscale integratie belastingplichtigen verhindert bewijs te kunnen leveren, dat er geen dubbele verliesverrekening plaatsvindt.

3.3.3 De gevolgen voor de Nederlandse fiscale eenheid

De uitspraak van het HvJ in de zaak Papillon over de Franse fiscale integratie had ook gevolgen voor de Nederlandse fiscale eenheid. In de fiscale praktijk en de vakliteratuur werd in 2009 al geconstateerd dat deze uitspraak een probleem kon gaan vormen voor de fiscale eenheid i.c.m. het Europese recht. Een fiscale eenheid vormen met een in Nederland gevestigde moedermaatschappij en een in Nederland gevestigde kleindochtermaatschappij, waarvan de aandelen worden gehouden door een tussenmaatschappij die in een andere lidstaat is gevestigd, was in Nederland slechts mogelijk als er aan vier voorwaarden werd voldaan.⁶⁴ De vier voorwaarden waren neergelegd in art. 15, lid 4 Wet VPB 1969 jo art. 30, lid 1, Besluit fiscale eenheid 2003.⁶⁵

⁶⁰ HvJ EU 27 november 2008, C-418/07, ECLI:EU:C:2008:659 (*Papillon*), r.o. 21.

⁶¹ HvJ EU 27 november 2008, C-418/07, ECLI:EU:C:2008:659 (*Papillon*), r.o. 31.

⁶² HvJ EU 27 november 2008, C-418/07, ECLI:EU:C:2008:659 (*Papillon*), r.o. 32.

⁶³ HvJ EU 27 november 2008, C-418/07, ECLI:EU:C:2008:659 (*Papillon*), r.o. 62.

⁶⁴ F.A. Engelen, 'De gevolgen van de zaak Papillon voor de Nederlandse fiscale eenheid', *NtFR* 2009/73, par. 3.1.

⁶⁵ Ten eerste moest de dochtervenootschap naar aard en inrichting vergelijkbaar zijn met een naar Nederlands recht opgerichte bv of nv. Ten tweede moest de dochtervenootschap in Nederland een onderneming drijven d.m.v. een vaste inrichting en het heffingsrecht over de winsten aan Nederland zijn toegewezen. Ten derde moesten de aandelen in de kleindochtervenootschap tot het vermogen behoren van

Deze voorwaarden zijn een extra obstakel voor concerns die de bedrijfsstructuur in die hoedanigheid zouden willen opzetten. Dit resulteert in een beperking van de vrijheid van vestiging voor de moedermaatschappij. De beperking van vrijheid van vestiging zou gerechtvaardigd zijn op de grond van samenhang van het belastingstelsel, bijvoorbeeld het voorkomen van de mogelijkheid tot dubbele verliesverrekening.⁶⁶ Het lag echter al in de lijn der verwachting dat deze beperking verder gaat dan noodzakelijk is en niet gerechtvaardigd is, doordat het gevaar op dubbele verliesverrekening zich ook in andere situaties voor kan doen en dit ook onderkent is door de wetgever.⁶⁷ Bovendien had de Franse wetgever ook dit argument aangedragen in de zaak Papillon, echter vond het HvJ in deze zaak dit argument niet overtuigend.

Uiteindelijk werd door het HvJ in een drietal zaken geoordeeld dat de fiscale eenheid in strijd is met het EU-recht.⁶⁸ Hierdoor werden er maatregelen getroffen door de wetgever.⁶⁹ Door de maatregelen werd het mogelijk voor een moedermaatschappij die in Nederland is gevestigd een fiscale eenheid te vormen met een kleindochtermaatschappij die tevens in Nederland is gevestigd, maar waarvan de aandelen worden gehouden door een tussenhoudstermaatschappij die in een andere lidstaat is gevestigd. Bovendien werd het mogelijk voor zustermaatschappijen die beiden in Nederland zijn gevestigd om samen een fiscale eenheid te vormen, terwijl een topmaatschappij in een andere lidstaat gevestigd is.⁷⁰

3.3.4 Groupe Steria

Vervolgens was er in 2015 een uitspraak van het HvJ in het arrest Groupe Steria.⁷¹ In dit arrest gaat het over de Franse concernregeling. Het was echter meteen al duidelijk dat dit arrest potentieel een groot belang zou kunnen spelen in de toekomst van de Nederlandse fiscale eenheid.

In Frankrijk worden winstuitkeringen van de dochtervennootschap aan de moedervernootschap niet belast. Er geldt echter een uitzondering voor 5% van de winstuitkeringen, hetgeen ook niet aftrekbaar is van de belastinggrondslag. Wanneer de moedervernootschap en dochtervennootschap echter deel uitmaken van de Franse concernregeling zijn de winstuitkeringen uit de dochtervennootschap volledig vrijgesteld.⁷²

de in Nederland gevestigde vaste inrichting van de dochtervennootschap. Ten slotte moest de dochtervennootschap onderdeel zijn van de fiscale eenheid met de moedervernootschap.

⁶⁶ F.A. Engelen, 'De gevolgen van de zaak Papillon voor de Nederlandse fiscale eenheid', *NtFR* 2009/73, par. 3.1.

⁶⁷ F.A. Engelen, 'De gevolgen van de zaak Papillon voor de Nederlandse fiscale eenheid', *NtFR* 2009/73, par. 3.1.

⁶⁸ HvJ EU 12 juni 2014, C-39/13, C-40/13 en C-41/13, ECLI:EU:C:2014:1528.

⁶⁹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34323, nr. 3, p. 1.

⁷⁰ *Kamerstukken II* 2015/16, 34323, nr. 3, p. 3.

⁷¹ HvJ EU 2 september 2015, C-386/14, ECLI:EU:C:2015:524 (*Groupe Steria*).

⁷² HvJ EU 2 september 2015, C-386/14, ECLI:EU:C:2015:524, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws (*Groupe Steria*), p. 1.

De situatie bij Groupe Steria was als volgt. Een dochtervennootschap van Groupe Steria ontving inkomsten uit deelnemingen die in andere EU-lidstaten gevestigd waren. Groupe Steria was voornemens de aftrek te claimen voor 5% van de winstuitkeringen. De Franse fiscus weigerde de aftrek, omdat buitenlandse vennootschappen geen deel uit kunnen maken van de Franse concernregeling.⁷³

De Franse rechter stelde een prejudiciële vraag aan het HvJ. Het HvJ oordeelde dat de Franse regeling in strijd is met EU-recht, omdat Frankrijk de aftrek van 5% van de winstuitkeringen niet toestaat voor deelnemingen in andere EU-lidstaten. De oorzaak hiervan ligt in het feit dat alleen Franse vennootschappen deel uit kunnen maken van de Franse concernregeling, hetgeen een beperking van de vrijheid van vestiging vormt die niet kan worden gerechtvaardigd.⁷⁴

3.3.5 De gevolgen voor de Nederlandse fiscale eenheid

3.3.5.1 Inleiding

De zaken X bv en X nv zijn twee Nederlandse zaken en leggen een belangrijk knelpunt bloot van de Nederlandse fiscale eenheid. Het HvJ heeft in deze zaken geoordeeld dat Nederland in strijd met het EU-recht handelt. De oorzaak hiervan ligt in het feit dat Nederland X bv niet toestaat om de rente op een lening ten laste van de winst te brengen, omdat die verband houdt met een kapitaalstorting in een dochtervennootschap.⁷⁵ Het gevolg was de introductie van de per-element-benadering als toevoeging in het stelsel van de fiscale eenheid. Deze benadering houdt in dat Nederland specifieke voordelen die voortvloeien uit de fiscale eenheid niet mag beperken tot enkel Nederlandse concerns.⁷⁶

Het HvJ heeft op 22 februari 2018 uitspraak gedaan over deze twee Nederlandse zaken. Ten eerste de zaak waarin X bv de belanghebbende is, die deel uitmaakt van een Zweeds concern en als houdstermaatschappij fungeert. In 2014 geeft het concern aan dat het een Italiaanse concernvennootschap van de Italiaanse beurs wil halen. Een Italiaanse adviseur van X bv richt hierom een Italiaanse vennootschap op. Vervolgens neemt X bv de aandelen van deze vennootschap over van de adviseur en via deze Italiaanse vennootschap worden de aandelen van de Italiaanse concernvennootschap ingekocht. Om dit te bewerkstelligen stort X bv 237 miljoen euro in de Italiaanse vennootschap. X bv had dit bedrag geleend van een Zweedse concernvennootschap en brengt de verschuldigde rente van 6,5 miljoen euro ten

⁷³ HvJ EU 2 september 2015, C-386/14, ECLI:EU:C:2015:524, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws (*Groupe Steria*), p. 1.

⁷⁴ HvJ EU 2 september 2015, C-386/14, ECLI:EU:C:2015:524, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws (*Groupe Steria*), p. 1.

⁷⁵ HvJ EU 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110, V-N 2018/11.14, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws (*X*), p. 1.

⁷⁶ F. Elswier, Fiscale eenheid: een dynamisch regime binnen de VPB, Thema 2022, p. 1 (online, bijgewerkt 20 januari 2022).

laste van de winst. De inspecteur stond de aftrek van rente niet toe. Het hof gaf de inspecteur gelijk waarna X bv in cassatie ging.⁷⁷

3.3.5.2 X bv arrest

In de zaak van X bv heeft de Hoge Raad een prejudiciële vraag aan het HvJ gesteld. De vraag was of een nationale regeling in strijd is met de vrijheid van vestiging als deze regeling ertoe leidt dat een moedervenootschap m.b.t. een geldlening die verband houdt met een kapitaalstorting in een dochtervenootschap in een andere lidstaat, geen aftrek van rente toestaat, terwijl deze aftrek wel zou kunnen plaatsvinden wanneer de moeder- en dochtervenootschap zijn gevoegd in fiscale eenheid.⁷⁸ De aftrek van rente kan wel plaatsvinden wanneer er een fiscale eenheid was gevormd, omdat de kenmerken van de fiscale eenheid tot gevolg zou hebben dat de kapitaalstorting in de dochtervenootschap niet zichtbaar zou zijn.

Voordat het HvJ toekomt aan de beantwoording van de prejudiciële vraag, benoemt het kort de strekking van het arrest X Holding. In dat arrest is reeds door het HvJ geconstateerd dat de fiscale eenheid een regeling is die voordelen biedt voor belastingplichtigen.⁷⁹ Doordat een moedervenootschap met een dochtervenootschap in een andere lidstaat door de Nederlandse wetgeving worden uitgesloten van dit voordeel, omdat het niet mogelijk is om een fiscale eenheid te vormen, wordt de moedervenootschap belemmerd in haar vrijheid van vestiging.⁸⁰ Toch vond het HvJ de regeling gerechtvaardigd vanwege de noodzaak om de verdeling van heffingsbevoegdheid tussen lidstaten te behouden.⁸¹

Bij de beantwoording van de prejudiciële vraag constateert het HvJ als eerst dat er inderdaad sprake is van een verschil in behandeling. Dit verschil ontstaat door de werking van artikel 10a Wet VPB 1969 en de fiscale eenheid. Volgens artikel 10a Wet VPB 1969 kunnen renten die betrekking hebben op geldleningen die zijn aangegaan bij verbonden lichamen niet in aftrek van de winst komen voor zover deze leningen verband houden met kapitaalstortingen en verwerving van aandelen.⁸² Verder wordt een kapitaalstorting niet waargenomen bij een fiscale eenheid, waardoor artikel 10a geen toepassing vindt bij deze structuur. Dit heeft tot gevolg dat de renten op deze geldleningen bij deze structuren wel ten laste van de winst mogen komen.⁸³ Een fiscale eenheid kan alleen gevormd worden tussen vennootschappen die in Nederland zijn gevestigd. Dit resulteert erin dat er een verschil in behandeling is waar te nemen volgens het HvJ tussen een moedervenootschap

⁷⁷ HvJ EU 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110, V-N 2018/11.14, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws (X), p. 1.

⁷⁸ HvJ EU 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110 (X), r.o. 9.

⁷⁹ HvJ EU 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110 (X), r.o. 21.

⁸⁰ HvJ EU 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110 (X), r.o. 22.

⁸¹ HvJ EU 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110 (X), r.o. 23.

⁸² HvJ EU 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110 (X), r.o. 27.

⁸³ HvJ EU 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110 (X), r.o. 29.

en een dochtervennootschap die beiden in Nederland zijn gevestigd en een moedervennootschap met een dochtervennootschap in een andere lidstaat. De moeder- en dochtervennootschap die beiden in Nederland zijn gevestigd, worden niet beperkt door een weigering van aftrek van renten, terwijl de moedervennootschap met een dochtervennootschap in een andere lidstaat hierin wel beperkt worden, omdat de renteaftrek geweigerd kan worden.⁸⁴

Vervolgens beoordeelt het HvJ of de situaties vergelijkbaar zijn en of er eventueel een rechtvaardigingsgrond bestaat. Er wordt daarbij gekeken naar de vergelijkbaarheid tussen de grensoverschrijdende situatie en de binnenlandse situatie. Het HvJ kwam daarbij tot de conclusie dat er reeds in een eerder arrest van X Holding was geoordeeld dat de regeling van de fiscale eenheid bij de binnenlandse en grensoverschrijdende situaties objectief vergelijkbaar is.⁸⁵ De Nederlandse regering heeft tijdens het proces van X bv drie verschillende rechtvaardigingsgronden genoemd voor het geconstateerde verschil in behandeling. Als eerste de noodzaak om de verdeling van heffingsbevoegdheden tussen lidstaten te handhaven, vervolgens de noodzaak om de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel te verzekeren en tenslotte het bestrijden van belastingontwijking en fraude die bedoeld is belasting te ontwijken met kunstmatige constructies. Het HvJ heeft in dit arrest geen van deze drie rechtvaardigingsgronden erkend als voldoende om het verschil in behandeling te rechtvaardigen.⁸⁶

3.3.5.3 X nv arrest

Ten tweede de zaak waarin X nv de belanghebbende is en moedermaatschappij is van een fiscale eenheid en bovendien een 100% belang bezit in een vennootschap in het Verenigd Koninkrijk. De deelneming in het Verenigd Koninkrijk heeft deelnemingen in verschillende vennootschappen, waarvan een in een subholdingvennootschap in Nederland. Deze subholdingvennootschap heeft drie eurovorderingen op de fiscale eenheid. Door een reorganisatie houdt de fiscale eenheid het belang in de subholdingvennootschap rechtstreeks. Tevens houdt X nv het belang in de deelneming in het Verenigd Koninkrijk niet meer rechtstreeks maar via een Luxemburgse vennootschap. X nv beweert grote aftrekbare valutaverliezen te hebben geleden en brengt deze ten laste van de winst. Het hof oordeelde dat de valutaverliezen aftrekbaar zijn van de winst. Dit had ten gevolge dat de staatssecretaris in cassatie is gegaan.⁸⁷

Het HvJ kwam tot de conclusie dat het antwoord op de prejudiciële vraag ontkennend beantwoord moet worden, hetgeen betekent dat de deelnemingsvrijstelling i.c.m. de fiscale

⁸⁴ HvJ EU 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110 (X), r.o. 30.

⁸⁵ HvJ EU 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110 (X), r.o. 36.

⁸⁶ HvJ EU 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110 (X), r.o. 49.

⁸⁷ HvJ EU 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110, V-N 2018/11.14, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws (X), p. 1.

eenheid niet de vrijheid van vestiging belemmeren of bepreken. De redenering achter deze beslissing is dat het nadeel dat een Nederlandse vennootschap heeft door de onmogelijkheid om valutaverliezen te verrekenen op niet ingezeten deelnemingen, niet te scheiden is van het voordeel dat daar tegenover staat namelijk het niet belasten van valutawinsten. De deelnemingsvrijstelling wordt dus gezien als een regeling die noch voordelig noch nadelig is, hierdoor kan deze niet de oorzaak zijn van een verschil in behandeling en dus ook niet een beperking van de vrijheid van vestiging vormen.⁸⁸ In deze zaak van X nv heeft het beroep dat belanghebbende deed op het scenario, dat de verliezen wel aftrekbaar zouden zijn bij een fiscale eenheid geen succes gehad. Het HvJ oordeelde dat de gevallen in deze zaak niet gelijk zijn en dus niet vergelijkbaar zijn. Uiteindelijk bleek het arrest X nv geen knelpunt te zijn voor de fiscale eenheid.

3.4 Overzicht van de arresten

Resumerend heeft het HvJ in de zaak van X bv geoordeeld dat het in strijd met EU-recht is dat X bv de rente op de geldlening niet ten laste van de winst mocht brengen van Nederland, omdat de lening in verband gebracht kon worden met een kapitaalstorting in een dochtervennootschap die in een andere lidstaat was gevestigd. Het kardinale punt in de overweging van het HvJ was dat X bv wel de rente in aftrek had kunnen brengen, wanneer deze was gevoegd met de dochtervennootschap en deze ook gevestigd was in Nederland. In de zaak van X nv heeft het HvJ geoordeeld dat het niet in strijd is met EU-recht dat Nederland de aftrek van valutaverlies niet toestaat.⁸⁹

De zaak van X bv is een belangrijk arrest voor de Nederlandse fiscale eenheid, omdat het een cruciaal knelpunt van de fiscale eenheid i.c.m. het EU-recht blootlegt. Het bevestigt namelijk dat de per element-benadering ook geldt voor de Nederlandse fiscale eenheid. Concreet betekent dit dat voor elk voordelig element van de fiscale eenheid bekeken moet worden of het specifieke voordeel uitgebreid dient te worden voor grensoverschrijdende situaties. Deze benadering is in een eerder arrest ontwikkeld door het HvJ betreffende het Franse fiscale-groepsregime in de zaak van Groupe Steria.⁹⁰ De uitspraak in het arrest van X bv heeft geleid tot aanpassing van de fiscale eenheid in 2019 in de vorm van de Wet spoedreparatie fiscale eenheid. De wetgever was genoodzaakt deze aanpassingen te doen omdat het anders de belastinggrondslag van internationaal bedrijven zal uithollen. De maatregelen moesten ervoor zorgen dat voordelen in EU-situaties worden onthouden. Dit werd bereikt door binnenlandse situaties strikter te behandelen en voordelen te weigeren, zodat er geen sprake meer was van een ongelijke behandeling. Als gevolg van de wetwijzigingen worden

⁸⁸ HvJ EU 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110 (X), r.o. 59.

⁸⁹ HvJ EU 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110, V-N 2018/11.14, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws (X), p. 2.

⁹⁰ HvJ EU 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110, V-N 2018/11.14, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws (X), p. 10.

bepaalde regelingen in de vennootschapsbelasting toegepast alsof er geen fiscale eenheid is en de maatschappijen dus zelfstandig belastingplichtig zijn.⁹¹

De volgende regelingen worden toegepast alsof er geen fiscale eenheid is, te weten de artikelen 10a, 13, lid negen tot en met lid vijftien en het zeventiende lid, 13l en 20a Wet VPB 1969. Bij art. 10a Wet VPB 1969 gaat het over de toepassing van de renteaftrekbeperking ter voorkoming van winstdrainage. Verder gaat het over bepaalde onderdelen van de deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet VPB 1969. Bij art. 13l ging het over de renteaftrekbeperking bovenmatige deelnemingsrente, deze bepaling is echter komen te vervallen. Tot slot gaat dit ook over de verliesverrekening bij wijziging van het belang ex art. 20a Wet VPB 1969.⁹² Nadien zijn er nog een aantal artikelen toegevoegd aan art. 15, lid 16 Wet VPB 1969, te weten artikelen 13a en 15ba Wet VPB 1969. Deze regelingen worden dus ook toegepast alsof er geen fiscale eenheid is.⁹³

Na de aankondiging van de wetswijziging was het onduidelijk wat de betekenis en de precieze reikwijdte van het wegdenken van de fiscale eenheid inhoudt. Er is hier door de parlementaire behandeling steeds meer duidelijkheid over gekomen. Het wegdenken van de fiscale eenheid houdt in dat de consolidatie voor de regelingen die genoemd zijn in art. 15, lid 16 Wet VPB 1969 niet plaatsvindt. Hierbij is er geen sprake van een fictieve beëindiging van de fiscale eenheid. De fiscale eenheid wordt dus weggedacht voor alle bepalingen die zijn genoemd in art. 15, lid 16 Wet VPB 1969 en alle regelingen die daarmee verband houden. Het is afhankelijk van de betreffende wetswijziging en van de feiten en omstandigheden van elke situatie apart om te weten welke samenhangende regelingen dat zijn.⁹⁴

Voor de bepalingen die in art. 15, lid 16 Wet VPB 1969 worden genoemd, geldt dat de fiscale eenheid niet onbeperkt maar beperkt wordt weggedacht. Als hoofregel wordt er gedaan alsof de vennootschappen die deel uitmaken van de fiscale eenheid zelfstandig belastingplichtig zijn. Vervolgens wordt de uitzondering toegepast waardoor het bestaan van de fiscale eenheid onder omstandigheden toch wordt erkend. De uitzondering komt aan bod als het wegdenken van de fiscale eenheid een alternatieve fiscale werkelijkheid creëert.⁹⁵

De art. 10a situaties die betrekking hebben op externe leningen die verband houden met een interne besmette rechtshandeling zijn terecht toegevoegd aan de wetswijzigingen. Hiermee worden de strijdigheden met de vrijheid van vestiging weggenomen die resulteerde

⁹¹ *Kamerstukken II 2017/18*, 34959, nr. 3, p. 4.

⁹² *Kamerstukken II 2017/18*, 34959, nr. 3, p. 9.

⁹³ Art. 15, lid 16 Wet VPB 1969

⁹⁴ G.C. van der Burgt & M.H.C. Ruijschop, 'Spoedreparatie fiscale eenheid: de slotbalans', *TFO* 2019/164.2, par. 3.

⁹⁵ G.C. van der Burgt & M.H.C. Ruijschop, 'Spoedreparatie fiscale eenheid: de slotbalans', *TFO* 2019/164.2, par. 3.

uit het X bv arrest.⁹⁶ Van Der Burgt en Ruijschop zijn van mening dat het huidige regime van de fiscale eenheid met deze wetswijzigingen toekomstbestendig is, op voorwaarde dat de wetswijzigingen uitsluitend repareren wat noodzakelijk is en inhoudelijk proportioneel worden vormgegeven. Bovendien menen Van Der Burgt en Ruijschop dat de wetgever tot dusver hier nog niet in geslaagd is.⁹⁷

⁹⁶ G.C. van der Burgt & M.H.C. Ruijschop, 'Spoedreparatie fiscale eenheid: de slotbalans', *TFO* 2019/164.2, par. 4.4.

⁹⁷ G.C. van der Burgt & M.H.C. Ruijschop, 'Spoedreparatie fiscale eenheid: de slotbalans', *TFO* 2019/164.2, par. 8.

3.5 Deelconclusie

Het huidige regime van de fiscale eenheid bestaat al een geruime tijd en heeft een aantal knelpunten. In dit hoofdstuk zijn de knelpunten onderzocht van de fiscale eenheid op nationaal en internationaal gebied. De deelvraag die in dit hoofdstuk centraal staat, is: wat zijn de knelpunten van de fiscale eenheid op nationaal en internationaal gebied?

Allereerst de knelpunten op nationaal gebied. Een van de knelpunten betreft de winstneming op schulden bij de voeging van de schuldenaar. Op het moment dat een vordering op een dochtermaatschappij wordt verworven onder de nominale waarde en er vervolgens een fiscale eenheid wordt aangegaan met de schuldenaar, dan moet de schuldenaar een winst nemen ter grootte van het verschil tussen de nominale waarde en waarde van de vordering. Er is ook een knelpunt met betrekking tot de bepaling van het opgeofferde bedrag bij ontvoeging. Het knelpunt ligt in het feit dat bij een voeging en latere ontvoeging van een dochtermaatschappij, de goodwill niet meer tot het opgeofferde bedrag behoort. Deze regeling werkt dus in het nadeel van de belastingplichtige.

Verder is er nog een knelpunt met de fiscale eenheid i.c.m. verliesverrekening, wat vaak leidt tot complexe situaties. Het gevolg van een uitspraak van de Hoge Raad betreffende dit onderwerp resulteerde erin dat het resultaat van de moedermaatschappij dat behaald is na de ontvoeging in hetzelfde boekjaar, niet de omvang van de mee te geven verliezen beïnvloedt. Bovendien wordt de verliesverrekeningsproblematiek complex op het moment dat een bestaande fiscale eenheid wordt opgenomen in een nieuwe fiscale eenheid. De verliesverrekeningsproblematiek wordt nog complexer op het moment dat er vervolgens een van de dochtermaatschappijen wordt ontvoegd. De complexiteit in deze situaties komt het regime van de fiscale eenheid niet ten goede en vormt dus een knelpunt.

Vervolgens de knelpunten op internationaal gebied. De knelpunten op internationaal gebied komen voornamelijk voort uit Europese rechtspraak van het HvJ. Het gaat hier met name over grensoverschrijdende vraagstukken van discriminatie of belemmering i.c.m. de fiscale eenheid. De belangrijkste arresten die hier betrekking op hebben zijn reeds besproken in dit hoofdstuk, zoals het Papillon arrest, het Groupe Steria arrest en het X bv arrest. De zaak van X bv toont een cruciaal knelpunt van de fiscale eenheid i.c.m. het EU-recht. Het bevestigt dat de per element-benadering ook geldt voor de Nederlandse fiscale eenheid. De uitspraak in onder andere het arrest van X bv heeft geleid tot aanpassing van de fiscale eenheid in 2019 in de vorm van de Wet spoedreparatie fiscale eenheid. De wetgever was genoodzaakt deze aanpassingen te doen, omdat het anders de belastinggrondslag van internationale bedrijven zal uithollen.

De meeste knelpunten die door de Europese jurisprudentie zijn ontstaan, zijn reeds opgelost met de wetwijzigingen. Echter blijft het grensoverschrijdende aspect i.c.m. de fiscale

eenheid een zwak punt, te meer aangezien er nog Europese rechtspraak kan komen over bepaalde facetten van de fiscale eenheid.

4. Welke potentieel interessante alternatieven zijn er?

4.1 Inleiding

De fiscale eenheid en de unieke consolidatiegedachte staan onder druk vanwege Europese jurisprudentie.⁹⁸ Het is daarom noodzakelijk alvast wat alternatieven te verkennen. Derhalve zullen er in dit hoofdstuk potentieel interessante alternatieven onderzocht worden. De alternatieven volgen uit de internetconsultatie van de wetgever. De alternatieven zullen beschreven worden met een korte toelichting en vervolgens zal er een beoordeling volgen aan de hand van vakliteratuur. De toetsingscriteria hiervoor zijn de voorwaarden die de wetgever voor ogen heeft bij een nieuwe fiscale groepsregeling. Een van de criteria is dat de nieuwe groepsregeling moet bijdragen aan goed ondernemingsklimaat. Verder moet de groepsregeling houdbaar zijn op EU-rechtelijk gebied. Ten slotte is het noodzakelijk dat het niet vatbaar is voor mismatches en er geen budgettaire risico's worden gelopen.⁹⁹ Er wordt voor deze criteria gekozen, omdat de wetgever dezelfde criteria hanteert.

Er zal geen aandacht besteed worden aan het overgangsrecht van eventuele nieuwe alternatieven. Het alternatief waarbij de fiscale eenheid volledig wordt afgeschaft en er geen vervangende groepsregeling wordt ingevoerd, zal als eerst aan bod komen. Vervolgens zal de optie aan waarbij de huidige fiscale eenheid behouden blijft, behandeld worden. Daarna zal een systeem met resultatensaldering onderzocht worden. Tenslotte wordt de optie met een grensoverschrijdende fiscale eenheid behandeld. Er zal worden afgesloten met een deelconclusie.

4.2 Volledige afschaffing van de fiscale eenheid en geen vervangende groepsregeling

4.2.1 Algemeen

Het eerste mogelijke scenario van de internetconsultatie is dat de huidige fiscale eenheid volledig wordt afgeschaft en er geen vervangende groepsregeling wordt ingevoerd. Het direct afschaffen van de fiscale eenheid zonder invoering van een nieuwe groepsregeling zal diepgaande gevolgen hebben voor het bedrijfsleven en de Belastingdienst, omdat de bestaande fiscale eenheden hierdoor worden geraakt. Internationaal gezien ligt deze optie ook niet voor de hand, aangezien de meeste landen inmiddels een groepsregeling hebben. Binnen de EU hebben slechts negen landen geen groepsregeling, hierdoor zal Nederland op dit gebied achterop raken t.o.v. andere landen.¹⁰⁰

⁹⁸ Internetconsultatiedocument, 'Eerste internetconsultatie nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting', 17 juni 2019, p. 1.

⁹⁹ Internetconsultatiedocument, 'Eerste internetconsultatie nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting', 17 juni 2019, p. 2.

¹⁰⁰ Internetconsultatiedocument, 'Eerste internetconsultatie nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting', 17 juni 2019, p. 4.

Het is de verwachting dat de afschaffing van de fiscale eenheid zal leiden tot een structurele budgettaire opbrengst. De grootte van het budgettaire effect zal afhankelijk zijn van de manier waarop bedrijven hun structuur op deze verandering zullen aanpassen. De wetgever heeft aangegeven ernaar te zullen streven om het wetsvoorstel budgettair neutraal te laten zijn. Dit houdt in dat een budgettaire opbrengst elders in de vennootschapsbelasting weer zal worden teruggesluisd en dat een budgettaire derving gedekt zal moeten worden in de vennootschapsbelasting.¹⁰¹ Op administratief gebied zal er door de Belastingdienst rekening gehouden moeten worden met het mogelijke gedragseffect waarbij bedrijven zullen fuseren of lichamen zullen liquideren waardoor er een toename zal zijn van het extra aangiftes. Het is tevens de verwachting dat de administratieve lasten voor het bedrijfsleven zullen toenemen bij dit scenario.¹⁰²

4.2.2 Beoordeling

Het voortbestaan van de concernregeling van de fiscale eenheid staat bij dit scenario ter discussie. Spanjers heeft zich hierover eerder al uitgelaten en meent dat het bij discussies over de fiscale eenheid ontbreekt aan een actuele beschouwing waarin de fiscale eenheid als concept in een breder maatschappelijk perspectief wordt geplaatst. Bovendien vraagt men zich af of de fiscale eenheid een wenselijke en houdbare belastingfaciliteit is.¹⁰³ De NOB heeft aangegeven dat een concernregeling wenselijk is, omdat het aansluit bij het neutraliteitsbeginsel. Het neutraliteitsbeginsel houdt in dat de belastingwetgeving de activiteiten van belastingplichtigen zo min mogelijk moet beïnvloeden. Als het neutraliteitsbeginsel wordt toegespitst op de concernregeling houdt dit in dat wanneer er bedrijfseconomische, organisatorische of juridische redenen zijn om een onderneming uit te oefenen in één lichaam dan wel te verdelen over meerdere lichamen, de belastingheffing hier zo min mogelijk een obstakel in dient te vormen.¹⁰⁴

Er is een empirisch onderzoek waaruit blijkt dat de mogelijkheid om verliezen te verrekenen binnen een groep vennootschappen van belang is voor de continuïteit van het MKB en het vestigingsklimaat voor multinationale ondernemingen.¹⁰⁵ Het MKB blijkt gevoeliger te zijn voor fiscale asymmetrie tussen winsten en verliezen dan het grootbedrijf.¹⁰⁶ De mogelijkheid van verliesoverdracht tussen vennootschappen binnen een groep van een concernregeling

¹⁰¹ Internetconsultatiedocument, 'Eerste internetconsultatie nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting', 17 juni 2019, p. 4.

¹⁰² Internetconsultatiedocument, 'Eerste internetconsultatie nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting', 17 juni 2019, p. 4.

¹⁰³ M.P.A. Spanjers, 'Fiscale eenheid is betwistbare belastingfaciliteit', *WFR* 2018/222.

¹⁰⁴ Position Paper, NOB, 'Startbijeenkomst nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting', 14 februari 2019, p. 1.

¹⁰⁵ Claire Crawford & Judith Freedman, *Small Business Taxation*, in: *Dimensions of tax design (The Mirrlees Review)*, Oxford University Press, 2011, Chapter 11, p. 1076-1086.

¹⁰⁶ Position Paper, J.L. van de Streek, 'Startbijeenkomst nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting', 14 februari 2019, p. 2.

neemt deze asymmetrie weg uit de vennootschapsbelasting. Dit zorgt er bijvoorbeeld voor dat het MKB een risicovolle onderneming kan starten in een aparte BV en tegelijkertijd de eventuele verliezen kan verrekenen met reeds aanwezige winsten binnen het concern.¹⁰⁷ Er is tevens een ander onderzoek waaruit blijkt dat multinationale ondernemingen meer dochtermaatschappijen oprichten in lidstaten met een concernregeling die de mogelijkheid geeft tot intra-groepsverliesrekening.¹⁰⁸ Hieruit blijkt dat investeringen 20% hoger zijn in landen met een concernregeling t.o.v. landen zonder een concernregeling. De conclusie die hieruit getrokken kan worden is dat de aanwezigheid van een concernregeling een significante invloed heeft op de manier waarop ondernemingen hun investeringen vormgeven. Het gevolg is dat de aanwezigheid van een concernregeling een positief effect kan hebben op investeringen door multinationale ondernemingen. Bovendien hebben de meeste lidstaten momenteel een concernregeling met de mogelijkheid tot verliesverrekening binnen de groep. Hierdoor is het in verband met de concurrentie met andere lidstaten onwenselijk om niet over een dergelijke concernregeling te kunnen beschikken.¹⁰⁹

Het is opvallend en teleurstellend dat het consultatiedocument geen indicatie geeft over wat de eventuele belastingopbrengst zou zijn bij afschaffing van de fiscale eenheid. Tevens is het ook niet duidelijk wat de belastingplichtige terugkrijgt bij een eventuele afschaffing van de fiscale eenheid.¹¹⁰

4.2.3 Afweging

Het afschaffen van de fiscale eenheid zonder een vervangende groepsregeling in te voeren, is mijns inziens niet wenselijk. De fiscale eenheid is een belangrijke belastingfaciliteit binnen de Wet VPB 1969, omdat het onder andere in overeenstemming is met het neutraliteitsbeginsel. Anders geformuleerd zorgt de fiscale eenheid ervoor dat belastingplichtigen zo min mogelijk fiscale beperkingen ervaren bij het uitoefenen van een onderneming. Verder blijkt uit onderzoek dat een concernregeling met verliesoverdracht een positief effect heeft op investeringen van multinationale ondernemingen. Bovendien lijkt ook het MKB te profiteren van het bestaan van de fiscale eenheid, omdat de mogelijkheid om verliezen te verrekenen binnen een groep vennootschappen van belang is voor de continuïteit van het MKB. Internationaal gezien zal het afschaffen van de fiscale eenheid zonder een vervangende groepsregeling in te voeren, resulteren in een

¹⁰⁷ Position Paper, J.L. van de Streek, 'Startbijeenkomst nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting', 14 februari 2019, p. 2.

¹⁰⁸ Claire Crawford & Judith Freedman, *Small Business Taxation*, in: *Dimensions of tax design (The Mirrlees Review)*, Oxford University Press, 2011, Chapter 11, par 4.1.

¹⁰⁹ Position Paper, J.L. van de Streek, 'Startbijeenkomst nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting', 14 februari 2019, p. 3.

¹¹⁰ F.J. Elswaier, 'Een toekomstbestendige concernregeling voor de vennootschapsbelasting', *TFO* 2019/164.1, par. 4.1.

verslechterde concurrentiepositie van Nederland t.o.v. andere lidstaten, aangezien de meeste lidstaten momenteel over een concernregeling beschikken met de mogelijkheid tot verliesoverdracht. Concluderend kan worden gesteld dat dit alternatief niet bijdraagt aan een goed ondernemingsklimaat.

Verder is het duidelijk dat er bij dit alternatief niet getoetst hoeft te worden aan het criteria of de groepsregeling houdbaar is op EU-rechtelijk gebied. Hetzelfde geldt voor het criterium, betreffende het niet vatbaar zijn voor mismatches en het niet lopen van budgettaire risico's.

Concluderend kan worden gesteld dat het niet wenselijk is dat de fiscale eenheid wordt afgeschaft zonder een alternatief in te voeren. Voorts ben ik van mening dat het afschaffen van de fiscale eenheid zonder het invoeren van een alternatief niet de juiste keuze is.

4.3 Het huidige fiscale eenheids-regime behouden met de bestaande wetwijzigingen en mogelijk uitbreiden met nieuwe repartie maatregelen

4.3.1 Algemeen

In het tweede scenario van de internetconsultatie blijft de fiscale eenheid in zijn huidige vorm voortbestaan met de reeds bestaande wetwijzigingen. Bovendien kan er bij eventuele nieuwe gebreken uitgebreid worden met nieuwe reparatiemaatregelen. Dit betekent dat bij deze optie de unieke consolidatiegedachte van de fiscale eenheid blijft bestaan. Tevens houdt dit in dat bij de toepassing van bepaalde regelingen er moet worden gedaan alsof er geen sprake is van een fiscale eenheid. Internationaal gezien zal dit een unieke oplossing zijn, omdat het regime van de fiscale eenheid het enige is met een volledige consolidatie in de Europese Unie.¹¹¹

Een punt van aandacht bij deze optie is het budgettaire aspect. De belangrijkste reden hiervoor ligt in het feit dat bij eventuele nieuwe Europese jurisprudentie een rechter kan oordelen dat andere regelingen in de vennootschapsbelasting i.c.m. de fiscale eenheid in strijd zijn met het Europese recht. Dit zal resulteren in nieuwe wetwijzigingen die ingevoerd zullen moeten worden, waardoor er een incidentele budgettaire derving kan ontstaan. Verder zullen deze additionele wetwijzigingen ertoe leiden dat de complexiteit van de fiscale eenheid zal toenemen. Het gevolg is dat er negatieve consequenties zijn voor de administratieve lasten van bedrijven. Bovendien blijven bij dit scenario de voordelen en nadelen van de huidige fiscale eenheid bestaan. Het Europeesrechtelijke blijft bij deze variant bestaan, hetgeen niet bijdraagt aan rechtszekerheid.¹¹²

¹¹¹ Internetconsultatiedocument, 'Eerste internetconsultatie nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting', 17 juni 2019, p. 3.

¹¹² Internetconsultatiedocument, 'Eerste internetconsultatie nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting', 17 juni 2019, p. 3.

4.3.2 Beoordeling

Volgens de Staatsecretaris van Financiën is de fiscale eenheid met wetswijzigingen niet meer houdbaar vanwege de Europeesrechtelijke en budgettaire risico's en moet er een nieuwe concernregeling worden ingevoerd.¹¹³ Desondanks zijn er een aantal auteurs die menen dat de fiscale eenheid met wetswijzigingen niet onhoudbaar is en toekomstbestendig kan zijn. De fiscale eenheid zou in zijn huidige vorm kunnen blijven bestaan, omdat het volgens het Unierecht op dit moment niet noodzakelijk is een nieuwe regeling in te voeren. Verder zou het huidige fiscale eenheids-regime evenredig en proportioneel zijn. Bovendien zal de fiscale eenheid, vanwege de wetswijzigingen, niet meer in strijd zijn met het Europese recht. Resumerend kan worden gesteld dat er volgens sommigen geen fiscaal-juridische noodzaak is om een nieuwe concernregeling in te voeren.¹¹⁴

4.3.2.1 Voordelen van het behouden van de huidige fiscale eenheid

Het arrest X bv geeft geen directe aanleiding om de consolidatiegedachte van de huidige fiscale eenheid af te schaffen. Het probleem is de samenloop van art. 10a Wet VPB 1969 met art. 15 Wet VPB 1969, in het bijzonder het feit dat de neutralisering van onderlinge rechtshandelingen van art. 15 Wet VPB 1969 doorwerkt naar art. 10a Wet VPB 1969. Het feit dat er sprake is van een fiscale eenheid zou niet moeten doorwerken naar andere regelingen. De wetswijzigingen zouden de status kunnen krijgen van definitieve maatregel en daardoor zou het huidige regime van de fiscale eenheid kunnen blijven bestaan.¹¹⁵ Hierdoor kan het belangrijkste kenmerk van het huidige regime van de fiscale eenheid, namelijk de consolidatie, blijven bestaan.

Het behouden van de consolidatiegedachte kan wenselijk zijn in het kader van de mogelijke invoering van de CCCTB. De Europese Commissie heeft in 2016 reeds plannen voorgesteld voor een vennootschapsbelasting die op basis van gemeenschappelijke Europese regels ingevoerd zal moeten worden. Deze nieuwe vennootschapsbelasting zal in twee fases worden ingevoerd, namelijk eerst de invoering van gemeenschappelijke regels bij het bepalen van een belastinggrondslag en vervolgens de invoering van consolidatie voor concerns die in de EU werkzaam zijn op EU-niveau. Volgens de huidige plannen van de CCCTB vallen niet alle belastingplichtigen van de vennootschapsbelasting eronder. De CCCTB wordt verplicht voor concerns met geconsolideerde omzet van meer dan 750 miljoen euro en kleinere concerns hebben de keuze voor of de CCCTB of een winstbelastingstelsel op nationaal niveau.¹¹⁶ De Europese Commissie heeft aangegeven dat de plannen voor de

¹¹³ *Kamerstukken II 2017/18*, 34323, nr. 22, p. 1.

¹¹⁴ T. van Hulst & K. Lam, 'Verslag startbijeenkomst nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting', *WFR 2019/78*, par. 2.

¹¹⁵ HvJ EU 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110, *NtFR 2018/563*, m.nt. F. van Horzen (X)p. 11.

¹¹⁶ J.N. Bouwman, 'Geen afschaffing van de consolidatie in de fiscale eenheid (VPB)', *NtFR 2018/2292*, par. een verdere discussie.

CCCTB zijn vervangen door de BEFIT. De BEFIT is in feite ook een vennootschapsbelasting op het niveau van de Europese Unie.

Concluderend kan worden gesteld dat dit systeem van de CCCTB een aantal overeenkomsten heeft met huidige regime van de fiscale eenheid, wat mogelijk een argument kan zijn om de fiscale eenheid in zijn huidige vorm te laten bestaan.

4.3.2.2 Nadelen van het behouden van de huidige fiscale eenheid

Een nadeel van het behouden van het huidige fiscale eenheids-regime met de bestaande wetswijzigingen is het Europeesrechtelijke risico. Sinds het invoeren van de wetswijzigingen zijn er volgens het kabinet op dit moment geen aanwijzingen dat er andere acute heffingslekken bestaan.¹¹⁷ Volgens anderen bestaat er wel degelijk een Europeesrechtelijk risico bij het behouden van het huidige fiscale eenheids-regime, namelijk de afwezigheid van verrekenprijscorrecties voor transacties binnen de fiscale eenheid.¹¹⁸ De reden hiervoor is ontstaan uit recente jurisprudentie van het HvJ, te weten het Hornbach-Baumarkt arrest.¹¹⁹

In deze zaak exploiteerde het Duitse concern Hornbach-Baumarkt bouwmarkten in Duitsland en andere lidstaten. Hornbach had zich garant gesteld voor verstrekte leningen van de bank aan twee Nederlandse groepsvennootschappen en had hiervoor geen vergoeding in rekening gebracht. De Duitse Belastingdienst stelde dat er sprake was van onzakelijk handelen, aangezien onafhankelijke derden in een soortgelijke situatie wel een vergoeding zouden vragen. De Duitse belastingdienst heeft deswege de winst van Hornbach gecorrigeerd. Echter was Hornbach het hier niet mee eens.¹²⁰ Het HvJ heeft in deze zaak geoordeeld dat Duitsland niet in strijd met EU-recht handelt bij het corrigeren van de winst van Hornbach met een vergoeding die niet bedongen was voor het garant staan voor twee Nederlandse groepsvennootschappen. Het argument dat deze correctie er niet was geweest wanneer de groepsvennootschap in Duitsland zou zijn gevestigd, is volgens het HvJ niet steekhoudend.¹²¹

Uit deze jurisprudentie blijkt dat de afwezigheid van verrekenprijscorrecties voor transacties binnen de fiscale eenheid een risico vormt op Europeesrechtelijk gebied. Als gevolg hiervan kan er een heffingslek ontstaan bij grensoverschrijdende situaties.¹²² Als voorbeeld kan

¹¹⁷ *Kamerstukken II* 2018/19, 34 959, nr. 7, p. 12.

¹¹⁸ Position Paper J.L. van de Streek, 'Startbijeenkomst nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting', 14 februari 2019, p. 3.

¹¹⁹ HvJ 31 mei 2018, C-382/16, ECLI:EU:C:2018:366 (*Hornbach-Baumarkt*).

¹²⁰ HvJ 31 mei 2018, C-382/16, ECLI:EU:C:2018:366, V-N 2018/32.6, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws (*Hornbach-Baumarkt*), p. 1.

¹²¹ HvJ 31 mei 2018, C-382/16, ECLI:EU:C:2018:366, V-N 2018/32.6, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws (*Hornbach-Baumarkt*), p. 1.

¹²² Position Paper J.L. van de Streek, 'Startbijeenkomst nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting', 14 februari 2019, p. 3.

worden gedacht aan de situatie waarin een moedervennootschap en dochtervennootschap beide in Nederland zijn gevestigd en samen in een fiscale eenheid gevoegd zijn. Wanneer er onderling een dienst wordt verricht door de moedervennootschap aan de dochtervennootschap is de transactie die tussen beide tot stand komt niet onderworpen aan een eventuele verrekenprijscorrectie. Op deze manier kan de moedervennootschap een dienst verlenen aan de dochtervennootschap zonder hiervoor een vergoeding te bedingen en zonder dat dit tot fiscale consequenties leidt.¹²³ Wanneer de situatie iets wordt veranderd, namelijk met een dochtervennootschap die gevestigd is in een andere EU-lidstaat, werkt het anders uit, omdat het leerstuk van de verrekenprijzen dan van cruciaal belang is om de heffing van vennootschapsbelasting in Nederland te verzekeren. Het is mogelijk dat het HvJ niet toestaat dat Nederland in alle gevallen verrekenprijscorrecties aanbrengt, met name de situaties waarin een Nederlandse moedervennootschap uit aandeelhoudersoverwegingen onzakelijk handelt met haar Europese dochtervennootschappen.¹²⁴

Echter is op deze gedachtegang wel een nuance aan te brengen. In het arrest van Hornbach was volgens het HvJ sprake van een belemmering. Deze belemmering was volgens het HvJ desondanks wel gerechtvaardigd op grond van het behoud van de verdeling van heffingsbevoegdheid tussen lidstaten en met het oog op antimisbruik. Er is uit het Hornbach arrest af te leiden dat het niet zichtbaar zijn van concerndiensten binnen het regime van de Nederlandse fiscale eenheid gerechtvaardigd kan zijn op basis van dezelfde gronden.¹²⁵

In 2019 is de earningsstrippingmaatregel ingevoerd, namelijk art. 15b Wet VPB 1969. Het betreft een renteaftrekbeperking waarbij het saldo aan renten van een jaar niet aftrekbaar zijn voor zover dat bedrag meer bedraagt dan ofwel 20% van de gecorrigeerde winst ofwel € 1.000.000,-.¹²⁶ Een niet aftrekbaar rentesaldo kan onbeperkt vooruit worden gewenteld naar komende jaren.¹²⁷ De wetgever heeft bij de invoering van art. 15b Wet VPB 1969 ervoor gekozen dat de earningsstrippingmaatregel mag worden toegepast op het niveau van de fiscale eenheid. Het gevolg is dat er tot een gunstiger resultaat gekomen kan worden, dan wanneer de earningsstrippingmaatregel op individueel niveau berekend had moeten worden.¹²⁸

In 2020 is art. 15ba Wet VPB 1969 ingevoerd om de handel in lichamen, die beschikken over dit saldo, tegen te gaan. De belastingplichtige die beschikt over een bedrag aan vooruit te

¹²³ Position Paper J.L. van de Streek, 'Startbijeenkomst nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting', 14 februari 2019, p. 4.

¹²⁴ Position Paper J.L. van de Streek, 'Startbijeenkomst nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting', 14 februari 2019, p. 4.

¹²⁵ F.J. Elswaier, 'Een toekomstbestendige concernregeling voor de vennootschapsbelasting', *TFO* 2019/164.1, par. 4.2.

¹²⁶ Art. 15b, lid 1, Wet VPB 1969.

¹²⁷ Art. 15b, lid 5, Wet VPB 1969.

¹²⁸ J.J.A.M. Korving & G.J.W. de Ruiter, 'Wie kan dat betalen? Onze huur!', *WFR* 2020/80, par. 4.2.

wentelen rentensaldo kan dit niet meer in aanmerking nemen wanneer het belang in het betreffende lichaam voor meer dan 30% wijzigt.¹²⁹ Er is tijdens de kamerbehandeling geen bijzondere aandacht besteed aan de toepassing van de spoedreparatie fiscale eenheid i.c.m. art. 15ba Wet VPB 1969. Dit zal waarschijnlijk geen problemen opleveren, echter is het noodzakelijk specifiek aandacht te besteden aan de vaststelling van het rentesaldo van de fiscale eenheid die onder het bereik van art. 15ba Wet VPB 1969 komt te vallen, evenals de toerekening van rentebedragen aan verschillende gevoegde vennootschappen.¹³⁰ Waarschijnlijk moet dit volgens dezelfde systematiek als art. 20a Wet VPB 1969. Bij het toerekenen van het saldo aan de verschillende gevoegde vennootschappen, rijst de vraag of er betekenis moet worden toegekend aan interne leningen en de daarmee samenhangende rentebetalingen in relatie tot het wegdenken van de fiscale eenheid. Het is gezien het doel van art. 15b Wet VPB 1969 logisch om wel rekening te houden met interne leenverhoudingen, echter kan hier ook anders over gedacht worden. Bovendien moet de gecorrigeerde winst van de fiscale eenheid worden toegerekend aan de gevoegde vennootschappen.¹³¹ Er komen hierdoor veel vragen op, waardoor er gesproken kan worden van onduidelijkheid. Verder leiden de wetswijzigingen i.c.m. andere wettelijke ballingen tot onduidelijkheid en complexiteit, hetgeen als een nadeel gekwalificeerd kan worden.

4.3.3 Afweging

Het behouden van het huidige fiscale eenheids-regime met de bestaande wetswijzigingen is mijns inziens een optie die goed kan uitpakken, maar ook een Europeesrechtelijk en een budgettair risico met zich brengt dat een nadeel kan opleveren. Met de reeds bestaande wetswijzigingen zijn de Europeesrechtelijke imperfecties van de fiscale eenheid opgelost. Het is echter de vraag of de huidige fiscale eenheid bestand is tegen eventuele nieuwe Europeesrechtelijke risico's. Over het al dan niet bestaan van een dreiging voor de fiscale eenheid door de afwezigheid van verrekenprijscorrecties voor transacties binnen de fiscale eenheid zijn de meningen verdeeld. Het is op dit moment onduidelijk wat de gevolgen voor de fiscale eenheid zijn van deze recente jurisprudentie, wellicht zullen er nieuwe wetswijzigingen m.b.t. dit probleem ingevoerd moeten worden.

Verder is het duidelijk dat deze optie t.o.v. de bijdrage aan het ondernemingsklimaat zorgt voor een status quo. Er zal geen achteruitgang plaatsvinden, maar ook geen vooruitgang. Verder zal er bij deze optie op het gebied van mismatches niets gebeuren. Bovendien worden er bij deze optie op dit moment ook geen budgettaire risico's gelopen. Dit zal echter veranderen wanneer er door nieuwe Europese jurisprudentie wederom een wetswijziging ingevoerd zal moeten worden.

¹²⁹ Art. 15ba, lid 1, Wet VPB 1969.

¹³⁰ G.C. van der Burgt & M.H.C. Ruijschop, 'Spoedreparatie fiscale eenheid: de slotbalans', *TFO* 2019/164.2, par. 7.2.

¹³¹ G.C. van der Burgt & M.H.C. Ruijschop, 'Spoedreparatie fiscale eenheid: de slotbalans', *TFO* 2019/164.2, par. 7.2.

Desondanks is het duidelijk dat het kabinet opteert voor een optie zonder deze onzekerheden en dus niet de voorkeur geeft aan het behouden van de huidige fiscale eenheid. Dit blijkt uit het feit dat het kabinet heeft aangegeven de wetswijzigingen als tijdelijke oplossing te zien en voornemens is met een wetsvoorstel te komen voor een alternatieve concernregeling.¹³² Voorts ben ik van mening dat het verstandiger is om voor zekerheid te kiezen en een nieuwe concernregeling in te voeren. Het is belangrijk dat de nieuwe concernregeling houdbaar is op EU-rechtelijk gebied en bijdraagt aan een goed fiscaal ondernemingsklimaat.

4.4 Een systeem met resultaatsaldering

4.4.1 Algemeen

Het derde scenario van de internetconsultatie is een systeem van resultaatsaldering met verlies- of winstoverdracht. Het fiscale resultaat van elk lichaam dat behoort tot de fiscale groep wordt dan op individueel niveau bepaald. Een lichaam binnen de fiscale groep kan het verlies c.q. winst overdragen aan een ander lichaam binnen de fiscale groep met winst c.q. verlies. Met deze optie wordt het belangrijkste element van de fiscale eenheid behouden, namelijk het verrekenen van winsten en verliezen van verschillende lichamen binnen de fiscale eenheid. Een gevolg van deze optie is echter dat de opgaan-in gedachte van de fiscale eenheid verdwijnt.¹³³ Hierdoor ontstaat er een nadeel wat de huidige fiscale eenheid niet heeft, de onderlinge transacties van lichamen binnen de groep worden namelijk zichtbaar. De consequentie is dat er belasting zal worden geheven wanneer er een resultaat wordt behaald op een onderlinge transactie.

Het is ook mogelijk om met deze optie van verlies- of winstoverdracht een systeem te creëren waarbij alsnog maar één aangifte vennootschapsbelasting zal moeten worden gedaan. De fiscale bepalingen zullen dan in eerste instantie per lichaam worden vastgesteld en vervolgens zal het fiscale resultaat van alle lichamen in de groep bij een aangewezen lichaam van de groep in aanmerking worden genomen, tevens is dit het enige lichaam dat de gezamenlijke aangifte vennootschapsbelasting zal doen. Op budgettair gebied kan het afschaffen van de huidige fiscale eenheid en het invoeren van een nieuw systeem met verlies- of winstoverdracht afhankelijk van de vormgeving per saldo neutraal zijn.¹³⁴ Een belangrijk voordeel van een systeem met verlies- of winstoverdracht is dat er veel

¹³² *Kamerstukken II 2018/19, 34 959, nr. 7, p. 5.*

¹³³ Internetconsultatiedocument, 'Eerste internetconsultatie nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting', 17 juni 2019, p. 5.

¹³⁴ Internetconsultatiedocument, 'Eerste internetconsultatie nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting', 17 juni 2019, p. 5.

jurisprudentie van het HvJ aanwezig is, waaruit blijkt dat het element van het salderen van resultaten van verschillende lichamen binnen een fiscale groep EU-rechtelijk bestendig is.¹³⁵

4.4.2 Beoordeling

Een nieuwe concernregeling met slechts resultaatsaldering is wetstechnisch en uitvoeringstechnisch eenvoudiger dan de huidige fiscale eenheid. Dit komt onder andere door het loslaten van de opgaan-in gedachte. Een van de gevolgen van een nieuwe concernregeling is dat het bedrijfsleven en de belastingdienst zich zullen moeten aanpassen aan de nieuwe wetgeving. De belastingdienst zal hierdoor te maken krijgen met een groter aantal aangiftes vennootschapsbelasting. De automatische processen die hierop betrekking hebben, zullen daarom aangepast moeten worden. Belastingplichtigen moeten met deze nieuwe concernregeling voortaan bij onderlinge transacties het at-arm's-length beginsel toepassen, inclusief bijbehorende documentatieverplichting.¹³⁶

Het at-arm's-length beginsel is gecodificeerd in artikel 8b Wet VPB 1969. Hierin staat dat wanneer een lichaam deelneemt in een ander lichaam en tussen deze lichamen voorwaarden overeen worden gekomen die ter zake van hun onderlinge rechtsverhouding afwijken van voorwaarden die in het economisch verkeer door een onafhankelijke partijen zouden zijn overeen gekomen, de winst alsnog wordt bepaald op de laatstbenoemde wijze.¹³⁷ Tevens moeten de gelieerde lichamen die deelnemen aan een onderlinge transactie gegevens opnemen in hun administratie waaruit blijkt hoe de voorwaarden m.b.t. de transactie tot stand zijn gekomen.¹³⁸ Het doel van deze bepaling is dus het elimineren van het onzakelijke element bij onderlinge transacties tussen gelieerde lichamen. Door het aanpassen van de verrekenprijzen aan de prijzen die tussen onafhankelijke derden tot stand zouden zijn gekomen in het economisch verkeer, wordt verzekerd dat de gehele winst in de heffing wordt betrokken.¹³⁹

4.4.2.1 Voordelen van een systeem met resultaatsaldering

Een voordeel van een concernregeling o.b.v. resultatensaldering is dat het slechts een techniek is om het meest belangrijke aspect van de huidige fiscale eenheid te faciliteren. Tevens kunnen andere wetsartikelen van de vennootschapsbelasting gewoon hun werking behouden. Een buitenlandse partij die niet gevoegd kan worden in de fiscale eenheid kan hierdoor niet meer gediscrimineerd worden op een afzonderlijk element t.o.v. een

¹³⁵ Nieuwe groepsregeling in VPB waarschijnlijk zonder fiscale vermogensconsolidatie, *V-N* 2021/13.5, p. 3-4.

¹³⁶ F.J. Elsweier, 'Een toekomstbestendige concernregeling voor de vennootschapsbelasting', *TFO* 2019/164.1, par. 4.4.

¹³⁷ Art. 8b, lid 1, Wet VPB 1969.

¹³⁸ Art. 8b, lid 3, Wet VPB 1969.

¹³⁹ S. Ubachs, Verrekenprijzeregels, Thema 2022, p. 1 (online, bijgewerkt 25 januari 2022).

binnenlandse partij die dit wel kan.¹⁴⁰ Echter is het voor een buitenlandse partij niet mogelijk om de buitenlandse resultaten te salderen met de binnenlandse resultaten. Het HvJ heeft hierover reeds geoordeeld in het arrest *X-holding* en dit EU-rechtelijk aanvaardbaar geacht.¹⁴¹ Het HvJ oordeelde dat het uitsluiten van een buitenlandse dochtervennootschap voor de fiscale eenheid niet in strijd werd geacht met EU-recht. Een belangrijke reden hiervoor was volgens het HvJ dat de winst van de buitenlandse dochtervennootschap niet is onderworpen aan de Nederlandse vennootschapsbelasting. Verder wees het HvJ erop dat het toestaan van een grensoverschrijdende fiscale eenheid tot gevolg heeft dat de moedervennootschap ongestoord kan beslissen in welke lidstaat de verliezen van de dochtervennootschap in aanmerking worden genomen. De rechtvaardigingsgrond voor het afwijzen van de grensoverschrijdende fiscale eenheid is volgens het HvJ geoorloofd om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten te handhaven.¹⁴²

Een bijkomend voordeel van het afschaffen van de huidige fiscale eenheid en de opgaan-in-gedachte en deze vervangen door een concernregeling met slechts resultatensaldering is dat hiermee een grotere mate van fiscale transparantie wordt behaald. Dit komt doordat er niet meer geconsolideerd hoeft te worden m.b.t. de balansen resultaten van de vennootschappen die deelnemen aan de fiscale eenheid. Hierdoor gebruiken alle vennootschappen de eigen balansen en resultaten en zijn alle onderlinge rechtshandelingen, schulden en transacties fiscaal zichtbaar.¹⁴³

Bovendien zou een concernregeling met alleen de mogelijkheid tot resultatensaldering toegankelijk worden gemaakt voor belangen die kleiner zijn dan het huidige 95% criterium. Hier is al voor gepleit bij de herziening van het regime van de fiscale eenheid, maar dit voorstel werd destijds verworpen. Volgens het Ministerie van Financiën was dit destijds niet mogelijk vanwege de mogelijkheid om intern te herstructureren zonder dat er heffing van vennootschapsbelasting over de stille reserves plaatsvond. Dit zou niet samengaan met een belang van minder dan 95%. Wanneer er echter zou worden overgegaan van het huidige regime van de fiscale eenheid naar een concernregeling met alleen resultatensaldering, dan zou het wel mogelijk zijn om voor deze nieuwe concernregeling een lager percentage te laten gelden.¹⁴⁴ Hierdoor kan bij de resultatensaldering van de nieuwe concernregeling de verliezen c.q. winsten pro rata, o.b.v. het percentage belang, worden toegerekend. Het strenge 95% criterium kan dan omlaag naar bijvoorbeeld 50% of het kan zonder kwantitatieve ondergrens. In het geval er gekozen wordt geen kwantitatieve ondergrens te hanteren bij de nieuwe concernregeling, kan iedere aandeelhouder het verlies van een

¹⁴⁰ G. Kampschöer, 'Een ander geluid; geen "old school"-fiscale eenheid meer', *WFR* 2018/87, p. 2.

¹⁴¹ HvJ EU 25 februari 2010, C-337/08, ECLI:EU:C:2010:89 (*X Holding*).

¹⁴² HvJ EU 25 februari 2010, C-337/08, ECLI:EU:C:2010:89, *V-N* 2010/12.19, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws (*X Holding*), p. 1.

¹⁴³ G. Kampschöer, 'Een ander geluid; geen "old school"-fiscale eenheid meer', *WFR* 2018/87, p. 2.

¹⁴⁴ E.J.W. Heithuis, 'Het einde van de fiscale eenheid VPB in zicht?', *WFR* 2015/1136.

dochtervennootschap naar rato van het aandelenbezit verrekenen met de moedervennootschap.¹⁴⁵

Om EU-rechtelijk stand te blijven houden zal bij de concernregeling met resultatensaldering de aftrek van definitieve verliezen van dochtervennootschappen die in een EU-lidstaat gevestigd zijn en lokaal niet verrekend kunnen worden, moeten worden toegestaan.¹⁴⁶ Hetgeen in overeenstemming zal zijn met Europese jurisprudentie, namelijk het arrest *Marks & Spencer*.¹⁴⁷ In dit arrest heeft het HvJ geoordeeld dat de Britse concernregeling in strijd is met het EU-recht, namelijk de vrijheid van vestiging, in hoeverre het definitieve verlies van de dochtervennootschap niet kan worden verrekend. De strijdigheid met het EU-recht komt volgens het HvJ voort uit het feit dat in de betreffende regeling verliezen van vennootschappen die in het Verenigd Koninkrijk gevestigd zijn anders werden behandeld dan de verliezen van vennootschappen die in andere EU-lidstaten waren gevestigd.¹⁴⁸ Dit verschil in behandeling van verliezen kon echter worden gerechtvaardigd op grond van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten evenals het vermijden van het risico van dubbele verliesverrekening en van belastingontwijking. Daarentegen is het volgens het HvJ niet proportioneel wanneer verliezen van een dochtervennootschap die gevestigd is in een andere lidstaat volledig worden uitgesloten voorzover deze verliezen niet verrekend kunnen worden in de betreffende lidstaten.¹⁴⁹ In Nederland zal dit geen probleem opleveren, aangezien art. 13d Wet VPB 1969 dit al opgelost heeft. Door art. 13d Wet VPB 1969 kunnen vennootschappen liquidatieverliezen van de winst aftrekken.

4.4.2.2 Nadelen van een systeem met resultaatsaldering

De huidige regeling van de fiscale eenheid wordt vaak als te complex gezien. Voor velen is een argument voor de afschaffing van de fiscale eenheid en invoering van een concernregeling o.b.v. resultatensaldering dat dit de eenvoud ten goede zal komen. Het is echter de vraag of dit op deze manier zal uitpakken. Als er gekeken wordt naar de Engelse versie, de Group relief, dan lijkt deze minstens zo complex als de huidige fiscale eenheid. Het is uiteraard niet noodzakelijk dat een Nederlandse versie hiervan even complex zal worden.¹⁵⁰ Het is dus maar de vraag in hoeverre het beoogde voordeel van eenvoud m.b.t. een nieuwe regeling uiteindelijk tot uitdrukking komt. Wanneer een

¹⁴⁵ E.J.W. Heithuis, 'Het einde van de fiscale eenheid VPB in zicht!', *WFR* 2015/1348, par. 1.

¹⁴⁶ Position Paper J.L. van de Streek, 'Startbijeenkomst nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting', 14 februari 2019, p. 4.

¹⁴⁷ HvJ 13 december 2005, C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763 (*Marks & Spencer*).

¹⁴⁸ HvJ EU 13 december 2005, C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763, V-N 2005/60.15, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws (*Marks & Spencer*), p. 1.

¹⁴⁹ HvJ EU 13 december 2005, C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763, V-N 2005/60.15, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws (*Marks & Spencer*), p. 1.

¹⁵⁰ R.J. de Vries, 'Een pleidooi voor handhaving van het huidige fiscale-eenheidsregime in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2016/36, par. 4.3.

verliesoverdrachtsregeling wordt afgezet tegen een overzicht van alle bepalingen van de fiscale eenheid kan op basis daarvan voorzichtig geconcludeerd worden dat een verliesoverdrachtsregeling eenvoudiger is dan de huidige fiscale eenheid. Echter houdt het argument dat een verliesoverdrachtsregeling simpelweg eenvoudiger is dan de regeling van de fiscale eenheid onvoldoende stand.¹⁵¹

Een nadeel van het invoeren van een concernregeling met alleen resultatensaldering is dat het een verslechtering van het Nederlandse ondernemingsklimaat betekent. Dit komt doordat een systeem met slechts resultatensaldering minder voordelen voor belastingplichtigen biedt dan de huidige fiscale eenheid, aangezien deze belastingplichtigen ook de mogelijkheid geeft tot interne herstructurering zonder heffing van vennootschapsbelasting over eventuele stille reserves. Het huidige niveau van het ondernemingsklimaat kan op hetzelfde niveau blijven als er fiscale maatregelen gecreëerd worden om herstructurering o.g.v. bedrijfseconomische redenen niet te belemmeren.¹⁵² Hierbij moet wel vermeld worden dat interne herstructureringen niet het enige voordeel van de fiscale eenheid is.

Sinds de invoering van de per-element benadering wordt de werking van de fiscale eenheid weggedacht i.c.m. andere artikelen in de Wet VPB 1969. Het is dan nog maar een kleine stap naar het geheel wegdenken van de gehele opgaan-in gedachte van de fiscale eenheid. Dit is mogelijk zonder dat het belangrijkste aspect van de fiscale eenheid verloren gaat, namelijk de mogelijkheid tot het salderen van winsten en verliezen binnen de lichamen van de groep. Dit kan bereikt worden door het invoeren van een nieuwe concernregeling met resultatensaldering. Het is hierdoor niet meer mogelijk om, overigens ook op onzakelijk gronden, te reorganiseren binnen de fiscale groep.¹⁵³ Het is mijns inziens geen verkeerde ontwikkeling dat de mogelijkheid wegvalt om te reorganiseren binnen de fiscale groep zonder dat er heffing over stille reserves plaatsvindt, wanneer er geen zakelijke beweegredenen aan ten grondslag liggen. Bovendien is het in de Wet VPB 1969 mogelijk om geruisloos te reorganiseren, mits het op zakelijke gronden is gebaseerd. De juridische splitsing ex art. 14a Wet VPB 1969 en de juridische fusie ex art. 14b Wet VPB 1969 zijn hier voorbeelden van. De gedachte van de wetgever achter deze faciliteiten is dat fusies en splitsingen die o.b.v. bedrijfseconomische gronden worden uitgevoerd niet fiscaal bemoeilijkt dienen te worden, dus zonder heffing over eventuele stille reserves.¹⁵⁴

Toch menen verschillende fiscalisten uit de praktijk dat de fiscale eenheid heden ten dage nog steeds een belangrijk instrument is om interne reorganisaties te faciliteren. In de eerste

¹⁵¹ J.N. Bouwman, 'Van fiscale eenheid naar verliesoverdracht; het blijft gewoon complex?!', *NtFR* 2016/2092, par. 4.

¹⁵² F.J. Elswaier, 'Een toekomstbestendige concernregeling voor de vennootschapsbelasting', *TFO* 2019/164.1, par. 4.4.

¹⁵³ G. Kampschöer, 'Een ander geluid; geen "old school"-fiscale eenheid meer', *WFR* 2018/87, p. 1.

¹⁵⁴ R.P. van den Dool e.a., *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 257.

plaats komt dit door het feit dat bij een bedrijfsfusie sprake moet zijn van een overgang van een zelfstandig onderdeel van een onderneming. Hetgeen in de rechtspraak veelal als een reëel obstakel wordt gezien en de reden is waarom de bedrijfsfusie van alle reorganisatiefaciliteiten het minst voorkomt in de praktijk. Bovendien kunnen de belastingplichtige en de fiscus van mening verschillen over het feit of er in onderhavige situatie sprake is van een zelfstandig onderdeel van een onderneming. In zulke situaties kiezen belastingplichtigen bijna altijd eieren voor hun geld en zoeken naar alternatieve manieren om de interne reorganisatie te faciliteren, zoals de fiscale eenheid.¹⁵⁵ Op de tweede plaats is het bij de toepassing van een bedrijfsfusie, een splitsing en een juridische fusie noodzakelijk dat er bij de overdracht van vermogensbestanddelen geen sprake is van het in overwegende mate gericht zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Deze eis wordt niet gesteld aan interne reorganisaties die zich afspelen binnen de fiscale eenheid. In de praktijk is er bij interne reorganisaties en overdracht van vermogensbestanddelen vaak haast geboden waardoor het vaak niet lukt om op tijd met de inspecteur af te stemmen of er inderdaad voldaan wordt aan de eis. Bovendien biedt de mogelijkheid om een inspecteur van tevoren te vragen een voor bezwaar vatbare beschikking af te geven geen soelaas, omdat dit vaak te lang duurt.¹⁵⁶ Er kan dus geconcludeerd worden dat de fiscale adviespraktijk bij een afschaffing van de fiscale eenheid de mogelijkheid om intern te herstructureren of het overdragen van vermogensbestanddelen zonder dat er heffing plaatsvindt, gaat missen.

4.4.3 Afweging

Deze optie waarbij de oude regeling van de fiscale eenheid wordt afgeschaft en er een nieuwe concernregeling o.b.v. resultatensaldering voor in de plaats komt, lijkt mijns inziens een degelijke oplossing. Hierdoor wordt namelijk het belangrijkste element van de fiscale behouden, te weten de mogelijkheid om winsten en verliezen te verreken binnen een fiscale groep. Echter zal een ander belangrijk element van de fiscale eenheid tot het verleden gaan behoren, namelijk de mogelijkheid om binnen de fiscale groep zonder heffing van vennootschapsbelasting te herstructureren. Dit is het gevolg van het loslaten de opgaan-in gedachte van de huidige regeling van de fiscale eenheid, die dit mogelijk maakt. Bovendien ben ik van mening dat de voordelen die deze optie heeft aanzienlijk zijn t.o.v. het geringe aantal nadelen. Een van de belangrijkste voordelen van dit systeem is de verbeterde houdbaarheid van dit systeem op EU-rechtelijk gebied. Bovendien wordt het huidige regime van de fiscale eenheid vaak als te complex gezien. Het kan nog niet met volledige zekerheid gesteld worden, maar waarschijnlijk is een concernregeling met resultatensaldering eenvoudiger. Verder is een concernregeling met resultatensaldering transparanter, omdat de opgaan-in gedachte zal verdwijnen en er niet meer geconsolideerd hoeft te worden. De

¹⁵⁵ R.J. de Vries, 'Fiscalisten hun "speeltjes" en het einde van de fiscale eenheid VPB is nog niet in zicht', *WFR* 2015/1344, par. 5.

¹⁵⁶ R.J. de Vries, 'Fiscalisten hun "speeltjes" en het einde van de fiscale eenheid VPB is nog niet in zicht', *WFR* 2015/1344, par. 5.

belangrijkste nadelen zijn het wegvallen van de mogelijkheid tot interne herstructurering zonder heffing van vennootschapsbelasting over eventuele stille reserves en de mogelijk negatieve gevolgen die dit zal hebben voor het ondernemingsklimaat. Het valt te bezien in hoeverre de genoemde nadelen ook daadwerkelijk zo uitwerken, aangezien er reeds andere mogelijkheden bestaan in de Wet VPB 1969 om geruisloos te reorganiseren, mits het op zakelijke gronden is gebaseerd. Verder is bij deze optie het criterium m.b.t. mismatches niet relevant. Concluderend kan worden gesteld dat dit een serieuze optie is om het huidige regime van de fiscale eenheid te vervangen.

4.5 Grensoverschrijdende fiscale eenheid

4.5.1 Algemeen

Het vierde scenario van de internetconsultatie betreft een systeem met een grensoverschrijdende fiscale eenheid. Er zal dan wel een objectvrijstelling worden toegepast voor buitenlandse ondernemingswinsten.¹⁵⁷ Het is nog de vraag of het nodig blijkt te zijn om een aparte objectvrijstelling op te nemen, aangezien er reeds een objectvrijstelling bestaat in de Wet VPB 1969, namelijk art. 15e Wet VPB 1969. De objectvrijstelling zorgt ervoor dat winsten en verliezen uit een andere lidstaat niet in de heffingsgrondslag van Nederland vallen. De gedachte is dat deze bepaling de Nederlandse belastinggrondslag zal bewaken en verliesimport zal voorkomen bij het toestaan van een grensoverschrijdende fiscale eenheid.¹⁵⁸ De grensoverschrijdende fiscale eenheid maakt het in feite mogelijk dat buitenlandse dochtervennootschappen kunnen worden gevoegd met een Nederlandse moedervennootschap. Dit resulteert erin dat het vermogen en de werkzaamheden van de gevoegde buitenlandse dochtervennootschap worden toegerekend aan de Nederlandse moedervennootschap van de grensoverschrijdende fiscale eenheid.¹⁵⁹

Om het beeld omtrent de inhoud van de grensoverschrijdende fiscale eenheid sluitend te maken is het noodzakelijk te benoemen dat het ook mogelijk moet zijn om een grensoverschrijdende fiscale eenheid aan te gaan met een Nederlandse dochtervennootschap en een moedervennootschap die in een andere EU-lidstaat is gevestigd. Hierin zijn twee situaties te onderscheiden, namelijk dat de buitenlandse moedervennootschap geen nexus heeft met Nederland en de mogelijkheid dat de buitenlandse moedervennootschap reeds beschikt over een vaste inrichting in Nederland.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Internetconsultatiedocument, 'Eerste internetconsultatie nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting', 17 juni 2019, p. 7.

¹⁵⁸ Q.W.J.C.H. Kok, 'De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting in EU-rechtelijk perspectief', *TFO* 2016/146.1, par. 4.

¹⁵⁹ Q.W.J.C.H. Kok & R.J. de Vries, 'Blauwdruk voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2018/37, par. 3.1.2.

¹⁶⁰ Q.W.J.C.H. Kok & R.J. de Vries, 'Blauwdruk voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2018/37, par. 5.1.

Een dergelijk systeem zoals hiervoor in het kort beschreven, bestaat alleen in Denemarken waardoor het onzekerheid met zich brengt omtrent onder andere het EU-recht. Bovendien zal een dergelijk systeem erg complex zijn, waardoor het negatieve gevolgen zou kunnen hebben voor de administratieve lasten van ondernemingen. Tevens zorgt deze optie ervoor dat de concerngedachte volledig wordt doorgetrokken naar grensoverschrijdende situaties, waardoor er meer fiscale neutraliteit ontstaat tussen binnenlandse en grensoverschrijdende situaties. Het kabinet heeft reeds aangegeven dat de grensoverschrijdende fiscale eenheid geen reële optie is, omdat het de uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag door internationaal opererende bedrijven zou vergemakkelijken.¹⁶¹ Desondanks is het een interessante optie om te onderzoeken, aangezien dit zorgt voor een compleet beeld omtrent alle verschillende scenario's.

4.5.2 Beoordeling

Deze concernregeling waarin het mogelijk is een grensoverschrijdende fiscale eenheid aan te gaan, houdt in het kort in dat buitenlandse dochtervennootschappen kunnen worden gevoegd in een fiscale eenheid met een Nederlandse moedervernootschap. Het vermogen en de werkzaamheden van de buitenlandse dochtervennootschap worden toegerekend aan de Nederlandse moedervernootschap. De Nederlandse moedervernootschap moet dan, net als bij de huidige fiscale eenheid, een aandelenbelang bezitten van minimaal 95%. Verder is er geen aanleiding de mogelijkheid om een grensoverschrijdende fiscale eenheid te kunnen vormen, te beperken tot alleen EU-lidstaten waardoor ook derde landen hier gebruik van kunnen maken. Bovendien blijft de basisgedachte van de grensoverschrijdende fiscale eenheid hetzelfde als de huidige fiscale eenheid, namelijk dat alle lichamen in de fiscale eenheid worden behandeld alsof er sprake is van één belastingplichtige. Hetgeen ertoe leidt dat het vermogen en werkzaamheden van de dochtervennootschappen worden toegerekend aan de moedervernootschap. Desondanks blijft een gevoegde dochtervennootschap subjectief belastingplichtig, wat vragen oproept m.b.t. de verdragstoepassing.¹⁶²

4.5.2.1 Voordelen van de grensoverschrijdende fiscale eenheid

De voordelen van het invoeren van de grensoverschrijdende fiscale eenheid zijn nagenoeg hetzelfde als de voordelen van de fiscale eenheid zelf, omdat deze met dit systeem in feite ook zal blijven bestaan met een toevoeging omtrent de mogelijkheid ook een grensoverschrijdende fiscale eenheid aan te gaan. Dit zijn onder andere de twee belangrijke voordelen van de fiscale eenheid, namelijk de mogelijkheid tot horizontale verliescompensatie en de mogelijkheid om zonder heffing van vennootschapsbelasting

¹⁶¹ Internetconsultatiedocument, 'Eerste internetconsultatie nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting', 17 juni 2019, par. 3.1.2.

¹⁶² Q.W.J.C.H. Kok & R.J. de Vries, 'Blauwdruk voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2018/37, par. 3.1.2.

vermogensbestanddelen te verplaatsen tussen verschillende lichamen van de fiscale eenheid. Daarnaast zal het voordelig zijn voor het vestigingsklimaat als de fiscale eenheid behouden blijft. Bovendien is de fiscale eenheid gebaseerd op de neutraliteitsgedachte, namelijk de gedachte dat fiscale zaken zo min mogelijk de beslissingen van de belastingplichtige dienen te beïnvloeden.

Ondanks de voordelen heeft de Staatssecretaris van Financiën recent nog laten weten de grensoverschrijdende fiscale eenheid niet als reële optie te zien. De Staatssecretaris van Financiën heeft t.o.v. de grensoverschrijdende fiscale eenheid een aantal bezwaren. Om te beginnen blijft de verdragstoepassing i.c.m. de grensoverschrijdende fiscale eenheid een punt van onzekerheid. Tevens wordt de bewerkelijkheid van de regeling genoemd, wanneer bijvoorbeeld de winst berekend moet worden en vervolgens bepaald moet worden wat de vrij te stellen winst is van de buitenlandse vennootschappen, hetgeen een bewerkelijk proces kan vormen voor zowel de belastingplichtige als de Belastingdienst. Verder kan de voeging met buitenlandse vennootschappen consequenties hebben voor de aansprakelijkheid van belastingschulden.¹⁶³ Verder lijkt het toestaan van een grensoverschrijdende fiscale eenheid op verschillende gebieden nieuwe mogelijkheden te creëren om de belastinggrondslag uit te hollen. Om dit tegen te gaan zullen uitvoerige anti-misbruik maatregelen getroffen moeten worden, wat de uitvoerbaarheid en eenvoudigheid van de regeling niet ten goede zal komen. Bovendien kan de grensoverschrijdende fiscale eenheid leiden tot nieuwe mismatches en mogelijke risico's tot taxplanning. Ten slotte zorgt het feit dat nog enkel Denemarken een dergelijke concernregeling heeft voor onzekerheid omtrent mogelijke overeenstemming met EU-recht waardoor het een risico kan zijn voor eventuele jurisprudentie bij het HvJ.¹⁶⁴

4.5.2.2 Nadelen van de grensoverschrijdende fiscale eenheid

In de situatie met een grensoverschrijdende fiscale eenheid met een Nederlandse moedervernootschap en een buitenlandse dochtervernootschap kunnen er verschillende benaderingen gekozen worden t.a.v. de vragen die betrekking hebben op de verdragstoepassing. De meest voor hand liggende optie is het totale vermogen en alle werkzaamheden van de buitenlandse dochtervernootschap toe te rekenen aan de moedervernootschap. Vervolgens zou dan het belastingverdrag op fiscale eenheidsniveau moeten worden toegepast om zo te bepalen waarover Nederland belasting kan heffen. Een belangrijke randvoorwaarde hierbij is dat bij verdere concretisering van dit concept recht

¹⁶³ F.J. Elswaier, 'Een toekomstbestendige concernregeling voor de vennootschapsbelasting', *TFO* 2019/164.1, par. 4.3.

¹⁶⁴ F.J. Elswaier, 'Een toekomstbestendige concernregeling voor de vennootschapsbelasting', *TFO* 2019/164.1, par. 4.3.

dient te worden gedaan aan internationaal aanvaarde en in belastingverdragen geaccepteerde verdeling van heffingsbevoegdheden.¹⁶⁵

Behalve de problematiek die kan ontstaan omtrent de toepassing van belastingverdragen, is er daarnaast ook de mismatchproblematiek. Het vormen van een fiscale eenheid tussen een Nederlandse moedervenootschap en een buitenlandse dochtervenootschap kan leiden tot mismatches. Een mismatch ontstaat wanneer een entiteit verschillend wordt behandeld door twee lidstaten. Vervolgens kan er een belastingvoordeel behaald worden, omdat er een risico ontstaat op belastingaftrek zonder dat de opbrengst in de heffing wordt betrokken of dubbele aftrek. Er kan bij een grensoverschrijdende fiscale eenheid sprake zijn van een mismatch, aangezien vanuit Nederland gezien de buitenlandse dochtervenootschap onzichtbaar wordt en vanuit het buitenland gezien de fiscale eenheid wordt genegeerd en de dochtervenootschap zichtbaar blijft. Hierdoor wordt de buitenlandse dochtervenootschap een hybride entiteit.¹⁶⁶ Daardoor ontstaat een risico dat er vanwege dit systeem hybride mismatches ontstaan, wat natuurlijk niet de bedoeling kan zijn gezien de doelen van ATAD 2. Desondanks blijkt uit verschillende uitwerkingen van situaties met de grensoverschrijdende fiscale eenheid waarbij hybride mismatches ontstaan, dit reeds wordt opgelost door ATAD 2.¹⁶⁷

De tweede antibelastingontwijkingsrichtlijn op EU-niveau, oftewel ATAD 2, komt voort uit het BEPS project van de OESO. Het doel hiervan is om belastingontwijking door grondslag uitholling en winstverschuiving tegen te gaan. ATAD 2 een richtlijn die specifiek gericht is op het tegengaan van het gebruik van hybride mismatches. De ATAD 2 richtlijn bestaat uit regels om belastingontwijking door het gebruik van hybride mismatches tegen te gaan tussen EU-lidstaten onderling en tussen EU-lidstaten en derde landen. De oorzaak van de mismatch, namelijk het kwalificatieverschil, wordt niet aangepakt door de ATAD 2 maar de gevolgen worden geneutraliseerd. Hetgeen erin resulteert dat ofwel de aftrek wordt geweigerd ofwel het inkomen in de heffing wordt betrokken.¹⁶⁸ Bij hybride mismatches gaat het om situaties waarin er belasting wordt ontweken door gebruik te maken van de verschillen van belastingstelsels van verschillende lidstaten m.b.t. de fiscale behandeling van bijvoorbeeld lichamen, instrumenten en vaste inrichtingen. Vervolgens zijn er in feite 2 situaties te onderscheiden. In de eerste situatie kan het gevolg zijn dat een betaling in de ene lidstaat aftrekbaar is en de opbrengst niet wordt belast in de andere lidstaat. In de tweede situatie kan een ander gevolg zijn dat één betaling meerdere keren aftrekbaar is.¹⁶⁹ De eerste

¹⁶⁵ Q.W.J.C.H. Kok & R.J. de Vries, 'Blauwdruk voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2018/37, par. 3.1.2.

¹⁶⁶ Q.W.J.C.H. Kok & R.J. de Vries, 'Blauwdruk voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2018/37, par. 3.1.3.

¹⁶⁷ Q.W.J.C.H. Kok & R.J. de Vries, 'Blauwdruk voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2018/37, par. 3.1.3.

¹⁶⁸ F. Elsweier, Hybridemismatchmaatregelen (ATAD 2), Thema 2022, p. 1 (online, bijgewerkt 20 januari 2022).

¹⁶⁹ F. Elsweier, Hybridemismatchmaatregelen (ATAD 2), Thema 2022, p. 1 (online, bijgewerkt 20 januari 2022).

situatie lost ATAD 2 op door in eerste instantie de primaire regel toe te passen, te weten geen aftrek toestaan die bij de ontvangende partij niet in de heffing wordt betrokken. Wanneer de belastingplichtige die iets in aftrek wil brengen niet in de EU gevestigd is, dan kan de primaire regel niet worden toegepast. Vervolgens wordt dan de secundaire regel toegepast, te weten dat dan de betaling bij de ontvanger in de heffing wordt betrokken. De tweede situatie lost ATAD 2 op door in één lidstaat de aftrek te weigeren. De primaire regel staat het toe dat het bedrag wordt afgetrokken in de lidstaat waar de betaler is gevestigd. Wanneer de andere lidstaat de aftrek echter ook toestaat, dan moet de lidstaat waar de betaler is gevestigd o.g.v. de secundaire regel alsnog de aftrek weigeren.¹⁷⁰

Een voorbeeld waarin zowel de grensoverschrijdende fiscale eenheid als ATAD 2 aan bod komen, kan verduidelijking scheppen. De situatie is bijvoorbeeld als volgt: een Nederlandse moedervennootschap is een grensoverschrijdende fiscale eenheid aangegaan met een buitenlandse dochtervennootschap. De Nederlandse moedervennootschap heeft een vordering op de dochtervennootschap, waarover de dochtervennootschap rente aan de moedervennootschap zal moeten betalen. Door de werking van de fiscale eenheid zal de vordering vanuit Nederland niet zichtbaar zijn, zodat de rente die de Nederlandse moedervennootschap ontvangt niet in de heffing zal worden betrokken. Vanuit de lidstaat waar de dochtervennootschap is gevestigd, zal de schuld en de rentebetaling wel zichtbaar zijn waardoor de rente mogelijk daar wel in aftrek kan worden gebracht.¹⁷¹ Deze casus leidt dus tot een situatie waarin er een mismatch ontstaat en er in de lidstaat van de dochtervennootschap rente aftrekbaar is en de opbrengst niet in de heffing wordt betrokken in de lidstaat van de moedervennootschap. Vervolgens zal o.g.v. ATAD 2 eerst de primaire regel toegepast moeten worden, wat inhoudt dat de lidstaat waar de buitenlandse dochtervennootschap is gevestigd de aftrek van de rentebetaling moet weigeren. Wanneer dit niet gebeurt, zal de secundaire regel toegepast moeten worden door de lidstaat van de moedervennootschap in dit geval Nederland, zodat de renteopbrengst alsnog in de heffing betrokken wordt.

Concluderend kan worden gesteld dat met ATAD 2 reeds een instrument bestaat om eventuele hybride mismatches die ontstaan door de grensoverschrijdende fiscale eenheid op te lossen.¹⁷² Desalniettemin blijft de grensoverschrijdende fiscale eenheid een element van onzekerheid en risico behouden, omdat het wellicht nieuwe mismatches creëert die niet worden ondervangen door ATAD 2.

Naast de vragen omtrent de verdragen, de mismatches en de grensoverschrijdende fiscale eenheid, is het ook de vraag hoe de regels in de Wet VPB 1969 zouden moeten worden

¹⁷⁰ F. Elswaier, *Hybridemismatchmaatregelen (ATAD 2)*, Thema 2022, p. 1 (online, bijgewerkt 20 januari 2022).

¹⁷¹ Q.W.J.C.H. Kok & R.J. de Vries, 'Blauwdruk voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2018/37, par. 3.1.3.

¹⁷² Q.W.J.C.H. Kok & R.J. de Vries, 'Blauwdruk voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2018/37, par. 3.1.3.

geïmplementeerd. De grensoverschrijdend fiscale eenheid zou in het huidige wettelijke systeem moeten passen. Dit kan door het zoveel mogelijk in één nieuw artikel neer te leggen inclusief de flankerende maatregelen.¹⁷³

Op deze manier zal een grensoverschrijdende fiscale eenheid dus vorm moeten krijgen binnen de Nederlandse wetgeving. Het is echter maar de vraag of de wetgever deze ingewikkelde en onbekende weg in wil slaan. In het verleden heeft de wetgever al aandacht besteed aan de grensoverschrijdende aspecten van de fiscale eenheid. De Staatssecretaris van Financiën van destijds vond de gedachte dat een fiscale eenheid met een buitenlandse vennootschap kon worden gevormd onwenselijk. Hier lagen twee redenen aan ten grondslag, namelijk ten eerste het op gespannen voet staan van een dergelijke regeling met de verdeling van heffingsrechten zoals die zijn opgenomen in belastingverdragen tussen lidstaten en ten tweede het mogelijke risico van verliesimport.¹⁷⁴

Beide redenen tot zorg worden in het concept van Kok en De Vries geadresseerd. Het betreffende belastingverdrag of de objectvrijstelling van art. 15e Wet VPB 1969 zorgt ervoor dat alle resultaten die buiten Nederland behaald worden door de buitenlandse dochtervennootschap buiten de heffing van de vennootschapsbelasting blijven. Hierdoor wijzigt de afbakening van de fiscale jurisdictie van Nederland en andere betrokken lidstaten niet. Deze systematiek is ook van toepassing op een fiscale eenheid met een buitenlandse moedervennootschap. Nederland zal in deze situatie de resultaten van dergelijke buitenlandse moedervennootschappen niet in de heffing van de vennootschapsbelasting betrekken. Bovendien zal Nederland het heffingsrecht behouden t.a.v. de resultaten die behaald zijn door de Nederlandse dochtervennootschappen. Hierdoor wordt de verdeling van heffingsrechten niet veranderd.¹⁷⁵

4.5.3 Afweging

Deze optie waarbij de huidige fiscale eenheid blijft bestaan en wordt uitgebreid voor grensoverschrijdende situaties is mijns inziens een te risicovolle oplossing. De grensoverschrijdende fiscale eenheid maakt het mogelijk voor buitenlandse dochtervennootschappen om te kunnen worden gevoegd met een Nederlandse moedervennootschap. De voordelen zijn duidelijk, omdat door het behouden van de huidige fiscale eenheid en de mogelijkheid bieden deze grensoverschrijdend uit te breiden, de voordelen van de huidige fiscale eenheid blijven bestaan. Dit is onder andere positief voor het vestigingsklimaat en de neutraliteitsgedachte. Voorts blijven de twee belangrijkste voordelen van de fiscale eenheid behouden, namelijk de mogelijkheid tot horizontale

¹⁷³ Q.W.J.C.H. Kok & R.J. de Vries, 'Blauwdruk voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2018/37, par. 3.3.

¹⁷⁴ *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 854, nr. 3, p. 12 en 16.

¹⁷⁵ Q.W.J.C.H. Kok & R.J. de Vries, 'Blauwdruk voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2018/37, par. 6.1.

verliescompensatie en de mogelijkheid om zonder heffing van vennootschapsbelasting vermogensbestanddelen te verplaatsen tussen verschillende lichamen van de fiscale eenheid. Echter zijn er naast de voordelen een aanzienlijk aantal nadelen. Bij de genoemde nadelen wordt vooral de mogelijkheid tot misbruik, het risico op taxplanning en de onzekerheid omtrent het EU-recht genoemd, evenals het risico op mismatches. Budgettaire gevolgen zijn bij deze optie niet met zekerheid te voorzien, desondanks verwacht ik een negatief effect t.a.v. budgettaire opbrengsten. Voorts is het mijn mening dat het risico op misbruik en belastinguitholling ongewenst in het licht van de huidige maatschappelijke discussies omtrent de heffing van belasting bij internationaal opererende bedrijven. De voordelen wegen mijns inziens niet op tegen de nadelen. Met name de onzekerheid en mogelijke risico's wegen zwaar in het beluit deze optie als ongeschikt te kwalificeren.

4.6 Deelconclusie

In dit hoofdstuk zijn verschillende alternatieven voor de huidige fiscale eenheid behandeld. De deelvraag die in dit hoofdstuk centraal staat, is: welke potentieel interessante alternatieven zijn er?

Het eerste alternatief voor de huidige fiscale eenheid is dat deze volledig wordt afgeschaft en er geen vervangende groepsregeling wordt ingevoerd. Het afschaffen van de fiscale eenheid zonder invoering van een nieuwe groepsregeling zal diepgaande gevolgen hebben voor het bedrijfsleven en de Belastingdienst. Door deze optie zal het vestigingsklimaat in Nederland verslechteren. Aangezien de fiscale eenheid belangrijke voordelen met zich brengt, is deze optie niet wenselijk.

Het tweede alternatief is dat de fiscale eenheid in zijn huidige vorm blijft bestaan met de reeds bestaande wetwijzigingen. Bij eventuele nieuwe gebreken zal er uitgebreid worden met nieuwe wetwijzigingen. Hierdoor blijft de consolidatiegedachte van de fiscale eenheid bestaan. Ondanks de duidelijke voordelen die deze optie meebrengt, zorgt het ook voor een aantal nadelen en onzekerheden. Aangezien de onzekerheden omtrent Europese jurisprudentie hierdoor blijven bestaan, zal deze optie wat mij betreft ook niet wenselijk zijn.

Het derde alternatief is een systeem van resultaatsaldering met verlies- of winstoverdracht. Hierbij wordt het fiscale resultaat van elk lichaam dat behoort tot de fiscale groep individueel bepaald. Met deze optie wordt het belangrijkste element van de fiscale eenheid behouden, namelijk het verrekenen van winsten en verliezen van verschillende lichamen binnen de fiscale groep. De opgaan-in gedachte van de fiscale eenheid zal bij deze optie verdwijnen. Het gevolg is dat er belasting zal worden geheven wanneer er een resultaat wordt behaald op een onderlinge transactie. Aangezien de voordelen van dit systeem over het algemeen zorgen voor een verbetering t.o.v. de huidige fiscale eenheid en het aantal nadelen gering is, kan dit systeem een serieuze optie zijn om de fiscale eenheid te vervangen.

Ten slotte het vierde alternatief waarbij de huidige fiscale eenheid behouden blijft en wordt uitgebreid met een grensoverschrijdende fiscale eenheid, inclusief een objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten. De grensoverschrijdende fiscale eenheid maakt het mogelijk voor buitenlandse dochtervennootschappen te kunnen worden gevoegd met een Nederlandse moedervernootschap. Een dergelijk systeem bestaat alleen in Denemarken waardoor het onzekerheid met zich brengt omtrent onder andere het EU-recht, evenals risico's omtrent mismatches en misbruik. Ondanks het feit dat deze optie ook een aantal voordelen heeft, blijven de nadelen de boventoon voeren. Het risico op misbruik en belastinguitholling is ongewenst in het licht van de huidige maatschappelijke discussies

omtrent de belastingheffing bij multinationals. Hierdoor is dit alternatief niet geschikt als opvolger van de huidige fiscale eenheid.

5. Moet er worden overgegaan tot het invoeren van een nieuw regime?

5.1 Inleiding

Dit hoofdstuk onderzoekt of de huidige fiscale eenheid kan blijven bestaan of dat er overgegaan moet worden op een nieuwe concernregeling. Allereerst zal duidelijk moeten worden of de huidige fiscale eenheid kan blijven bestaan. Als dit niet het geval is, dan zal er onderzocht moeten worden welk alternatief het meest geschikt is als opvolger. Vervolgens zal dit alternatief verder vormgegeven moeten worden, waarna het getoetst zal worden aan een toetsingskader.

De deelvraag in dit hoofdstuk bestaat in feite uit twee delen. Het eerste deel: kan de huidige fiscale eenheid blijven bestaan of moet er een nieuwe concernregeling worden ingevoerd? Vervolgens het tweede deel: als er een nieuwe concernregeling zou moeten worden ingevoerd, welk alternatief zou er dan gekozen moeten worden?

Welk alternatief gekozen zou moeten worden, wordt beoordeeld aan de hand van een toetsingskader, te weten de doelstellingen die de wetgever voor ogen heeft bij een nieuwe concernregeling. Ten eerste moet de nieuwe concernregeling EU-rechtelijk gezien houdbaar zijn. Ten tweede moet de nieuwe concernregeling bijdragen aan een beter ondernemingsklimaat.¹⁷⁶ Vervolgens zal de gekozen concernregeling aan de hand van een ander toetsingskader beoordeeld worden. Dit toetsingskader betreft een aantal kwaliteitseisen, zoals opgenomen in de Nota zicht op wetgeving uit 1991. Er is gekozen om te toetsen aan de volgende kwaliteitseis, te weten de effectiviteit. Er zal niet worden ingegaan op eventueel overgangsrecht. Er zal worden afgesloten met een deelconclusie.

5.2 Kan de huidige fiscale eenheid blijven bestaan of moet er een nieuwe concernregeling worden ingevoerd?

5.2.1 Inleiding

Het is noodzakelijk het toetsingskader te verduidelijken waaraan getoetst wordt om duidelijkheid te verkrijgen over de vraag of de huidige fiscale eenheid kan blijven bestaan. Het toetsingskader dat hiervoor wordt aangelegd bestaat uit dezelfde doelstellingen die de wetgever noodzakelijk acht voor een nieuwe concernregeling. De belangrijkste doelstelling hierbij is dat de concernregeling EU-rechtelijk gezien, houdbaar moet zijn.¹⁷⁷

¹⁷⁶ Internetconsultatiedocument, 'Eerste internetconsultatie nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting', 17 juni 2019, p. 2.

¹⁷⁷ Internetconsultatiedocument, 'Eerste internetconsultatie nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting', 17 juni 2019, p. 2.

5.2.2 Toetsing of de huidige fiscale eenheid blijven bestaan

De huidige fiscale eenheid is een concernregeling die in de loop van de jaren verschillende keren onder vuur heeft gelegen. De Europese jurisprudentie heeft de zwakke punten van de fiscale eenheid blootgelegd. Er kan hierbij gedacht worden aan het Papillon arrest, waardoor de wetgever genoodzaakt werd aanpassingen in te voeren, teneinde de fiscale eenheid in overeenstemming te brengen met EU-recht.¹⁷⁸ Hierdoor werd het mogelijk om een fiscale eenheid aan te gaan waarbij een Nederlandse moedervernootschap aandelen houdt in een dochtervernootschap die gevestigd is in een EU-lidstaat en deze aandelen houdt in een kleindochtervernootschap die ook in Nederland is gevestigd. Door de wetswijzigingen werd het mogelijk om een fiscale eenheid te vormen tussen de moedervernootschap en kleindochtervernootschap.¹⁷⁹ Bovendien kon een fiscale eenheid gevormd worden waarbij een moedervernootschap is gevestigd in een EU-lidstaat en aandelen houdt in twee of meer dochtervernootschappen die in Nederland gevestigd zijn. Door de wetswijzigingen werd het mogelijk dat zustermaatschappijen een fiscale eenheid konden vormen.¹⁸⁰

Vervolgens kwam het arrest X bv, wat de volgende reeks aan wetswijzigingen van de wetgever tot gevolg had.¹⁸¹ Deze wetswijzigingen zorgden ervoor dat bepaalde voordelen in EU situaties moesten worden onthouden, hetgeen alleen mogelijk was om binnenlandse situaties strikter te behandelen door voordelen te onthouden, waardoor er geen sprake meer was van een verschillende behandeling voor binnenlandse situaties en grensoverschrijdende situaties. Dit wordt bewerkstelligd door een aantal regelingen in de vennootschapsbelasting toe te passen alsof er geen fiscale eenheid is.¹⁸² Zeker deze laatste wetswijzigingen kunnen worden bestempeld als een keerpunt in het voortbestaan van de fiscale eenheid. Hiermee geeft de wetgever een signaal af aan belastingplichtigen dat een fiscale eenheid kan worden aangegaan, maar dat bepaalde voordelen niet worden toegekend. Dit kan als opmerkelijk gezien worden, aangezien een fiscale eenheid vaak wordt aangegaan vanwege de voordelen die het biedt.¹⁸³

Het is door deze ontwikkelingen omtrent de fiscale eenheid daarom begrijpelijk dat de Staatsecretaris van Financiën heeft aangegeven niet verder te willen gaan met de huidige fiscale eenheid. Bovendien heeft de wetgever te kennen gegeven dat de wetswijzigingen gezien moeten worden als tijdelijke oplossing om de meest kwetsbare elementen van de fiscale eenheid te repareren. Uiteindelijk streeft de wetgever ernaar om een nieuwe concernregeling in te voeren.¹⁸⁴ Het is tevens duidelijk dat de wetgever er niet van overtuigd

¹⁷⁸ HvJ EU 27 november 2008, C-418/07, ECLI:EU:C:2008:659 (*Papillon*).

¹⁷⁹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34323, nr. 3, p. 3.

¹⁸⁰ *Kamerstukken II* 2015/16, 34323, nr. 3, p. 3.

¹⁸¹ HvJ EU 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110 (X).

¹⁸² *Kamerstukken II* 2017/18, 34959, nr. 3, p. 4.

¹⁸³ E.J.W. Heithuis, '50 jaar VPB – Uitgangspunten voor een nieuwe groepsregeling', *WFR* 2019/189, par. 1.

¹⁸⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 34 959, nr. 7, p. 5.

is dat de reeds bestaande wetswijzigingen alle EU-rechtelijke risico's wegnemen. Hierdoor is het mogelijk dat wanneer de huidige fiscale eenheid blijft bestaan er nieuwe wetswijzigingen ingevoerd moeten worden. Het invoeren van nieuwe wetswijzigingen is wetstechnisch gezien niet de meest ingewikkelde handeling, echter is de terugwerkende kracht hiervan het probleem.¹⁸⁵ Het probleem is hier dat de wetgever de ontstane gevolgen door de jurisprudentie alleen kan repareren voor toekomstige situaties en niet voor situaties in het verleden. De wetswijzigingen van 2019 konden bijvoorbeeld ook niet verder terugwerken dan 25 oktober 2017, te weten de datum van de conclusie van het HvJ. Dit betekent dat eventuele voordelen voor belastingplichtigen voor de jaren daarvoor behouden blijven, hetgeen nadelige gevolgen kan hebben t.a.v. de budgettaire opbrengsten van de Nederlandse staat.¹⁸⁶

Verder heeft de wetgever aangegeven dat er een alternatieve concernregeling moet komen als de huidige fiscale wordt afgeschaft om internationaal gezien niet achterop te raken.¹⁸⁷ Daarmee zal het consolidatie-element waarschijnlijk verdwijnen. Dit unieke consolidatie-element van de huidige fiscale eenheid leidt het meest tot complexiteit en is de oorzaak van de meeste antimisbruikbepalingen.¹⁸⁸ De wetgever meent dat de huidige fiscale eenheid door de eerder genoemde Europese jurisprudentie onder druk is komen staan en stelt dat de fiscale eenheid in de huidige vorm niet langer houdbaar is.¹⁸⁹

Voorts ben ik van mening dat het standpunt van de wetgever omtrent de houdbaarheid van de huidige fiscale eenheid en de eventuele invoering van een nieuwe concernregeling een stap in de juiste richting is. Het is een feit dat de Europese jurisprudentie de afgelopen jaren afbreuk heeft gedaan aan de fiscale eenheid. De arresten Papillon en X bv hebben de fiscale eenheid blijvend veranderd en tevens gezorgd voor een keerpunt in het voortbestaan van de fiscale eenheid. De wetswijzigingen hebben daadwerkelijk effect gehad in het feit dat het de meest acute problemen op moest lossen. De wetgever is er desondanks niet gerust op dat met deze wetswijzigingen al het EU-rechterlijke risico uit de lucht is. Hierdoor ontstaat er de dreiging dat er mogelijk nieuwe wetswijzigingen vereist zijn wanneer de huidige fiscale eenheid blijft bestaan, hetgeen wetstechnisch niet problematisch is, aangezien het niet de meest ingewikkelde handeling is, echter wel problematisch is op het gebied van terugwerkende kracht. De wetgever kan een EU-rechtelijk probleem dan alleen voor de toekomst repareren, maar niet voor het verleden. Tevens is het mijns inziens niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid van belastingplichtigen als er geregeld nieuwe wetswijzigingen bij zouden komen in de toekomst. Ik ben het daarom eens met de wetgever dat de huidige fiscale eenheid niet langer houdbaar is en er een alternatief moet komen. Er zal een alternatieve concernregeling moeten komen om bepaalde voordelen van de fiscale

¹⁸⁵ E.J.W. Heithuis, '50 jaar VPB – Uitgangspunten voor een nieuwe groepsregeling', *WFR* 2019/189, par. 5.

¹⁸⁶ E.J.W. Heithuis, '50 jaar VPB – Uitgangspunten voor een nieuwe groepsregeling', *WFR* 2019/189, par. 5.

¹⁸⁷ *Kamerstukken II* 2018/19, 34 959, nr. 7, p. 11.

¹⁸⁸ *Kamerstukken II* 2018/19, 34 959, nr. 7, p. 9.

¹⁸⁹ *Kamerstukken II* 2018/19, 34 959, nr. 7, p. 10.

eenheid te kunnen blijven bieden en zodoende geen verslechtering van het vestigingsklimaat te veroorzaken, alsmede internationaal gezien niet achterop te raken, aangezien bijna elk land een concernregeling heeft. Echter is de fiscale eenheid uniek in het consolidatie-element, wat tevens de zwakke plek is EU-rechtelijk gezien, waardoor dit element bij een alternatieve concernregeling waarschijnlijk niet zal terugkeren. Welke alternatieve concernregeling de voorkeur zou moeten krijgen, wordt in de volgende paragraaf onderzocht.

5.3 Als er een nieuwe concernregeling zou moeten worden ingevoerd, welk alternatief zou er dan gekozen moeten worden?

5.3.1 Verschillende soorten concernregelingen in het algemeen

Er zijn in feite drie soorten systemen binnen de fiscale groepsregimes te onderkennen. Ten eerste de groepsbijdrage, dit is een systeem waarbij iedere groepsmaatschappij onder voorwaarden zijn winsten kan overdragen aan een andere groepsmaatschappij. Het is dus niet mogelijk om verliezen over te dragen. De winsten die overgedragen worden vormen een aftrekpost voor die vennootschappen, terwijl voor de ontvangende vennootschappen als inkomen wordt beschouwd. Hierdoor kan een vennootschap met verliezen deze dus verrekenen met de winsten van een andere vennootschap. Alle vennootschappen blijven in dit systeem afzonderlijke entiteiten, dus met elk een eigen jaarrekening en winstberekening.¹⁹⁰

Ten tweede de consolidatie, dit is een systeem dat kan worden opgesplitst in twee soorten, namelijk gedeeltelijke consolidatie en volledige consolidatie. De Nederlandse fiscale eenheid is de enige in zijn soort en is een systeem met volledige consolidatie. Hierbij wordt de dochtervennootschap geacht te zijn opgegaan in de moedervennootschap en worden de balansen geconsolideerd. Bij gedeeltelijke consolidatie wordt de winst gedeeltelijk geconsolideerd bij de moedervennootschap. Bovendien is er bij een gedeeltelijke consolidatie slechts sprake van een overdracht van winsten en verliezen en wordt de dochtervennootschap niet geacht te zijn opgegaan in de moedervennootschap.¹⁹¹

Ten derde de groepsaftrek, ook bij dit systeem bestaan er verschillende soorten, maar de overdracht van verliezen is de meest bekende soort. Het is bij dit systeem dus niet mogelijk om winsten over te dragen, tevens worden alle entiteiten als afzonderlijk behandeld, met elk een eigen jaarrekening en fiscale winstbepaling.¹⁹²

¹⁹⁰ R. Offermanns, 'Een vergelijking van de fiscale eenheidsregimes binnen Europa en hun verenigbaarheid met het EU-recht', *TFO* 2016/146.2, par. 2.3.

¹⁹¹ R. Offermanns, 'Een vergelijking van de fiscale eenheidsregimes binnen Europa en hun verenigbaarheid met het EU-recht', *TFO* 2016/146.2, par. 2.3.

¹⁹² R. Offermanns, 'Een vergelijking van de fiscale eenheidsregimes binnen Europa en hun verenigbaarheid met het EU-recht', *TFO* 2016/146.2, par. 2.3.

5.3.2 Afweging

Ik ben tot de conclusie gekomen dat er inderdaad een nieuwe concernregeling ingevoerd moet worden, aangezien de huidige fiscale eenheid niet meer houdbaar is. Vervolgens moet onderzocht worden welk alternatief de vervanger zou kunnen zijn van de fiscale eenheid. In hoofdstuk 4 zijn er 4 potentiële alternatieven afzonderlijk onderzocht. Het is noodzakelijk een afweging te maken tussen deze 4 alternatieven aan de hand van een toetsingskader. Het toetsingskader betreft de doelstellingen die de wetgever voor ogen heeft bij een nieuwe concernregeling. Ten eerste moet de nieuwe concernregeling EU-rechtelijk gezien houdbaar zijn. Ten tweede moet de nieuwe concernregeling bijdragen aan een beter ondernemingsklimaat.¹⁹³

In het kort houdt het eerste alternatief in dat de huidige fiscale eenheid volledig wordt afgeschaft en er geen vervangende groepsregeling wordt ingevoerd. Bij het tweede alternatief blijft de fiscale eenheid in zijn huidige vorm bestaan met de reeds bestaande wetwijzigingen, waarbij er bij eventuele nieuwe gebreken uitgebreid zal worden met nieuwe wetwijzigingen. Het derde alternatief is een systeem van resultaatsaldering met verlies- of winstoverdracht. Tot slot is er het vierde alternatief waarbij er een grensoverschrijdende fiscale eenheid wordt ingevoerd, inclusief een objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten.

5.3.2.1 Eerste alternatief

Het eerste alternatief waarbij de huidige fiscale eenheid volledig wordt afgeschaft en er geen vervangende groepsregeling wordt ingevoerd, lijkt geen geschikt alternatief. Hiermee gaan de voordelen verloren die de fiscale eenheid biedt aan belastingplichtigen en zal een verslechtering van het vestigingsklimaat betekenen, aangezien het merendeel van de lidstaten inmiddels een concernregeling heeft. Hierdoor zal Nederland internationaal gezien achterop raken.

5.3.2.2 Tweede alternatief

Bij het tweede alternatief blijft de fiscale eenheid in zijn huidige vorm bestaan met de reeds bestaande wetwijzigingen en zal bij eventuele nieuwe gebreken uitgebreid worden met nieuwe wetwijzigingen. Ook dit lijkt geen geschikt alternatief, aangezien hiermee het EU-rechtelijke risico van de fiscale eenheid blijft bestaan. Bovendien zal dit alternatief voor onzekerheid zorgen wanneer er nieuwe wetwijzigingen nodig zijn. Tevens hebben deze wetwijzigingen als nadeel de terugwerkende kracht. Het probleem hierin ligt niet in de

¹⁹³ Internetconsultatiedocument, 'Eerste internetconsultatie nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting', 17 juni 2019, p. 2.

terugwerkende kracht als zodanig, maar in het feit dat de wetgever met nieuwe wetswijzigingen alleen problemen kan oplossen voor de toekomst en niet voor het verleden.

5.3.2.3 Derde alternatief

Het derde alternatief betreffende een systeem van resultaatsaldering met verlies- of winstoverdracht, lijkt het meest geschikt als opvolger van de fiscale eenheid. Hierdoor blijft het belangrijkste voordeel van fiscale eenheid bestaan voor belastingplichtigen, namelijk de mogelijkheid om winsten of verliezen te verrekenen binnen een groep. Echter zal dit systeem waarschijnlijk een negatief effect hebben op het vestigingsklimaat. Tevens lijkt dit systeem EU-rechtelijk beter houdbaar dan de huidige fiscale eenheid. Verder lijkt dit systeem minder complex te zijn dan de huidige fiscale eenheid met alle anti-misbruikmaatregelen en wetswijzigingen. Alles overwegende lijkt geconcludeerd te kunnen worden dat dit systeem het beste alternatief is voor de huidige fiscale eenheid. Het is echter nog noodzakelijk de vormgeving van dit alternatief nader te definiëren.

5.3.2.4 Vierde alternatief

Het vierde alternatief waarbij de huidige fiscale eenheid blijft bestaan en wordt uitgebreid met een grensoverschrijdende fiscale eenheid met een objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten, lijkt geen geschikt alternatief. Bovendien zijn er zorgen omtrent de verdragstoepassing en de mogelijkheid tot belastinggrondslaguitholling door belastingplichtigen. Daarbij komt ook nog het mogelijke risico op mismatches. Concluderend kan worden gesteld dat dit geen geschikt alternatief is vanwege de vele onzekerheden en risico's.

5.3.3 Vormgeving

Ik zou opteren voor een groepsregeling die het mogelijk maakt om binnen het concern binnenlandse verliezen horizontaal te kunnen verrekenen met winsten en die tevens voldoet aan de voorwaarden van het EU-recht. Het EU-recht geeft geen doorslag in de keuze voor of een winstoverdracht dan wel een verliesoverdracht. Bovendien prefereer ik een systeem met winstoverdracht, omdat daarvan verwacht wordt dat het eenvoudiger te implementeren is in de Wet VPB 1969. Een vennootschap die winst maakt, kan niet meer winst overdragen dan de daadwerkelijk behaalde winst. Daarentegen kan een vennootschap met verlies meer winst overgedragen krijgen dan het verlies, waardoor hier een positief resultaat ontstaat.¹⁹⁴

Bij deze nieuwe regeling wordt het niet meer mogelijk om intern te herstructureren zonder heffing over stille reserves, zoals dat wel mogelijk is bij de huidige fiscale eenheid. De reden

¹⁹⁴ R.P. van den Dool & M. Nieuweboer, 'Een territoriale groepsregeling – deel 2', *WFR* 2019/235, par. 4.1.

hiervoor is de reeds aanwezige mogelijkheden die de Wet VPB 1969 heeft, namelijk de fusie- en splitsingsfaciliteiten. Deze regelingen dienen dan wel verbeterd te worden.¹⁹⁵ Het zou dan ook mogelijk zijn om bijvoorbeeld de bedrijfsfusiefaciliteit uit te breiden tot een ruimer toepasbare interne reorganisatiefaciliteit.¹⁹⁶

Vervolgens is het nodig om het concernbegrip van deze nieuwe concernregeling nader te definiëren. De huidige fiscale eenheid heeft een streng criterium van minimaal 95% aandelenbelang in de dochtervennootschap vanuit de moedervennootschap gezien. De belangrijkste reden hiervoor was de mogelijkheid om fiscaal geruisloos intern te reorganiseren. Aangezien deze mogelijkheid in dit voorstel van een nieuwe concernregeling niet meer aanwezig is, lijkt het mogelijk om dit percentage te verlagen. Dit komt mede doordat het eenvoudig is om winsten naar rato van het aandelenbezit over te dragen.¹⁹⁷ Echter is het niet verlagen van het bezitspercentage in het kader van continuïteit een mogelijkheid. Het bezitspercentage blijft dus gelijk aan een onmiddellijk of middellijk belang van minimaal 95%, hetgeen uiteraard gezien moet worden vanuit de moedervennootschap. Door aan de hoge bezitsei vast te houden, is het alleen mogelijk voor sterke concernverbanden om te kwalificeren voor de concernregeling.¹⁹⁸

Verder is het bij dit voorstel belangrijk details omtrent de overdracht van winst uit te werken. De groepsbijdrage is het bedrag dat ten laste van het belastbare bedrag ex art. 7, lid 2 Wet VPB 1969 kan worden gebracht, mits deze wordt overgedragen aan het belastbare bedrag van een andere concernvennootschap. De overdragende vennootschap kan het bedrag aan een of meerdere concernvennootschappen overdragen. Tevens kan de overdragende vennootschap nooit een hoger bedrag overdragen dan de winst na verliesverrekening van deze vennootschap. Hierdoor wordt voorkomen dat de nieuwe concernregeling van invloed is op andere regelingen die afhankelijk zijn van het belastbare bedrag. Bovendien is de groepsbijdrage slechts van toepassing op het boekjaar waarop de overdracht betrekking heeft, waardoor het geen effect heeft op andere boekjaren. Voorts kan een aftrekbare groepsbijdrage bij de ontvangende vennootschap niet leiden tot een negatief belastbaar bedrag.¹⁹⁹

Daarnaast is het mogelijk om vrijelijk resultaten over te dragen tussen alle vennootschappen binnen de groep. Er is dus geen voorwaarde dat de ontvangende vennootschappen verliezen moet hebben. Dit systeem maakt het mogelijk dat binnen concern een centrale maatschappij de groepsbijdragen verzamelt en deze vervolgens verdeelt over verlieslatende

¹⁹⁵ E.J.W. Heithuis, '50 jaar VPB – Uitgangspunten voor een nieuwe groepsregeling', *WFR* 2019/189, par. 6.1.

¹⁹⁶ E.J.W. Heithuis, '50 jaar VPB – Uitgangspunten voor een nieuwe groepsregeling', *WFR* 2019/189, par. 6.1.

¹⁹⁷ E.J.W. Heithuis, '50 jaar VPB – Uitgangspunten voor een nieuwe groepsregeling', *WFR* 2019/189, par. 6.2.

¹⁹⁸ R.P. van den Dool & M. Nieuweboer, 'Een territoriale groepsregeling – deel 2', *WFR* 2019/235, par. 4.3.

¹⁹⁹ R.P. van den Dool & M. Nieuweboer, 'Een territoriale groepsregeling – deel 2', *WFR* 2019/235, par. 4.2.

vennootschappen binnen dat concern. Het is dus mogelijk dat een vennootschap binnen hetzelfde boekjaar zowel verkrijgende vennootschap is als overdragende vennootschap.²⁰⁰

5.3.4 Toetsing

5.3.4.1 Inleiding

Allereerst is het nodig het toetsingskader te schetsen waaraan het voorstel getoetst zal worden. Er zal getoetst worden aan een belangrijke kwaliteitseis die door de wetgever zelf ontwikkeld is in de nota zicht op wetgeving uit 1991. Het gaat hier om de kwaliteitseis die ontwikkeld is om te voorkomen dat wetgeving slechts met een juridisch benadering wordt vorm gegeven. De reden hiervoor is dat de wetgever meent dat wetgeving vanuit een breed perspectief benaderd moet worden, te weten maatschappelijk, rechtsstatelijk, bestuurlijk en technisch.²⁰¹

De kwaliteitseis waaraan getoetst zal worden, is effectiviteit. Met effectiviteit wordt bedoeld dat de wet, op zijn minst in belangrijke mate, de door wetgever beoogde doelstellingen kan verwezenlijken. De wetgever meent dat effectiviteit een uiterst belangrijke kwaliteitseis is voor het wetgeven.²⁰² Dit is de reden om dit voorstel aan deze kwaliteitseis te toetsen.

5.3.4.1 Effectiviteit

5.3.4.1.1 Introductie

Om aan de effectiviteit te kunnen toetsen is het noodzakelijk om de doelstellingen van de wetgever bij een nieuwe concernregeling nader te definiëren. De wetgever heeft aangegeven dat het van groot belang is dat een nieuwe concernregeling houdbaar is op EU-rechtelijk gebied. Verder is het voor de wetgever belangrijk dat een nieuwe concernregeling bijdraagt aan een goed ondernemingsklimaat.²⁰³

Verder is het noodzakelijk om het voorstel van de nieuwe concernregeling te toetsen aan oorspronkelijke doelstelling van de fiscale eenheid. De oorspronkelijke doelstelling van de fiscale eenheid poogt aansluiting te zoeken bij de veel voorkomende werkelijkheid van concernvorming. Een concern kan om verschillende redenen ervoor gekozen hebben om de onderneming te drijven via meerdere lichamen, zoals juridische, organisatorische of

²⁰⁰ R.P. van den Dool & M. Nieuweboer, 'Een territoriale groepsregeling – deel 2', *WFR* 2019/235, par. 4.4.

²⁰¹ *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nr. 2, p. 23.

²⁰² *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nr. 2, p. 25.

²⁰³ Internetconsultatiedocument, 'Eerste internetconsultatie nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting', 17 juni 2019, p. 2.

bedrijfseconomische overwegingen. De wetgever is van mening dat de fiscaliteit geen obstakel zou moeten vormen voor een concern.²⁰⁴

5.3.4.1.2 Toetsing aan de oorspronkelijke doelstellingen

Het is noodzakelijk de nieuwe concernregeling in dit voorstel te toetsten aan de oorspronkelijke doelstelling van de fiscale eenheid. De oorspronkelijke doelstelling van de fiscale eenheid is dat de wetgever geen fiscale obstakels wil hebben bij concernvorming, zodat de belastingplichtige vrij is in de keuze bij de inrichting van de ondernemingsactiviteiten.

Bij dit voorstel voor een nieuwe concernregeling blijft de belastingplichtige de mogelijkheid behouden om resultaten binnen de fiscale groep horizontaal te salderen, wat het belangrijkste wezenskenmerk is van de fiscale eenheid. Echter zal de mogelijkheid verdwijnen om intern te reorganiseren zonder dat er heffing van vennootschapsbelasting plaatsvindt. Verder blijft het bezitspercentage gehandhaafd op minimaal 95% belang, hetgeen ertoe leidt dat slechts hechte concernverbanden kunnen kwalificeren voor deze concernregeling. Concluderend kan worden gesteld dat er bij de nieuwe concernregeling nauwelijks sprake is van fiscale obstakels bij concernvorming, echter is het verdwijnen van de mogelijkheid om intern te reorganiseren zonder heffing van vennootschapsbelasting op dit punt wel een nadeel voor belastingplichtige.

5.3.4.1.3 Toetsing aan het EU-recht

Het voorstel zal vervolgens getoetst worden aan het EU-recht, om te kijken of hiermee de doelstellingen van de wetgever bij een nieuwe concernregeling worden behaald. De nieuwe concernregeling die in dit voorstel wordt geopperd, kan gekwalificeerd worden als een groepsbijdrage. Er zijn twee landen in de EU met een dergelijk systeem, namelijk Finland en Zweden. Om dit voorstel aan het EU-recht te toetsten is het dus interessant om te kijken naar de houdbaarheid van deze regimes in relatie tot het EU-recht.

Het Finse systeem met de groepsbijdrage vereist dat de moedervenootschap een belang heeft van minimaal 90% heeft in de dochtervenootschap. Bovendien moet alle vennootschappen ondernemingsactiviteiten verrichten en moeten alle vennootschappen gelijke boekjaren hebben. De concernregeling van Finland is tevens toegankelijk voor vennootschappen die naar buitenlands recht zijn opgericht en in Finland zijn gevestigd. Als een concern gebruik maakt van deze concernregeling betekent dit niet dat er een consolidatie plaatsvindt en tevens zal elke vennootschap zelf de winsten en verliezen

²⁰⁴ Internetconsultatiedocument, 'Eerste internetconsultatie nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting', 17 juni 2019, p. 1.

moeten berekenen. De winsten mogen door een groepsmaatschappij alleen aan een groepslid met een negatief resultaat worden overgedragen.²⁰⁵

Er was een belangrijke uitspraak van het HvJ in 2007 over het Finse systeem.²⁰⁶ Het betreft hier het arrest *Oy AA*.²⁰⁷ *Oy AA* is vennootschap die gevestigd is in Finland, echter is de toepassing van deze concernregeling aan *Oy AA* ontzegd, omdat de moedervenootschap in het Verenigd Koninkrijk is gevestigd. Dit was voor de Finse rechter de aanleiding om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ over de verenigbaarheid met het EU-recht van deze regeling. Het HvJ acht de Finse regeling in strijd met het vrije verkeer van vestiging. De reden hiervoor lag in het feit dat het een mogelijk nadeel vormt voor de moedervenootschap in het Verenigd Koninkrijk wanneer de Finse vennootschap niet deel kan nemen aan de concernregeling, omdat hierdoor de winst die kan worden overgeheveld niet in aftrek kan worden gebracht. Echter oordeelde het HvJ dat deze belemmering gerechtvaardigd was door een beroep op de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen Finland en het Verenigd Koninkrijk en het voorkomen van een dubbele vrijstelling van de winst alsmede het tegengaan van belastingontwijking.²⁰⁸ De Finse concernregeling hoefde o.g.v. deze uitspraak dus niet te worden uitgebreid tot overdrachten naar buitenlandse vennootschappen.

De uitspraak van het arrest *Oy AA* is ook van toepassing op de Zweedse regeling, doordat de Zweedse concernregeling gelijk is aan de Finse regeling. Het was voor Zweden dus niet nodig geweest een uitbreiding naar buitenlandse situaties te faciliteren. Echter werd het toegelaten om winstoverdrachten van Zweedse vennootschappen aan buitenlandse vennootschappen in aftrek te brengen. De oorzaak hiervan is de uitspraak in het arrest *Marks & Spencer*.²⁰⁹ In dit arrest heeft het HvJ geoordeeld dat de Britse concernregeling in strijd is met de vrijheid van vestiging. Het HvJ acht de volledige uitsluiting van verliezen van dochtervennootschappen die in een andere lidstaat gevestigd zijn niet proportioneel. Voorzover deze verliezen in deze lidstaten niet in de toekomst kunnen worden verrekend.²¹⁰ Zweden was met deze regeling dus vrijgevinger dan noodzakelijk was.²¹¹ Er zijn sindsdien nog een aantal Zweedse zaken geweest door Zweedse rechters die in strijd lijken met de uitspraak in het arrest *Oy AA*. Aangezien de eisen strikt zijn, zal het in veel gevallen aftrek nog steeds onmogelijk zijn waardoor het in strijd lijkt te zijn met de vrijheid van vestiging. De

²⁰⁵ R. Offermanns, 'Een vergelijking van de fiscale eenheidsregimes binnen Europa en hun verenigbaarheid met het EU-recht', *TFO* 2016/146.2, par. 2.3.

²⁰⁶ R. Offermanns, 'Een vergelijking van de fiscale eenheidsregimes binnen Europa en hun verenigbaarheid met het EU-recht', *TFO* 2016/146.2, par. 4.4.

²⁰⁷ HvJ EU 18 juli 2007, C-231/05, ECLI:EU:C:2007:439 (*Oy AA*).

²⁰⁸ HvJ EU 18 juli 2007, C-231/05, ECLI:EU:C:2007:439, V-N 2007/57.13, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws (*Oy AA*), p. 1.

²⁰⁹ HvJ EU 13 december 2005, C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763 (*Marks & Spencer*).

²¹⁰ HvJ EU 13 december 2005, C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763, V-N 2005/60.15, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws (*Marks & Spencer*), p. 1.

²¹¹ R. Offermanns, 'Een vergelijking van de fiscale eenheidsregimes binnen Europa en hun verenigbaarheid met het EU-recht', *TFO* 2016/146.2, par. 4.16.

strijdigheid zou echter gerechtvaardigd kunnen worden door een beroep te doen op de bescherming van de belastinggrondslag en de bewaking van een gebalanceerde allocatie van heffingsrechten, desondanks moet een regeling ook proportioneel zijn hetgeen hier niet het geval lijkt.²¹²

Concluderend kan worden gesteld dat een concernregeling o.b.v. de groepsbijdrage robuust oogt en juridisch bestendig is tegen het EU-recht. De Finse regeling heeft op het arrest Oy AA na geen problemen met EU-recht gehad en dit arrest heeft tevens niet nadelig uitgekapt voor de Finse concernregeling. Ondanks dat Zweden een vergelijkbare regeling heeft is het daar nog niet duidelijk of het systeem van groepsbijdragen ook grensoverschrijdend moet worden toegepast. Dit komt doordat de Zweedse rechters tot een andere conclusie kwamen hierover dan het HvJ in het arrest Oy AA. Deze onduidelijkheid lijkt dus vooral een resultaat te zijn van de Zweedse rechters en niet het HvJ. Resumerend kom ik tot de conclusie dat het voorstel voldoet aan de doelstelling van de wetgever betreffende de bestendigheid tegen EU-recht van een nieuwe concernregeling.

5.3.4.1.4 Toetsing aan het ondernemingsklimaat

Vervolgens is het nodig de andere doelstelling van de wetgever voor de nieuwe concernregeling te toetsen. Het is voor de wetgever belangrijk dat de nieuwe concernregeling bijdraagt aan een goed ondernemingsklimaat. Deze doelstelling is lastiger te toetsen dan de houdbaarheid op het gebied van EU-recht, omdat er een vergelijking gemaakt zal moeten worden tussen de huidige fiscale eenheid en het voorstel en de ingeschatte impact hiervan op het ondernemingsklimaat.

De wetgever heeft zelf aangegeven dat de verwachting is dat wanneer er wordt overgestapt van het huidige systeem van de fiscale eenheid op een systeem met slechts winst- of verliesoverdracht, dit een neutraal effect zal hebben op de bijdrage aan het ondernemingsklimaat.²¹³ Echter meent Elsweier dat een overstap op een regeling met slechts winst- of verliesoverdracht een verslechtering zou betekenen voor het ondernemingsklimaat t.o.v. de huidige fiscale eenheid, tenzij er naast de invoering van de nieuwe concernregeling met slechts winst- of verliesoverdracht extra fiscale maatregelen ontwikkeld worden om herstructureringen, die bedrijfseconomisch gewenst zijn, zo min mogelijk te belemmeren op fiscaal gebied.²¹⁴

²¹² R. Offermanns, 'Een vergelijking van de fiscale eenheidsregimes binnen Europa en hun verenigbaarheid met het EU-recht', *TFO* 2016/146.2, par. 4.16.

²¹³ Internetconsultatiedocument, 'Eerste internetconsultatie nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting', 17 juni 2019, p. 8.

²¹⁴ F.J. Elsweier, 'Een toekomstbestendige concernregeling voor de vennootschapsbelasting', *TFO* 2019/164.1, par. 4.4.

Mijns inziens is er inderdaad sprake van een negatief effect op het ondernemingsklimaat, wanneer er wordt overgestapt van de fiscale eenheid naar een systeem zoals in het voorstel besproken is, namelijk een concernregeling met een groepsbijdrage. De oorzaak hiervan ligt in het feit dat er met een overstap op het nieuwe systeem afscheid wordt genomen van de unieke opgaan-in gedachte van de huidige fiscale eenheid. Hierdoor is het niet meer mogelijk om binnen de fiscale eenheid te herstructureren zonder dat er heffing van vennootschapsbelasting plaatsvindt over stille reserves. Dit is uiteraard een nadeel voor belastingplichtigen, ondanks het feit dat de Wet VPB 1969 nog andere mogelijkheden hiervoor heeft, zoals reorganisatiefaciliteiten. Toch blijft met de nieuwe concernregeling het belangrijkste voordeel van de fiscale eenheid behouden, namelijk de mogelijkheid winsten en verliezen horizontaal te salderen binnen een fiscale groep. De overstap naar een nieuwe concernregeling zoals weergegeven in het voorstel lijkt me daarom slechts licht negatief effect te hebben op het ondernemingsklimaat. Voorts ben ik van mening dat de totale impact van deze verandering op het ondernemingsklimaat in het geheel slechts beperkt zal zijn, aangezien de fiscale eenheid een klein onderdeel hiervan is. Resumerend kom ik tot de conclusie dat het voorstel voldoet aan de doelstelling van de wetgever betreffende de bijdrage van de nieuwe concernregeling aan een goed ondernemingsklimaat.

5.3.4.2 Budgettaire gevolgen

Vervolgens is het nodig de budgettaire gevolgen van het voorstel van de nieuwe concernregeling te verduidelijken. De wetgever meent dat de invoering van een winst- of verliesoverdrachtsregeling per saldo budgettair neutraal kan zijn, dit zal dan wel afhankelijk zijn van de vormgeving.²¹⁵ Mijns inziens hangen de budgettaire gevolgen nauw samen met de toegangseis van de concernregeling. Aangezien dit voorstel vasthoudt aan de minimale bezitseis van 95% aandelenbelang lijken de budgettaire gevolgen op dit gebied van de nieuwe concernregeling neutraal te zijn. Echter zijn er met deze nieuwe concernregeling minder mogelijkheden om fiscaal op een gunstige manier te herstructureren. Dit zou eventueel kunnen leiden tot meer inkomsten voor de schatkist.

5.3.4.3 Bevindingen

Resumerend kom ik tot de conclusie dat het voorstel van de nieuwe concernregeling o.b.v. een groepsbijdrage voldoet aan de belangrijke kwaliteitseis die door de wetgever zelf ontwikkeld is, te weten de effectiviteit. Er zou op basis hiervan dus overgegaan kunnen worden tot het invoeren van een nieuw regime

²¹⁵ Internetconsultatiedocument, 'Eerste internetconsultatie nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting', 17 juni 2019, p. 5.

5.5 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is het voorstel voor een nieuwe concernregeling nader uitgewerkt en vervolgens getoetst aan de effectiviteit. De deelvraag die in dit hoofdstuk centraal staat, is: moet er worden overgegaan tot het invoeren van een nieuw regime? De deelvraag bestaat uit twee delen. Het eerste deel: kan de huidige fiscale eenheid blijven bestaan of moet er een nieuwe concernregeling worden ingevoerd? Daaropvolgend het tweede deel: als er een nieuwe concernregeling zou moeten worden ingevoerd, welk alternatief zou er dan gekozen moeten worden?

Bij de beantwoording van de eerste deelvraag is er geconcludeerd dat het invoeren van een nieuwe concernregeling de juiste stap is. De Europese jurisprudentie heeft hierin een belangrijke rol gespeeld en vormt een keerpunt in het voortbestaan van de fiscale eenheid. De wetswijzigingen hebben de meest acute problemen opgelost. De wetgever is er echter niet gerust op dat met deze wetswijzigingen al het EU-rechterlijke risico verdwenen is.

Bij de beantwoording van de tweede deelvraag kon er geconcludeerd worden dat het alternatief met een systeem van resultaatsaldering met verlies- of winstoverdracht, het meest geschikt lijkt te zijn als opvolger van de fiscale eenheid. Hierdoor blijft het belangrijkste voordeel van de fiscale eenheid bestaan voor belastingplichtigen, namelijk de mogelijkheid om winsten of verliezen te verrekenen binnen een groep. Echter zal dit systeem waarschijnlijk een licht negatief effect hebben op het vestigingsklimaat. Mijns inziens zal de totale impact van deze verandering op het vestigingsklimaat in het geheel slechts beperkt zijn, aangezien de fiscale eenheid een klein onderdeel hiervan is. Vervolgens werd bij de verdere vormgeving van het voorstel gekozen voor een systeem van winstoverdracht, oftewel de groepsbijdrage regeling.

Om de deelvraag volledig te kunnen beantwoorden was het noodzakelijk dat het voorstel na verdere definiëring, werd getoetst aan een belangrijke kwaliteitseis die door de wetgever zelf ontwikkeld is, te weten de effectiviteit.

Bij de toetsing aan dit toetsingskader bleek dat het voorstel voldeed aan de effectiviteit. Bij de toetsing aan de effectiviteit is er allereerst gekeken naar de EU-houdbaarheid van de nieuwe concernregeling. Doordat Zweden en Finland een vergelijkbaar systeem hanteren is er onderzocht of deze regelingen EU-houdbaar zijn. Hier kon geconcludeerd worden dat een concernregeling o.b.v. de groepsbijdrage robuust oogt en juridisch bestendig is tegen het EU-recht. Vervolgens is het voorstel getoetst aan de bijdrage aan het ondernemingsklimaat en de oorspronkelijke doelstelling van de huidige fiscale eenheid. De uitkomsten hiervan waren niet ernstiger dan licht negatief. Er zou op basis hiervan dus geconcludeerd kunnen worden dat er overgegaan kan worden tot het invoeren van een nieuw regime.

6. Samenvatting en conclusie

In deze scriptie stond de huidige concernregeling van Nederland centraal, namelijk de fiscale eenheid. De fiscale eenheid is een belastingfaciliteit, die uniek is in zijn soort. Door de jaren heen is er een probleem ontstaan met de huidige fiscale eenheid door de Europese jurisprudentie. De wetgever lijkt ook niet langer door te willen gaan met de huidige fiscale eenheid. Hierdoor staat de volgende probleemstelling centraal:

In hoeverre is het huidige regime van de fiscale eenheid, van de Wet VPB 1969, nog geschikt voor de huidige tijd n.a.v. de arresten van het HvJ EU? Zo nee, moet er een nieuw regime worden ingevoerd?

6.1 Samenvatting

Om deze hoofdvraag te beantwoorden zijn er een aantal deelvragen opgesteld en verdeeld over de hoofdstukken. In hoofdstuk 2 is de geschiedenis van de fiscale eenheid behandeld, alsmede het huidige doel en strekking van de fiscale eenheid. De deelvraag die in dit hoofdstuk centraal stond, was: wat houdt de fiscale eenheid in zijn huidige vorm in?

De kern van de fiscale eenheid is het feit dat deze regeling het mogelijk maakt dat er bij de moedervenootschap en de dochtervenootschap gezamenlijk vennootschapsbelasting wordt geheven alsof er sprake is van één belastingplichtige. De fiscale eenheid is een belastingfaciliteit die aansluit bij de economische werkelijkheid, namelijk concernvorming. Bovendien is de wetgever van mening dat de fiscaliteit geen obstakel zou moeten vormen bij de keuze van een ondernemer betreffende de vormgeving van de onderneming.

Als de belastingplichtige kiest voor het aangaan van een fiscale eenheid, horen daar voor- en nadelen bij. De belangrijkste voordelen zijn de horizontale verliescompensatie en de mogelijkheid tot interne herstructurering zonder dat er een heffing van vennootschapsbelasting plaatsvindt over eventuele stille reserves. De belangrijkste nadelen van de fiscale eenheid zijn onder andere dat niet elk lichaam afzonderlijk gebruik kan maken van het tariefopstapje van 15% in de Wet VPB 1969. Verder is het niet mogelijk een liquidatieverlies te nemen voor een dochtermaatschappij die gevoegd is in de fiscale eenheid.

In hoofdstuk 3 zijn de knelpunten onderzocht van de fiscale eenheid op nationaal en internationaal gebied. De deelvraag die in dit hoofdstuk behandeld werd, was: wat zijn de knelpunten van de fiscale eenheid op nationaal en internationaal gebied?

Om te beginnen de knelpunten op nationaal gebied. Een knelpunt gaat over de winstneming op schulden bij de voeging van de schuldenaar. Als een vordering op een

dochtervennootschap wordt verworven onder de nominale waarde en er vervolgens een fiscale eenheid wordt aangegaan met de schuldenaar, dan moet de schuldenaar een winst nemen. De winst moet bereken worden door het verschil tussen de nominale waarde en de waarde van de vordering te nemen. Verder is er ook een knelpunt bij de bepaling van het opgeofferde bedrag bij ontvoering. Het knelpunt ligt in het feit dat bij een voeging en latere ontvoering van een dochtermaatschappij, de goodwill niet meer tot het opgeofferde bedrag behoort. Er kan geconcludeerd worden dat de uitwerking van deze regeling tot nadeel leidt bij belastingplichtigen. Verder is er nog een knelpunt met de fiscale eenheid i.c.m. verliesverrekening, hetgeen vaak resulteert in complexe situaties.

Er zijn vervolgens ook knelpunten op internationaal gebied. De knelpunten op internationaal gebied hebben vaak als oorzaak de Europese rechtspraak van het HvJ. Het betreft zaken die voornamelijk over grensoverschrijdende vraagstukken van discriminatie of belemmering gaan i.c.m. de fiscale eenheid. De belangrijkste arresten die op dit gebied zijn geweest, zijn het Papillon arrest en het X bv arrest. De zaak van X bv heeft tot een cruciaal keerpunt geleid van de fiscale eenheid i.c.m. het EU-recht. Het arrest bevestigde dat de per element-benadering ook geldt voor de Nederlandse fiscale eenheid. De uitspraak in het arrest van X bv is de oorzaak geweest voor de aanpassingen van de fiscale eenheid in 2019 in de vorm van de Wet spoedreparatie fiscale eenheid. Volgens de wetgever was het nodig deze aanpassingen te doen, om uitholling van de belastinggrondslag van internationale bedrijven tegen te gaan.

De meeste knelpunten die door de Europese jurisprudentie zijn ontstaan, zijn al door de wetwijzigingen opgelost. Echter blijft het grensoverschrijdende aspect i.c.m. de fiscale eenheid een gebrek, zeker gezien het feit er nog Europese rechtspraak kan komen over bepaalde aspecten van de fiscale eenheid.

In hoofdstuk 4 zijn de verschillende alternatieven voor de huidige fiscale eenheid behandeld. De deelvraag die in dit hoofdstuk centraal stond, was: welke potentieel interessante alternatieven zijn er?

Het eerste alternatief voor de fiscale eenheid is volledige afschaffing en vervolgens geen invoering van een vervangende groepsregeling. Het afschaffen van de fiscale eenheid zonder invoering van een nieuwe groepsregeling zal diepgaande gevolgen hebben voor onder andere het bedrijfsleven. Een belangrijk gevolg hiervan is dat het vestigingsklimaat in Nederland zal verslechteren. Gezien het feit dat de fiscale eenheid belangrijke voordelen biedt, is deze optie mijns inziens niet wenselijk.

Bij het tweede alternatief blijft de fiscale eenheid in zijn huidige vorm bestaan met de bestaande wetwijzigingen, waarbij er bij eventuele nieuwe gebreken uitgebreid zal worden met nieuwe reparatiemaatregelen. Het gevolg is dat de unieke consolidatiegedachte van de

fiscale eenheid behouden blijft. Ondanks de duidelijke voordelen die deze optie heeft, zorgt het ook voor een aantal nadelen en onzekerheden. Gezien het feit dat door deze optie de onzekerheden omtrent Europese jurisprudentie niet verdwijnen, zal deze optie mijns inziens ook niet wenselijk zijn.

Het derde alternatief betreft een systeem van resultaatsaldering met verlies- of winstoverdracht. Het gevolg van deze optie is dat het belangrijkste element van de fiscale eenheid behouden blijft, te weten het verrekenen van winsten en verliezen van verschillende lichamen binnen de fiscale groep. De opgaan-in gedachte van de fiscale eenheid zal bij deze optie echter niet behouden blijven. De voordelen van dit systeem zorgen over het algemeen voor een verbetering t.o.v. de huidige fiscale eenheid en het aantal nadelen lijkt gering te zijn. Hierdoor kan dit systeem een serieuze optie zijn om de fiscale eenheid te vervangen.

Bij het vierde alternatief blijft de huidige fiscale eenheid bestaan en wordt het uitgebreid met een grensoverschrijdende fiscale eenheid, met inbegrip van een objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten. Door de grensoverschrijdende fiscale eenheid is het mogelijk voor buitenlandse dochtervennootschappen te voegen met een Nederlandse moedervennootschap. Een dergelijk systeem bestaat enkel in Denemarken waardoor het onzekerheid met zich brengt omtrent onder andere het EU-recht, evenals risico's omtrent mismatches en misbruik. Resumerend kan worden gesteld dat dit alternatief niet geschikt is als opvolger van de huidige fiscale eenheid.

In hoofdstuk 5 is het voorstel voor een nieuwe concernregeling nader uitgewerkt en vervolgens getoetst aan de effectiviteit. De deelvraag die in dit hoofdstuk behandeld werd, was: moet er worden overgegaan tot het invoeren van een nieuw regime? De deelvraag bestaat in feite uit twee delen. Het eerste deel: kan de huidige fiscale eenheid blijven bestaan of moet er een nieuwe concernregeling worden ingevoerd? Vervolgens het tweede deel: als er een nieuwe concernregeling zou moeten worden ingevoerd, welk alternatief zou er dan gekozen moeten worden?

Bij de beantwoording van de eerste deelvraag is er geconcludeerd dat het invoeren van een nieuwe concernregeling de juiste stap is. De Europese jurisprudentie heeft hierin een belangrijke rol gespeeld en een keerpunt gevormd in het voortbestaan van de fiscale eenheid. De wetswijzigingen hebben effect gehad in het feit dat het de meest acute problemen heeft weten op te lossen. De wetgever is er echter niet gerust op dat met deze wetswijzigingen al het EU-rechterlijke risico verdwenen is.

Vervolgens kan bij de beantwoording van de tweede deelvraag geconcludeerd worden dat een systeem van resultaatsaldering met verlies- of winstoverdracht, het meest geschikt lijkt te zijn als alternatief voor de fiscale eenheid. Als er voor dit alternatief gekozen wordt, dan

blijft het belangrijkste voordeel van de fiscale eenheid behouden, te weten de mogelijkheid om winsten of verliezen te verrekenen binnen een groep. Daarentegen is het aannemelijk dat dit systeem een licht negatief effect zal hebben op het vestigingsklimaat. Toch lijkt de totale impact van deze verandering op het vestigingsklimaat in het geheel beperkt te zijn, omdat de fiscale eenheid slechts een klein onderdeel is van het vestigingsklimaat. Bij de verdere vormgeving van het voorstel is er gekozen voor een systeem van winstoverdracht, oftewel de groepsbijdrage regeling.

Ten slotte bleek bij de toetsing aan het toetsingskader dat het voorstel voldeed aan de effectiviteit. Bij de toetsing aan de effectiviteit is de EU-houdbaarheid van de nieuwe concernregeling onderzocht. Gezien het feit dat Zweden en Finland een vergelijkbaar systeem hebben, is er onderzocht of deze regelingen EU-houdbaar zijn. Op basis hiervan kan geconcludeerd worden dat een concernregeling met de groepsbijdrage robuust oogt en juridisch bestendig is tegen het EU-recht. Daaropvolgend is het voorstel getoetst aan de bijdrage aan het ondernemingsklimaat en de oorspronkelijke doelstelling van de huidige fiscale eenheid. Hieruit kan geconcludeerd worden dat de uitkomsten niet ernstiger waren dan licht negatief. Er kan dus geconcludeerd worden dat er overgegaan kan worden tot het invoeren van een nieuw regime.

6.2 Conclusie

De deelvragen die behandeld zijn, dienen te ondersteunen in de beantwoording van de hoofdvraag. De hoofdvraag die in deze scriptie centraal staat, is:

In hoeverre is het huidige regime van de fiscale eenheid, van de Wet VPB 1969, nog geschikt voor de huidige tijd n.a.v. de arresten van het HvJ EU? Zo nee, moet er een nieuw regime worden ingevoerd?

Er kan geconcludeerd worden dat de fiscale eenheid niet meer geschikt is om te laten bestaan. De gevolgen van de arresten Papillon en X bv konden door de wetgever nog verholpen worden door de aanpassingen van 2016 en de wetswijzigingen van 2019. Hierdoor zijn de meest acute problemen die het gevolg waren van de arresten verholpen, echter is de fiscale eenheid niet langer houdbaar op het gebied van EU-recht. De wetgever meent ook dat de fiscale eenheid door de Europese jurisprudentie te veel onder druk is komen staan en dus niet langer houdbaar is.

Er zal dus een nieuwe concernregeling ingevoerd moeten worden. In deze scriptie zijn vier alternatieven onderzocht. Het alternatief met een systeem van resultaatsaldering met verlies- of winstoverdracht, lijkt het meest geschikt te zijn als opvolger van de fiscale eenheid. Meer specifiek lijkt een systeem van winstoverdracht de voorkeur te hebben.

Literatuurlijst

Jurisprudentie

HR 8 mei 1957, 12 931, ECLI:NL:HR:1957:AY2274

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

HvJ EU 13 december 2005, C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763, V-N 2005/60.15, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws (*Marks & Spencer*)

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

HvJ EU 18 juli 2007, C-231/05, ECLI:EU:C:2007:439, V-N 2007/57.13, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws (*Oy AA*)

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

HvJ EU 27 november 2008, C-418/07, ECLI:EU:C:2008:659, V-N 2008/59.20, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws (*Papillon*)

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

HvJ EU 25 februari 2010, C-337/08, ECLI:EU:C:2010:89, V-N 2010/12.19, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws (*X Holding*)

HR 13 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP7962

HvJ EU 12 juni 2014, C-39/13, C-40/13 en C-41/13, ECLI:EU:C:2014:1528

Hof Amsterdam 11 december 2014, 11/00180bis, ECLI:NL:GHAMS:2014:5186

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

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

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

HvJ EU 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110, V-N 2018/11.14, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws (*X*)

HvJ EU 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110, *NtFR* 2018/563, m.nt. F. van Horzen (X)

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

HvJ 31 mei 2018, C-382/16, ECLI:EU:C:2018:366, *V-N* 2018/32.6, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws (*Hornbach-Baumarkt*)

Literatuur

H.J. Bresser, art. 15 Wet VPB 1969, NDFR commentaar, (online, bijgewerkt 6 januari 2022)

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

A.C.P. Bobeldijk, 'Recente ontwikkelingen ten aanzien van de fiscale eenheid vennootschapsbelasting', *NtFR Beschouwingen* 2020/9

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

J.N. Bouwman, 'Geen afschaffing van de consolidatie in de fiscale eenheid (VPB)', *NtFR* 2018/2292

Claire Crawford & Judith Freedman, *Small Business Taxation*, in: *Dimensions of tax design (The Mirrlees Review)*, Oxford University Press, 2011, Chapter 11

R.P. van den Dool e.a., *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2019

R.P. van den Dool & M. Nieuweboer, 'Een territoriale groepsregeling - deel 1', *WFR* 2019/227

R.P. van den Dool & M. Nieuweboer, 'Een territoriale groepsregeling – deel 2', *WFR* 2019/235

F.A. Engelen, 'De gevolgen van de zaak Papillon voor de Nederlandse fiscale eenheid', *NtFR* 2009/73

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

F. Elswelier, Fiscale eenheid: een dynamisch regime binnen de VPB, Thema 2022, (online, bijgewerkt 20 januari 2022)

F. Elswelier, Hybridemismatchmaatregelen (ATAD 2), Thema 2022, (online, bijgewerkt 20 januari 2022)

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

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

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

A.W. Hofman, 'Verliezen meegeven bij ontvoering: vraagtekens bij HR 13 mei 2011', *WFR* 2013/553.

T. van Hulst & R. Marchal, 'Verslag van de 50e Fiscale Conferentie "Fiscale eenheid vennootschapsbelasting"', *WFR* 2020/49

T. van Hulst & K. Lam, 'Verslag startbijeenkomst nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2019/78

Position Paper NOB, 'Startbijeenkomst nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting', 14 februari 2019

G. Kampschöer, 'Een ander geluid; geen "old school"-fiscale eenheid meer', *WFR* 2018/87

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

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

J.J.A.M. Korving & G.J.W. de Ruiter, 'Wie kan dat betalen? Onze huur!', *WFR* 2020/80

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

J. van Poppel & K. Schriek, 'Fiscale eenheid en de vrijheid van vestiging: nog niet uitgepraat?', *MBB* 2020/45

R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, 'Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat', 14.3.1.16 *HSB*, 2010

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

Position Paper J.L. van de Streek, 'Startbijeenkomst nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting', 14 februari 2019

R.J. de Vries, 'Fiscalisten hun "speeltjes" en het einde van de fiscale eenheid VPB is nog niet in zicht', *WFR* 2015/1344

R.J. de Vries, 'Een pleidooi voor handhaving van het huidige fiscale-eenheidsregime in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2016/36

S. Ubachs, Verrekenprijsregels, Thema 2022, (online, bijgewerkt 25 januari 2022)

Nieuwe groepsregeling in VPB waarschijnlijk zonder fiscale vermogensconsolidatie, *V-N* 2021/13.5

Kamerstukken

Kamerstukken II 1990/91, 22008, nr. 2

Kamerstukken II 1999/00, 26854, nr. 3

Kamerstukken I 2001/02, 26 854, nr. 45d

Kamerstukken II 2015/16, 34323, nr. 3

Kamerstukken II 2017/18, 34959, nr. 3

Kamerstukken II 2017/18, 34323, nr. 22

Kamerstukken II 2018/19, 34959, nr. 7

Internetconsultatiedocument, 'Eerste internetconsultatie nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting', 17 juni 2019