

Erasmus Universiteit Rotterdam
Erasmus School of Economics
Masterscriptie Fiscale Economie

De Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling is gevestigd. Kapitaal verkeerd?

Naam: Remy Letanoux

Studentnummer: 431757

Begeleider: R.B.N. van Ovest

Tweede lezer: P. Kavelaars

Plaats: Rotterdam

Datum 30 april 2022

Woorden aantal: 29 306

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.

Inhoud

Hoofdstuk 1: Inleiding	5
1.1 Aanleiding tot het onderzoek.....	5
1.2 Probleemstelling en afbakening.....	8
Probleemstelling.....	9
1.2.1.....	9
1.2.2. Opzet van het onderzoek	10
1.2.3 Afbakening.....	10
Hoofdstuk 2: De liquidatieverliesregeling	11
2.1 Inleiding.....	11
2.2 De Deelnemingsvrijstelling.....	12
2.2.1 Doel en strekking deelnemingsvrijstelling.....	12
2.2.2 De werking van artikel 13 Wet VpB 1969.....	15
2.3 De liquidatieverliesregeling.....	17
2.3.1 Doel en strekking liquidatieverliesregeling	17
2.3.2 De geschiedenis van de liquidatieverliesregeling.....	19
2.3.2.1 De geschiedenis van de liquidatieverliesregeling tot 1 januari 2021.....	19
2.3.2.2 Marks en Spencer II	20
2.3.2.3. Het ontstaan van de Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling	22
2.4 De werking van artikel 13d Wet VpB 1969.....	24
2.4.1 De materiele eisen van artikel 13d Wet VpB 1969	24
2.4.2 De omvang van het liquidatieverlies	26
2.4.3 Aanpassingen van de Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling	28
2.4.3.1 De kwantitatieve voorwaarde	29
2.4.3.2 De territoriale voorwaarde.....	30
2.4.3.3 De temporele voorwaarde	30
2.5 Deelconclusie.....	31
Hoofdstuk 3: Europeesrecht en de vrijheid van vestiging en kapitaalverkeer.....	33
3.1 Inleiding.....	33
3.2 Primair Europees recht.....	33
3.3 Gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod.....	35
3.4 Het beslisschema van het Hof van Justitie	36
3.5 De vrijheid van vestiging	38
3.6 De vrijheid van kapitaalverkeer.....	39

3.7 De samenloop van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaalverkeer	41
3.7.1 Het Baars arrest.....	43
3.7.2 Generieke of specifieke maatregel.....	44
3.7.3 Het FII 2 arrest.....	45
3.8 Deelconclusie.....	49
Hoofdstuk 4: De fiscale invulling door het Hof van Justitie van het doorslaggevende zeggenschaps criterium na het arrest Baars	51
4.1 Inleiding.....	51
4.2 Het doorslaggevende zeggenschaps criterium	51
4.3 Het doorslaggevende criterium bij minderheidsbelangen ter zake van generieke bepalingen (Idryma Typou AE).....	54
4.3.1 Het arrest Idryma Typou AE	54
4.3.2 Commentaar.....	55
4.4 Het doorslaggevende zeggenschaps criterium en samenwerkingsverbanden (Columbus Container Services).....	56
4.4.1 Wat is een samenwerkende groep.....	56
4.4.2 Het arrest Columbus Container Services.....	57
4.4.3 Commentaar.....	58
4.5 Het doorslaggevende zeggenschaps criterium en joint ventures (Burda)	59
4.5.1 Wat zijn joint ventures?	59
4.5.2 Het arrest Burda	60
4.4.3 Commentaar.....	61
4.5 Deelconclusie.....	62
Hoofdstuk 5: conclusie	64
5.1.....	Inleiding
5.2 Samenvatting.....	64
5.3 Discussie	68
5.4 Conclusie	70
5.5 Aanbevelingen.....	71
Literatuurlijst	72
Boeken.....	72
Tijdschriften.....	73
Parlementaire stukken	75
Jurisprudentie.....	76
Overige bronnen.....	77

Afkortingen

A-G	Advocaat Generaal
BNB	Beslissingen in Belastingzaken
BV	Besloten vennootschap
EU	Europese Unie
FED	Fiscaal Tijdschrift FED
HR	Hoge Raad
Jo.	Juncto
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
M. nt.	Met Noot
MvT	Memorie van Toelichting
NOB	Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
NtFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NtFR-B	NtFR – Beschouwingen
P.	Pagina
Par.	Paragraaf
R.o,	Rechtsoverweging
Staatssecretaris	Staatssecretaris van Financiën
Stb.	Staatsblad
TFO	Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht
V-N	Vakstudie Nieuws
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wet DB 1965	Wet op de dividendbelasting 1965
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet VpB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad Fiscaal Recht

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1 Aanleiding tot het onderzoek

Sinds 1 januari 2021 is de Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling van kracht, waarbij de liquidatieverliesregeling¹ vanaf die datum aangescherpt is.² Deze Wet is tot stand gekomen door een initiatiefwetsvoorstel van de Tweede Kamerleden Snels, Leijten en Nijboer, die daarmee beoogden oneigenlijk gebruiken en grondslaguitholling van de liquidatieverliesregeling tegen te gaan. De liquidatieverliesregeling dient in samenhang gelezen te worden met de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Wet VpB 1969.³ Winsten en verliezen uit hoofde van een deelneming worden door de deelnemingsvrijstelling niet in de heffing betrokken waardoor een economische dubbele belasting voorkomen wordt. Hierbij heeft de wetgever het doel om winsten en verliezen eenmaal in de heffing van de vennootschapsbelasting te betrekken.

Liquidatieverliezen vormen een uitzondering op de regel van de deelnemingsvrijstelling waar winsten en verliezen uit hoofde van een deelneming niet in de heffing worden betrokken. In tegenstelling tot bijvoorbeeld een afwaardering van een deelneming kan er onder voorwaarden wel een liquidatieverlies bij de moeder in aftrek worden gebracht.⁴ De liquidatieverliesregeling werkt eenzijdig waardoor enkel liquidatieverliezen binnen de deelnemingsvrijstelling aftrekbaar zijn. Zo worden liquidatiewinsten niet belast waardoor de liquidatieverliesregeling uitsluitend ten gunste van de belastingplichtige kan werken. Dit basisprincipe van het liquidatieverliessysteem past in het Nederlandse fiscale rechtssysteem vanuit de totaalwinstgedachte en de ratio van de deelnemingsvrijstelling, aangezien geleden verliezen eenmaal in het resultaat tot uitdrukking moeten zijn gekomen.⁵ De omvang van het liquidatieverlies bestaat uit het verschil tussen het oorspronkelijk voor de deelneming opgeofferde bedrag en de liquidatie uitkeringen van de verdwijnende deelneming.⁶

De initiatiefnemers van de Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling constateerden dat de Nederlandse belastinggrondslag vergaand kon worden uitgehold door middel van de liquidatieverliesregeling. De mogelijkheid van uitholling zou ontstaan doordat er overal ter wereld een liquidatieverlies kon worden genomen in combinatie met de situatie dat deze aftrekpost tot elk moment in de tijd uitgesteld kon worden.⁷ Zo berichtte dagblad Trouw in 2018 dat Shell door middel van onder andere de liquidatieverliesregeling geen vennootschapsbelasting betaalde.⁸ De doelstelling van de regeling in het conceptwetsvoorstel is de uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag, die plaatsvindt door middel van de

¹ Artikel 13d Wet VpB 1969.

² Wet van 16 december 2020, Stb. 2020, 35 568, nr. 539.

³ A.W. Hofman, *Hoog tijd voor modernisering liquidatieverliesregeling*, WFR 2014/787.

⁴ Van den Dool e.a. 2019, p. 241.

⁵ F.J. Elsweier, *Verliezen in de VPB*, TFO 2021/176.1.

⁶ Artikel 13d lid 5 Wet VpB 1969.

⁷ MvT Consultatie Initiatiefwetsvoorstel liquidatieverliesregeling 16 april 2019, p. 2. Te vinden op: <https://www.internetconsultatie.nl/liquidatieverliesregeling>

⁸ Trouw 29 november 2018 geraadpleegd op: <https://www.trouw.nl/nieuws/shell-betaalt-in-nederland-geen-winstbelasting~ba0ffbe9/>

aftrek van liquidatieverliezen, tegen te gaan.⁹ In de memorie van toelichting van de Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling wordt aangegeven dat de Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling aansluit bij de uitgangspunten uit het conceptwetsvoorstel van de initiatiefnemers.¹⁰ Het middel om deze doelstelling te bereiken komt tot uiting in de volgende bepalingen:

- De kwantitatieve voorwaarde: Een beperking van de liquidatieverliesregeling tot gevallen waar de moedervernootschap een kwalificerend belang in de dochtervernootschap heeft;¹¹
- De territoriale voorwaarde: Een beperking van de liquidatieverliesregeling tot gevallen waar de dochtervernootschappen zijn gevestigd in Nederland, een andere staat van de EU, de EER of een staat waarmee Nederland een specifieke associatieovereenkomst heeft gesloten;¹²
- De temporele voorwaarde: Een beperking van de mogelijkheid om het aftrekmoment van een liquidatieverlies uit te stellen.¹³

Deze voorwaarden zijn van toepassing indien het liquidatieverlies meer bedraagt dan de franchise van 5 miljoen euro.¹⁴ Met deze beperkingen beoogt de wetgever om landen buiten de EU, de EER of een staat waarmee Nederland een specifieke associatie overeenkomst heeft gesloten uit te sluiten van de werking van de liquidatieverliesregeling.¹⁵ Daarbij hebben de door het Werkingsverdrag van de Europese Unie gegarandeerde verdragsvrijheden bij de totstandkoming van de territoriale voorwaarde een belangrijke rol gespeeld.¹⁶ De initiatiefnemers hebben namelijk beoogd te voorkomen dat de Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling onder de werking van de vrije verkeersbepaling van kapitaalverkeer zou vallen. Zo mag een nationale maatregel, in het kader van de Europese verdragsvrijheden bij grensoverschrijdende activiteiten, inwoners van EU-lidstaten niet benadelen ten opzichte van binnenlandse inwoners.¹⁷ Daarbij is de vrije verkeersbepaling van kapitaalverkeer naast EU lidstaten onderling ook van toepassing tussen EU-lidstaten en derde niet EU-staten.¹⁸ De belastingheffing over inkomen uit een deelneming kan onder zowel de vrijheid van kapitaal als de vrijheid van vestiging vallen.¹⁹ Binnen de huidige liquidatieverliesregeling is het dus onwenselijk om onder de werking van de vrijheid van kapitaalverkeer te vallen, aangezien de maatregel ongunstiger werkt voor derde niet EU staten. Indien belastingplichtigen een geslaagd beroep op de vrije verkeersbepaling van kapitaalverkeer zouden kunnen doen, zou

⁹ MvT Consultatie Initiatiefwetsvoorstel liquidatieverliesregeling 16 april 2019, p. 2. Te vinden op:

<https://www.internetconsultatie.nl/liquidatieverliesregeling>

¹⁰ Kamerstukken II, 2020/2021, 35568, nr. 3, p.3.

¹¹ Artikel 13d lid 2, onderdeel a, sub 1 Wet VpB 1969.

¹² Artikel 13d lid 2, onderdeel a, sub 2 Wet VpB 1969.

¹³ Artikel 13d lid 14, onderdeel c Wet VpB 1969.

¹⁴ Artikel 13d lid 2 Wet VpB 1969.

¹⁵ De territoriale voorwaarde.

¹⁶ MvT Consultatie Initiatiefwetsvoorstel liquidatieverliesregeling 16 april 2019, p. 6. Te vinden op:

<https://www.internetconsultatie.nl/liquidatieverliesregeling>

¹⁷ Kiekenbeld & van Eijnsden 2009, p.7.

¹⁸ Marres, Vermeulen & Wattel 2018, p. 103.

¹⁹ S. J. C. Hemels & J.W. Rompen, *Vestiging of kapitaalverkeer: welke vrijheid heeft prioriteit*, WFR 2010/1058

de doelstelling van de Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling om verliezen van deelnemingen uit derde landen uit te sluiten van de liquidatieverliesregeling niet behaald kunnen worden.

De vrijheid van vestiging is enkel van toepassing tussen EU-lidstaten onderling waardoor derde landen geen beroep op deze vrije verkeersbepaling kunnen doen. Wanneer een belastingplichtige deelneemt in een rechtspersoon met enkel het doel te investeren is de vrijheid van kapitaal van toepassing. De vrijheid van vestiging is van toepassing wanneer de investeerder middels de deelneming een zodanige invloed heeft op de besluiten van de vennootschap dat hij de activiteiten kan bepalen.²⁰ Uit het arrest *Baars*²¹ komt naar voren dat indien er getoetst wordt aan een generieke fiscale maatregel bij belangen met een doorslaggevende zeggenschap, de vrijheid van vestiging van toepassing is. Wanneer zowel de vrijheid van kapitaalverkeer als de vrijheid van vestiging van toepassing kunnen zijn, zal de vrijheid van vestiging voorrang hebben indien de investeerder een doorslaggevende zeggenschap heeft. In dat geval wordt de vrijheid van kapitaal geacht niet van toepassing te zijn.²²

De wetgever beschrijft dat het kwalificerende belang van de kwantitatieve voorwaarde op zodanige wijze is vormgegeven dat er wordt voorkomen dat een belastingplichtige een succesvol beroep kan doen op de vrijheid van kapitaalverkeer.²³ De kwantitatieve voorwaarde heeft namelijk het gevolg dat een liquidatieverlies niet in aanmerking komt voor zover deze meer bedraagt dan de franchise indien de belastingplichtige geen beslissende invloed heeft op de onderneming.²⁴ In de memorie van toelichting wordt beschreven dat aan deze beslissende invloed in beginsel voldaan wordt wanneer een belastingplichtige meer dan 50% van de statutaire stemrechten in een deelneming bezit. Daarnaast stelt de wetgever dat er bij een bezit van 40% van de statutaire stemrechten niet voldaan is aan de kwantitatieve voorwaarde.²⁵ De wetgever ontleent deze kwantitatieve voorwaarde aan de rechtspraak van het Hof van Justitie en verwijst daarbij naar het *Baars*²⁶ arrest. De initiatiefnemers leiden daarnaast uit het *Lasertec*²⁷ arrest af dat bij een kwalificerend belang in de liquidatieverliesregeling er geen sprake is van een generieke maatregel. Hierdoor zou alleen de vestigingsvrijheid van toepassing zijn en zou dit een beroep op het vrij verkeer van kapitaal uitsluiten.

Ook geeft de wetgever aan dat bij de totstandkoming van het kwalificerende belang de definitie ontleend is aan vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie.²⁸ De Raad van State merkt op dat deze vaste rechtspraak niet wordt toegelicht.²⁹ Hij schrijft

²⁰ Marres, Vermeulen & Wattel 2018, p. 47.

²¹ HvJ EG 13 april 2000, ECLI:EU:C:2000:205, C-251/98.

²² Kiegebeld & van Eijnsden 2009, p.60.

²³ Kamerstukken II 2020/2021 MvT, 35568 n.3, p.5.

²⁴ Artikel 13d lid 2 onderdeel a Wet VpB 1969 jo. Artikel 13 lid 4 Wet VpB.

²⁵ Kamerstukken II 2020/2021 MvT, 35568 n.3, p.6.

²⁶ HvJ EG 13 april 2000, ECLI:EU:C:2000:205, C-251/98 (Baars).

²⁷ HvJ EU 10 mei 2007, ECLI:EU:C:2007:273, C-492/04 (Lasertec).

²⁸ Kamerstukken II 2020/2021 MvT, 35568 nr.3, p.6.

²⁹ Kamerstukken II 2020/2021 MvT, 35568 nr.4, p.5.

daarbij dat bij het doorslaggevende zeggenschaps criterium het afhangt van de feiten en omstandigheden van het geval. Zo volgt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie geen vast percentage waarbij de beslissende invloed een gegeven is. De Raad van State wijst daarbij op de zaak *Idryma Typrou AE*³⁰ waar een belang van 25 procent in een deelneming kon volstaan om de vrijheid van vestiging van toepassing te laten zijn.

Het is inherent aan een formulering welke gekoppeld is aan uitspraken van het Hof van Justitie dat er een bepaalde onzekerheid bestaat welke situaties er wel of niet onder vallen.³¹ Zo stellen Bobeldijk en Heitel dat het niet duidelijk is op welke manier andere factoren dan stemrechten een rol spelen bij de beoordeling van het doorslaggevende zeggenschaps criterium. Daarbij vragen zij zich af of er bij een 50-50 joint venture de doelstelling van de kwantitatieve voorwaarde omtrent de vrijheid van vestiging doel treft. Uit het arrest *Burda*³² leiden zij namelijk af dat er bij een 50-50 joint venture voor beide aandeelhouders sprake is van een belang waarmee er een zodanige invloed op de activiteiten van een vennootschap kan worden uitgeoefend dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald. Ten slotte merken zij ook op dat er ook kan zijn van doorslaggevend belang sprake kan zijn indien het belang minder bedraagt dan 50%. Uit het arrest *Columbus Container Services*³³ blijkt volgens de twee schrijvers dat er bij een belang van 10% ook sprake kan zijn van een doorslaggevend belang als er sprake is van een samenwerkende groep. Het lijkt daarmee geen uitgemaakte zaak dat met het doorslaggevende zeggenschaps criterium alleen de vrijheid van vestiging speelt en dat de vrijheid van kapitaalverkeer uitgesloten wordt.³⁴ Indien een minderheidsaandeelhouder voldoet aan het doorslaggevende zeggenschaps criterium, zou a contrario betoogd kunnen worden dat de meerderheidsaandeelhouder mogelijk onder de vrijheid van kapitaalverkeer valt.

1.2 Probleemstelling en afbakening

Uit de memorie van toelichting van de Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling en de toelichting van het conceptwetsvoorstel van de initiatiefnemers blijkt dat de wetgever met een hoge mate van zekerheid het standpunt heeft ingenomen dat de kwantitatieve en de territoriale voorwaarden ervoor zorgen dat verliezen uit deelnemingen van derde niet EU-landen niet meer in aanmerking komen voor de liquidatieverliesregeling. De vraag kan gesteld worden of de doelstelling om de vrijheid van vestiging te laten prevaleren boven de vrijheid van kapitaalverkeer volledig doel treft. De kwantitatieve voorwaarde is namelijk door de wetgever in het leven geroepen om in lijn te zijn met eerdere jurisprudentie van het Hof van Justitie. Uitspraken van het Hof van Justitie en de daaruit geformuleerde rechtsregels worden gedaan vanuit de betwiste nationale regeling en de achtergrond van deze nationale regeling die aan het Europese recht worden getoetst en zijn erg afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In dat kader zou een doorslaggevende invloed in het kader van de vrijheid van vestiging in Nederland in theorie anders in de jurisprudentie anders tot uiting kunnen komen

³⁰ HvJ 21 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:622, C-81/09 (*Idryma Typou AE*).

³¹ A.C.P. Bobeldijk & D.L. Heitel, *Initiatiefwet aanpassingen in de liquidatie- en stakingsverliesregeling verdient nadere doordenking*, WFR 2020/28.

³² HVJ EG 26 juni 2008, ECLI:EU:C:2008:365, C-284/06 (*Burda*).

³³ HvJ EG 6 december 2007, ECLI:EU:C:2007:754, C-298/05 (*Columbus Container Services*).

³⁴ Marit Muller Taxlive.nl 9 mei 2019, Geraadpleegd op:

<https://www.taxlive.nl/nl/documenten/nieuws/liquidatieverliesregeling-mogelijk-onnodig-op-de-schop/>

dan een ander EU-land. In het aanmerkelijk belang regime van box 2 uit de Wet inkomstenbelasting 2001 en in de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 van de Wet VpB 1969 wordt bijvoorbeeld een aandelenbelang van 5% voldoende geacht om belastingplichtigen anders te behandelen dan belastingplichtigen met een belang dat kleiner is dan 5%. Daarnaast zijn er mogelijk gevallen die leiden tot een schending van de vrijheid van het kapitaalverkeer, aangezien belangen die kleiner of gelijk zijn aan 50% van de stemrechten ervoor zorgen dat de vrijheid van vestiging de facto niet meer van toepassing is, omdat er geen sprake is van een beslissende invloed.³⁵

1.2.1 Probleemstelling

Hieruit voortvloeiend is de doelstelling van deze scriptie te onderzoeken of liquidatieverliezen in het kader van de liquidatieverliesregeling in alle gevallen onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging vallen. Zo wordt er onderzocht of een van de doelstellingen van de Wet liquidatie- en stakingsverliesregeling, die poogt om in alle gevallen aan te sluiten bij de vrijheid van vestiging om liquidatieverliezen boven de franchise uit derde landen niet meer van de Nederlandse heffingsgrondslag te laten trekken, verwezenlijkt wordt met de kwantitatieve voorwaarde. Voor deze scriptie heb ik de volgende onderzoeksvraag opgesteld:

Is door de kwantitatieve voorwaarde van de liquidatieverliesregeling bereikt dat de toepassing van de liquidatieverliesregeling onder de werking van de vrijheid van vestiging valt?

De onderzoeksvraag is relevant, aangezien de wetgever met de Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling beoogt liquidatieverliezen van grote multinationals in landen buiten de territoriale werking van het EU-recht uit te sluiten. Indien uit het onderzoek blijkt dat er in sommige gevallen toch een beroep op de vrijheid van kapitaal zou kunnen worden gedaan, zou dat ertoe kunnen leiden dat er reparatiewetgeving benodigd is. Als er een wezenlijke kans bestaat dat de vrijheid van kapitaal van toepassing kan zijn is de kans aannemelijk dat belastingplichtigen hierop zullen ageren. Daarnaast zou het onderzoek meer duidelijkheid kunnen geven over de invulling van de vrijheid van vestiging en de verhouding van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaalverkeer in het kader van Nederlandse en Europese belastingwetgeving.

³⁵ De gevallen die mogelijk blijken uit onder andere de arresten *Idryma Typrou AE, Burda & Columbus Container Services*.

De probleemstelling wordt beantwoord door de volgende deelvragen:

1. Hoe is de liquidatieverliesregeling vormgegeven en wat is de ratio van de liquidatieverliesregeling?
2. Wanneer zijn de verkeersvrijheden van vestiging en kapitaal van toepassing op een fiscale regeling en wat is het beoordelingskader van het Hof van Justitie ten aanzien van de vrije verkeersbepalingen?
3. Hoe wordt het begrip van doorslaggevende zeggenschap door het Hof van Justitie uitgelegd?

1.2.2. Opzet van het onderzoek

Het onderzoek is als volgt opgebouwd. In het tweede hoofdstuk worden de ratio en de werking van de liquidatieverliesregeling uiteengezet. Daarna wordt in het derde hoofdstuk de achtergrond van de Europese verkeersvrijheden en het beslisschema van het Hof van Justitie aangaande de Europese verkeersvrijheden uiteengezet. Vervolgens wordt er in dit hoofdstuk dieper op de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaalverkeer en de verhouding tussen deze twee vrijheden ingegaan. In het vierde hoofdstuk wordt er nader onderzocht hoe het Hof van Justitie invulling geeft aan het vereiste van doorslaggevende zeggenschap. Hier worden onder andere arresten bekeken van de samenwerkende groep, van minderheidsbelangen en van joint venture situaties. Ten slotte wordt er in het laatste hoofdstuk een conclusie getrokken aangaande de probleemstelling.

1.2.3 Afbakening

In deze scriptie worden de stakingsverliesregeling en verschillende aspecten de Europees rechtelijke verkeersvrijheden niet nader uiteengezet. Zo wordt er in het onderzoek niet verder ingegaan op de verhouding van de Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling en de vrije verkeersbepalingen van goederen, werknemers en diensten. Daarnaast wordt niet verder ingegaan op de mogelijke inhoudelijke toetsing van het Hof van Justitie over de vrijheid van kapitaal en de Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling. Ook beperkt het onderzoek zich tot de doelstelling van de wet Liquidatie verliesregeling om de vrijheid van vestiging altijd van toepassing te laten zijn in grensoverschrijdende situaties.

Hoofdstuk 2: De liquidatieverliesregeling

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de ratio, de werking en de geschiedenis van de liquidatieverliesregeling uiteengezet. Dit hoofdstuk richt zich op de totstandkomingsgeschiedenis en de gedachten achter de liquidatieverliesregeling en de Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling. Het doel daarvan is om tot een volledig beeld te komen bij de wettelijke doelstellingen van de liquidatieverliesregeling, de bepalingen binnen de liquidatieverliesregeling die ontstaan zijn uit uitvoerbaarheid en de wisselende behandeling van buitenlandse vennootschappen. Op deze manier kan de huidige liquidatieverliesregeling verder in het onderzoek tegen de regels van de uitspraken van het Hof van justitie worden gehouden.

In dit hoofdstuk wordt de volgende deelvraag behandeld:

Hoe is de liquidatieverliesregeling vormgegeven en wat is de ratio van de liquidatieverliesregeling?

Als eerste wordt de deelnemingsvrijstelling besproken. De liquidatieverliesregeling is onlosmakelijk verbonden met artikel 13 Wet vennootschapsbelasting 1969 waardoor het voor het onderzoek van belang is om de ratio en de werking van de deelnemingsvrijstelling goed te begrijpen. In het vervolg van het hoofdstuk wordt eerst de ratio van de liquidatieverliesregeling besproken. Vervolgens wordt de geschiedenis van de liquidatieverliesregeling in drie onderdelen besproken. Te weten de geschiedenis van de liquidatieverliesregeling tot het Marks en Spencer II arrest, het Marks en Spencer II arrest en de gevolgen daarvan en de totstandkomingsgeschiedenis van de Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling. Er wordt een apart deelhoofdstuk gewijd aan het *Marks en Spencer II* arrest, aangezien de daaruit voortvloeiende rechtsregel direct betrekking heeft op de werking van de liquidatieverliesregeling van artikel 13d Wet VpB 1969. Ten slotte wordt de werking van de liquidatieverliesregeling en Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling uiteengezet waarna het hoofdstuk afgesloten wordt met een deelconclusie. In het hoofdstuk worden de tussenhoudsterbepalingen, doorkijkbepalingen de specifieke bepalingen over het opgeofferde bedrag³⁶ van artikel 13d Wet VpB 1969 niet behandeld, aangezien dit antimisbruikbepalingen zijn die niet relevant zijn voor de beantwoording van de onderzoeksvraag.

³⁶ Artikel 13d lid 5 onderdeel a t/m d.

2.2 De Deelnemingsvrijstelling

2.2.1 Doel en strekking deelnemingsvrijstelling

De deelnemingsvrijstelling is opgenomen in de artikelen 13 tot en met 13k van de Wet VpB 1969. De deelnemingsvrijstelling houdt in dat alle positieve en negatieve voordelen uit hoofde van een deelneming onder bepaalde voorwaarden fiscaal buiten aanmerking blijven.³⁷ Het uitgangspunt van de Wet VpB 1969 is dat belastingsubjecten zelfstandig worden belast over alle voor- en nadelen betreffende de onderneming op grond van het totaalwinstbeginsel³⁸. Door de werking van artikel 2 lid 5 Wet VpB 1969 geldt voor bepaalde rechtsvormen ook dat geacht wordt dat de onderneming van de vennootschap met het hele vermogen gedreven wordt. Ten gevolge van deze systematiek bestaat er een gevaar voor economische dubbele belasting binnen de Wet VpB 1969. Economische dubbele belasting houdt in dat dezelfde winst bij een of meerdere subjecten belast wordt.³⁹ De deelnemingsvrijstelling heeft als doelstelling om deze economische dubbele belasting te voorkomen. Indien de faciliteit niet zou hebben bestaan, zouden er door bijvoorbeeld waardeveranderingen van deelnemingen en uitkeringen van dividenden economische dubbele belasting ontstaan. Om het gevaar van economische dubbele belasting te illustreren het volgende voorbeeld:

BV A heeft 100% van het aandelenbelang in BV B. Op $t=0$ maakt BV B een winst van 175.000 euro. Over deze winst wordt op basis artikel 22 Wet Vpb 1969 15% vennootschapsbelasting geheven (26.250 euro) waardoor er 148.750 euro van de winst overblijft.

Op $t=1$ keert BV B de winst van 148.750 euro uit aan BV A. Zonder de deelnemingsvrijstelling zou er weer 15% vennootschapsbelasting over dezelfde winst worden geheven bij BV A. Er wordt dan bij twee verschillende subjecten over hetzelfde object belasting geheven. Dit wordt economische dubbele belasting genoemd. Er blijft dan $0,85 \times 148.750 = 126.437,50$ van de winst over. De effectieve belastingdruk zonder de deelnemingsvrijstelling in dit voorbeeld is $48.563,50/175.000 = 27,75\%$. Met de deelnemingsvrijstelling is de effectieve belastingdruk gelijk aan het tarief van artikel 22 Wet VpB 1969 (in casu 15%).

Twee benaderingen staan centraal om de ratio van de deelnemingsvrijstelling te duiden.⁴⁰ Het ne-bis-in-idem beginsel dat inhoudt dat wanneer er over een resultaat vennootschapsbelasting is betaald er niet vervolgens nog een tweede keer vennootschapsbelasting over hoeft te worden voldaan. De tweede benadering is de verlengstukgedachte. In deze benadering wordt een dochtervennootschap gezien als een filiaal (een verlengstuk) van de moedervernootschap. Het wordt dan niet als gepast gezien om het concernresultaat meerdere keren in de vennootschapsbelasting te betrekken.

³⁷ Martens 2017 p. V.

³⁸ Artikel 8 Wet VpB 1969.

³⁹ Van den Dool 2017, p.181-p.183.

⁴⁰ Aardema 1989, p.183.

Uit de wetsgeschiedenis, jurisprudentie en literatuur blijkt niet eenduidig welke rechtsgrondslag de deelnemingsvrijstelling heeft.⁴¹ Bij de herziening van de deelnemingsvrijstelling in 1990 stelde de staatsecretaris zich bijvoorbeeld op het standpunt dat er twee strijdige uitgangspunten bestaan over de deelnemingsvrijstelling die elkaar niet uitsluiten.⁴² De winst wordt namelijk niet tweemaal in de belastingheffing wordt betrokken en dat elk lichaam als zelfstandige entiteit in de heffing wordt betrokken.

Een voorbeeld van het belang van het ne-bis-in-idem beginsel in de deelnemingsvrijstelling kan bijvoorbeeld gelezen worden in het *Falcons*⁴³ arrest. In dit arrest werd de deelnemingsvrijstelling door de Hoge Raad uitgebreid naar resultaten op een met een deelneming verband houdende opties. Dit is een uitbreiding omdat resultaten op een met een deelneming houdende opties niet in de wettekst van de deelnemingsvrijstelling is opgenomen. De Hoge Raad vindt het ne-bis-in-idem beginsel blijkbaar zo zwaar wegen dat de deelnemingsvrijstelling uitgebreid is naar gevallen die niet als voorwaarden worden genoemd naar de letter van artikel 13 Wet VpB 1969. Van de Streek schrijft dat de Hoge Raad naast het *Falcons* arrest in diverse andere uitspraken⁴⁴ het ne-bis-in-idem beginsel aanhaalt, waardoor het ne-bis-in-idem beginsel als grondslag voor de deelnemingsvrijstelling moet worden gezien.⁴⁵ Ook Hoogendoorn stelt dat het ne-bis-in-idem beginsel als de grondslag van de deelnemingsvrijstelling moeten worden gezien. Inbreuken op de deelnemingsvrijstelling moeten volgens hem niet als principieel worden beschouwd, maar moeten als praktische noodzaak gezien worden om ongewenste gevolgen van de regeling tegen te gaan.⁴⁶

De verlengstukgedachte richt zich op een dubbele belasting ter hoogte van dezelfde onderneming. Uit de wetgeschiedenis blijkt dat een deelneming in de zin van de deelnemingsvrijstelling aanwezig wordt geacht wanneer er een niet te ver verwijderd verband bestaat tussen het eigen bedrijf en de vennootschap waarin de belastingplichtige aandelen bezit.⁴⁷ Binnen de verlengstukgedachte wordt de dochtermaatschappij als een voortzetting van de bedrijfsvoering gezien van de moedermaatschappij. De dochtermaatschappij wordt hierdoor gezien als onderdeel van de onderneming van de moedermaatschappij. De deelnemingsvrijstelling is door de verlengstukgedachte gerechtvaardigd, aangezien het veronderstelde zakelijke verband tussen beide betrokken lichamen ervoor zorgt dat de winsten binnen dezelfde onderneming slechts eenmaal getroffen worden binnen de belastingsfeer. De eigen winst van de onderneming wordt hierdoor behoed van een dubbele belasting.

⁴¹ Elswaier p.292.

⁴² Kamerstukken II, 1987/1988, 19968 nr. 7, p.4.

⁴³ HR 22 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8488, BNB 2003/34

⁴⁴ HR 24 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8553, BNB 2002/262; HR 7 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:181, BNB 2014/80; en 23 september 2016, JCDI:ADS111083:1, BNB 2017/11.

⁴⁵ J.L. Van de Streek, *Grondslag van de deelnemingsvrijstelling in de doctrine. Ne bis in idem versus verlengstukgedachte*, *Cursus Belastingrecht Archief 2017/Vpb.2.4.0.B.f.*

⁴⁶ J. Hoogendoorn, *Het 'ne bis in idem'-beginsel en de deelnemingsvrijstelling*, FED 1986/1316.

⁴⁷ M.J. van Dieren & C.L. van Lindonk, *Liquidatieverliesregeling; een uitzondering in de deelnemingsvrijstelling?*, WFR 2005/1589.

Van der Geld beargumenteert dat, in tegenstelling tot het ne-bis-in-idembeginsel, de verlengstukgedachte leidend is voor de deelnemingsvrijstelling.⁴⁸ Hij stelt dat de wetgever de verlengstukgedachte als de leidende grondslag voor de deelnemingsvrijstelling ziet door de hantering van de 5% bezitsei. De verlengstukgedachte zou niet uit de concrete uitwerking van de wettekst blijken, maar naar voren komen in fiscaaltechnische argumenten als uitvoerbaarheid en leesbaarheid. Hij is daarbij ook van mening dat de verlengstukgedachte geen species is van het genus ne-bis-in-idem. De twee beginsel overlappen elkaar volgens hem deels, maar verschillen dusdanig van elkaar dat ze als twee naast elkaar staande beginselen te onderscheiden zijn. Juch schrijft ook dat de verlengstukgedachte leidend is voor als grondslag voor de deelnemingsvrijstelling.⁴⁹ Het niet van toepassing laten zijn van de deelnemingsvrijstelling op dividenden van aandelen die ter belegging worden gehouden, druist volgens hem in tegen de gedachte van het ne-bis-in-idem beginsel om dubbele heffing te voorkomen. In tegenstelling tot van der Geld ziet Juch de verlengstukgedachte wel als species van het genus ne-bis-in-idem. Elswelier schrijft dat bij de totstandkoming van deelnemingsvrijstelling het ne-bis-in-idem beginsel ten grondslag lag aan de bepaling, maar deze is losgelaten bij het maken van het onderscheid met beleggen. Hij vindt dat het ne-bis-in-idem beginsel consequent toegepast moet worden waardoor het meeste recht wordt gedaan aan de totaalwinstgedachte, het draagkrachtbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Zowel Van der Geld⁵⁰ als Elswelier⁵¹ concluderen daarbij dat het ontbreken van een duidelijke grondslag leidt tot onduidelijkheid bij de praktische uitwerking van de regeling.

Ten eerste denk ik dat de verlengstukgedachte en het ne-bis-in-idembeginsel als twee van elkaar losstaande grondgedachten moeten worden gezien. Het ne-bis-in-idem beginsel behelst de voorkoming van een materiele economische dubbele belasting waar ik denk dat de verlengstukgedachte dat niet doet. De verlengstukgedachte houdt in dat twee gelieerde vennootschappen die tezamen onderdeel zijn van dezelfde objectieve onderneming. Dit betekent dat de verlengstukgedachte materieel een juridische dubbele belasting voorkomt. Dit is naar mijn mening een wezenlijk verschil, maar kunnen deze beginselen wel naast elkaar bestaan. De verlengstukgedachte ziet namelijk in mijn optiek op het subject binnen de vennootschapsbelasting (de onderneming) en het ne-bis-in-idem beginsel ziet op het vrij te stellen object.

Ten tweede ben ik het met Elswelier eens dat op basis van de totstandkomingsgeschiedenis van de deelnemingsvrijstelling⁵² de deelnemingsvrijstelling in eerste instantie is gebaseerd op het ne-bis-in-idem beginsel, aangezien een aandeel al genoeg was om deelnemingsvrijstelling te verkrijgen. Vervolgens heeft de verlengstukgedachte binnen de hedendaagse deelnemingsvrijstelling aan belang gewonnen. Ten aanzien van het subject lijkt de verlengstukgedachte leidend nu er een verschil wordt gemaakt tussen een deelneming en een beleggingsdeelneming binnen artikel 13 Wet VpB 1969.⁵³ Het gemaakte onderscheid duidt er

⁴⁸ Van der Geld 2011, p.69.

⁴⁹ Juch 1974, p.13

⁵⁰ Van der Geld 2011, p.65.

⁵¹ Elswelier 2019, p.296.

⁵² Zie hoofdstuk 2.3.2.1.

⁵³ Zie hoofdstuk 2.2.

mijn inziens op dat enkel winsten betreffende de niet-beleggingsdeelnemingen worden vrijgesteld. Dus de winsten betreffende de onderneming, waar de wetgever voor een onderscheid van een belang van 5% heeft gekozen, worden vrijgesteld. Ten aanzien van het object vormt het ne-bis-in-idem beginsel vaak de grondslag. Dit komt bijvoorbeeld in het *Falcons* arrest naar voren. Hieruit concludeer ik dat de verlengstukgedachte als leidend moet worden gezien, aangezien de systematiek van de deelnemingsvrijstelling niet alle voordelen tussen vennootschappen vrijstelt en er een duidelijk onderscheid wordt gemaakt in soorten deelnemingen. Het ne-bis-in-idem beginsel heeft een meer concretiserende functie gekregen. Hiermee bedoel ik dat het ne-bis-in-idem beginsel leidend is met betrekking tot de vraag welke voordelen betreffende de deelneming vrijgesteld dienen te worden binnen de op de grond van de verlengstukgedachte werkende figuur van de deelnemingsvrijstelling.

2.2.2 De werking van artikel 13 Wet VpB 1969

Om de deelnemingsvrijstelling van toepassing te laten zijn moet er sprake zijn van een deelneming.⁵⁴ Van een deelneming is sprake indien er voldaan is aan de bezitseis.⁵⁵ De kern van de bezitseis is dat een moedervenootschap een belang van tenminste 5% in de dochtervenootschap heeft. Indien het belang onder de 5% is, is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing en wordt het belang als beleggingsdeelneming gezien. Wanneer het belang wel 5% of hoger is, valt de deelneming onder de werking van de deelnemingsvrijstelling als niet-beleggingsdeelneming.

Indien de deelneming als niet-beleggingsdeelneming wordt aangemerkt is de deelnemingsvrijstelling onverkort van toepassing. Bij beleggingsdeelnemingen hangt het er van af of deelnemingsvrijstelling of de minder gunstige deelnemingsverrekening van toepassing is. Wanneer de beleggingsdeelneming als niet-kwalificerend wordt aangemerkt, is de deelnemingsverrekening van toepassing. Als de beleggingsdeelneming wordt aangemerkt als kwalificerende beleggingsdeelneming is de deelnemingsvrijstelling wel van toepassing. Een beleggingsdeelneming kwalificeert wanneer de deelneming wordt gehouden met het oogmerk om niet te beleggen.⁵⁶ Een deelneming wordt als belegging gehouden wanneer de deelneming wordt gehouden met het oog op het verkrijgen van een rendement dat bij normaal vermogensbeheer kan worden verwacht.

Een deelneming kan ook ontstaan in verband met de meesleep⁵⁷ en de meetrekregeling.⁵⁸ De meesleepregeling bewerkstelligt dat voordelen uit winstbewijzen en deelnemerschapsleningen⁵⁹ ook onder de werking van de deelnemingsvrijstelling vallen. Dit is enkel van toepassing indien er al sprake is van een deelneming in de zin van artikel 13 lid 1 Wet Vpb. De meetrekregeling is van toepassing op belangen in een verbonden lichaam. Indien een moedervenootschap een belang van minder dan 5% heeft in een verbonden lichaam⁶⁰,

⁵⁴ Artikel 13 lid 1 Wet VpB 1969.

⁵⁵ Van den Dool 2017, p.188-189.

⁵⁶ Martens 2017, p.35.

⁵⁷ Artikel 13 lid 4 Wet VpB 1969.

⁵⁸ Artikel 13 lid 4 Wet VpB 1969.

⁵⁹ Artikel 10 lid 1 onderdeel d Wet VpB 1969.

⁶⁰ Voor het verbonden lichaam criterium wordt er aangesloten bij het verbonden lichaam criterium van artikel 10a Wet VpB 1969.

zorgt de meetrek regeling er voor dat dit belang ook als deelneming kwalificeert voor de deelnemingsvrijstelling.

Om de deelnemingsvrijstelling te kunnen toepassen bestaat er een verschil welke rechtsvormen moeder- en dochtervennootschappen kunnen aannemen. Elke moedervernootschap die vennootschapsbelastingplichtig is, komt in aanmerking voor de deelnemingsvrijstelling.⁶¹ Vanuit artikel 18 lid 1 wet VpB 1969 geldt dit ook voor buitenlandse belastingplichtigen. Dochtervennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal kwalificeren ook voor de deelnemingsvrijstelling. Daaronder vallen NV's, BV's en buitenlandse gelijksoortige kapitaalvennootschappen. Daarnaast vallen coöperaties, verenigingen met coöperatieve grondslag en open fondsen voor gemene rekening onder het bereik van de deelnemingsvrijstelling.⁶² Verenigingen en stichtingen vallen buiten de werking van de deelnemingsvrijstelling.

Onder de deelnemingsvrijstelling worden voordelen uit hoofde van een deelneming vrijgesteld.⁶³ Het begrip voordeel is daarbij een algebraïsch begrip.⁶⁴ Hierdoor blijven winsten onbelast en zijn verliezen niet aftrekbaar. Als voordelen uit hoofde van een deelneming worden dividenden ontvangen door de dochtervennootschap en koerswinsten en -verliezen op de participatie in de dochtermaatschappij bij de verkoop van een deelneming aangemerkt.⁶⁵ Om binnen de deelnemingsvrijstelling van een voordeel te spreken moet er voldoende causaal verband worden vastgesteld tussen de desbetreffende voordelen en de voor de deelnemingsvrijstelling kwalificerende (aandelen) belangen.⁶⁶ Ook vallen valutaresultaten op een deelneming onder de deelnemingsvrijstelling, terwijl deze valutaresultaten niet worden veroorzaakt door de bedrijfsvoering van de buitenlandse onderneming waar de deelneming in gehouden wordt.⁶⁷ Daarnaast vallen ook zogenoemde earn-out regelingen onder de deelnemingsvrijstelling.⁶⁸ Een earn-out regeling wordt gekarakteriseerd door een variabele vergoeding bij de verkoop van een deelneming die afhankelijk wordt gesteld van de toekomstige resultaten van de verkochte deelneming. Bij de vervreemding van de deelneming moet er een schatting worden gemaakt aangaande het te ontvangen of het te betalen bedrag uit hoofde van de earn-out. Indien de deelneming afwijkende resultaten realiseert dan de vooraf geschatte waarde, valt dit waardeverschil onder de deelnemingsvrijstelling.

Ook voordelen uit opties vallen onder voordelen in de zin van de deelnemingsvrijstelling. In het *falcons*⁶⁹ arrest oordeelde de Hoge Raad dat voordelen uit opties, indien deze opties bij uitoefening zouden gaan kwalificeren als deelneming, ook onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Hierdoor zijn bijvoorbeeld waardedalingen bij opties niet aftrekbaar. De Hoge Raad

⁶¹ Van der Geld 2011, p.73.

⁶² Artikel 13 lid 2 Wet VpB 1969.

⁶³ Artikel 13 lid 1 Wet VpB 1969.

⁶⁴ Van den Dool 2017, p.219.

⁶⁵ Van der Geld 2011, p.83.

⁶⁶ R.J. de Vries, *Deelnemingsvrijstelling en schadevergoedingen uit hoofde van wanprestatie: een jurisprudentieel drieluik*, WFR 2020/215.

⁶⁷ HR 9 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AW9415, BNB 1982/230.

⁶⁸ Artikel 13 lid 6 Wet VpB 1969.

⁶⁹ HR 22 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8488, BNB 2003/34.

achtte dat opties een deel vormen van het economisch belang bij de deelneming en bracht daardoor met een beroep op de ratio van deelnemingsvrijstelling en het causale verband de resultaten uit opties onder de werking van de deelnemingsvrijstelling.

Ten slotte vallen aan- en verkoopkosten die causaal verband houden met een deelneming ook onder de werking van de deelnemingsvrijstelling.⁷⁰ In eerste instantie was de deelnemingsvrijstelling uitdrukkelijk bedoeld als bruto vrijstelling in binnenlandse verhoudingen.⁷¹ Dit betekende dat bijvoorbeeld financieringskosten, beheerskosten en inningskosten van dividend wel van de winst aftrekbaar waren. In 2002 oordeelde de Hoge Raad dat ook kosten als notariskosten voor notariële aktes, kosten van due diligence onderzoeken en verschuldigde overdrachtsbelasting ook aftrekbaar waren van de winst.⁷² De wetgever achtte deze mogelijkheden voor aftrekbaarheid van kosten te ruim en kwam met reparatiewetgeving.⁷³ Sindsdien zijn alle aankoopkosten niet meer aftrekbaar, maar dienen deze bij de kostprijs van de deelneming te worden geactiveerd. Nu aan- en verkoopkosten niet meer aftrekbaar zijn, heeft de deelnemingsvrijstelling een ontwikkeling doorgemaakt van een bruto vrijstelling naar een netto vrijstelling.

2.3 De liquidatieverliesregeling

2.3.1 Doel en strekking liquidatieverliesregeling

De liquidatieverliesregeling vormt een uitzondering op de deelnemingsvrijstelling. De liquidatieverliesregeling bewerkstelligt dat in het geval dat een belastingplichtige geliquideerd wordt, onder voorwaarden een verlies in aanmerking mag worden genomen in situaties dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is.⁷⁴ Het liquidatieverlies bestaat uit het verschil tussen het bedrag wat de moedermaatschappij voor de deelneming heeft opgeofferd en de uitkering die die door de moederverenootschap wordt ontvangen bij de liquidatie van de deelneming.⁷⁵ De liquidatieverliesregeling vormt daardoor een inbreuk op de aan de deelnemingsvrijstelling ten grondslag liggende gedachte dat voor en nadelen niet bij de moederverenootschap belast worden. Bij de totstandkoming van de liquidatieverliesregeling motiveerde de wetgever de liquidatieverliesregeling als volgt:⁷⁶

“Een liquidatieverlies kan bij het lichaam waarin wordt deelgenomen fiscaal niet meer worden verrekend, terwijl bij het deelnemende lichaam dit verlies, als een fiscaal deelnemingsverlies, evenmin in aanmerking kan worden genomen. In artikel 12⁷⁷ van het wetsonderwerp is daarom bepaling opgenomen dat bij het deelnemende lichaam een dergelijk verlies op de deelneming volgens de gewone regels van verliescompensatie verrekenbaar is. Op deze wijze

⁷⁰ Artikel 13 lid 1 Wet VpB 1969.

⁷¹ J.A.G van der Geld, *De deelnemingsvrijstelling*, TFO 2003/1.

⁷² HR 24 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8553, BNB 2002/262.

⁷³ Wet van 12 december 2006, Stb. 2006, nr. 631 (Wet werken aan winst).

⁷⁴ W.C.M. Martens, *De Liquidatieverliesregeling in de deelnemingsvrijstelling*, MBB 2004/4.

⁷⁵ Artikel 13d lid 5 Wet VpB 1969.

⁷⁶ Kamerstukken 1959/1960, 6000, p.14.

⁷⁷ Het latere artikel 13 Wet VpB 1969.

wordt recht gedaan aan de regel dat geleden verliezen zoveel mogelijk bij de heffing van de belasting worden vergolden”

Er wordt dus beoogd om alle concernverliezen, net als bij alle concernwinsten, een keer in de vennootschapsbelasting te betrekken.⁷⁸ Daarbij sluit de wetgever aan bij het streven voor de vennootschapsbelasting om winsten en verliezen een maal in aanmerking te laten komen.⁷⁹ Deze grondgedachte komt in de wettelijke uitwerking niet tot uitdrukking, aangezien het verlies dat bij de moedervenootschap wordt aangenomen geen direct verband heeft met het daadwerkelijk geleden liquidatieverlies.⁸⁰ Daarbij werkt de liquidatieverliesregeling eenzijdig.⁸¹ Voordelen blijven enkel buiten toepassing indien het om een liquidatieverlies gaat. Voor liquidatiewinsten blijven de normale regels van de deelnemingsvrijstelling gelden. Volgens Elswier past de liquidatieverliesregeling vanuit de ratio van totaalwinstgedachte binnen het Nederlandse fiscale systeem.⁸² De Wilde schrijft dat het logisch is dat de liquidatieverliesregeling enkel van toepassing is op deelnemingen die kwalificeren voor de deelnemingsvrijstelling, aangezien verliezen op een beleggingsdeelneming normaliter van de winst kunnen worden afgetrokken.⁸³ Ikzelf denk samen met Elswier ook dat de ratio van de liquidatieverliesregeling goed binnen de totaalwinstgedachte past. Binnen de vennootschapsbelasting is het namelijk het doel om elk voordeel dat causaal verband heeft met de onderneming te belasten.⁸⁴ Zonder de liquidatieverliesregeling zouden er negatieve voordelen die direct causaal verband houden met de geliquideerde onderneming niet ten laste van de winst genomen kunnen worden.

Samenhangend met de discussie over het ne-bis-in-idem beginsel en/of de verlengstukgedachte als grondslag voor de deelnemingsvrijstelling is de vraag op welke manier de liquidatieverliesregeling binnen de deelnemingsvrijstelling past.⁸⁵ Aardema schrijft dat de verlengstukgedachte leidend is achter de liquidatieverliesregeling, aangezien het liquidatieverlies van de dochtervenootschap bij de moedervenootschap genomen mag worden.⁸⁶ Van der Geld schrijft dat de liquidatieverliesregeling zowel vanuit de verlengstukgedachte als het ne-bis-in-idembeginsel te rechtvaardigen is.⁸⁷ Beide beginselen leiden tot de conclusie dat winsten binnen concern maar een keer belast worden. Volgens van der Geld is het mogelijk alle winsten uit hoofde van een deelneming vrij te stellen, en een niet verrekenbaar verlies bij de moedervenootschap in aanmerking te nemen. Ikzelf denk dat de verlengstukgedachte net als bij artikel 13 Wet VpB leidend is voor het bestaansrecht van de liquidatieverliesregeling. Het gaat er namelijk om dat de onderneming van het concern niet belast wordt over de positieve voordelen welke niet zijn weggestreept door de negatieve voordelen betreffende dezelfde onderneming.

⁷⁸ Van der Geld 2011, p.120.

⁷⁹ Kamerstukken 1959/1960, 6000, p.20.

⁸⁰ Martens 2017, p.101.

⁸¹ Van den Dool 2017, p.245

⁸² F.J. Elswier, *Verliezen in de VPB*, TFO 2021/176.1.

⁸³ NDFR deel vennootschapsbelasting, artikel 13d Wet VpB 1969, commentaar 2.1.

⁸⁴ Artikel 8 Wet VpB 1969.

⁸⁵ Elswijer 2017, p. 296.

⁸⁶ Aardema 1989, p.185 - p.186

⁸⁷ Van der Geld 2011, hoofdstuk 6.3.1.

2.3.2 De geschiedenis van de liquidatieverliesregeling

2.3.2.1 De geschiedenis van de liquidatieverliesregeling tot 1 januari 2021

Het prelude van de deelnemingsvrijstelling is te vinden in de Bedrijfsbelasting 1893, waarin meervoudige heffing van winstbelasting binnen groepsvennootschappen werd voorkomen door het gehele dividend vrij te stellen.⁸⁸ De vrijstelling werd toen gegeven op het niveau van de dochtervennootschap.⁸⁹ Deze regeling gold enkel voor binnenlandse verhoudingen en was duidelijk gebaseerd op het ne-bis-in-idem, aangezien een enkel aandeel al recht op de deelnemingsvrijstelling gaf.

Gedurende de Tweede Wereldoorlog deed met het Besluit op de Vennootschapsbelasting 1942 (Hierna: Het Besluit) de antropomorfe visie haar intrede in de vennootschapsbelasting. Binnen de antropomorfe visie wordt een lichaam op dezelfde wijze als een natuurlijk persoon behandeld.⁹⁰ In Het Besluit werd de deelnemingsvrijstelling als uitzonderingsbepaling behandeld⁹¹ waarbij wel voor dividenden, maar niet voor koerswinsten de deelnemingsvrijstelling werd verleend.⁹² Hierdoor waren koerswinsten en -verliezen op een deelneming zowel belastbaar als aftrekbaar.⁹³ Dit had tot gevolg dat wanneer een deelneming structureel verlies leed, de moedervennootschap de dochtervennootschap mocht waarderen op lagere bedrijfswaarde en daardoor een verlies kon nemen.

De voorloper van de liquidatieverliesregeling betreft in de daaropvolgende ontwerp-wet op de vennootschapsbelasting 1960 voor het eerst het toneel.⁹⁴ Door een berekening aan de hand van het opgeofferde werd een systematiek beoogd waardoor verliezen die niet meer volgens de regels van de verliescompensatie door de liquidatie in aanmerking konden worden genomen zich alsnog een weg naar de belastingheffing konden vinden.⁹⁵ Brok schrijft dat met de invoering van een deelnemingsvrijstelling waar ook vermogensmutaties onbelast blijven, een liquidatieverliesregeling er voor zorgt dat het niet meer uitmaakt voor moedermaatschappijen op welke wijze zij de deelneming waarderen. Dit kon onder de werking van het besluit Vennootschapsbelasting nog van belang zijn om in te spelen op een geleden verlies van een deelneming. Nu er een aparte extra-comptabele berekening moet worden gemaakt om tot een liquidatieverlies te komen is dit niet meer mogelijk.

Voorgaande resulteerde in de eerste liquidatieverliesregeling in het oude artikel 13 lid 5 Wet VpB 1969 (tekst 1970). In vergelijking met Het Besluit waren toen enkel nog liquidatieverliezen in het kader van deelnemingen aftrekbaar bij de moedervennootschap binnen de deelnemingsvrijstelling. In 1990 werd de liquidatieverliesregeling uit artikel 13 Wet Vpb 1969

⁸⁸ Christiaanse 1962, p.18-p.25.

⁸⁹ Van der Geld 2011, p.24 - p.25.

⁹⁰ Kamerstukken II, 1959/1960, 6000 nr.3, p.13.

⁹¹ Artikel 10 Besluit VpB 1942.

⁹² Martens 2017, p.4.

⁹³ Van der Geld 2011, p.43.

⁹⁴ Artikel 12 lid 3 Wetsontwerp VpB 1960.

⁹⁵ A.L. Brok, *De ontwerp-op de vennootschapsbelasting 1960*, MAB 1960/34, p. 399-p.400.

gehaald en ondergebracht in artikel 13d Wet VpB 1969.⁹⁶ In dit artikel werden er anti-misbruik bepalingen toegevoegd als de dividendcorrectie⁹⁷, de tussenhoudsterbepaling⁹⁸ en het voortzettingsvereiste.⁹⁹ ¹⁰⁰ Buitenlandse deelnemingen werden in deze eerste versie anders behandeld dan binnenlandse deelnemingen.¹⁰¹ Voor de werking van de grensoverschrijdende liquidatieverliesregeling moest de moedervernootschap gedurende 5 jaar voor de gehele of gedeeltelijke staking van de buitenlandse deelneming een belang van 25% in de buitenlandse deelneming hebben om de liquidatieverliesregeling toe te passen.

2.3.2.2 Marks en Spencer II

Het *Marks en Spencer II*¹⁰² arrest betreft de grensoverschrijdende verrekening van buitenlandse verliezen door de moedervernootschap die geleden zijn door de dochtervernootschap.¹⁰³ Het betrof een concern waar de moedervernootschap gevestigd was in het Verenigd Koninkrijk welke buitenlandse dochtervernoottschappen had in België, Duitsland en Frankrijk.¹⁰⁴ Het Verenigd Koninkrijk kende een “group relief”-regeling waarin het verlies van een dochtermaatschappij kon worden overgeheveld naar de moedermaatschappij waardoor het verlies bij de dochtermaatschappij als zodanig verdween.¹⁰⁵ Deze groepsaftrek kon alleen voor de in het Verenigd Koninkrijk geleden verliezen worden toegekend.¹⁰⁶ De prejudiciële vraag die dan ook centraal stond in het arrest was of een wettelijke regeling welke het mogelijk maakt om binnenlandse concernverliezen wel met elkaar te verrekenen en het niet mogelijk maakt om grensoverschrijdende concernverliezen die in andere lidstaten worden geleden te verrekenen in strijd is met de vrijheid van vestiging.¹⁰⁷

Het HvJ komt tot de conclusie dat er sprake is van een belemmering van de vrijheid van vestiging, aangezien een verlies van een ingezeten dochtervernootschap en het verlies van een niet-ingezeten dochtervernootschap verschillend worden behandeld.¹⁰⁸ Het resulteert namelijk in een fiscaal voordeel voor binnenlandse concerns.¹⁰⁹ Doordat het verlies van verlieslijdende vennootschappen sneller wordt aangezuiverd in binnenlandse concernverbanden leidt dit tot een cashflowvoordeel in vergelijking met grensoverschrijdende concerns. De moedervernootschap wordt hierdoor belemmerd in de

⁹⁶ Wet van 28 april 1990, Stb. 1990 nr. 173.

⁹⁷ Artikel 13d lid 6 Wet VpB 1969.

⁹⁸ Artikel 13d lid 7 Wet VpB 1969.

⁹⁹ Artikel 13 lid 14 onderdeel b Wet VpB.

¹⁰⁰ Kamerstukken II, 1986/1987, 19968 nr.3, p.5-p.7.

¹⁰¹ Artikekl 13d lid 1 tweede volzin Wet VpB 1969 (tekst 1991).

¹⁰² HvJ EG 13 december 2005, ECLI:EU:C:2005:763, C-446/03 (Marks & Spencer II)

¹⁰³ HvJ EG 13 december 2005, ECLI:EU:C:2005:763, C-446/03 (Marks & Spencer II)

¹⁰⁴ HvJ EG 13 december 2005, ECLI:EU:C:2005:763, C-446/03 (Marks & Spencer II), ro.2

¹⁰⁵ G.T.K. Meussen, *Fiscale eenheid en grensoverschrijdende verliesverrekening na Marks & Spencer*, WFR 2005/752.

¹⁰⁶ HvJ EG 13 december 2005, ECLI:EU:C:2005:763, C-446/03 (Marks & Spencer II), ro.24

¹⁰⁷ HvJ EG 13 december 2005, ECLI:EU:C:2005:763, C-446/03 (Marks & Spencer II), ro.27

¹⁰⁸ HvJ EG 13 december 2005, ECLI:EU:C:2005:763, C-446/03 (Marks & Spencer II), ro.24

¹⁰⁹ HvJ EG 13 december 2005, ECLI:EU:C:2005:763, C-446/03 (Marks & Spencer II), ro.32

uitoefening van haar vrijheid van vestiging doordat zij wordt afgeschrikt om dochtervennootschappen op te richten in andere lidstaten.¹¹⁰

In het arrest worden vervolgens drie rechtvaardigingsgronden voor de ‘group relief’ bepaling aangeleverd: De waarborging van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen verschillende lidstaten, het gevaar van dubbele verliesverrekening en het gevaar van belastingontwijking indien een verlies niet in de lidstaat van vestiging wordt verrekend.¹¹¹ Het Hof van Justitie stelt dat de drie rechtvaardigingsgronden samen beschouwd geschikt zijn om de voorwaarden van de ‘group relief’ te rechtvaardigen en de doelstellingen van de drie aangebrachte rechtvaardigingsgronden te verwezenlijken.¹¹²

Vervolgens concludeert het Hof van Justitie dat de groepsregeling verder gaat dan noodzakelijk en proportioneel is.¹¹³ Daaruit concludeert het Hof van Justitie dat een wettelijke regeling waar een moedervernootschap verliezen van een binnenlandse dochter wel mag aftrekken, terwijl een moedervernootschap verliezen van een dochtervennootschap uit een andere lidstaat niet mag aftrekken in strijd is met de vrijheid van vestiging.¹¹⁴ Het Hof van Justitie formuleert daarbij de rechtsregel dat wanneer een liquidatieverlies niet kan worden verrekend met winsten van de vestigingsstaat van de dochtervennootschap of winsten uit andere staten, het verlies verrekend moet kunnen worden in de staat waar de moedervernootschap gevestigd is. Dit wordt het altijd ergens-beginsel genoemd.¹¹⁵ Wattel schrijft dat met deze uitspraak het territorialiteitsbeginsel wordt bevestigd, maar desondanks wordt voorbijgeschoven.¹¹⁶

Het altijd ergens-beginsel is na het *Marks en Spencer II* arrest verder verwerkt in het Nederlandse belastingrecht. De Raad van State¹¹⁷ en de Staatssecretaris¹¹⁸ zijn beide van mening dat een liquidatieverliesregeling er voor zorgt dat wij aan de rechtsregel van het *Marks & Spencer II* arrest voldoen. In de Wet ‘werken aan winst’ is het omvangcriterium van 25% voor buitenlandse deelnemingen afgeschaft, waarmee het altijd ergens-beginsel nog meer tot uiting is gekomen in de Nederlandse liquidatieverliesregeling.¹¹⁹

Het systeem van het opgeofferde bedrag past niet binnen het *Marks en Spencer II* arrest naar mijn mening, aangezien het opgeofferde bedrag niet aansluit bij de daadwerkelijk geleden verliezen.¹²⁰ Een systeem dat aansluit bij de verrekening van verliezen van de verliescompensatie regelingen van artikel 20 en 20a Wet VpB 1969 zou naar mijn mening beter passen als waarderingmethode voor het liquidatieverlies. Openstaande verliezen van de geliquideerde dochter worden dan naar rato van de belangen aan de

¹¹⁰ HvJ EG 13 december 2005, ECLI:EU:C:2005:763, C-446/03 (Marks & Spencer II), ro.34

¹¹¹ HvJ EG 13 december 2005, ECLI:EU:C:2005:763, C-446/03 (Marks & Spencer II), ro.43

¹¹² HvJ EG 13 december 2005, ECLI:EU:C:2005:763, C-446/03 (Marks & Spencer II), ro.51.

¹¹³ HvJ EG 13 december 2005, ECLI:EU:C:2005:763, C-446/03 (Marks & Spencer II), ro.53.

¹¹⁴ HvJ EG 13 december 2005, ECLI:EU:C:2005:763, C-446/03 (Marks & Spencer II), ro.59.

¹¹⁵ HvJ EG 13 december 2005, ECLI:EU:C:2005:763, BNB 2006/72 (Marks & Spencer II), m. nt Wattel. par 2.

¹¹⁶ HvJ EG 13 december 2005, ECLI:EU:C:2005:763, BNB 2006/72 (Marks & Spencer II), m. nt Wattel. par 1.

¹¹⁷ Kamerstukken II 2005/2006, 30 572, nr. 4, p.25-p.26

¹¹⁸ Kamerstukken II 2015/2016, 34 300 IX, nr. 4, p.5.

¹¹⁹ Kamerstukken II 2005/2006 30 572, nr.4, p.66 – p.67.

¹²⁰ Zie hoofdstuk 2.4.2.

moedervenootschap(pen) overgedragen. Deze verliezen kunnen dan verrekend worden met winsten uit het voorafgaande jaar van de moedervenootschap en de zes volgende jaren. Dit zou naar mijn mening beter aansluiten bij het altijd-ergens beginsel van het *Marks & Spencer II* arrest.¹²¹ Samen met de temporele beperking en artikel 20a Wet VpB zou er dan maar beperkt ruimte zijn voor oneigenlijk gebruik. Een regeling waar enkel het liquidatieverlies plus het geleden verlies van bijvoorbeeld de laatste 3 kalenderjaren van de dochterverenootschap aftrekbaar is bij de moedervenootschap zou ook passen naar mijn mening.

2.3.2.3. Het ontstaan van de Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling

De Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling is tot stand gekomen door de Tweede Kamerleden Snels (Groenlinks), Leijten (SP) en Nijboer (PvdA).¹²² Door deze wet werd er een franchise¹²³, een kwantitatieve beperking¹²⁴, een territoriale beperking,¹²⁵ en een temporele beperking¹²⁶ in de wet op de vennootschapsbelasting opgenomen. Daarmee beoogden de initiatiefnemers een dam op te werpen tegen uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag.¹²⁷ Nadat een eerste versie van het (concept-)initiatief voorstel op internet geconsulteerd was, werd het uiteindelijke initiatiefwetsvoorstel op diverse punten gewijzigd. Zo werd de franchise verhoogd van 1 naar 5 miljoen euro¹²⁸ en was er een aanpassing aan de kwantitatieve beperking. In het conceptvoorstel wordt daarnaast beschreven dat er getwijfeld wordt aan de veronderstelling dat de liquidatieverliesregeling een zeer beperkte mogelijkheid biedt om misbruik te maken van het belastingsysteem. Door berichten in de media kon in de praktijk niet meer geconcludeerd worden dat de liquidatieverliesregeling bijdroeg aan grondslaguitholling.¹²⁹

In het conceptwetsvoorstel werd een kwalificerend belang binnen de kwantitatieve beperking in eerste instantie gesteld op meer dan 25% van het nominaal gestorte kapitaal.¹³⁰ Daarnaast was er sprake van een kwalificerend belang indien een belastingplichtige aannemelijk zou maken dat zij als moedervenootschap de activiteiten van de dochter kon bepalen vanwege haar invloed op de besluitvorming. Er wordt beschreven dat het kwalificerende belang zo in het voorstel is verwerkt om de vrijheid van kapitaalverkeer uit te sluiten. Op deze wijze is het

¹²¹ Zie Hoofdstuk 2.3.2.2.

¹²² Mvt Consultatie Initiatiefwetsvoorstel liquidatieverliesregeling 16 april 2019, p. 2. Geraadpleegd op: <https://www.internetconsultatie.nl/liquidatieverliesregeling>

¹²³ Artikel 13d lid 2 Wet VpB 1969.

¹²⁴ Artikel 13d lid 2 onderdeel a sub 1 Wet VpB 1969.

¹²⁵ Artikel 13d lid 2 onderdeel a sub 2 Wet VpB 1969.

¹²⁶ Artikel 13d lid 14 onderdeel c Wet VpB 1969.

¹²⁷ Mvt Consultatie Initiatiefwetsvoorstel liquidatieverliesregeling 16 april 2019, p. 2. Geraadpleegd op: <https://www.internetconsultatie.nl/liquidatieverliesregeling>

¹²⁸ Om het mkb te gemoed te komen. zie ook: A.C.P. Bobeldijk & D.L. Heitel, *Initiatiefwet aanpassingen in de liquidatie- en stakingsverliesregeling verdient nadere doordenking*, WFR 2020/28.

¹²⁹ Mvt Consultatie Initiatiefwetsvoorstel liquidatieverliesregeling 16 april 2019, p. 2. Geraadpleegd op: <https://www.internetconsultatie.nl/liquidatieverliesregeling>

¹³⁰ Mvt Consultatie Initiatiefwetsvoorstel liquidatieverliesregeling 16 april 2019, p. 3. Geraadpleegd op: <https://www.internetconsultatie.nl/liquidatieverliesregeling>

doel om concerns met vennootschappen gelegen buiten de werking van het Europese werkingsverdrag geen beroep te laten doen op ongelijke behandeling in de zin van de Europese verkeersvrijheden. In het conceptvoorstel wordt namelijk beschreven dat derde landen een beroep kunnen doen op de vrijheid van kapitaalverkeer en daardoor toch potentieel gebruik zouden kunnen maken van de liquidatieverliesregeling. Iets wat tegen de doelstelling van het conceptvoorstel indruist.

Verder betogen de initiatiefnemers dat het Nederlandse vennootschapsbelastingstelsel een sterk territoriaal karakter heeft waarin liquidatieverliesregeling een sterke inbreuk maakt. De afbreuk van dit territoriale karakter zou voortkomen door ook de aftrek toe te staan van liquidatieverliezen op deelnemingen die zijn gevestigd in het buitenland. Ikzelf vind dat een sterk beroep op het territorialiteitsbeginsel niet past binnen de huidige leer van het altijd-ergens beginsel. In het *Marks & Spencer II* arrest werd het territorialiteitsbeginsel al opzij geschoven en derde landen kunnen niet voor niets in principe een beroep doen op de vrijheid van kapitaalverkeer. Eigenlijk is de wetgever zelf een onzekere belastingconstructie aan het bedenken voor de schatkist. Ook past de kwantitatieve beperking naar mijn mening niet binnen het totaalwinstbeginsel en de verlengstukgedachte waar de liquidatieverliesregeling (deels) op gebaseerd is, aangezien sommige ondernemingen niet meer al hun (grensoverschrijdende) verliezen in aanmerking kunnen nemen.

Als reactie op het conceptvoorstel stelt de NOB vraagtekens bij aansluiting van een belang van 25% om beperkt te blijven tot situaties waar de moedervenootschap de activiteiten van de dochter kan bepalen en zo de vrijheid van kapitaalverkeer kan ontlopen.¹³¹ In de bepaling van de CFC¹³² maatregel geldt namelijk ook een de grens van 25% om van een gelieerde vennootschap te spreken. Uit de wetsgeschiedenis van artikel 13ab valt af te leiden dat volgens de staatssecretaris de bepaling wel onder de vrijheid van kapitaalverkeer kan vallen. De orde concludeert daaruit dat het betwijfelt of er sprake is van een groepsregeling, aangezien 25% niet zomaar een doorslaggevende zeggenschap impliceert. VNO NCW schrijft dat er geen consensus bestaat onder wetenschappers en fiscaal juristen, aangaande de interpretatie van het beslissende invloed criterium.¹³³ Zo zou een aandeelhouder met een belang van 25% beslissende invloed kunnen hebben indien de andere aandeelhouders kleinere deelbelangen zouden hebben. Een grens van 25% zou volgens VNO NCW dus ook onder de reikwijdte van het vrije verkeer van kapitaal kunnen vallen.

In het uiteindelijke initiatiefwetsvoorstel¹³⁴ en de daaruit volgende memorie van toelichting¹³⁵ wordt de grens van een deelneming van 25% losgelaten. In plaats daarvan wordt in de wettekst nu gesproken van een kwalificerend belang wanneer er een 'zodanige invloed op de

¹³¹ NOB-commentaar Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling van 2 oktober 2020, p.4.

Geraadpleegd op: <https://www.nob.net/nob-commentaar-wet-beperking-liquidatie-en-stakingsverliesregeling>

¹³² Artikel 13ab Wet Vpb 1969.

¹³³ Brief VNO NCW van 16 mei 2019 als reactie op Initiatiefwetsvoorstel Wet aanpassing liquidatie- en stakingsverliesregeling, p.11. Geraadpleegd op: <https://www.vno-ncw.nl/brieven-en-commentaren/initiatiefwetsvoorstel-wet-aanpassing-liquidatie-en-stakingsverliesregeling> ; W.F.E.M. Egelie, *Deelnemingen en de samenloop tussen art. 43 EG en art. 56 EG: hoe zit het nu?*, NTFR 2007/1374.

¹³⁴ Initiatiefwetsvoorstel Snels 2019, p.3.

¹³⁵ Kamerstukken II, 2020/2021, 35568, nr. 3, p.5.

besluiten van dat lichaam kan worden uitgeoefend dat de activiteiten van dat lichaam kunnen worden bepaald'.¹³⁶ In de toelichtingen van de initiatiefwet en de Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling wordt niet verder ingegaan waarom de kwantitatieve voorwaarde is veranderd. De uiteindelijke doelstelling achter de kwantitatieve voorwaarde is om aan te sluiten bij de lijn van het Hof van Justitie.¹³⁷ Waarschijnlijk is de verandering van de kwantitatieve voorwaarde ontstaan om beter aan te sluiten bij de lijn van het Hof van Justitie en om de kritiek van het VNO te honoreren.

2.4 De werking van artikel 13d Wet VpB 1969

2.4.1 De materiele eisen van artikel 13d Wet VpB 1969

Artikel 13d Wet VpB 1969 zorgt er voor dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is bij een liquidatieverlies ter zake van een deelneming in de zin van artikel 13 Wet VpB 1969. Een liquidatieverlies kan pas in aanmerking worden genomen wanneer binnen de termijn van artikel 13d lid 14 onderdeel c Wet VpB 1969¹³⁸ de liquidatie-uitkering aan de aandeelhouders ter beschikking is gesteld. Om gebruik te kunnen maken van de liquidatieverliesregeling moet er sprake zijn van vier cumulatieve materiele eisen:

- De deelneming moet zijn ontbonden en het vermogen moet zijn vereffend;¹³⁹ en
- Er mogen geen overige tegemoetkomingen zijn voor de verliezen;¹⁴⁰ en
- De onderneming van het geliquideerde lichaam moet zijn gestaakt of mag niet deels worden voortgezet binnen het concern;¹⁴¹ en
- De omvang van het liquidatieverlies moet blijken.¹⁴²

De deelneming moet zijn ontbonden.

Een deelneming is ontbonden als er voldaan is aan artikel 2:19 BW. In het geval van een juridische fusie is er geen sprake van een ontbinding in de zin van artikel 13d Wet VpB 1969.¹⁴³ De Hoge Raad oordeelde dat de liquidatieverliesregeling dan niet aan de orde is, aangezien er van de verdwenen vennootschappen niet gezegd kon worden dat deze vereffend of ontbonden waren. De Wilde betwijfelt of het vereiste dat een deelneming ontbonden moet zijn in overeenstemming is met het *Marks & Spencer II* arrest.¹⁴⁴ Samen met Kiekebeld¹⁴⁵ is hij van mening dat een verlies ook genomen zou moeten kunnen worden genomen bij de verkoop van een deelneming. Zo stelt Kiekebeld een regeling voor met een generieke maatregel waar verliezen in Marks en Spencer situaties altijd in aftrek kunnen worden genomen, indien het

¹³⁶ Artikel 13d lid 4 Wet VpB 1969.

¹³⁷ Kamerstukken II 2020/2021, 35568, nr.3. p.6.

¹³⁸ De temporele voorwaarde.

¹³⁹ Artikel 13d lid 1 Wet VpB 1969.

¹⁴⁰ Artikel 13d lid 14 onderdeel a Wet VpB 1969.

¹⁴¹ Artikel 13d lid 14 onderdeel b Wet VpB 1969.

¹⁴² Artikel 13 lid 14 onderdeel d.

¹⁴³ HR 24 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4424, BNB 1991/2.

¹⁴⁴ NDFR deel vennootschapsbelasting, artikel 13d Wet VpB 1969, commentaar 2.2.

¹⁴⁵ B.J. Kiekebeld, *Definitieve verliezen en de liquidatieverliesregeling*, NTFR-B 2015/23.

verlies nergens anders aftrekbaar is. Toegang tot deze maatregel zou volgens hem enkel ontzegd moeten worden in misbruiksituaties.

Er mag geen tegemoetkoming zijn voor de verliezen.

Om het liquidatieverlies in aftrek te mogen nemen mag er geen tegemoetkoming bestaan bij de belastingplichtige zelf, een met hem verbonden lichaam, of bij het lichaam dat (of de persoon die) de onderneming geheel voortzet of een met dat lichaam verbonden lichaam.¹⁴⁶ Dit zal zich vooral voordoen in grensoverschrijdende situaties, aangezien verliezen tussen vennootschappen in Nederland niet overdraagbaar zijn. Volgens de wettekst zou een kleine tegemoetkoming voldoende zijn om de liquidatieverliesregeling niet van toepassing te laten zijn. In theorie zal dit niet het geval zijn, aangezien hier rekening mee gehouden is in de wetsgeschiedenis.¹⁴⁷ Daarin wordt beschreven dat een liquidatieverlies toch (gedeeltelijk) genomen kan worden bij geringe tegemoetkomingen met een beroep op de hardheidsclausule.

De onderneming mag niet worden voortgezet binnen de groep.

De onderneming van de gestaakte vennootschap mag niet worden voortgezet door een met de vennootschap verbonden lichaam.¹⁴⁸ Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer de onderneming na de liquidatie van de deelneming een vaste inrichting vormt van de moedervenootschap. De staatssecretaris is van mening dat de regeling enkel van toepassing is wanneer de dochtervennootschap geliquideerd wordt, omdat de onderneming niet succesvol is gebleken.¹⁴⁹

Wanneer een onderneming (gedeeltelijk) wordt voortgezet binnen het concern kan er mogelijk nog een liquidatieverlies worden vastgesteld. Voor zover de moedermaatschappij de onderneming voortzet, kan het tot het liquidatietijdstip van de deelneming geleden verlies bij beschikking worden vastgesteld. Dat geleden verlies kan bij de daadwerkelijke staking van de onderneming binnen de groep bij de moedermaatschappij in aftrek worden gebracht.

De omvang van het liquidatieverlies moet blijken

Volgens de Hoge Raad wordt onder de term blijken “het overtuigend moeten worden aangetoond” worden verstaan.¹⁵⁰ De bewijslast om het liquidatieverlies aan te tonen berust daarbij bij de belastingplichtige. Er moet dan worden aangetoond dat er aan alle materiele vereisten is voldaan.

¹⁴⁶ NDFR deel vennootschapsbelasting, artikel 13d Wet VpB 1969, commentaar 15.

¹⁴⁷ Kamerstukken II, 1987/1988, 19 968 nr.3.

¹⁴⁸ NDFR deel vennootschapsbelasting, artikel 13d Wet VpB 1969, commentaar 15.

¹⁴⁹ Kamerstukken II, 1989/1990, 19968 nr 40.

¹⁵⁰ HR 27 januari 1971, ECLI:NL:HR:1971:AX6839, BNB 1971/55.

2.4.2 De omvang van het liquidatieverlies

De omvang van het liquidatieverlies is het opgeofferde bedrag verminderd met de liquidatie-uitkeringen en gecorrigeerd voor het dividendverleden.¹⁵¹ Derhalve zijn de belangrijkste elementen voor de bepaling de omvang van het liquidatieverlies de bepaling van het opgeofferde bedrag en de omvang van de liquidatie-uitkeringen. Daarbij zijn de voorwaarden voor binnenlandse en buitenlandse deelnemingen gelijk.

Het opgeofferde bedrag

Het opgeofferde bedrag is in beginsel de kostprijs van de deelneming, verminderd met de van de dochtermaatschappij ontvangen meegekochte dividenden, terugbetalingen van nominaal aandelenkapitaal, agio en informeel kapitaal. Het opgeofferde bedrag wordt vermeerderd met de latere informele en formele kapitaalstortingen en agio.¹⁵²¹⁵³ De wetgever heeft voor het opgeofferde bedrag gekozen, omdat bij de bepaling van de kostprijs van de deelneming teveel subjectieve elementen bevatte als er van een fiscale boekwaarde van de deelneming.¹⁵⁴ Het uitgangspunt is dat het voor het oorspronkelijk voor de aandelen betaalde bedrag of gestorte bedrag nog beïnvloed kan worden door gebeurtenissen in de periode na de verkrijging van de deelneming.¹⁵⁵ Het opgeofferde bedrag is niet nader gedefinieerd in artikel 13d Wet VpB 1969 en betreft een extracomptabele grootheid.¹⁵⁶ Ook bij de inkoop van eigen aandelen zal het opgeofferde bedrag moeten worden verminderd.¹⁵⁷

Ten aanzien van ontvangen meegekochte dividenden onderbouwt Juch waarom meegekocht dividend tot een vermindering van het opgeofferde bedrag moet leiden. Hij refereert daarbij naar BNB 1959/187¹⁵⁸ waar het Gerechtshof oordeelde dat er van meegekochte dividenden kan worden gesproken indien er sprake is van waardevolle bestanddelen die bij de verwerving van de deelneming waren verdisconteerd. Dit heeft volgens Juch tot gevolg dat de moedermaatschappij bij elk dividend dat uitgekeerd wordt door een van een derde verworven deelneming zich moet afvragen of er sprake is van een uitkering van meegekocht dividend. Een meegekocht dividend kan betrekking hebben op de stille reserves, op agio en de fiscale reserves van een deelneming. Martens schrijft dat indien er op het meegekochte dividend bronbelasting is ingehouden er uit het arrest BNB 1998/17 kan worden afgeleid dat het opgeofferde bedrag wordt verminderd met het netto dividend.¹⁵⁹

In artikel 13d Wet VpB zijn er verder artikelen opgenomen die betrekking hebben op de een aantal specifieke situaties aangaande het opgeofferde bedrag. In artikel 13d lid 9 Wet VpB 1969 wordt bepaald dat het opgeofferde bedrag van een deelneming die binnen een concern

¹⁵¹ Martens 2017, P.101.

¹⁵² Kamerstukken II 1962/1963, 6000, nr.9, p.24 & HR 5 december 1984, ECLI:NL:PHR:1984:AW8394, BNB 1986/351.

¹⁵³ W.C.M. Martens, *De Liquidatieverliesregeling in de deelnemingsvrijstelling*, MBB 2004/4.

¹⁵⁴ Van der Geld 2011, p. 152.

¹⁵⁵ Zie ook Kamerstukken II 1959/1960, 6000 p.20.

¹⁵⁶ Van den Dool 2017, p.248.

¹⁵⁷ Juch 1974, p.118 – p.121.

¹⁵⁸ Hof Den Haag 27 maart 1958, ECLI:NL:GHSGR:1958:AY0818, BNB 1959/187 onder de werking van het besluit VpB 1942.

¹⁵⁹ Martens 2017, p.102.

wordt overgedragen niet hoger is dan het oorspronkelijke opgeofferde bedrag. Hierdoor kan het opgeofferde bedrag bij de overdracht van een deelneming binnen een groep niet worden verhoogd, maar wel verlaagd worden.¹⁶⁰ Dit is het geval wanneer de waarde van de overgedragen deelneming ten tijde van de overdracht lager is dan het oorspronkelijke opgeofferde bedrag. Verder is er in artikel 13d lid 11 Wet VpB een bepaling opgenomen met betrekking tot het opgeofferde bedrag en de ontvoeging uit fiscale eenheid. Het opgeofferde bedrag van de ontvoegde deelneming wordt dan gesteld op het zuiver eigen vermogen van de dochtervennootschap. Een eventuele goodwill die betaald is ten tijde van de aankoop van de deelneming maakt dan geen deel uit van het opgeofferde bedrag. Daarnaast behoort ook hetgeen voor een conversierecht op warrants of obligaties is betaald tot het opgeofferde bedrag.¹⁶¹ Martens schrijft dat hij van mening is dat als een optierecht wordt gevestigd op aandelen die een deelneming zouden vormen bij uitoefening van het optierecht, dat dan de optiepremie en de optie uitoefeningsprijs tot het opgeofferde bedrag gaan horen.¹⁶²

Naar mijn mening is het opgeofferde bedrag een product van de uitvoerbaarheid uit de wetsgeschiedenis.¹⁶³ Omdat het bij de totstandkoming van de Wet VpB 1969 ondoenlijk was om voor elke belastingplichtige het geleden liquidatieverlies vast te stellen, is de extracomptabele figuur van het opgeofferde bedrag in het leven geroepen. Anno 2022 zou het uitvoeringstechnisch mogelijk moeten zijn om binnen de liquidatieverliesregeling beter aan te sluiten bij het daadwerkelijk geleden verlies. Daarmee zou het totaalwinstbeginsel veel beter tot zijn recht komen. Mogelijkerwijs is de systematiek van de huidige systematiek van het opgeofferde bedrag in strijd met het altijd-ergens beginsel van het *Marks & Spencer II* arrest. Daadwerkelijk geleden verliezen van dochtervennootschappen in het buitenland zouden bij gebrek aan andere compensatiemogelijkheden ten laste van de winst van de moedermaatschappij moeten kunnen komen. Aangezien het opgeofferde bedrag niets te maken heeft met de daadwerkelijk geleden verliezen, aangezien het een extracomptabele grootheid is, lijkt de systematiek van het opgeofferde bedrag mij daardoor in strijd te zijn met het altijd-ergens beginsel.

Het totaal van de liquidatie-uitkeringen; de dividendcorrectie.

Een liquidatie-uitkering in de zin van artikel 13d Wet VpB 1969 is al hetgeen wat een moedervennootschap ontvangt van haar ontbonden dochtervennootschap met toepassing van de deelnemingsvrijstelling in geld of natura.¹⁶⁴ Hiertoe behoren ook verkapte dividenden en dividenden die uitgekeerd zijn nadat het besluit tot liquidatie van de dochtervennootschap is genomen. Indien er een uitkering in natura wordt gedaan wordt deze gewaardeerd op de waarde in het economische verkeer.

¹⁶⁰ A.W. Hofman, *Hoog tijd voor modernisering liquidatieverliesregeling*, WFR 2014/787.

¹⁶¹ HR 11 juni 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AW7998, BNB 1987/201.

¹⁶² W.C.M. Martens, *De Liquidatieverliesregeling in de deelnemingsvrijstelling*, MBB 2004/4.

¹⁶³ Zie hoofdstuk 2.

¹⁶⁴ NDFR deel vennootschapsbelasting, artikel 13d Wet VpB 1969, commentaar 7.3.

Het liquidatieverlies kan worden beïnvloed door het doen van dividend uitdelingen kort voor de liquidatie van de dochtervennootschap.¹⁶⁵ Deze uitkeringen worden vrijgesteld middels de deelnemingsvrijstelling waarna de liquidatie-uitkeringen door de dividenduitdelingen relatief lager zullen zijn. Het liquidatieverlies kan op deze wijze kunstmatig worden verhoogd. Daarom heeft de wetgever artikel 13d lid 6 Wet VpB 1969 in het leven geroepen. Dit artikel zorgt er voor dat de bedragen die in het zicht van liquidatie zijn uitgekeerd worden gecorrigeerd.¹⁶⁶ Dit wordt de dividendcorrectie genoemd. Deze correctie verhoogt de liquidatie-uitkeringen en verlaagt daarmee het liquidatieverlies. Dividend in het zicht van liquidatie wordt als volgt aangemerkt:

- a) Voordelen uit hoofde van een onderneming die zijn verkregen:¹⁶⁷
 - In het jaar waarin de deelneming haar onderneming geheel of nagenoeg geheel heeft gestaakt;
 - In de vijf voorgaande jaren; en
 - In de daaropvolgende jaren.
- b) Voordelen uit hoofde van een deelneming in het zesde tot en met het tiende jaar voorafgaande aan de staking van de onderneming van de dochter, ingeval over die onderneming over het desbetreffende jaar een commercieel verlies heeft geleden.¹⁶⁸

Onder de uitkeringen vallen dividend uitkeringen die onder de deelnemingsvrijstelling zijn genoten en bijvoorbeeld niet dividenden die onder de deelnemingsverrekening zijn genoten.¹⁶⁹ Belangen waar dividenduitkeringen zijn genoten ten aanzien van de deelnemersverrekening hebben immers geen recht op de liquidatieverliesregeling.

2.4.3 Aanpassingen van de Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling

Ten gevolge van de Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling zijn er beperkingen in de liquidatieverliesregeling opgenomen. Een liquidatieverlies kan nu niet genomen worden als deze groter is dan de franchise en niet voldoet aan de kwantitatieve voorwaarde en de territoriale voorwaarde.¹⁷⁰ Daarnaast vindt de liquidatieverliesregeling in zijn algemeenheid geen toepassing wanneer er niet aan de temporele voorwaarde is gedaan. In de liquidatieverliesregeling is een franchise opgenomen van 5 miljoen euro.¹⁷¹ Als gevolg daarvan worden liquidatieverliezen van 5 miljoen euro of minder niet beperkt door de territoriale en kwantitatieve voorwaarde. Hierdoor kan een liquidatieverlies dat afkomstig is uit een derde land of afkomstig is uit een deelneming waar geen kwalificerend belang in gehouden wordt, alsnog in aanmerking worden genomen. De franchise is van toepassing per ontbonden lichaam afzonderlijk.¹⁷² Dit zou theoretisch kunnen betekenen dat belastingplichtigen de deelneming zouden kunnen opknippen. Hierdoor zouden de verschillende vennootschappen ieder een

¹⁶⁵ Martens 2017, p.114.

¹⁶⁶ Van den Dool 2017, p.249.

¹⁶⁷ Artikel 13d lid 6 onderdeel a Wet VpB 1969.

¹⁶⁸ Artikel 13d lid 6 onderdeel b Wet VpB 1969.

¹⁶⁹ Van der Geld 2011, p.156.

¹⁷⁰ Artikel 13d lid 2 Wet VpB 1969.

¹⁷¹ Artikel 13d lid 2 Wet VpB 1969; Dit wordt de franchise genoemd.

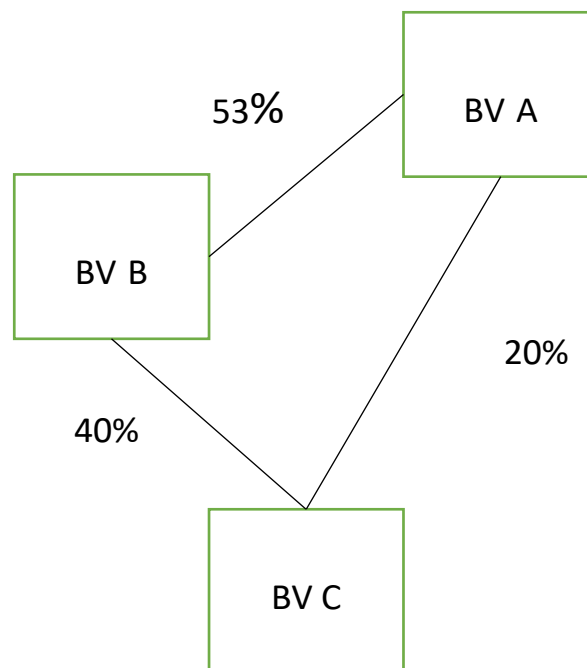
¹⁷² Kamerstukken II 2020/2021, 35 568, nr.3, p.5.

franchise hebben van 5 miljoen euro. Een onderneming zou dus meerdere malen gebruik kunnen maken van de franchise.

2.4.3.1 De kwantitatieve voorwaarde

De kwantitatieve voorwaarde is in het leven geroepen om te waarborgen dat de beperking van de liquidatieverliesregeling onder het bereik van de vrijheid van vestiging valt.¹⁷³ De kwantitatieve voorwaarde houdt in dat indien het liquidatieverlies hoger is dan de franchise, het liquidatieverlies niet aftrekbaar is indien de belastingplichtige een beslissende invloed heeft in de deelneming of, via een verbonden lichaam waardoor het een beslissende invloed kan uitoefenen, waaruit het liquidatieverlies is ontstaan.¹⁷⁴ In de memorie van toelichting wordt beschreven dat zonder bijzondere rechten en overeenkomsten aan de kwantitatieve voorwaarde is voldaan indien een belastingplichtige meer dan 50% van de statutaire stemrechten in een deelneming bezit.¹⁷⁵ Of er sprake is van een kwalificerend belang wijkt de systematiek ten aanzien van de gelieerdheid af van de systematiek van de gelieerdheid in de Wet Bronbelasting 2021 en artikel 10a lid 6 Wet VpB 1969. Zo wordt het belang van een verbonden lichaam volledig meegeteld indien de moederverenootschap een kwalificerend belang in die verbonden persoon heeft. Een voorbeeld ter illustratie:

BV A heeft 53% van de stemrechten in BV B en 20% van de stemrechten in BV C. Op zijn beurt heeft BV B 40% van de stemrechten in BV C. Aangezien BV A een kwalificerend belang in BV B heeft, wordt het volle belang van BV B in BV C bij het directe belang van BV A in BV C opgeteld. Dit betekent dat BV A een kwalificerend belang in BV C heeft aangezien het een belang van 60% heeft. BV B heeft geen kwalificerend belang in BV C, aangezien BV B enkel 40% van de stemrechten heeft.



¹⁷³ Kamerstukken II 2020/2021, 35 568, nr.3, p.4.

¹⁷⁴ Artikel 13d lid 2 onderdeel a Wet VpB 1969 jo. Artikel 13 lid 4 Wet VpB 1969.

¹⁷⁵ Kamerstukken II, 2020/2021, 35568 nr. 3, p.5

Het valt op dat om tot een kwalificerend belang te komen er in de memorie van toelichting enkel wordt verwezen naar het hebben van meer dan 50% van de stemrechten.¹⁷⁶

Er moet zowel aan de kwantitatieve voorwaarde als aan de territoriale voorwaarde zijn voldaan aan een toetsingsperiode. Deze toetsingsperiode behelst een periode van een vijf jaren¹⁷⁷ voorafgaand aan de voltooiing van de vereffening van de geliquideerde deelneming.¹⁷⁸ Er is geen overgangsrecht opgenomen voor de kwantitatieve voorwaarde en de territoriale voorwaarde waardoor er materieel sprake is van terugwerkende kracht.¹⁷⁹ De Wilde schrijft dat de kwantitatieve en territoriale voorwaarden in sommige situaties overkill bevatten. Dit wordt veroorzaakt doordat er aan deze voorwaarden moet zijn voldaan op het moment onmiddellijk voorafgaande aan de vereffening. Een liquidatieverlies zal dan bijvoorbeeld niet aftrekbaar zijn wanneer de feitelijke fiscale vestigingsplaats van het ontbonden lichaam voor de vereffening wordt verplaatst naar een niet kwalificerende jurisdictie. Dat geldt ook in het geval de moeder vennootschap vlak voor de vereffening geen kwalificerend belang meer heeft in de ontbonden deelneming, terwijl het verlies stamt uit een periode waarin de moedermaatschappij wel een kwalificerend belang in de dochtervennootschap had.

2.4.3.2 De territoriale voorwaarde

De territoriale voorwaarde zorgt er voor dat liquidatieverliezen enkel voor aftrek in aanmerking komen wanneer zij opkomen in Nederland, andere EU lidstaten en landen die deel uitmaken van de EER.¹⁸⁰ Daarnaast komen liquidatieverliezen die ontstaan zijn in landen waar de EU een specifieke associatieovereenkomst mee heeft gesloten waarbij een recht is geïncorporeerd dat vergelijkbaar is met de vrijheid van vestiging van artikel 49 VWEU.¹⁸¹ Op dit moment heeft enkel Turkije een dergelijke associatieovereenkomst. Een deelneming op een van de BES eilanden, Aruba, Curaçao of Sint-Maarten voldoet niet aan de territoriale voorwaarde.¹⁸²

2.4.3.3 De temporele voorwaarde

De temporele voorwaarde bepaalt dat een liquidatieverlies slechts in aanmerking komt wanneer de vereffening van de ontbonden dochtermaatschappij in uiterlijk het derde kalenderjaar na het kalenderjaar waarin de onderneming van het ontbonden lichaam geheel of nagenoeg geheel is gestaakt of het besluit tot staking genomen voltooid is.¹⁸³ Op deze wijze is gepoogd een einde te maken aan het uitstellen van het nemen van een liquidatieverlies.¹⁸⁴ Een liquidatieverlies na deze periode is niet aftrekbaar, behalve als een belastingplichtige kan voldoen aan een tegenbewijsregeling.¹⁸⁵ Het begrip onderneming wordt in de parlementaire

¹⁷⁶ Kamerstukken II, 2020/2021, 35568 nr. 3.

¹⁷⁷ 5 maal 365 dagen.

¹⁷⁸ Artikel 13d Lid 2 onderdeel b Wet VpB 1969.

¹⁷⁹ NDFR deel vennootschapsbelasting, artikel 13d Wet VpB 1969, commentaar 3.

¹⁸⁰ Artikel 13d lid 2 onderdeel a sub 2 Wet VpB 1969.

¹⁸¹ Kamerstukken II, 2020/2021, 35568 nr. 3, p.6.

¹⁸² Artikel 2, lid 3, onderdeel d AWR.

¹⁸³ Artikel 13d lid 14 onderdeel c Wet VpB 1969.

¹⁸⁴ Kamerstukken II, 2020/2021, 35568 nr. 3.

¹⁸⁵ NDFR deel vennootschapsbelasting, artikel 13d Wet VpB 1969, commentaar 15.

geschiedenis ruim uitgelegd waardoor zuivere houdstermaatschappijen ook onder de temporele voorwaarde vallen. Een onderneming wordt gestaakt wanneer alle activiteiten van de onderneming van de ontbonden vennootschap zijn beëindigd. Wanneer een onderneming nagenoeg geheel is gestaakt is afhankelijk van het geval. Dit kan afhangen van factoren als het aantal werknemers, de omzet en het aantal bezittingen van de vennootschap.

2.5 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is de volgende deelvraag beantwoord:

Hoe is de liquidatieverliesregeling vormgegeven en wat is de ratio van de liquidatieverliesregeling?

De liquidatieverliesregeling van artikel 13d Wet VpB 1969 maakt onderdeel uit van de deelnemingsvrijstelling. De deelnemingsvrijstelling zorgt ervoor dat voordelen als dividenden en koersresultaten uit kwalificerende deelnemingen vrijgesteld worden. Dit is ook van toepassing op negatieve resultaten. De grondgedachten van de deelnemingsvrijstelling zijn het ne-bis-in-idem beginsel en de verlengstukgedachte. Het ne-bis-in-idem beginsel stelt dat er over dezelfde winst niet twee keer dezelfde belasting dient te worden afgedragen. De verlengstukgedachte stelt dat de dochtervennootschap een (gedeeltelijke) voortzetting is van de onderneming van de moedervennootschap. Een verplaatsing van de winst van de dochtervennootschap naar de moedervennootschap dient binnen de verlengstukgedachte niet als belastbare winst te worden gezien. In de literatuur bestaat er geen consensus over welk beginsel leidend is. Ikzelf ben van mening dat de verlengstukgedachte leidend is binnen de deelnemingsvrijstelling, aangezien er geen deelnemingsvrijstelling wordt verleend voor voordelen uit deelnemingen die volgens de wet ter belegging worden gehouden.

De liquidatieverliesregeling vormt een uitzondering op de regel van de deelnemingsvrijstelling. De liquidatieverliesregeling was in eerste instantie opgenomen in artikel 13 lid 5 Wet VpB 1969 (tekst 1970). In 1990 werd de liquidatieverliesregeling ondergebracht in artikel 13d Wet VpB 1969. De liquidatieverliesregeling zorgt ervoor wanneer een belastingplichtige geliquideerd wordt, onder voorwaarden een verlies in aanmerking mag worden genomen bij de moedervennootschap in situaties dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Een belastingplichtige mag een liquidatieverlies pas ten laste van zijn winst brengen op het moment dat de ontbinding, vereffening en de liquidatie-uitkering aan de aandeelhouders is voltooid. Het liquidatieverlies is het verschil tussen het opgeofferde bedrag en de liquidatie-uitkeringen. Het opgeofferde bedrag betreft een extracomptabele grootheid. Het opgeofferde bedrag bestaat in beginsel uit de kostprijs van de deelneming, verminderd met de van de uit de deelneming ontvangen mee-gekochte dividenden, terugbetalingen van nominaal aandelenkapitaal, agio en informeel kapitaal. Het opgeofferde bedrag wordt vermeerderd met de latere informele en formele kapitaalstortingen en agio. Het totaal aan liquidatie uitkeringen wordt daarnaast vermeerderd met een dividendcorrectie.

In de totstandkomingsgeschiedenis van de liquidatieverliesregeling wordt aangegeven dat de liquidatieverliesregeling ten doel heeft om concernverliezen net als concernwinsten eenmaal in de winst te betrekken. Daarbij is met het argument van uitvoerbaarheid gekozen voor de

systematiek van het opgeofferd bedrag. Met het altijd-ergens beginsel lijkt de systematiek van de liquidatieverliesregeling in strijd te zijn met het Europese recht. Door het *Marks & Spencer II arrest* zijn buitenlandse en binnenlandse deelnemingen in het verleden al gelijk behandeld aan worden.

Met de komst van de Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling bestaat er in artikel 13d Wet VpB 1969 nu een franchise van 5 miljoen euro, een kwantitatieve beperking, een territoriale beperking en een temporele beperking. De kwantitatieve beperking en territoriale beperking dienen ervoor te zorgen om deelnemingen gevestigd buiten Nederland, andere EU-lidstaten en landen die deel uitmaken van de EER uit te sluiten van de liquidatieverliesregeling voor zover zij een verlies hoger dan de franchise van 5 miljoen claimen. De kwantitatieve beperking dient ervoor te zorgen dat enkel de vrijheid van vestiging van toepassing is en daardoor de vrijheid van kapitaalverkeer niet. Zo kunnen derde landen geen aanspraak doen op de Europese verkeersvrijheden. Van een kwalificerend belang moet een moedervernootschap, al dan niet via een verbonden lichaam waarin zij een kwalificerend belang heeft, meer dan 50% van de stemrechten van de dochtervernootschap hebben.

Hoofdstuk 3: Europeesrecht en de vrijheid van vestiging en kapitaalverkeer

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt beschreven hoe het Hof van Justitie onderscheid maakt tussen de verkeersvrijheden van kapitaalverkeer en vestiging. De wetgever heeft in de wetsgeschiedenis van de Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling beschreven dat het vrije verkeer van vestiging altijd van toepassing is op de kwantitatieve voorwaarde. Zo worden derde landen uitgesloten van de liquidatieverliesregeling wanneer het liquidatieverlies hoger is dan de franchise. Daarom worden in dit hoofdstuk vrije verkeersbepalingen van vestiging en kapitaalverkeer uiteengezet. Dat is van belang om een goed toetsingskader te hebben om te toetsen of wetgever succesvol de Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesverliesregeling uit het bereik van de vrijheid van kapitaalverkeer heeft kunnen houden. Hiervoor is het ook belangrijk om het primaire Europese recht, waar de vrije verkeersbepalingen hun oorsprong vinden, en de wijze van oordelen van het Hof van Justitie goed te begrijpen.

In dit hoofdstuk wordt de volgende deelvraag behandeld:

Wanneer zijn de verkeersvrijheden van vestiging en kapitaal van toepassing op een fiscale regeling en wat is het beoordelingskader van het Hof van Justitie ten aanzien van de vrije verkeersbepalingen?

Ten eerste wordt de basis van het hoofdstuk gelegd door het primaire Europese recht te behandelen. Hierin worden onder andere de interne markt en de vier verkeersvrijheden besproken. Vervolgens worden het discriminatieverbod en het beslisschema van het Hof van Justitie uiteengezet. Het is belangrijk kennis van deze twee onderwerpen te hebben om de een conclusie te formuleren over de Europese kwaliteit van de Wet beperking liquidatie en stakingsverliesregeling. Ten slotte worden de vrije verkeersbepalingen van vestiging en kapitaalverkeer en hun samenloop behandeld. Hierbij worden het *Baars* arrest en het *FII 2* arrest inzake de rangorde van de vrijheid van vestiging en kapitaalverkeer geanalyseerd. In het hoofdstuk wordt een nadere uitwerking van de vrijheden van kapitaal en vestiging niet onderzocht. Dit komt omdat deze scriptie zich richt op de rangorde tussen de twee verkeersvrijheden en niet over de daadwerkelijke uitwerking daarvan.

3.2 Primair Europees recht

Het EU-recht wordt gevormd door verdragen, verordeningen, richtlijnen, beschikkingen, besluiten, overeenkomsten met derde landen, de jurisprudentie van het Hof van Justitie en het ongeschreven recht.¹⁸⁶ Dit wordt ook wel het gemeenschapsrecht genoemd. Uit het *Costa Enel*¹⁸⁷-arrest komt naar voren dat de 'eigen' aard van het EU-recht meebrengt dat het EU-

¹⁸⁶ Kogels, Mees & Vermeend 2002, p.59.

¹⁸⁷ HvJ EG 15 juli 1964, ECLI:EU:C:1964:66, C-6/64 (Costa Enel).

recht voorrang heeft boven het nationale recht. Dit betekent bijvoorbeeld dat een nationale rechter een met het EU-recht strijdige maatregel buiten toepassing moet laten.¹⁸⁸

Het EU-recht heeft drie kenmerken: Voorrang, duurzaamheid en rechtstreekse werking.¹⁸⁹ Bepalingen uit het EU-recht hebben rechtstreekse werking wanneer handhaving en naleving door burgers via de nationale rechter kan worden afgedwongen. Een maatregel moet voldoende bepaald en onvoorwaardelijk zijn om rechtstreekse werking te hebben.¹⁹⁰ Door deze rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht bestaan er rechten en plichten voor alle onderdanen van de lidstaten.

De Interne markt

Artikel 3 lid VEU stelt dat de Unie een interne markt tot stand brengt. Daarnaast stelt artikel 26 VWEU dat de unie maatregelen moet nemen om de interne markt tot stand te brengen en de werking daarvan te verzekeren. Om deze interne markt te realiseren dienen het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal gewaarborgd te worden.¹⁹¹ Dit kan in de eerste plaats worden gerealiseerd wanneer er geen onderscheid wordt gemaakt tussen de burgers van de lidstaten.¹⁹² Kapteyn en VerLoren van Themaat onderscheiden drie vrijheidsbegrippen ter zake van de vrije verkeersbepalingen.¹⁹³ Het eerste vrijheidsbegrip stelt dat lidstaten in beginsel geen maatregelen mogen treffen die het verkeer tussen lidstaten bemoeilijken of vervalsen. Zowel maatregelen die onderscheid maken tussen het binnenlandse en grensoverschrijdende verkeer als maatregelen die daarin geen onderscheid maken zijn verboden wanneer het vrije verkeer hierdoor bemoeilijkt wordt. Het tweede vrijheidsbegrip verbiedt vrijheidsbeperkende maatregelen die uitsluitend beperkingen opleggen ten aanzien van de invoer en uitvoer van goederen. Het derde vrijheidsbegrip verbiedt lidstaten te discrimineren op grond van nationaliteit of land van oorsprong.

Het principe van belastingheffing kan niet worden gezien als een restrictie binnen de werking van het EU-recht. Enkel een pigouviaanse¹⁹⁴ belasting zou principieel tegen de verkeersvrijheden in gaan. Een voorbeeld van een pigouviaanse belasting is een extreem hoge bestraffende belasting op drugs, wapens alcohol of tabak.

De vier vrijheden.

Verschillen in nationale of bilaterale wetgeving, direct of indirect, gebaseerd op nationaliteit of oorsprong van de markt zijn zowel verboden door het directe verbod op discriminatie van artikel 12 VWEU als door de vier vrijheden.¹⁹⁵ De vier vrijheden omvatten twee rechten: Het recht van grensoverschrijdend verkeer en een verbod op discriminatie naar nationaliteit of naar de oorsprong van de markt. Verschillen anders dan op grond van nationaliteit of naar de oorsprong van goederen, zoals op woonplaats, op geïmporteerde goederen en diensten of op

¹⁸⁸ HvJ EG 19 juni 1990, ECLI:EU:C:1990:257, C-213/89 (Factortome).

¹⁸⁹ Kogels, Mees & Vermeend 2002, p.59 – p.60.

¹⁹⁰ HvJ EG 5 februari 1963, ECLI:EU:C:1963:1, C-26/62 (Van Gend&Loos).

¹⁹¹ Artikel 26 lid 2 VWEU.

¹⁹² Van der Hurk 2001, p.43.

¹⁹³ Kapteyn & VerLoren Thermaat 1995, p.351-p.353.

¹⁹⁴ een ontmoedigende hoge belasting op bepaalde goederen of diensten.

¹⁹⁵ Wattel 2018, p.35-p.36.

buitenlandse investeringen, zijn voor de verkeersvrijheden net zo verboden als het directe verbod op nationaliteit. Ook maatregelen die binnen en buitenland gelijk behandelen, maar belemmerend kunnen werken voor het vrije verkeer zonder gegronde rechtvaardigingsgrond kunnen al in strijd zijn met de vier verkeersvrijheden. Omdat het begrip discriminatie door het Hof van Justitie breed wordt geïnterpreteerd, hebben de criteria nationaliteit en land van oorsprong aan belang verloren. De vier vrijheden bestaan uit de vrijheid van goederen¹⁹⁶, de vrijheid van personen¹⁹⁷, de vrijheid van het verrichten van diensten¹⁹⁸ en de vrijheid van kapitaal-en betalingsverkeer¹⁹⁹. De vrijheid van personen wordt weer onderverdeeld in de vrijheid van werknemers²⁰⁰ en de vrijheid van vestiging²⁰¹.

3.3 Gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod

Discriminatie refereert naar maatregelen die direct of indirect onderscheid maakt tussen binnenlandse en buitenlandse actoren, goederen en kapitaalstromen.²⁰² Artikel 12 VWEU bepaalt dat onverminderd bijzondere bepalingen discriminatie op grond van nationaliteit verboden is.²⁰³ Wel wordt het artikel weinig meer gebruikt, aangezien bijzondere bepalingen, zoals de vrije verkeersbepalingen, prioriteit hebben.²⁰⁴ Het beginsel van non-discriminatie is gebaseerd op neutraliteit.²⁰⁵ Er dient een verschil gemaakt te worden tussen discriminatie en differentiatie.²⁰⁶ Beide begrippen zien op het onderscheid tussen gevallen, maar discriminatie ziet op het ongeoorloofd onderscheiden. Differentiatie ziet op het maken van onderscheid binnen de werking van het gemeenschapsrecht.

Discriminatie kan gedefinieerd worden doormiddel van directe discriminatie en indirecte discriminatie. Bij directe discriminatie worden gelijke situaties ongelijk behandeld en bij indirecte discriminatie worden ongelijke situaties gelijk behandeld. Het verbod op discriminatie vormt daarbij een toepassing van het algehele gelijkheidsbeginsel. Artikel 12 VWEU is de *lex generalis* van andere verboden in het EU-recht en is alleen van toepassing voor zover het handelsverkeer tussen lidstaten betreft.²⁰⁷ Discriminatie die vormen aanneemt buiten het economische verkeer tussen lidstaten valt in beginsel niet binnen de werkingssfeer van het verdrag. Wel is omgekeerde discriminatie toegestaan.²⁰⁸ Hier is sprake van wanneer burgers in interne situaties ongunstiger worden behandeld in vergelijking met grensoverschrijdende situaties. Het is namelijk niet tegen het gemeenschapsrecht om eigen burgers ongunstiger te behandelen in vergelijking met burgers van andere lidstaten.

¹⁹⁶ Artikel 28 & 29 VWEU.

¹⁹⁷ Artikel 45 - en 49 - VWEU.

¹⁹⁸ Artikel 56- VWEU.

¹⁹⁹ Artikel 63- VWEU.

²⁰⁰ Artikel 45-48 VWEU.

²⁰¹ Artikel 49- VWEU.

²⁰² Wattel 2018, p.50.

²⁰³ Kogels, Mees & Vermeend 2002, p.69.

²⁰⁴ Zoals een van de vier vrijheden; Wattel 2018, p.27.

²⁰⁵ Van den Hurk 2001, p. 37.

²⁰⁶ Van den Hurk 2001, p. 45.

²⁰⁷ Kogels, Mees & Vermeend 2002, p.69.

²⁰⁸ HvJ EG 26 januari 1993, ECLI:EU:C:1993:27, C-112/91 (Werner)

Het Hof van Justitie acht de internationaal gebruikelijke verschillende fiscale behandeling van binnen- en buitenlands belastingplichtigen niet in strijd met het gemeenschapsrecht.²⁰⁹ Dit is ten aanzien van de in aanmerking te nemen heffingsgrondslag en de toerekening van persoonsgebonden verminderingen. Ook dispariteiten worden niet in strijd geacht met het gemeenschapsrecht. Van een dispariteit is sprake als een burger in zijn belangen wordt geschaad doordat meerdere lidstaten verschillende regels van toepassing achten in gelijke gevallen.²¹⁰ Dit betekent dat fiscale gevolgen van heffingen in het buitenland en het woonland ongelijk kunnen zijn door de verschillen in nationale belastingstelsels.

3.4 Het beslisschema van het Hof van Justitie

Om te bepalen of het nationale recht in overeenstemming is met het EU-recht hanteert het Hof van Justitie het volgende toetsingschema:²¹¹

1. Is er sprake van een grensoverschrijdende economische activiteit?
2. Is er sprake van discriminatie of een belemmering?
3. Is er sprake van een rechtvaardigingsgrond?
 - i. Voldoet deze rechtvaardigingsgrond aan het proportionaliteitscriterium?
 - ii. Voldoet deze rechtvaardigingsgrond aan het subsidiariteitscriterium?

Grensoverschrijdende economische activiteit

Om toegang te krijgen tot het Europese recht moet er sprake zijn van een grensoverschrijdende schending van een der vier vrijheden, aangezien het Europese recht niet ziet op puur binnenlandse situaties.²¹² Daarbij moet het gaan om een economische activiteit om beschermd te worden door de vier vrijheden.²¹³ Zo vallen de grensoverschrijdende activiteiten van werknemers, zelfstandigen, de vestiging van dochtervennootschappen of vaste inrichtingen, actieve en passieve portfolio investeringen en betalingen onder de noemer van een economische activiteit. Wanneer er sprake is van een interne situatie is er geen toegang tot het Europese recht.²¹⁴ Dit is het geval wanneer er in de andere lidstaat een louter marginaal en bijkomstige economische activiteit wordt uitgeoefend. Economisch inactieven zoals gepensioneerden kunnen een beroep doen op het vrije verblijfsrecht van de Unie om toegang te krijgen tot het gemeenschapsrecht, aangezien zij dus niet beschermd worden door de vier verkeersvrijheden.²¹⁵

Discriminatie of belemmering

Nadat is vastgesteld of er sprake is van een grensoverschrijdende economische activiteit, stelt het Hof van Justitie vast of een nationale maatregel een beperking van het vrije verkeer vormt.²¹⁶ Beperkingen kunnen globaal gezien in de volgende categorieën worden

²⁰⁹ NDFR deel Europees, artikel 49 VWEU, commentaar 3.1.

²¹⁰ Van den Hurk 2001, p.53.

²¹¹ Schipper 2019, p.223.

²¹² Wattel 2018, p.26.

²¹³ Wattel 2018, p.27.

²¹⁴ D. M. Weber, *Interne situaties, omgekeerde discriminatie en het gemeenschapsrecht: de grenzen worden opnieuw getrokken*, WFR 1998/1499.

²¹⁵ Artikel 20 & 21 VWEU; Schipper 2019, p.223.

²¹⁶ Schipper 2019 p.223.

onderverdeeld: directe en indirecte discriminaties naar nationaliteit²¹⁷ en belemmeringen. Belemmeringen zijn nationale maatregelen die de uitoefening van de in het EU-verdrag gewaarborgde vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken.²¹⁸ Belemmeringen zorgen er voor dat het voor burgers lastig is om van verdragsrechten gebruik te maken. Maatregelen die als belemmeringen worden aangemerkt, gelden zowel voor ingezetenen van een andere lidstaat als voor de eigen ingezetenen. Discriminaties betreffen maatregelen die wel onderscheid maken en belemmeringen betreffen bepaling zonder onderscheid.

Van den Hurk schrijft dat het Hof van Justitie sinds het *Daily Mail*²¹⁹ arrest een vast stappenplan volgt ten aanzien van het vaststellen van beperkingen.²²⁰ Ten eerste komt de vraag aan de orde of een situatie leidt tot een (verkapte) discriminatie naar nationaliteit. Indien een discriminatie geoorloofd is, is geen sprake van een inbreuk van het Europese recht. Wanneer een discriminatie niet geoorloofd is, is er wel sprake van een inbreuk op het Europese recht. Als er geen sprake is van een discriminatie moet er gekeken worden of er sprake is van een migratie. In situaties van migratie ontstaan er volgens van den Hurk belemmeringen. Als een situatie een belemmering vormt voor de uit het Verdrag voortkomende rechten, dan is er sprake van een inbreuk op het Europese recht. In dat geval moet er bekeken worden of de belemmering te rechtvaardigen valt. Wanneer er geen belemmering geconstateerd kan worden is de maatregel in overeenstemming met het Europese recht.

Rechtvaardigingsgronden

Nadat is vastgesteld wordt dat er een beperking ten aanzien van het Europese recht aanwezig is, toetst het Hof van Justitie of de beperking kan worden gerechtvaardigd op basis van de geschreven rechtvaardigingsgronden (de verdragsexcepties)²²¹ of op basis van de ongeschreven rechtvaardigingsgronden.²²² De ongeschreven rechtvaardigingsgronden worden de rule of reason genoemd.²²³ Deze ongeschreven rechtvaardigingsgronden worden ook dwingende redenen van algemeen belang genoemd en zijn niet limitatief.²²⁴ Een dwingende reden van algemeen belang kan enkel van toepassing zijn wanneer een beperkende maatregel niet discrimineert.²²⁵ Discriminerende maatregelen kunnen niet door ongeschreven redenen van algemeen belang worden gerechtvaardigd. Bij discriminerende maatregelen kan er enkel op de geschreven uitzonderingen een beroep worden gedaan. Het Hof van Justitie houdt zich niet strikt aan deze leer schrijft Weber wat een doorn in het oog is van veel schrijvers en Advocaten Generaal. Volgens Weber zou het Hof van Justitie er goed aan doen consistentere in zijn leer te zijn.

²¹⁷ Zie hoofdstuk 3.3.

²¹⁸ A. W. van der Woude, *EG-rechten, discriminaties en belemmeringen*, WFR 2000/1471.

²¹⁹ HvJ EG 27 september 1988, ECLI:EU:C:1988:456, C-81/87(Daily Mail)

²²⁰ Van den Hurk 2001, p.79.

²²¹ Bijvoorbeeld artikel 36, artikel 52 lid 1 en artikel 65 lid 1 VWEU.

²²² Schipper 2019, p.223.

²²³ Cursus Belastingrecht EBR.5.1.2.C

²²⁴ Schipper 2019, p.223.

²²⁵ Cursus Belastingrecht EBR.5.1.2.C

In het kader van directe belastingheffing zijn er tot nu toe zes dwingende redenen van algemeen belang aangenomen:

- De doeltreffendheid van fiscale controles;
- De verstoring van de wederkerigheid en het evenwicht van de tussen een lidstaat en een derde land gesloten bilaterale internationale overeenkomst;
- De noodzaak om de samenhang van het fiscale systeem te handhaven;
- Het voorkomen dat een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten in gevaar komt;
- De bestrijding van ontwijking van nationaal belastingrecht en misbruik van gemeenschapsrecht; en
- Redenen om grensoverschrijdende verliesverrekening uit te sluiten. Voorbeelden zijn de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en dubbele verliesverrekening.

Noodzakelijkheid en proportionaliteit

Nadat een geschreven of ongeschreven rechtvaardigingsgrond wordt vastgesteld, moet deze voldoen aan het noodzakelijkheidsvereiste en het proportionaliteitsvereiste.²²⁶ Het noodzakelijkheidsvereiste stelt dat de rechtvaardigingsgrond slechts wordt geaccepteerd wanneer deze geschikt is voor de verwezenlijking van het nagestreefde doel. Te denken is aan het tegengaan van misbruik, het beschermen van de integriteit van de belastinggrondslag en het waarborgen van een doeltreffend fiscaal toezicht.²²⁷ Als dat het geval is moet de rechtvaardigingsgrond voldoen aan het proportionaliteitsvereiste. Het proportionaliteitsvereiste houdt in dat de rechtvaardigingsgrond niet verder moet gaan dan het noodzakelijk is voor het bereiken van het doel.²²⁸

3.5 De vrijheid van vestiging

De vrijheid van vestiging ziet op de bescherming van zelfstandigen en ondernemingen.²²⁹ Bij de invulling van het begrip vestiging gaat het om werkzaamheden anders dan de werkzaamheden in loondienst. Dit geldt zowel voor natuurlijke personen als voor ondernemingen. Een werkzaamheid valt onder de vrijheid van vestiging wanneer de aanwezigheid duurzaam is. Het element van vaste basis is daarbij doorslaggevend. Aan de eis van een vaste basis is voldaan wanneer er sprake is van een daadwerkelijke economische activiteit voor onbepaalde tijd.²³⁰ Zo valt het starten van een onderneming door een natuurlijk persoon of het oprichten van een vaste inrichting door een rechtspersoon onder de vrijheid van vestiging. Alle onderdanen van de lidstaten hebben recht op de vrijheid van vestiging. Zo mogen lidstaten door de vrijheid van vestiging niet discrimineren op basis van nationaliteit. Hierdoor mogen lidstaten in hun wetgeving geen bepalingen opnemen die verschillend werken ten opzichte van de eigen onderdanen ter zake van bedrijfsactiviteiten²³¹. In het kader van de vrijheid van vestiging worden rechtspersonen gelijkgesteld met natuurlijke personen

²²⁶ Schipper 2019, p.223.

²²⁷ Wattel 2018, p. 42.

²²⁸ Schipper 2019, p.223

²²⁹ Kapteyn & VerLoren van Themaat 1970, p.421.

²³⁰ Van der Hurk 2001, p.110.

²³¹ Kogels, Mees & Vermeend 2002, p.73-p.74.

wanneer ze naar het recht van een lidstaat zijn opgericht of wanneer de statutaire zetel zich in een lidstaat bevindt. Het gaat bij de vrijheid van vestiging dus om gevallen waar een statutaire zetel van de ene lidstaat naar de andere lidstaat verplaatst wordt of waar een primaire of secundaire vestiging van een onderneming van een lidstaat wordt opgericht in een andere lidstaat.²³² Van een primaire vestiging is sprake wanneer een geheel nieuwe onderneming wordt opgericht. Van secundaire vestiging is sprake wanneer er een dochtermaatschappij of een vaste inrichting wordt opgericht. In de kern gaat het om het recht op gelijke behandeling en de vrijheid van vestiging heeft directe werking.²³³

Het recht van vestiging impliceert dat de ontvangststaat waarin de ondernemingsactiviteiten worden ontplooid deze activiteiten niet slechter mag behandelen dan de activiteiten die door haar eigen inwoners worden ontplooid.²³⁴ Ten tweede impliceert de vrijheid van vestiging dat de staat van oorsprong de verplaatsing van de economische activiteit niet mag belemmeren. Een derde aspect van de vrijheid van vestiging is dat een ondernemer de vrije keuze moet hebben tussen de keuze van een dochtervennootschap en een vaste inrichting. Albert onderscheidt vier toetsen om te bepalen of een maatregel beschermd wordt door de vrijheid van vestiging: twee toetsen van rechtsvormneutraliteit, een toets aangaande vestigingsexportneutraliteit en een toets aangaande vestigingsimportneutraliteit. De eerste rechtsvormneutraliteitsvraag is of er in de lidstaat van oorsprong een vrije keuze bestaat tot het ontplooiën van een economische activiteit in de andere lidstaat middels een vaste inrichting of een dochtervennootschap. De tweede rechtsvormneutraliteitsvraag stelt of er in de lidstaat van ontvangst een gelijke behandeling bestaat tussen een vaste inrichting en een dochtervennootschap. De vraag over vestigingsexportneutraliteit behandelt de vraag of de lidstaat van oorsprong een buitenlandse dochtervennootschap hetzelfde behandelt als een binnenlandse dochtervennootschap. De laatste vraag over vestigingsimportneutraliteit wordt beantwoord met de vraag of de lidstaat van ontvangst de dochtervennootschap van een buitenlandse moedermaatschappij hetzelfde behandelt als de dochtervennootschap van een binnenlandse moedermaatschappij.

3.6 De vrijheid van kapitaalverkeer

Het vrije verkeer van kapitaal hangt vaak nauw samen met de vrijheid van vestiging.²³⁵ Wanneer een persoon zich in een andere lidstaat gaat vestigen, wordt er vaak ook kapitaal aangetrokken of gealloceerd. Het vrije verkeer van kapitaal beschermt het recht van bijvoorbeeld ondernemers om financieringstransacties in de lidstaat met de meest gunstige condities af te sluiten of in een lidstaat te kunnen investeren waar de kans op rendement het hoogst ligt. Ook valt het vrije betalingsverkeer onder de vrijheid van kapitaal.

Ondernemingen moeten de vrijheid hebben om geld te lenen of aandelen uit te geven waarvan zij denken dat de kapitaalkosten het laagst zijn.²³⁶ De vrijheid van kapitaal is ook van

²³² Wattel 2018, p.47.

²³³ HvJ EG 21 juni 1974, ECLI:EU:C:1974:68, C 2-74 (Reyners).

²³⁴ P. G. H. Albert, *Over vrijheid van vestiging, grensoverschrijdende fiscale eenheid en het mogelijke einde van de liquidatieverliesregeling en de belastingvrijstelling met progressievoorbehoud*, FED 2004/101.

²³⁵ Van der Hurk 2011, p.151.

²³⁶ Wattel 2018, p.48-49.

toepassing op derde staten.²³⁷ Dit betekent dat er onderscheid gemaakt moet worden tussen de vrijheid van kapitaal en de andere vrijheden. Wel moet opgemerkt worden dat kapitaalbewegingen van en uit derde staten niet zo vrij zijn als kapitaalbewegingen binnen de Europese Unie. Lidstaten mogen beperkingen in het kapitaalverkeer met derde staten toepassen met betrekking tot vier categorieën: directe investeringen met inbegrip van onroerend goed, vestiging, het verrichten van financiële diensten en bij de toelating van waardepapieren op kapitaalmarkten.²³⁸ Dit is een 'stadstill' bepaling welke regelt dat belemmeringen van lidstaten die al voor 31 december 1993 bestonden in stand mogen blijven.²³⁹

Tot het vrije kapitaalverkeer behoren onder andere:²⁴⁰

- Het bezit van deelnemingen;
- Beleggingen;
- Onroerend goed;
- Geldleningen en kredieten;
- Nalatenschappen;
- Schenkingen ;
- De overdracht van auteursrechten en merken; en
- De in- en uitvoer van effecten en betaalmiddelen.

De rechten die beschermd worden door de vrijheid van kapitaalverkeer worden gekarakteriseerd door financiële transacties die gericht zijn op een belegging of een investering.

Het Hof van Justitie heeft het begrip betalingsverkeer nader ingevuld.²⁴¹ Zo valt het betaalde bedrag dat gericht is op de vergoeding van een prestatie niet onder de vrijheid van kapitaalverkeer. Een betaling die een uitvloeisel is van een transactie met betrekking tot het goederen- of dienstenverkeer valt daardoor niet onder het vrije verkeer van kapitaal. In de praktijk vormt het houden van aandelen een belangrijk onderwerp binnen het recht dat beschermd wordt door het vrije kapitaalverkeer. Een recht wordt beschermd door de vrijheid van kapitaalverkeer wanneer er sprake is van een kapitaalbeweging.²⁴² Ontvangst van dividend vormt bijvoorbeeld volgens het Hof van Justitie een deelname in een onderneming en daardoor een kapitaalbeweging.

In de huidige context van de betekenis van het vrije verkeer van kapitaal tussen EU-lidstaten en het vrije kapitaal tussen EU lidstaten en derde landen is het concept van het tegengaan van restrictieve maatregelen hetzelfde. Dit volgt onder andere uit de zaken *Bordessa*²⁴³ en *Sanz de Lera*²⁴⁴. In beide zaken ging het over discriminerende maatregelen ten aanzien van het

²³⁷ Artikel 63 VWEU.

²³⁸ Artikel 64 VWEU.

²³⁹ NDFR deel Europees, artikel 64 VWEU, commentaar 2.

²⁴⁰ NDFR deel Europees, artikel 63 VWEU, commentaar 2.

²⁴¹ NDFR deel Europees, artikel 63 VWEU, commentaar 3.

²⁴² HvJ EG 6 juni 2000, ECLI:EU:C:2000:294, NTFR 2000/876 (Verkooijen), m.nt van Nispen tot Sevenaer.

²⁴³ HvJ EG 23 februari 1995, ECLI:EU:C:1995:54, C-358/93 & C-416/93 (Bordessa).

²⁴⁴ HvJ EG 14 december 1995, ECLI:EU:C:1995:451, C-163/94, 164 en 250/94 (Sanz de Lera).

grensoverschrijdende vervoer van bankbiljetten. In de zaak *Bordessa* ging het om intra-Unie vervoer en in de zaak *Sanz de Lera* ging het over extra unie vervoer met Zwitserland. Het Hof van Justitie kwam in beide arresten tot een zelfde oordeel. Beide uitspraken vertoonden namelijk geen verschillen in redenering door het Hof van Justitie en in beide zaken werd het vooraf moeten laten autoriseren van het vervoer van bankbiljetten als disproportioneel gezien ten aanzien van het doel om witwassen, drugshanden en het financieren van terrorisme tegen te gaan.

Lidstaten hebben in het verleden gepoogd het Hof van Justitie te overtuigen dat kapitaalverkeer met derde landen anders behandeld dient te worden dan kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling. Zo werd er in de zaak *Skatteverket*²⁴⁵ door lidstaten beargumenteerd dat het vrije verkeer van kapitaal tussen EU landen als doelstelling heeft de interne markt te realiseren en dat de verruiming van het vrije verkeer van kapitaal naar derde landen er voor zorgt dat derde landen geïntegreerd worden in de voltooiing van de economische en monetaire unie. Ook werd beargumenteerd dat in verhouding met derde landen liberalisatie, die wordt gerealiseerd door de bescherming van het vrije verkeer van kapitaal, eenzijdig wordt gerealiseerd terwijl derde landen voor dezelfde gevallen wel restricties kunnen opleggen. Andere argumenten tegen gelijke behandeling van derde landen waren dat de onderhandelingskracht tussen derde landen en lidstaten verminderd wordt doordat lidstaten restricties hebben ten aanzien van maatregelen die ze kunnen hebben en dat de vrijheid van kapitaal in associatieverdragen een beperkter toepassingsbereik hebben waardoor afspraken ten aanzien van kapitaalverkeer in deze associatie verdragen nutteloos zouden zijn.²⁴⁶ Het Hof van Justitie ging niet mee met deze argumentatie.²⁴⁷ Als lidstaten niet het kapitaalverkeer met niet-EU landen hadden willen liberaliseren, hadden ze dit niet in de EU wetgeving moeten opnemen. Indien lidstaten kapitaalstromen ongelijk willen behandelen, moeten ze een beroep doen op de 'standstill' bepalingen uit artikel 64 VWEU.

De Hoge raad oordeelde dat een voortzetting van een regel uit de Wet IB 1964 in de Wet IB 2001 onder de bescherming van de standstill bepaling van artikel 64 VWEU valt.²⁴⁸ Het feit dat een bepaling in de Wet IB 2001 die de regel behelst nog niet bestond staat de bescherming van de standstill bepaling niet in de weg.

3.7 De samenloop van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaalverkeer

Wanneer doel en strekking van een maatregel zich voornamelijk op een van de geraadpleegde vrijheden richt, wordt er niet meer aan de toetsing van andere vrijheden toegekomen.²⁴⁹ In de zaak *Bachmann*²⁵⁰ kwam aan de orde of het vrije verkeer van kapitaal als zelfstandige grond kon functioneren wanneer een vermeende inbreuk vooral op een van de andere vrije verkeersbepalingen was gericht. Een fiscale maatregel ten aanzien van de niet-afrekbaarheid van premies zou een causaal verband kunnen hebben met het feit dat de betaling van verzekeringspremies grensoverschrijdend is. Wanneer dit het geval zou zijn zou het vrije

²⁴⁵ HVJ EU 18 december 2007, ECLI:EU:C:2007:804, C-101/05 (*Skatteverket*).

²⁴⁶ HVJ EU 18 december 2007, ECLI:EU:C:2007:804, C-101/05 (*Skatteverket*), ro. 29.

²⁴⁷ HVJ EU 18 december 2007, ECLI:EU:C:2007:804, C-101/05 (*Skatteverket*), ro. 31.

²⁴⁸ HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO7508, NTFR 2010/2882.

²⁴⁹ M. G. H. van der Kroon, *Het Baarscriterium krijgt invulling*, WFR 2010/229.

²⁵⁰ HvJ EG 28 januari 1998, ECLI:EU:C:1992:35, C-204/90 (*Bachmann*), ro.34.

kapitaalverkeer als een soort 'basis-vrijheid' kunnen functioneren wanneer de betaling van geld onder het bereik van een nationale maatregel valt.²⁵¹ Het Hof van Justitie bepaalde dat voorgaande niet van toepassing is en dat beperkingen die indirect voortvloeien uit andere verkeersvrijheden de betaling van premies niet beïnvloeden.²⁵² Beoordeeld moet worden of er voldoende causaal verband aanwezig is tussen de aangevochten belastingmaatregel en het kapitaalverkeer om van een daadwerkelijke belemmering van het kapitaalverkeer te spreken.²⁵³ Er moet dus een daadwerkelijk causaal verband bestaan om beschermd te worden door het vrije verkeer van kapitaal.

In een situatie waarin een vennootschap alle aandelen van een in EU-gevestigde vennootschap bezit, valt het aandelenbelang in beginsel onder zowel de vrijheid van kapitaalverkeer en de vrijheid van vestiging.²⁵⁴ Het is ten opzichte van derdelandenverhoudingen van belang of er een rangorderegeling bestaat tussen de beide vrijheden. In het VWEU is er geen rangorde regeling opgenomen. Van de Broek schrijft dat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie af te leiden is dat de ratio van de nationale maatregel doorslaggevend is. Wanneer deze maatregel specifiek bedoeld is om de vrijheid van vestiging te treffen, komt men niet meer aan de toetsing van het vrije verkeer van kapitaal over aldus van den Broek. Het is van belang te weten wanneer een situatie binnen de materiele werkingsfeer van de vrijheid van vestiging valt. De materiele werkingsfeer van de vrijheid van vestiging is uitgewerkt in het *Baars*²⁵⁵ arrest. Wanneer een actor aandelen houdt ter belegging is de vrijheid van kapitaal van toepassing.²⁵⁶ Wanneer een aandeelhouder invloed kan uitoefenen met zijn belang en met die positie een doorslaggevende invloed kan uitoefenen op het bestuur van de vennootschap, is de vrijheid van vestiging van toepassing. Wanneer de vrijheid van vestiging van toepassing is, worden de beperkende gevolgen voor de vrijheid van kapitaalverkeer gezien als een onvermijdelijk gevolg van de eventuele beperking van de vrijheid van vestiging.²⁵⁷ Smit schrijft dat ten aanzien van de samenloop van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaalverkeer het Hof van Justitie de bepalingen op het gebied van directe belastingen met grote terughoudendheid toepast.²⁵⁸ Hij kiest daar volgens Smit niet voor maatwerk op basis van de rule of reason, maar sluit in bijna alle gevallen de toegang tot het kapitaalverkeer op basis van de artikel 63 VWEU en de standstill bepaling van artikel 64 VWEU. Hij schrijft verder dat het onderliggende doel van de vrijheid van kapitaalverkeer, namelijk de optimale allocatie van kapitaal met als gevolg een toename van de wereldwijde welvaart, daarmee niet is gediend. Smit baseert zijn mening op basis van uitspraken van het Hof van Justitie van voor het *FII 2* arrest.

²⁵¹ Van den Hurk 2011, p.157.

²⁵² HvJ EG 28 januari 1998, ECLI:EU:C:1992:35, C-204/90 (Bachmann), ro.35.

²⁵³ HvJ EG 24 mei 2007, ECLI:EU:C:2007:297, FED 2007/57 (Holböck) m.nt. Smit.

²⁵⁴ NDFR deel Europees, artikel 63 VWEU, commentaar 3.

²⁵⁵ HvJ EG 13 april 2000, ECLI:EU:C:2000:205, C-251/98 (Baars).

²⁵⁶ Wattel 2018, p.47.

²⁵⁷ HvJ EG 18 juli 2007, ECLI:EU:C:2007:439, C-231/05 (Oy AA), punt 24.

²⁵⁸ HvJ EG 24 mei 2007, ECLI:EU:C:2007:297, FED 2007/57 (Holböck) m.nt. Smit, punt 7.

3.7.1 Het Baars arrest

In het arrest *Baars*²⁵⁹ woonde belanghebbende in Nederland en bezat alle aandelen, en daarmee een Aanmerkelijk belang in de zin van de wet IB 64 in een in Ierland gevestigde vennootschap.^{260,261} Ten aanzien van dit aanmerkelijk belang maakte Baars aanspraak op de ondernemersvrijstelling van de Wet op de vermogensbelasting 1964.²⁶² De inspecteur weigerde de vrijstelling te verlenen, omdat deze ondernemingsvrijstelling enkel zag op de aandelenbelangen van in Nederland gevestigde vennootschappen.²⁶³ Het Hof van Justitie onderzocht vervolgens welke verdragsvrijheid van toepassing was op de casus.²⁶⁴ Daarbij zouden zowel de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaalverkeer van toepassing kunnen zijn.²⁶⁵ Volgens het hof ziet de vrijheid van vestiging op het beheer van deelnemingen.²⁶⁶ Daarbij oordeelde het Hof dat er is sprake van de uitoefening van de vrijheid van vestiging wanneer een belastingplichtige een zodanige invloed op de besluiten van de vennootschap verleent dat hij de activiteiten er van kan bepalen. In casu was dit het geval aangezien Baars 100% van de aandelen in de vennootschap hield.²⁶⁷ Het ongelijk behandelen van vennootschappen met betrekking tot de vestigingsplaats is daarbij in beginsel in strijd met de vrijheid van vestiging.²⁶⁸ Als rechtvaardigingsgrond droeg Nederland aan dat een beperking van de ondernemingsvrijstelling tot de in Nederland gevestigde vennootschappen zijn rechtvaardiging vindt in de noodzaak om de samenhang van het Nederlandse stelsel van belastingen te behouden.²⁶⁹ Daarbij betoogde de Nederlandse regering dat de ondernemingsvrijstelling de economische dubbele belasting wil verzachten die ontstaat doordat de vennootschap in de vennootschapsbelasting wordt belast en het door de aandeelhouder belegde vermogen in de vermogensbelasting wordt belast.²⁷⁰ Deze rechtvaardigingsgrond en het daarbij in verband houdende betoog dat het in het buitenland betaalde bedrag aan vennootschapsbelasting niet gecompenseerd hoeft te worden faalde volgens het Hof van Justitie.²⁷¹ Het Hof van Justitie betoogde dat de noodzaak van het waarborgen van de samenhang van het belastingstelsel een valide rechtvaardigingsgrond is, maar dat er van dit argumenten in casu geen sprake was.²⁷² Volgens het Hof van Justitie was er geen sprake van dubbele economische belasting, aangezien de vennootschapsbelasting ziet op de winst van een vennootschap en de vermogensbelasting op het belegde vermogen waar het voor de heffing niet uitmaakt of er dividend wordt uitgekeerd.²⁷³

²⁵⁹ HvJ EG 13 april 2000, ECLI:EU:C:2000:205, C-251/98 (Baars).

²⁶⁰ HvJ EG 13 april 2000, ECLI:EU:C:2000:205, C-251/98 (Baars), ro.9.

²⁶¹ HvJ EG 13 april 2000, ECLI:EU:C:2000:205, C-251/98 (Baars), ro.10 .

²⁶² HvJ EG 13 april 2000, ECLI:EU:C:2000:205, C-251/98 (Baars), ro.12.

²⁶³ HvJ EG 13 april 2000, ECLI:EU:C:2000:205, C-251/98 (Baars), ro.13.

²⁶⁴ HvJ EG 13 april 2000, ECLI:EU:C:2000:205, C-251/98 (Baars), ro. 18 – 26.

²⁶⁵ HvJ EG 13 april 2000, ECLI:EU:C:2000:205, C-251/98 (Baars), ro. 18-19.

²⁶⁶ HvJ EG 13 april 2000, ECLI:EU:C:2000:205, C-251/98 (Baars), ro. 22.

²⁶⁷ HvJ EG 13 april 2000, ECLI:EU:C:2000:205, C-251/98 (Baars), ro. 26.

²⁶⁸ HvJ EG 13 april 2000, ECLI:EU:C:2000:205, C-251/98 (Baars), ro. 30-31.

²⁶⁹ HvJ EG 13 april 2000, ECLI:EU:C:2000:205, C-251/98 (Baars), ro. 33.

²⁷⁰ HvJ EG 13 april 2000, ECLI:EU:C:2000:205, C-251/98 (Baars), ro. 34.

²⁷¹ HvJ EG 13 april 2000, ECLI:EU:C:2000:205, C-251/98 (Baars), ro 35-36 .

²⁷² HvJ EG 13 april 2000, ECLI:EU:C:2000:205, C-251/98 (Baars), ro 37-38.

²⁷³ HvJ EG 13 april 2000, ECLI:EU:C:2000:205, C-251/98 (Baars), ro 40.

Vanaf het *Baars*-arrest gold dat de vrijheid van vestiging altijd van toepassing is wanneer een moederverenootschap door de deelneming in het kapitaal van de dochterverenootschap een zodanige invloed op het bestuur van de verenootschap heeft dat deze de activiteiten er van kan bepalen.²⁷⁴ De vrijheid van vestiging was sinds het *Baars* arrest altijd dominant in verhouding met de vrijheid van kapitaalverkeer in het geval een generieke bepaling in strijd was met het gemeenschapsrecht.²⁷⁵

Het lijkt mij in het kader van het 'Baars-criterium' lastig om ten aanzien van de vertaling de vrijheid van vestiging goed af te bakenen. Zo wordt er in de vertaling van het *Baars*²⁷⁶ arrest gesproken van een zodanige invloed dat de aandeelhouder de activiteiten van de verenootschap kan bepalen. Van der Kroon heeft het over een beslissende invloed. Bij een 'zodanige invloed' hoeft er niet altijd van een meerderheidsaandeel sprake te zijn om onder de vrijheid van vestiging te vallen. Bij een 'beslissende invloed' moet er altijd sprake zijn van een laatste of hoogste woord van de aandeelhouder. Dit komt mijn inziens enkel voor wanneer er een belang is van meer dan 50%. De Nederlandse wetgever gaat bij de totstandkoming van de Wet beperking liquidatieverliesregeling ook uit van een belang van 50% of meer om de vrijheid van vestiging van toepassing te laten zijn en gaat dus uit van het criterium van de beslissende invloed. Het onderscheid tussen een 'zodanige invloed' en een beslissende invloed is voor deze scriptie van groot belang.

Ikzelf ben van mening dat er altijd sprake moet zijn van een 'beslissende invloed' om de vrijheid van vestiging van toepassing te laten zijn. De vrijheid van vestiging ziet immers op de bescherming van ondernemingen. Wanneer er sprake is van een beslissende invloed is de dochterverenootschap een volwaardig onderdeel van de bedrijfsvoering van het concern. De vrijheid van vestiging moet dus de uitbreiding van de onderneming naar andere lidstaten beschermen. Wanneer er geen beslissende invloed is, is een verenootschap voldoende zelfstandig ingericht om niet een op een het beleid van een van de aandeelhouders op te volgen. De vrijheid van vestiging vindt dan in mijn optiek geen toepassing. De vrijheid van kapitaalverkeer is dan de verkeersvrijheid die een mogelijk geschonden recht dient te beschermen.

3.7.2 Generieke of specifieke maatregel.

Bij de samenloop tussen de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaalverkeer is het van belang of er sprake is van een specifieke of een generieke maatregel.²⁷⁷ Bij specifieke maatregelen was namelijk voor het *FII 2* arrest van 13 november 2012 de vrijheid van vestiging exclusief van toepassing. Met andere woorden gaat het bij een generieke bepaling om een nationale regeling die op neutrale wijze van toepassing is op alle type aandelenbelangen of investeringen. Specifieke maatregelen zijn gericht enkel op controlerende belangen. In de zaak *Lasertec*²⁷⁸ was er bijvoorbeeld sprake van een specifieke bepaling. Voor specifieke maatregelen valt bijvoorbeeld te denken aan CFC wetgeving of een thincap regeling waarin voor de regels een controlerend belang is vereist. Fase schrijft dat de deelnemingsvrijstelling

²⁷⁴ M. G. H. van der Kroon, *Het Baarscriterium krijgt invulling*, WFR 2010/229.

²⁷⁵ NDFR deel Europees, artikel 63 VWEU, commentaar 4.2.

²⁷⁶ HvJ EG 13 april 2000, ECLI:EU:C:2000:205, C-251/98 (Baars).

²⁷⁷ A. A. Fase, *Het rangordevraagstuk in derdelandverhoudingen*, WFR 2008/687.

²⁷⁸ HvJ EG 10 mei 2007, ECLI:EU:C:2007:273, C-492/04 (Lasertec).

en inhoudingsvrijstelling²⁷⁹ en respectief de teruggaafregeling²⁸⁰ generiek van aard zijn. Hij schrijft vervolgens dat de fiscale eenheid een specifieke maatregel betreft. Ook Kiekenbeld is van mening dat de deelnemingsvrijstelling een generieke maatregel betreft, aangezien deze al van toepassing is bij een belang van 5%.²⁸¹

3.7.3 Het FII 2 arrest

In de zaak *FII 1*²⁸² was er in de belastingwetgeving van het Verenigd Koninkrijk een bepaling opgenomen waarin in een en het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap geen vennootschapsbelasting behoefde te betalen over dividenden die waren verkregen van in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtervennootschappen. Vennootschapsbelasting moest wel betaald worden over dividenden verkregen van niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtervennootschappen. In het geval van verkregen dividend van buitenlandse vennootschappen was de buitenlandse winst aftrekbaar of, bij een belang van 10% of meer, de buitenlandse vennootschapsbelasting over de winst aftrekbaar.²⁸³ In de zaak *FII 2*²⁸⁴ stelt de Britse rechter opnieuw prejudiciële vragen over dezelfde zaak. Voor deze scriptie is de vierde prejudiciële vraag van belang.²⁸⁵ Daarin vraagt de Britse rechter of een participatie in een derde land gevestigde dochtervennootschap, waar de binnenlandse moeder zodanige invloed heeft dat zij de activiteiten er van kan bepalen, zich kan beroepen op de vrijheid van kapitaal van artikel 63 VWEU. Het Hof antwoordt dat de fiscale behandeling van dividenden zowel onder de vrijheid van vestiging kan vallen als onder de vrijheid van kapitaal en dat daarbij rekening moet worden gehouden met het voorwerp van de wettelijke regeling in kwestie.²⁸⁶ Het Hof maakt een onderscheid in 3 situaties. Nationale wetgeving welke specifiek van toepassing is op participaties waarmee een zodanige invloed uitgeoefend kan worden op de besluiten van de vennootschap kunnen worden bepaald vallen onder de vrijheid van vestiging.²⁸⁷ Nationale wetgeving welke specifiek gericht is op participaties die enkel ten doel hebben om ter belegging gehouden te worden vallen onder de vrijheid van kapitaal.²⁸⁸ Nationale wetgeving die generiek ziet op beide gevallen van belangen kunnen zowel onder de vrijheid van kapitaalverkeer vallen als onder de vrijheid van vestiging.²⁸⁹ Een voorbeeld van generieke wetgeving is de dividendbelasting of de verrekening van buitenlandse vennootschapsbelasting die op inkomende dividenden heeft gedrukt.²⁹⁰ Indien een regeling enkel ziet op dividenden die uit een lidstaat afkomstig zijn, maakt het voorwerp van de wettelijke regeling het niet mogelijk uit te maken of de vrijheid van kapitaalverkeer of de vrijheid van vestiging van toepassing van toepassing is.²⁹¹ Indien een moedermaatschappij

²⁷⁹ Artikel 4 DB 1965.

²⁸⁰ Artikel 10 DB 1965.

²⁸¹ B.J. Kiekenbeld, *Kapitaalverkeer versus vestiging: eindelijk echt duidelijk?*, NTFR-B 2013/11.

²⁸² HvJ EU 12 december 2006, ECLI:EU:C:2006:774, C-446/04 (FII 1).

²⁸³ HvJ EU 12 december 2006, ECLI:EU:C:2006:774, C-446/04 (FII 1), ro 6-25.

²⁸⁴ HvJ EU 13 novemebr 2012, ECLI:EU:C:2012:707, C-35/11 (FII 2).

²⁸⁵ HvJ EU 13 novemebr 2012, ECLI:EU:C:2012:707, C-35/11 (FII 2), ro. 88

²⁸⁶ HvJ EU 13 novemebr 2012, ECLI:EU:C:2012:707, C-35/11 (FII 2), ro. 89-90.

²⁸⁷ HvJ EU 13 novemebr 2012, ECLI:EU:C:2012:707, C-35/11 (FII 2), ro. 91

²⁸⁸ HvJ EU 13 novemebr 2012, ECLI:EU:C:2012:707, C-35/11 (FII 2), ro. 92.

²⁸⁹ HvJ EU 13 novemebr 2012, ECLI:EU:C:2012:707, C-35/11 (FII 2), ro. 93.

²⁹⁰ HvJ EU 13 novemebr 2012, ECLI:EU:C:2012:707, BNB 2013/28 (FII 2) m. nt. Wattel punt 13.

²⁹¹ HvJ EU 13 novemebr 2012, ECLI:EU:C:2012:707, C-35/11 (FII 2), ro. 93.

een dusdanige invloed heeft op een dochtermaatschappij in een derde land kan uit het onderzoek naar het object van de nationale wettelijke regelingen worden bepaald dat de uit het derde land afkomstige dividenden onder de vrijheid van vestiging valt.²⁹²

In het geval van een generieke maatregel kan een belastingplichtige die een participatie heeft in een derde land gevestigde vennootschap waarmee hij een zodanige invloed kan uitoefenen dat hij de activiteiten kan bepalen zich beroepen op de vrijheid van kapitaalverkeer.²⁹³ Het Hof van Justitie stelt daarnaast ook vast dat de standstill bepaling van artikel 64 VWEU nog steeds in acht dient te worden genomen.²⁹⁴

In het *FII 2* is het Hof van justitie omgegaan ten aanzien van het *Baars* arrest.²⁹⁵ Nu is de vrijheid van kapitaal ook van toepassing op generieke maatregelen²⁹⁶ in het geval van meerderheidsdeelnemingen in derde landen. Hierdoor is de vestigingsvrijheid niet langer exclusief van toepassing ten aanzien van meerderheidsdeelnemingen. Inwoners van derde landen mogen niet profiteren van deze wijziging in jurisprudentie volgens het Hof van Justitie. Daarom kunnen bepalingen welke hun oorsprong vinden voor 31 december 1993 niet getoetst worden aan de vrijheid van kapitaalverkeer op basis van artikel 64 lid 1 VWEU.²⁹⁷ Daarnaast stelt het Hof van justitie dat de vrijheid van vestiging niet verruimd dient te worden naar derde landen.²⁹⁸ Marktdeelnemers dienen geen profijt te halen van de *FII 2* jurisprudentie wanneer ze buiten de territoriale werkingsfeer van de vrijheid van vestiging vallen. Deze uitzondering geldt niet voor directe belastingen, aangezien deze niet van invloed zijn op de vestigingsvoorwaarden van EU-ondernemingen in derde landen of van ondernemingen van derde staten in de EU.

Nijkeuter en de Wilde schrijven dat het Hof van Justitie tot het *FII 2* arrest op twee gedachten hinkte ten aanzien van meerderheidsbelangen in derdeland situaties.²⁹⁹ Namelijk een feitelijke benadering en een doel-en-strekking benadering. Als een aandeelhouder feitelijk een beslissende invloed heeft op de onderliggende ondernemingsactiviteiten, is er sprake van een vestigingshandeling. Dit betreft dan de feitelijke benadering en wordt gekenmerkt door het *Baars-criterium*. De andere benadering is de doel-en-strekking benadering waar het Hof van Justitie kijkt naar het voorwerp van fiscale maatregel. Wanneer de maatregel als doel heeft belangen van aandeelhouders met beslissende invloed op de onderliggende activiteiten te raken, is er sprake van een vestigingshandeling. Indien een maatregel zich richt tot portfolio-investeringen, het bestrijden van misbruik of objecten waarbij het oogmerk bestaat om een beleggingsrendement te behalen, dan is er sprake van een kapitaalbeweging. Nijkeuter en de Wilde schrijven verder dat deze twee benaderingen tot rechtsonzekerheid leidden en dat het Hof van Justitie duidelijkheid heeft willen scheppen in *FII 2* door zijn twee benaderingen tot een consistente benadering samen te smelten.

²⁹² HvJ EU 13 novemebr 2012, ECLI:EU:C:2012:707, C-35/11 (FII 2), ro. 96

²⁹³ HvJ EU 13 novemebr 2012, ECLI:EU:C:2012:707, C-35/11 (FII 2), ro. 104.

²⁹⁴ HvJ EU 13 novemebr 2012, ECLI:EU:C:2012:707, C-35/11 (FII 2), ro. 103.

²⁹⁵ NDFR deel Europees, artikel 63 VWEU, commentaar 4.2.

²⁹⁶ Generieke maatregelen die zowel zien op de meerderheids-als minderheidsdeelnemingen.

²⁹⁷ S.C.W. Douma, Vrij kapitaalverkeer na FII(2), NTFR 2012/2689.

²⁹⁸ B.J. Kiekebeld, *Kapitaalverkeer versus vestiging: eindelijk echt duidelijk?*, NTFR-B 2013/11.

²⁹⁹ E. Nijkeuter & M.F. de Wilde, "Met de kennis van nu..." (deel I), WFR 2013/138, par 2.1.

Verder schrijven zij dat in het *FII 2* arrest het Hof van Justitie voor de keuze van de toepasselijke verdragsvrijheid de doel-en-strekkingbenadering als uitgangspunt neemt. De feitelijke benadering wordt gebruikt wanneer het Hof van Justitie dat nodig acht. Zij beschrijven dat ten eerste de fiscale maatregelen die zien op meerderheidsdeelnemingen onder de vrijheid van vestiging vallen. Te denken is aan fiscale groepsregelingen als het fiscale eenheidsregime en de voormalige thincapregeling. Ten tweede zijn er maatregelen die zien op minderheidsdeelnemingen of die zien op misbruikbestrijding. Zulke maatregelen vallen exclusief onder de vrijheid van kapitaalverkeer. Te denken valt aan het deelnemingsverrekeningsregime voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen en antidividendstrappingsmaatregelen. Ten derde bestaan er generieke fiscale maatregelen in derdeland-situaties die moeten worden beoordeeld in het licht van de kapitaalsvrijheid. Dit geldt voor zowel alle meerderheidsdeelnemingen als minderheidsdeelnemingen. Het Hof van Justitie overweegt dat bij sommige generieke fiscale maatregelen niet kan worden vastgesteld of deze hoofdzakelijk zien op vestigingshandelingen of op kapitaalbewegingen. Als dit het geval is gaat het Hof naar een kwalificatie op grond van feiten en omstandigheden. Indien er feitelijk geen doorslaggevende zeggenschap bestaat is alleen het vrij verkeer van kapitaal van toepassing.³⁰⁰ Indien er feitelijk wel doorslaggevende zeggenschap bestaat, zijn in beginsel beide vrijheden van toepassing. Wanneer een maatregel invloed heeft op de vestigingsvoorwaarden van een land is enkel de vrijheid van vestiging van toepassing.

In het geval van de zaak *FII 2* viel de maatregel, waar de aandeelhouder een meerderheidsbelang had in een derde land, onder de vrijheid van kapitaalverkeer en vond de vrijheid van vestiging geen toepassing.³⁰¹ Er moest getoetst worden aan de vrijheid van kapitaalverkeer ongeacht de grootte van het belang. Het *FII 2* arrest heeft dus tot gevolg dat generiek werkende fiscale maatregelen in derdelandsituaties onder de kapitaalsvrijheid kunnen vallen en er ook ongeacht de omvang van het aandelenbelang of het investeringsmotief aan kunnen worden getoetst.

Douma schrijft dat het uitsluitend afhangt van de doelstelling van de nationale regeling in abstracto of artikel 63 lid VWEU in een derdelandsituatie kan worden ingeroepen.³⁰² Hij schrijft dat bijvoorbeeld artikel 10a Wet VPB 1969 in zo een geval niet aan het vrije kapitaalverkeer kan worden getoetst, aangezien de wetgever duidelijk situaties van controlerende zeggenschap heeft willen regelen. Artikel 13 lid 9 en 13aa Wet VPB 1969 vallen wel onder het bereik van artikel 63 lid 1 VWEU volgens hem. Ook als het gaat om dochtermaatschappijen waar de moedermaatschappij het gehele aandelenbelang bezit.

Kiegebeld schrijft dat de deelnemingsvrijstelling getoetst kan worden aan het vrije verkeer van kapitaal na het *FII 2* arrest.³⁰³ De deelnemingsvrijstelling is al van toepassing vanaf 5% en heeft daarom een generiek karakter naar zijn mening. Daarnaast zal volgens Kiegebeld de uitzondering in het kader van vestigingsvoorwaarden niet van toepassing zijn. Wel zal de deelnemingsvrijstelling door de standstill bepaling van artikel 64 lid 1 VWEU niet getoetst

³⁰⁰ B.J. Kiegebeld, *Kapitaalverkeer versus vestiging: eindelijk echt duidelijk?*, NTFR-B 2013/11.

³⁰¹ E. Nijkeuter & M.F. de Wilde, *“Met de kennis van nu...” (deel I)*, WFR 2013/138.

³⁰² S.C.W. Douma, *Vrij kapitaalverkeer na FII(2)*, NTFR 2012/2689.

³⁰³ B.J. Kiegebeld, *Kapitaalverkeer versus vestiging: eindelijk echt duidelijk?*, NTFR-B 2013/11.

kunnen worden aan het vrije verkeer van kapitaal, aangezien de deelnemingsvrijstelling ouder is dan 1993. Hij schrijft verder dat er na het *FII 2* arrest met name gezocht moet worden naar generieke maatregelen die na 31 december 1993 in werking zijn getreden die zien op situaties waar doorslaggevende zeggenschap bestaat.

De Groot en te Boekhorst concluderen dat de deelnemingsverrekening na het *FII 2* arrest zeker niet meer aan de vrije verkeersbepalingen voldoet, aangezien er ook aan het vrije kapitaalverkeer getoetst kan worden.³⁰⁴ Zij stellen dat het na het *FII 2* arrest glashelder is dat in verhouding tot derde landen voor wat betreft generieke wetgeving te alle tijde een beroep gedaan kan worden op het vrije kapitaalverkeer. Zij schrijven verder dat de externe dimensie van de vrijheid van kapitaal door het Hof van Justitie zodanig wordt geïnterpreteerd dat de rechten en verplichtingen die er uit voortvloeien gelijk zijn als situaties binnen de EU. Dit geldt alleen als er sprake is van een effectieve informatie uitwisseling met derde landen mogelijk is leiden De Groot en te Boekhorst af uit jurisprudentie van het Hof van Justitie.

De redactie vakstudienieuws schrijft dat er nauwelijks bepalingen zijn te vinden die in de relatie met derdelanden niet langer aan de vrijheid van kapitaalverkeer zullen worden getoetst.³⁰⁵ Een uitzondering is volgens de redactie artikel 10a 1969 Wet VPB 1969, aangezien expliciet is gericht op zeggenschapsverhoudingen. Namelijk op de vrijheid van vestiging.

Ikzelf kan mij vinden in de gedachtegang van het Hof van Justitie in de zaak *FII 2*. Het lijkt mij een logische gedachte dat regelgeving die uitsluitend betrekking heeft op specifieke maatregelen de gedachte van die regelgeving volgt. In het *FII 2* wordt de uitspraak vertaald in specifieke maatregelen waar de aandeelhouder een zodanige invloed heeft dat hij de activiteiten kan bepalen. Hierop is de vrijheid van vestiging van toepassing. Ik vind dat enkel regelgeving die specifiek ziet op een beslissende invloed de facto onder de vrijheid van vestiging moet vallen. Ook ben ik het eens dat de vrijheid van kapitaalverkeer van toepassing is op generieke bepalingen sinds het *FII 2* arrest. Ik ben van mening dat op deze wijze het best benaderd wordt of een dochteronderneming het verlengde is van de bedrijfsvoering van de moedervernootschap. Ik vind wel dat het beslissende invloedcriterium dan moet gelden.

³⁰⁴ I.M. de Groot & P.J. Boekhorst, *Gevolgen FII-2 voor de Nederlandse deelnemingsverrekening*, WFR 2013/388.

³⁰⁵ Vakstudienieuws, *verhouding vrijstellings- en verrekeningsmethode. Verhouding vrijheid van vestiging en kapitaalverkeer*, V-N 2013/3.8.

3.8 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is de volgende deelvraag beantwoord:

Wanneer zijn de vrije verkeersvrijheden van vestiging en kapitaal van toepassing op een fiscale regeling en wat is het beoordelingskader van het Hof van Justitie ten aanzien van de vrije verkeersbepalingen?

Het gemeenschapsrecht brengt met zich mee dat nationale wetgeving moet voldoen aan de regels die gelden uit het Europese recht. Dit komt omdat het Europese wetgeving voorrang heeft door de aard van het EU recht. De Europese Unie heeft daarbij als doelstelling een interne markt tot stand te brengen. De vrijheid van personen, kapitaal, diensten en goederen dienen gewaarborgd te worden om de interne markt tot stand te brengen. Lidstaten mogen daardoor geen maatregelen implementeren die het vrije verkeer bemoeilijken of vervalsen. Zo is ook discriminatie verboden in het economische verkeer tussen lidstaten. Discriminatie refereert daarbij naar maatregelen die direct of indirect onderscheid maken tussen binnenlandse en buitenlandse actoren, goederen en kapitaalstromen.

Om te bepalen of een nationale bepaling in strijd is met het Europese recht, hanteert het Hof van Justitie een beslisschema. Eerst moet er sprake zijn van een grensoverschrijdende economische activiteit. Zo vallen grensoverschrijdende activiteiten van werknemers, zelfstandigen, de vestiging van dochtervennootschappen of vaste inrichtingen, actieve en passieve portfolio investeringen en betalingen onder de noemer van een economische activiteit. Vervolgens moet er sprake zijn van een beperkende maatregel. Beperkingen kunnen onderverdeeld worden in belemmeringen en directe en indirecte discriminaties naar nationaliteit. Wanneer er een grensoverschrijdende beperkende maatregel van een economische activiteit geconstateerd wordt, onderzoekt het Hof van Justitie of deze maatregel te rechtvaardigen is. Dit kan op basis van geschreven rechtvaardigingsgronden of op basis van de rule of reason. Nadat een rechtvaardigingsgrond is geconstateerd dient deze te voldoen aan het proportionaliteitsvereiste en het noodzakelijkheidsvereiste.

Binnen de verkeersvrijheden hangt de vrijheid van vestiging nauw samen met de vrijheid van kapitaal. De vrijheid van vestiging ziet op ondernemingen en zelfstandigen. Wanneer een onderneming zich in een lidstaat gaat vestigen zal er ook vaak kapitaal aangetrokken of gealloceerd worden. Daarbij valt een werkzaamheid onder de vrijheid van vestiging wanneer deze duurzaam is. Bij rechtspersonen zullen statutaire zetelverplaatsingen en de vestiging van filialen of dochtermaatschappijen beschermd worden door de vrijheid van vestiging. De vrijheid van kapitaalverkeer beschermt grensoverschrijdende kapitaalstromen en grensoverschrijdend betalingsverkeer. Ook kapitaalstromen tussen lidstaten en derde landen worden beschermd door de vrijheid van kapitaalverkeer. Daarin behandelt het Hof van Justitie kapitaalstromen tussen lidstaten en kapitaalstromen tussen lidstaten en derde landen gelijk. Beperkende maatregelen die in strijd zijn met de vrijheid van kapitaalverkeer kunnen op grond van artikel 64 VWEU in stand blijven wanneer deze maatregelen al bestonden voor 31 december 1993 met betrekking tot derde landen.

Wanneer de een maatregel onder de materiele werkingsfeer van de vrijheid van vestiging valt, blijft de vrijheid van kapitaalverkeer buiten toepassing. De beperkende gevolgen voor de

vrijheid van kapitaalverkeer worden dan gezien als een onvermijdelijk gevolg van de eventuele beperking van de vrijheid van vestiging. Een maatregel viel in eerste instantie exclusief onder de materiele werking van de vrijheid van vestiging wanneer een aandeelhouder een zodanige invloed op het bestuur van de vennootschap heeft dat deze aandeelhouder de activiteiten bij zowel generieke in specifieke bepalingen. Dit criterium is ontstaan in het arrest *Baars* en is in verdere jurisprudentie van het Hof van Justitie uitgewerkt.

In de *FII 2* uitspraak is het Hof van Justitie om gegaan, aangezien de vrijheid van kapitaal ook van toepassing kan zijn op meerderheidsbelangen van ten aanzien van generieke bepalingen. In de *FII 2* uitspraak wordt er onderscheid gemaakt tussen 3 gevallen. Nationale wetgeving welke specifiek van toepassing is op participaties waarmee een zodanige invloed uitgeoefend kan worden op de besluiten van de vennootschap kunnen worden bepaald vallen onder uitsluitend onder de vrijheid van vestiging. Nationale wetgeving welke specifiek gericht is op participaties die enkel ten doel hebben om ter belegging gehouden te worden vallen uitsluitend onder de vrijheid van kapitaal. Nationale wetgeving die generiek ziet op alle soorten belangen kunnen zowel onder de vrijheid van kapitaalverkeer vallen als onder de vrijheid van vestiging. De standstill bepaling is binnen deze benadering nog onverkort van toepassing.

Hoofdstuk 4: De fiscale invulling door het Hof van Justitie van het doorslaggevende zeggenschaps criterium na het arrest Baars

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de invulling van het criterium ‘doorslaggevende invloed’ door het Hof van Justitie uiteengezet. In het FII 2 arrest heeft het Hof van Justitie gekozen voor een benadering waar de vrijheid van vestiging niet meer exclusief van toepassing is op generieke maatregelen wanneer er sprake is van een meerderheidsbelang. Dit hoofdstuk heeft als doelstelling om te bekijken wat het Hof van Justitie als een doorslaggevende zeggenschap beschouwt om te pogen tot een afbakening van de vrijheid van vestiging te kunnen komen. In het hoofdstuk worden verschillende uitspraken besproken. Deze scriptie beperkt zich tot de overwegingen van het Hof van Justitie met betrekking tot de vraag welke vrije verkeersbepaling van toepassing is. De verdere invulling van de van toepassing zijnde bepaling past niet binnen het bereik van het onderzoek van deze scriptie. Naar aanleiding van vragen uit de literatuur³⁰⁶ wordt er dieper ingegaan op de doorslaggevende zeggenschap in een situatie van een minderheidsbelang bij een generieke bepaling, een uitspraak betreffende een samenwerkende groep en een uitspraak betreffende een joint venture.

In het hoofdstuk wordt de volgende deelvraag onderzocht:

Hoe wordt het begrip van doorslaggevende zeggenschap door het Hof van Justitie uitgelegd?

Ten eerste wordt de invulling van het doorslaggevende zeggenschaps criterium besproken in de zaken *Truck center SA, Lasertec en Holböck*. Vervolgens wordt de zaak *Idryma Typou AE* uiteengezet in het kader van het doorslaggevende zeggenschaps criterium met betrekking tot minderheidsaandeelhouders onder generieke maatregelen. Deze uitspraak van het Hof van Justitie heeft betrekking tot het ondernemingsrecht. Vervolgens wordt het doorslaggevende zeggenschaps criterium met betrekking tot samenwerkingsverbanden behandeld. Daarbij wordt de uitspraak *Columbus Container Services* uiteengezet. Ten slotte sluit het hoofdstuk af met het criterium van doorslaggevende zeggenschap en joint ventures.

4.2 Het doorslaggevende zeggenschaps criterium

Aanvankelijk was het Hof van Justitie van mening dat het de vrijheid van vestiging altijd dominant was en daardoor exclusief aan de orde was wanneer er in het geval van een generieke bepaling de desbetreffende moedervenootschap in concreto een beslissende invloed had op de dochter vennootschap.³⁰⁷ In verschillende uitspraken heeft het Hof van Justitie het Baars-criterium verder ingevuld.

In de zaak *Truck center SA*³⁰⁸ ging het om een Belgische vennootschap die een geldlening aan haar Luxemburgse Moeder verstrekke. België hief een roerende voorheffing over de bijgeschreven rente. Zou de moedervenootschap in België zijn gevestigd zou deze roerende voorheffing niet verschuldigd zijn geweest. In het onderzoek naar de toepasbare vrijheid werd voor het criterium van een doorslaggevende invloed gekeken naar het belastingverdrag

³⁰⁶ Zie hoofdstuk 1

³⁰⁷ NDFR deel Europees, artikel 63 VWEU, commentaar 4.2.

³⁰⁸ HvJ EG 22 december 2008, ECLI:EU:C:2008:762, C-282/07 (*Truck center SA*).

België-Luxemburg.³⁰⁹ Daarin was voor de belastingheffing de grootte van de deelneming in de dochtermaatschappij van belang, aangezien het belastingverdrag België-Luxemburg een verschil maakte in de grootte van het aandelenbelang. De rente die namelijk door een vennootschap met de zetel in Luxemburg aan een vennootschap gelegen in België moest betalen wordt pas belast als het minstens direct of indirect 25% van de stemgerechtigde aandelen of 25% van het kapitaal van de dochtervennootschap bezat. Deze bepaling leidde er toe dat het Hof van Justitie concludeerde dat een belang van 25% of meer zou kunnen leiden tot een beslissende invloed op de besluiten van de activiteiten van de vennootschap waardoor er in casu sprake was van een vestigingshandeling.³¹⁰

Nijkeuter is het hier niet mee eens aangezien een belastingverdrag geen heffingsrechten creëert, maar slechts verdeelt. Hij stelt dat belastingheffing plaatsvindt op grond van nationale bepalingen en dat een eventuele belemmering voortvloeit uit deze nationale bepalingen en niet uit verdragsbepalingen. Hij is van mening dat er in de Belgische wetgeving geen onderscheid wordt gemaakt in de grootte van het belang van de debiteur en er daardoor sprake is van een generieke maatregel. In casu was er sprake van een in beginsel beslissende invloed bij een belang van 48% in de dochteronderneming.³¹¹ Het feit dat de moedervernootschap de grootste aandeelhouder was, speelde daarbij ook een rol.³¹² A-G Kokott stelde dat een belang van 48% leidt tot een beslissende invloed in de dochtermaatschappij, aangezien de aandeelhouder materiele invloed kan uitoefenen op het bestuur.³¹³ Van der Kroon is het niet eens met deze redenering, aangezien de moedervernootschap in casu niet haar zin kan doorzetten wanneer alle andere aandeelhouders van tegengestelde mening zijn. Ikzelf ben het met van der Kroon eens, aangezien het Hof van Justitie spreekt over een beslissende invloed. Het lijkt mij niet dat je een beslissende invloed kan uitoefenen met 48%.

In de zaak *Lasertec*³¹⁴ ging het om een nationale maatregel die betrekking had op situaties waarin de niet ingezeten kredietgever een belang had van gelijk of meer dan 25%.³¹⁵ In deze zaak ging het om een Duitse regeling tegen onderkapitalisatie die van toepassing was op een situatie waarin de niet-ingezeten kredietgever een aanmerkelijk belang had in het maatschappelijk kapitaal van de ingezeten kredietnemer.³¹⁶ Naar het Duitse recht was er sprake van een aanmerkelijk belang wanneer de moedervernootschap 25% of meer van de aandelen in bezit had. Het Hof van Justitie oordeelde dat in deze zaak de maatregel specifiek zag op gevallen van beslissende invloed, aangezien de maatregel pas van toepassing was vanaf een belang van 25%. Hierdoor hoefde er feitelijk niet meer getoetst te worden of er materieel sprake was van een beslissende invloed en viel de maatregel binnen de materiële werkingssfeer van de vrijheid van vestiging.³¹⁷ De maatregel was dus niet generiek van aard

³⁰⁹ HvJ EG 22 december 2008, ECLI:EU:C:2008:762, C-282/07 (Truck center SA), ro. 26.

³¹⁰ HvJ EG 22 december 2008, ECLI:EU:C:2008:762, NTFR 2009/47 m.nt Nijkeuter (Truck center SA).

³¹¹ HvJ EG 22 december 2008, ECLI:EU:C:2008:762, C-282/07 (Truck center SA), ro. 29.

³¹² M. G. H. van der Kroon, *Het Baarscriterium krijgt invulling*, WFR 2010/229.

³¹³ A-G Kokott 18 september 2008, ECLI:EU:C:2008:513, Case C-282/07 (Truck center SA).

³¹⁴ HvJ EG 10 mei 2007, ECLI:EU:C:2007:273, C-492/04 (Lasertec).

³¹⁵ A. A. Fase, *Het rangordevraagstuk in derdelandverhoudingen*, WFR 2008/687.

³¹⁶ Vleggeert 2009, 7.3.5.

³¹⁷ M. G. H. van der Kroon, *Het Baarscriterium krijgt invulling*, WFR 2010/229.

maar zag specifiek op gevallen van beslissende invloed.³¹⁸ Het Hof van Justitie overwoog daarbij ook dat er bij een belang van twee derde in het maatschappelijke kapitaal er voor zorgt dat ontegenzeggelijk een beslissende invloed aanwezig is.³¹⁹ In de zaak *Lasertec* spreekt het Hof van Justitie van een beslissende invloed.³²⁰

Van der Kroon is het er niet mee eens dat het Hof van Justitie 25% gelijk stelt met een beslissende invloed vanwege de geest van de wettelijke regeling, aangezien van die beslissende invloed materieel geen sprake is.³²¹ In die zaak lijkt volgens Fase er ook te worden gekeken naar de bedoeling van de nationale regeling. Zo is de procentuele omvang niet altijd doorslaggevend om te bepalen of er een bepalende invloed bestaat. De redactie vakstudienieuws concludeert ook uit de zaak *Lasertec* dat er voor de bepaling van de beslissende invloed de achterliggende bedoeling of de gedachtegang van de wetgever in aanmerking moet worden genomen.³²² In de zaak *Lasertec* wordt daarnaast opgemerkt dat de Duitse regeling het vrije kapitaalverkeer mogelijk beperkt, maar dat dit een onvermijdelijk gevolg is van een eventuele belemmering van de vrijheid van vestiging.³²³ Ikzelf denk dat een moedervennootschap bij een belang van 25% niet in alle gevallen in staat is om de activiteiten van de dochter te bepalen. Het lijkt mij dus onjuist om aan de hand van een materiele grens van 25% in een wettelijke regeling te bepalen dat de vrijheid van vestiging van toepassing is.

In *Holböck*³²⁴ oordeelde het Hof van Justitie dat de vrijheid van kapitaalverkeer en de vrijheid van vestiging gelijktijdig van toepassing kunnen zijn wanneer er sprake is van een nationale regeling die de ontvangst van dividenden onderwerpt aan een belasting waarvan het tarief afhankelijk is van de al dan niet binnenlandse oorsprong van de dividenden ongeacht de grootte van de van de deelneming van de aandeelhouder in de uitkerende vennootschap.³²⁵ Het Hof van Justitie beoordeelde eerst of er rekening gehouden moet worden met het voorwerp van de wettelijke regeling in kwestie bij de beantwoording van de vraag welke verkeersvrijheid van toepassing is.³²⁶ Het Hof van Justitie constateerde daarop dat de wettelijke regel in casu een generieke regel betrof. Hierdoor konden zowel de vrijheid van vestiging als de vrijheid van kapitaalverkeer van toepassing zijn. De Oostenrijkse regeling maakte namelijk onderscheid tussen binnenlandse en buitenlandse dividenden ongeacht de grootte van de deelneming van de aandeelhouder in de uitkerende vennootschap.³²⁷ Het Hof van Justitie kwam niet meer aan een inhoudelijke toets van de vrijheid van kapitaalverkeer toe door de standstill bepaling van artikel 64 VWEU.³²⁸

³¹⁸ A. A. Fase, *Het rangordevraagstuk in derdelandverhoudingen*, WFR 2008/687.

³¹⁹ HvJ EG 10 mei 2007, ECLI:EU:C:2007:273, C-492/04 (*Lasertec*), ro. 23.

³²⁰ HvJ EG 10 mei 2007, ECLI:EU:C:2007:273, C-492/04 (*Lasertec*), ro. 20.

³²¹ M. G. H. van der Kroon, *Het Baarscriterium krijgt invulling*, WFR 2010/229.

³²² HvJ EG 10 mei 2007, ECLI:EU:C:2007:273, VN 2007/59.13 (*Lasertec*) m.nt Redactie Vakstudie nieuws.

³²³ HvJ EG 10 mei 2007, ECLI:EU:C:2007:273, C-492/04 (*Lasertec*), ro. 25.

³²⁴ HvJ EG 24 mei 2007, ECLI:EU:C:2007:297, C-157/05 (*Holböck*)

³²⁵ A. A. Fase, *Het rangordevraagstuk in derdelandverhoudingen*, WFR 2008/687.

³²⁶ HvJ EG 24 mei 2007, ECLI:EU:C:2007:297, C-157/05 (*Holböck*), ro 22.

³²⁷ HvJ EG 24 mei 2007, ECLI:EU:C:2007:297, FED 2007/57 (*Holböck*) m.nt Smit

³²⁸ HvJ EG 24 mei 2007, ECLI:EU:C:2007:297, C-157/05 (*Holböck*), ro 39-43.

De redactie vakstudie nieuws concludeert dat voor deelnemingen in derde landen met betrekking tot generieke maatregelen ook onder de vrijheid van kapitaal kunnen vallen als er geen beslissende invloed is.³²⁹ Bij generieke maatregelen heeft de vrijheid van vestiging hierdoor geen exclusieve werking volgens de redactie naar aanleiding van Holböck. Daarbij is het van belang dat het Hof van Justitie spreekt van een zodanige invloed dat de activiteiten van de vennootschap bepaald kunnen worden.³³⁰

4.3 Het doorslaggevende criterium bij minderheidsbelangen ter zake van generieke bepalingen (*Idryma Typou AE*)

4.3.1 Het arrest *Idryma Typou AE*

In het *Idryma Typou AE*³³¹ arrest ging het om een *Idryma Typou AE* die een 5% aandeelhouder was van een vennootschap die eigenaar van een televisiezender.³³² De Griekse wet bepaalde dat een bevoegde autoriteit een geldboete kon opleggen wanneer bepaalde televisie uitzendingen in strijd waren met bepaalde ethische -en gedragsregels.³³³ Deze geldboete kon ingevolge deze wet hoofdelijk opgelegd worden aan de vennootschap die de televisiezender exploiteerde, aan de wettelijke vertegenwoordigers van de vennootschap, aan alle leden van de raad van bestuur en aan alle aandeelhouders die meer dan 2,5% van alle aandelen in bezit hadden.³³⁴

Op de televisiezender werden er een aantal mensen beledigd en de bevoegde autoriteit legde een geldboete op aan *Idryma Typou AE*.³³⁵ *Idryma Typou AE* betwiste daarop de rechtvaardigheid van de opgelegde boete bij de bevoegde Griekse rechter. In de procedure kwam de vraag naar voren of de regeling, die volgens *Idryma Typou AE* een ontoelaatbare inbreuk maakte op het beginsel van beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders, in strijd was met de Eerste richtlijn.³³⁶ De Griekse rechter stelde hierna vervolgens een prejudiciële vraag over. Het Hof van Justitie boog zich vervolgens niet alleen over de uitleg van de Eerste richtlijn, maar boog zich ambtshalve ook over de samenloop van de vrijheid van kapitaal en de vrijheid van vestiging.³³⁷ Het Hof van Justitie stelde in het kader van de verdragsvrijheden vervolgens vast dat grensoverschrijdende belangen die leiden tot een zodanige invloed waardoor de moedervenootschap de activiteiten ervan kan bepalen onder de materiële werking van de vrijheid van vestiging vallen.³³⁸ Vervolgens stelde het Hof van Justitie vast dat de vrijheid van kapitaalverkeer ziet op directe investeringen in de vorm van deelneming in een onderneming door aandeelhouderschap die de mogelijkheid biedt om daadwerkelijk deel te

³²⁹ HvJ EG 24 mei 2007, ECLI:EU:C:2007:297, V-N 2007/27.10 (Holböck) m. nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

³³⁰ HvJ EG 24 mei 2007, ECLI:EU:C:2007:297, C-157/05 (Holböck), Ro.23.

³³¹ HvJ EU 21 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:622, C-81/09 (*Idryma Typou AE*)

³³² HvJ EU 21 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:622, C-81/09 (*Idryma Typou AE*), ro. 13.

³³³ HvJ EU 21 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:622, C-81/09 (*Idryma Typou AE*), ro. 12.

³³⁴ HvJ EU 21 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:622, C-81/09 (*Idryma Typou AE*), ro. 9.

³³⁵ HvJ EU 21 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:622, C-81/09 (*Idryma Typou AE*), ro. 14.

³³⁶ 68/151/EEG/ Ro.27

³³⁷ HvJ EU 21 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:622, C-81/09 (*Idryma Typou AE*), ro. 29.

³³⁸ HvJ EU 21 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:622, C-81/09 (*Idryma Typou AE*), ro. 47.

hebben in het bestuur van of de zeggenschap van een vennootschap en portefeuille beleggingen.³³⁹ Namelijk de verwerving van effecten op de kapitaalmarkt met uitsluitend het doel te beleggen zonder invloed op het bestuur van en de zeggenschap over de onderneming te willen uitoefenen.³⁴⁰ Vervolgens stelde het Hof vast dat wanneer er sprake is van een generieke bepaling zowel de vrijheid van vestiging als de vrijheid van kapitaalverkeer van toepassing kan zijn. In casu beperkte de Griekse wetgeving de maximumdeelneming in de dochtervennootschap.³⁴¹ Het belang van een natuurlijk- of rechtspersoon in het maatschappelijk kapitaal werd beperkt tot 25% wanneer de vennootschap houder was van een vergunning tot oprichting en exploitatie van een televisiezender. Het Hof van Justitie stelde dat het afhankelijk van de verspreiding van het overige kapitaal een deelneming van 25% kan volstaan om een zekere invloed uit te oefenen.³⁴² Vervolgens kan wetgeving, die van toepassing is op belangen die groter dan 2,5%, onder de vrijheid van kapitaalverkeer vallen wanneer de deelneming niet volstaat om een zekere invloed uit te oefenen.³⁴³ De maatregel werkt in de zaak belemmerend voor beleggers en belemmerde daardoor de markt voor deelnemingen in vennootschappen.³⁴⁴ Hoewel de maatregel geen onderscheid maakte tussen binnenlandse en buitenlandse beleggers, werkte deze maatregel meer ontradend voor een belegger uit andere lidstaten dan voor Griekse beleggers.³⁴⁵ In casu was de beperkende maatregel van generieke aard.³⁴⁶ Hierdoor konden op alle aandelenbelangen beide verkeersvrijheden van toepassing zijn.³⁴⁷ De vrijheid van vestiging op belangen waar sprake was van een zekere invloed op de besluitvorming van de vennootschap en de vrijheid van kapitaalverkeer op belangen waar het niet het geval was. Van belang in dit arrest is dat het Hof van Justitie vaststelt dat er in sommige gevallen sprake is van een doorslaggevende invloed bij een aandelenbelang van 25%.

4.3.2 Commentaar

A-G Trstenjak stelt dat de vrijheid van vestiging van toepassing is wanneer op grond van de feiten van het geval er sprake kan zijn van een beslissende invloed wanneer er de mogelijkheid van 'de zeggenschap over of het beheer van de vennootschap bestaat waarvan een substantiële deelneming niet noodzakelijkerwijs sprake is.³⁴⁸ Hij stelt verder vast dat om te bepalen of een aandeel van 2,5% voldoende is om een zekere invloed op de besluiten van een betrokken vennootschap te kunnen uitoefenen en haar activiteiten te bepalen er moet worden gekeken naar de concrete omstandigheden van het hoofdgeding en de het relevante vennootschapsrecht.³⁴⁹ De A-G stelt daarbij vast dat de regeling een ondergrens van 2,5% stelt wat er in casu voor zorgt dat deze niet als gewone beleggers moeten worden gezien, maar als

³³⁹ HvJ EU 21 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:622, C-81/09 (Idryma Typou AE), ro.48.

³⁴⁰ HvJ EU 21 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:622, C-81/09 (Idryma Typou AE), ro.49.

³⁴¹ HvJ EU 21 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:622, C-81/09 (Idryma Typou AE), ro.50.

³⁴² HvJ EU 21 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:622, C-81/09 (Idryma Typou AE), ro. 51

³⁴³ HvJ EU 21 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:622, C-81/09 (Idryma Typou AE), ro. 52

³⁴⁴ HvJ EU 21 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:622, C-81/09 (Idryma Typou AE), ro. 56

³⁴⁵ HvJ EU 21 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:622, C-81/09 (Idryma Typou AE), ro 58.

³⁴⁶ HvJ EU 21 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:622, C-81/09 (Idryma Typou AE), ro. 59.

³⁴⁷ HvJ EU 21 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:622, C-81/09 (Idryma Typou AE), ro. 60.

³⁴⁸ A-G Trstenjak 2 juni 2010, ECLI:EU:C:2010:304, C 81/09 (Idryma Typou AE), ro. 65.

³⁴⁹ A-G Trstenjak 2 juni 2010, ECLI:EU:C:2010:304, C 81/09, (Idryma Typou AE), ro. 66.

een als ondernemer optredende vennoot die de mogelijkheid heeft het bestuur te beïnvloeden.³⁵⁰ Opmerking dient daarbij wel te maken dat de invulling van het nationale recht enkel een aanwijzing vormt in het onderzoek of er sprake is van een beslissende invloed.

Naar mijn mening is de zaak *Idryma Typou AE* erg specifiek van aard. In de Griekse wetgeving werd er namelijk een bovengrens gesteld van 25% van het aandelenbelang waardoor er een stuk sneller sprake zal zijn van een bepalende invloed van de aandeelhouder. Daarnaast constateer ik uit de argumentatie van A-G Trstenjak dat het Baars-criterium geen bepalend criterium behelst, maar een beïnvloedingscriterium. Wanneer een aandeelhouder het bestuur tot op zekere hoogte kan aansturen, is er al voldaan aan doorslaggevende zeggenschap. Ondanks dat het een aanwijzing in het algehele onderzoek naar de vrijheid van vestiging is, zou er in de zaak *Idryma Typou AE* en belang van 2,5% al aanleiding kunnen zijn om de vrijheid van vestiging vast te stellen. Bij de deelnemingsvrijstelling zou een belang van 5% ook kunnen leiden tot een aandeelhouder die gezien wordt als een als ondernemer optredende vennoot die de mogelijkheid heeft het bestuur te beïnvloeden. Ik ben het daar niet mee eens. Zolang een aandeelhouder geen beslissende invloed kan uitoefenen is er naar mijn mening geen sprake van een continuering van de bedrijfsvoering van het concern.

4.4 Het doorslaggevende zeggenschaps criterium en samenwerkingsverbanden (Columbus Container Services)

4.4.1 Wat is een samenwerkende groep

In het Nederlandse recht is de samenwerkende groep wettelijk omschreven in artikel 10a Wet VpB 1969.³⁵¹ De term van de samenwerkende groep is relevant voor het bepalen van het toepassingsbereik van de antimisbruikbepaling. De renteaftrekbevestiging is namelijk van toepassing bij verbonden lichamen en de samenwerkende groep is een vorm van verbondenheid. Het bijkomende gevolg van rechtsonzekerheid heeft de wetgever daarbij geaccepteerd. De wetgever kiest bij de samenwerkende groep zodoende voor een 'principle based' benadering.³⁵²

In de parlementaire geschiedenis wordt er een voorbeeld gegeven van de samenwerkende groep.³⁵³ Het voorbeeld betreft een private equity fonds dat een Nederlands bedrijf overneemt. Om dit te bewerkstelligen richt het fonds een overnamevennootschap op en financiert deze vennootschap voor een belangrijk deel met vreemd vermogen. Voor de achterliggende investeerders worden door het fonds een aantal buitenlandse entiteiten opgericht zodat er in juridische zin geen verbondenheid bestaat, terwijl de vennootschappen

³⁵⁰ A-G Trstenjak 2 juni 2010, ECLI:EU:C:2010:304, C 81/09, (*Idryma Typou AE*), ro.67.

³⁵¹ J.C. van der Have & L.C. van Hulst, *De samenwerkende groep in de context van hybride mismatches*, WFR 2020/237.

³⁵² Kamerstukken I 2016/17, 34552, nr. E, p. 52; Een principle based benadering schrijft weinig regels voor, maar focust op de relevante principes. Een rule based benadering is gebaseerd op geschreven afgebakende normen.

³⁵³ R. Brandsma, *Een samenwerkende groep is een groep die samenwerkt*, WFR 2017/28.

wel samen optrekken. Artikel 10a lid 6 beschouwt dit als een samenwerkende groep en de fiscus kan daardoor de rente aftrek weigeren.

Voor de Nederlandse wetgever is er sprake van een samenwerkende groep wanneer er aan twee hoofdelementen wordt voldaan:³⁵⁴

- Een coördinerende (rechts)persoon heeft de materiele zeggenschap over de vormgeving van de investering; en
- Elke aandeelhouder verschaft onder ongeveer dezelfde vergelijkbare voorwaarden in ongeveer dezelfde verhouding eigen vermogen en vreemd vermogen.

Het is dus in algemene zin van belang of de investering in de overgenomen vennootschap en de financiering gecoördineerd wordt om in nationale zin te spreken van een samenwerkende groep. In de context van hybride mismatches³⁵⁵ zijn de termen ‘acting together’ en ‘effective control’ van belang. Bij de term ‘acting together’ wordt bepaald dat belangen samen bij elkaar worden opgeteld wanneer investeerders feitelijk samen handelen. Er moet dan bij een investering een verband zijn tussen de coördinatie binnen de structuur en het ontstaan van het hybride financiële instrument. Bij ‘effectieve control’ gaat het er om of een persoon voldoende belang in een vennootschap heeft om feitelijke zeggenschap over de beslissingen te hebben.

4.4.2 Het arrest *Columbus Container Services*

In de zaak *Columbus container Services*³⁵⁶ betrof het een commanditaire vennootschap naar Belgisch recht die ten tijde van het hoofdgeding gevestigd was in België.³⁵⁷ De aandelen van Columbus waren in handen van 8 in Duistland wonende leden van dezelfde familie en een Duitse personenvennootschap.³⁵⁸ Alle familieleden hadden een deelneming van 10% en de personenvennootschap had een belang van 20%. Op de algemene aandeelhoudersvergadering werden alle aandeelhouders door dezelfde persoon vertegenwoordigd. Columbus was in casu voornamelijk actief op het terrein van beheer van kapitaalinvesteringen.³⁵⁹

België betrok Columbus zelfstandig in de heffing van de vennootschapsbelasting waarin de winst van Columbus tegen een verminderd tarief van concreet onder de 30% werd belast.³⁶⁰ Duitsland zag het samenwerkingsverband tegelijkertijd als transparant en belaste de vennoten rechtstreeks voor hun belang.³⁶¹ Columbus ging daarop in bezwaar bij de Duitse rechter.³⁶² De prejudiciële vraag die centraal stond in dit arrest was of de regeling die Duitsland toepaste in strijd was met het vrije verkeer van kapitaal of het vrije verkeer van

³⁵⁴ J.C. van der Have & L.C. van Hulst, *De samenwerkende groep in de context van hybride mismatches*, WFR 2020/237.

³⁵⁵ Beps-project actiepoint 2 en ATAD 2.

³⁵⁶ HvJ EG 6 december 2007, ECLI:EU:C:2007:754, C-298/05 (*Columbus Container Services*).

³⁵⁷ HvJ EG 6 december 2007, ECLI:EU:C:2007:754, C-298/05 (*Columbus Container Services*).Ro. 13.

³⁵⁸ HvJ EG 6 december 2007, ECLI:EU:C:2007:754, C-298/05 (*Columbus Container Services*).Ro. 14.

³⁵⁹ HvJ EG 6 december 2007, ECLI:EU:C:2007:754, C-298/05 (*Columbus Container Services*).Ro. 16.

³⁶⁰ HvJ EG 6 december 2007, ECLI:EU:C:2007:754, C-298/05 (*Columbus Container Services*).Ro. 17.

³⁶¹ HvJ EG 6 december 2007, ECLI:EU:C:2007:754, C-298/05 (*Columbus Container Services*).Ro. 18 – 20.

³⁶² HvJ EG 6 december 2007, ECLI:EU:C:2007:754, C-298/05 (*Columbus Container Services*).Ro. 21.

vestiging.³⁶³ De regeling bewerkstelligde namelijk dat ter voorkoming van dubbele belasting de verrekeningsmethode toegepast werd op buitenlandse winst met een passief karakter indien de passieve winsten in Duitse optiek laag belast waren.³⁶⁴ In andere gevallen werd de gunstigere vrijstellingsmethode toegepast.

Het Hof van Justitie stelde vast dat de vrijheid van vestiging van toepassing is wanneer de moederverenootschap een zodanige invloed kan uitoefenen dat zij de activiteiten van de venootschap kan bepalen.³⁶⁵ Vervolgens stelde het Hof van Justitie vast dat alle aandelen van Columbus rechtstreeks of indirect in handen waren van de leden van dezelfde familie.³⁶⁶ Omdat de aandeelhouders dezelfde belangen nastreefden en in onderlinge overeenstemming via dezelfde vertegenwoordiger in de algemene vergadering besluiten namen, stelde het Hof van Justitie vast dat er sprake was van zodanige invloed dat de activiteiten er van bepaald kunnen worden en dat de vrijheid van vestiging van toepassing was.³⁶⁷ De familie werd dus gelijkgesteld als ware het een en dezelfde aandeelhouder door het Hof van Justitie.

4.4.3 Commentaar

Onder omstandigheden kan een belang van 10% dus al leiden tot een belang in een andere venootschap dat zodanige invloed heeft op de besluitvorming aangaande de activiteiten van die venootschap. Egélie schrijft dat dit ook geldt wanneer het belang zou worden gehouden door verbonden venootschappen.³⁶⁸

A-G Mengozzi beschrijft dat om in casu tot de verrekeningsmethode te komen, belastingplichtigen ten minste 10% moeten deelnemen in de dochter.³⁶⁹ Hij omschrijft dat een deelneming van 10% a priori de mogelijkheid lijkt uit te sluiten om van een zodanige invloed op de activiteiten van de onderneming te kunnen spreken.³⁷⁰ Door de familiale omstandigheden en de uniforme vertegenwoordiging op de algemene vergadering van aandeelhouders komt de AG toch tot de conclusie dat de vrijheid van vestiging van toepassing zou kunnen zijn.³⁷¹ Verder concludeert de AG ook dat indien de vrijheid van vestiging van toepassing is, de vrijheid van kapitaalverkeer slechts een gevolg is van de belemmering van het vrije vestigingsverkeer.

Van der Streek schrijft dat deze uitkomst vanuit de Nederlandse fiscale optiek opmerkelijk te noemen is, aangezien elke deelnemer in een samenwerkingsverband als in de casus in Nederland voor een evenredig gedeelte subjectief zijn eigen onderneming drijft.³⁷² Hij schrijft

³⁶³ HvJ EG 6 december 2007, ECLI:EU:C:2007:754, C-298/05 (Columbus Container Services).Ro. 25.

³⁶⁴ J. L. van der Streek, *De nieuwe deelnemingsverrekening: verhouding tot internationaal en Europees belastingrecht (deel 1)*, WFR 2007/649.

³⁶⁵ HvJ EG 6 december 2007, ECLI:EU:C:2007:754, C-298/05 (Columbus Container Services). Ro. 29.

³⁶⁶ HvJ EG 6 december 2007, ECLI:EU:C:2007:754, C-298/05 (Columbus Container Services).Ro. 31.

³⁶⁷ HvJ EG 6 december 2007, ECLI:EU:C:2007:754, C-298/05 (Columbus Container Services).Ro 31 – 32.

³⁶⁸ HvJ EG 6 december 2007, ECLI:EU:C:2007:754, NTFR 2007/2295 (Columbus Container Services) m.nt. Egélie.

³⁶⁹ A-G Mengozzi 29 maart 2007, ECLI:EU:C:2007:197, C-298/05 (Columbus Container Services), ro. 18.

³⁷⁰ A-G Mengozzi 29 maart 2007, ECLI:EU:C:2007:197, C-298/05 (Columbus Container Services), ro. 52.

³⁷¹ A-G Mengozzi 29 maart 2007, ECLI:EU:C:2007:197, C-298/05 (Columbus Container Services), ro.55.

³⁷² J. L. van der Streek, *De nieuwe deelnemingsverrekening: verhouding tot internationaal en Europees belastingrecht (deel 1)*, WFR 2007/649.

verder dat het kennelijk vanuit Europeesrechtelijke optiek om het relatieve belang in de objectieve onderneming gaat.

Ikzelf ben het eens met de uitspraak *Columbus Container Services*. Door de feiten en omstandigheden van deze casus, had de familie de gehele macht over dochtervennootschap. Voornamelijk het feit dat alle aandeelhouders door dezelfde bestuurder vertegenwoordigd werden benadrukt dit in mijn optiek. Ik denk juist dat vanuit de Nederlandse fiscale optiek deze uitspraak goed past. De aandeelhouders hebben namelijk door de feiten en omstandigheden “effective control” over de dochtervennootschap en er wordt voldaan aan het vereiste van “acting together” in de zin van artikel 10a Wet VpB 1969.

4.5 Het doorslaggevende zeggenschaps criterium en joint ventures (Burda)

4.5.1 Wat zijn joint ventures?

In de Nederlandse wetgeving wordt nergens het begrip joint venture beschreven en voor de joint venture bestaat er geen specifieke rechtsvorm.³⁷³ De Engelse term joint venture kan worden vertaald naar ‘een gezamenlijke onderneming die gedreven wordt door twee of meer andere ondernemingen’.³⁷⁴ Deze ondernemingen ontplooiën daarnaast afzonderlijk nog separate eigen activiteiten. Bij een joint venture brengen twee of meer rechtspersonen een bepaalde activiteit onder in een gezamenlijk daartoe opgericht lichaam.³⁷⁵ Naar de mening van Koster is er van een joint venture sprake wanneer twee of meer zelfstandige ondernemingen gezamenlijk een nieuwe onderneming opzetten, al dan niet voor een bepaalde periode om een gezamenlijk doel te door de gezamenlijke inbreng van activa, kennis en financieringsmiddelen. Voor het oprichten van een joint venture wordt meestal gebruik gemaakt van een BV of NV. Een samenwerkingsverband in de vorm van een maatschap, een VOF, een CV of een coöperatie wordt ook gebruikt.

Een joint venture maakt het voor bedrijven mogelijk om met behoud van de volledige economische en juridische zelfstandigheid op een bepaald terrein samen te werken. De joint venture onderscheidt zich van de fusie door het ontbreken van een centrale leiding. Bij een fusie ontstaat er een centrale leiding, terwijl bij een joint venture de twee zelfstandige rechtspersonen hun eigen beslissingsbevoegdheden behouden. In de praktijk ziet men dat het bestuur vrijwel altijd bestaat uit afgevaardigden van de partners.³⁷⁶ In een 50/50 joint venture zullen beide partners daardoor met evenveel afgevaardigden in het bestuur vertegenwoordigd zijn. De besluitvorming zal vaak geschieden op basis van unanimiteit. Wanneer er sprake is van een joint venture met drie of meer partners kan een het handhaven van de unanimiteitseis verlamvend werken. In zulke gevallen zal er onderscheid gemaakt worden in het gewicht van de te nemen besluiten. Bij belangrijke besluiten als het vaststellen van beleid, het uitbreiden of inkrimpen van bedrijfsactiviteiten en de keuze voor het aangaan

³⁷³ H. Koster, *Joint Venture*, Vpb.2.3.0.B.c1 In: *Cursus Belastingrecht*.

³⁷⁴ G.T.K Meussen, *De fiscale aspecten van joint ventures*, TFO 2008/136.

³⁷⁵ Vpb.2.3.0.B.c1

³⁷⁶ T.P. van Duuren & E.J.W.M. Manders, *Joint ventures en rechts(vorm)vernieuwing: convergentie en competitie*, TFO 2008/121.

van financiële verplichtingen wordt de unanimiteitseis gehandhaafd. Voor minder belangrijke besluiten zal een minder streng vereiste van een versterkte meerderheid, al dan niet in combinatie met een quorum eis, worden voorgeschreven volgens van Duuren en Manders.³⁷⁷

4.5.2 Het arrest Burda

In het arrest *Burda*³⁷⁸ ging het om een Duitse vennootschap met beperkte aansprakelijkheid opgericht naar Duits recht waarvan het bestuur in Duitsland was gevestigd.³⁷⁹ Het betrof een joint venture waarvan de aandelen gelijk verdeeld waren tussen een Nederlandse en een Duitse kapitaalvennootschap. De Duitse belastingdienst paste een belastingverhogingscorrectie toe naar aanleiding van een belastingcontrole.³⁸⁰ Burda ging vervolgens in beroep tegen de belastingcorrectie. Na onderzoek stelde de rechter vast dat in casu belasting diende betaald te worden wanneer Burda de winst aan haar moedermaatschappijen uitkeerde, maar dat de winst niet belastbaar was wanneer Burda de winst niet uitkeerde.³⁸¹ Het Bundesfinanzhof twijfelde of een dusdanige belasting als bronbelasting diende aangemerkt te worden in de zin van artikel 5 Moeder-dochterrichtlijn en stelde daarvoor prejudiciële vragen.³⁸² De prejudiciële vraag die relevant is voor deze scriptie betreft de toepassing van de verkeersvrijheden. Verzetten de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaal zich ertegen wanneer de vastgestelde vennootschapsbelasting van de bronbelasting afgetrokken mag worden door ingezeten aandeelhouders terwijl een niet ingezeten aandeelhouder deze vastgestelde vennootschapsbelasting niet van zijn eigen belasting mag aftrekken.³⁸³

Ten eerste merkte het Hof van Justitie op dat wanneer een nationale regeling betrekking heeft op de verhoudingen binnen een concern, deze nationale regeling voornamelijk de vrijheid van vestiging raakt.³⁸⁴ Daarnaast was het volgens het Hof van Justitie vaste rechtspraak dat wanneer een moedervernootschap een deelneming heeft waardoor zij een beslissende invloed heeft op de besluiten van de vennootschap, de verdragsbepalingen aangaande de vrijheid van vestiging van toepassing zullen zijn.³⁸⁵ Het Hof van Justitie stelde vervolgens vast dat een aandeel van 50% in het maatschappelijke kapitaal in beginsel er voor zorgt dat een moedervernootschap een bepaalde en beslissende invloed kan uitoefenen op de besluiten van de dochtervennootschap.³⁸⁶ Vervolgens merkt het Hof van Justitie op dat op een generieke maatregel als in het geding zowel de vrijheid van kapitaalverkeer als de vrijheid van vestiging van toepassing kan zijn.³⁸⁷ Daarnaast stelde het Hof van Justitie vast dat de aandeelhouders in casu een bepalende invloed uitoefenen en de activiteiten kunnen

³⁷⁷ T.P. van Duuren & E.J.W.M. Manders, *Joint ventures en rechts(vorm)vernieuwing: convergentie en competitie*, TFO 2008/121.

³⁷⁸ HvJ 26 juni 2008, ECLI:EU:C:2008:365, C-284/06 (Burda).

³⁷⁹ HvJ 26 juni 2008, ECLI:EU:C:2008:365, C-284/06 (Burda), ro. 24.

³⁸⁰ HvJ 26 juni 2008, ECLI:EU:C:2008:365, C-284/06 (Burda), ro. 27-28.

³⁸¹ HvJ 26 juni 2008, ECLI:EU:C:2008:365, C-284/06 (Burda), ro. 29-34.

³⁸² HvJ 26 juni 2008, ECLI:EU:C:2008:365, C-284/06 (Burda), ro. 35.

³⁸³ HvJ 26 juni 2008, ECLI:EU:C:2008:365, C-284/06 (Burda), ro. 65.

³⁸⁴ HvJ 26 juni 2008, ECLI:EU:C:2008:365, C-284/06 (Burda), ro. 68.

³⁸⁵ HvJ 26 juni 2008, ECLI:EU:C:2008:365, C-284/06 (Burda), ro. 69.

³⁸⁶ HvJ 26 juni 2008, ECLI:EU:C:2008:365, C-284/06 (Burda), ro. 70.

³⁸⁷ HvJ 26 juni 2008, ECLI:EU:C:2008:365, C-284/06 (Burda), ro. 71.

bepalen.³⁸⁸ Hieruit concludeerde het Hof van Justitie dat in dit arrest de vrijheid van vestiging van toepassing was.³⁸⁹

4.4.3 Commentaar

A-G Mengozzi schrijft dat een bezit van 50% de basis vormt voor een vetorecht bij strategische besluiten en stelt dat er daardoor in beginsel in staat is een zodanige invloed heeft op de dochteronderneming dat de moedervenootschap de activiteiten ervan kan bepalen. Het bestaan van een element van contractuele aard, zoals een aandeelhoudersovereenkomst, zou volgens de AG de doorslaggevende zeggenschap van een van de moedervenootschappen kunnen ontkrachten.³⁹⁰

Egelie schrijft dat hij uit het *Burda* arrest afleidt dat de verhouding tussen de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaalverkeer als volgt moet worden opgevat:³⁹¹

- Een generieke bepaling kan onder beide vrijheden vallen;
- Bij de bepaling van de vrijheid waaraan de regeling moet worden getoetst is het van belang op welke situatie de regeling in het hoofdgeding betrekking heeft. In het geval van een joint venture gaat het uitsluitend om een controlerend belang; en
- Het gevolg hiervan is dat er bij een controlerend belang enkel de vrijheid van vestiging van toepassing is.

Redactie vakstudie nieuws schrijft dat er tot het *Burda* arrest niet duidelijk was of het beslissende invloed criterium enkel beperkt was tot generieke regelingen. Nu is het duidelijk dat wanneer er in het concrete geval sprake is van een beslissende invloed de vrijheid van vestiging nog steeds net als bij generieke maatregelen van toepassing is. Bij generieke maatregelen is het feitelijke belang in de omstandigheden van de zaak doorslaggevend voor de beoordeling van welke Europeesrechtelijke verdragsvrijheid van belang is.³⁹²

Bobeldijk en Heitel schrijven dat het na het *Burda*³⁹³ arrest bij joint ventures nog steeds niet duidelijk is welke factoren anders dan stemrecht van invloed kunnen zijn voor het doorslaggevende zeggenschap criterium.³⁹⁴

Ikzelf ben van mening dat de aandeelhouders in casu een grote materiele invloed hebben op het bestuur van de vennootschap. Ik denk daarentegen niet dat de aandeelhouders een beslissende invloed kunnen uitoefenen. Juist door het veto recht van de andere aandeelhouder kan een van de partijen niet tot actie besluiten. Een partij kan enkel een besluit tegenhouden. Daarom kan ik mij niet vinden in het oordeel van het Hof van Justitie dat de vrijheid van toepassing is op beide aandeelhouders in een 50-50 joint venture. Het lijkt mij niet dat een dochtervennootschap het verlengstuk van de bedrijfsvoering van de

³⁸⁸ HvJ 26 juni 2008, ECLI:EU:C:2008:365, C-284/06 (*Burda*), ro. 72.

³⁸⁹ HvJ 26 juni 2008, ECLI:EU:C:2008:365, C-284/06 (*Burda*), ro. 75.

³⁹⁰ A-G Mengozzi 31 januari 2008, ECLI:EU:C:2008:60, C-284/06 (*Burda*), ro. 84.

³⁹¹ HvJ 26 juni 2008, ECLI:EU:C:2008:365, NTFR 2008/1325 (*Burda*) m.nt Egelie.

³⁹² HvJ 26 juni 2008, ECLI:EU:C:2008:365, V-N 2008/35.14 (*Burda*), m.nt Redactie Vakstudie Nieuws.

³⁹³ HvJ 26 juni 2008, ECLI:EU:C:2008:365, C-284/06 (*Burda*), ro. 70.

³⁹⁴ A.C.P. Bobeldijk & D.L. Heitel, *Initiatiefwet aanpassingen in de liquidatie- en stakingsverliesregeling verdient nadere doordenking*, WFR 2020/28.

moedervenootschap is wanneer het gewenste beleid van het concern te allen tijde tegengehouden kan worden.

4.5 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is de volgende deelvraag beantwoord:

Wanneer zijn de verkeersvrijheden van vestiging en kapitaal van toepassing op een fiscale regeling en wat is het beoordelingskader van het Hof van Justitie ten aanzien van de vrije verkeersbepalingen?

Uit het arrest *Baars* is naar voren gekomen dat de vrijheid van vestiging van toepassing is wanneer aandeelhouder een doorslaggevende invloed heeft op het bestuur van de dochtervenootschap bij samenloop van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaalverkeer. Uit het *Truck Center SA* arrest komt naar voren dat het Hof van Justitie een verdragsbepaling als factor meeneemt in de afweging of een aandeelhouder een doorslaggevende invloed op het bestuur heeft. A-G Kokott is daarbij van mening dat er sprake is van een doorslaggevende invloed wanneer een aandeelhouder materiele invloed kan uitoefenen op het bestuur van de dochtervenootschap. Uit het *Lasertec* arrest blijkt dat wanneer een regeling specifiek ziet op belangen met een doorslaggevende invloed, de vrijheid van vestiging exclusief van toepassing is. Dit was in casu het geval bij een aanmerkelijk belang van 25%. In het arrest *Holböck* bepaalt het Hof van Justitie dat op generieke bepalingen zowel de vrijheid van vestiging als de vrijheid van kapitaalverkeer van toepassing kunnen zijn. Daarbij blijft de bepaling van artikel 64 lid 1 VWEU onverkort van toepassing. Er moet gekeken worden naar het voorwerp van de wettelijke regeling om te bepalen welke vrije verkeersbepaling van toepassing is.

In het geval van een generieke bepaling kan er bij een belang van 25% al sprake zijn van een doorslaggevende invloed waardoor de vrijheid van vestiging van toepassing is. Dit volgt uit het *Idryma Typou* arrest. In casu kon de aandeelhouder ten gevolge van nationale wetgeving niet meer dan een belang van 25% in de dochtervenootschap hebben waardoor er door feiten en omstandigheden sprake kan zijn van een doorslaggevende invloed wanneer de overige belangen relatief klein zijn. A-G Trstenjak stelt daarbij vast dat bij een regeling die pas van toepassing vanaf ondergrens van 2,5% ervoor zorgt dat aandeelhouder met een dergelijk belang niet als gewone beleggers moeten worden gezien, maar als een als ondernemer optredende vennoot die de mogelijkheid heeft het bestuur te beïnvloeden. Dit weegt mee als factor bij het bepalen of een aandeelhouder een doorslaggevende invloed kan uitoefenen.

Uit het arrest *Columbus Container services* komt naar voren dat er bij een belang van 10% er al sprake kan zijn van een doorslaggevende invloed wanneer er sprake is van een samenwerkende groep. In casu waren alle aandelen direct of indirect in handen van dezelfde familie en werden alle aandeelhouders vertegenwoordigd door dezelfde bestuurder op de aandeelhoudersvergadering.

In het kader van 50-50 joint ventures blijkt uit het arrest *Burda* dat beide aandeelhouders een doorslaggevende invloed hebben op de activiteiten van de dochtervenootschap. AG Mengozzi schrijft daarbij dat het vetorecht van beide aandeelhouders de basis vormt voor

deze benadering. Een andere verhouding van de stemrechten zou tot een andere uitkomst kunnen leiden.

In het hoofdstuk zijn twee vertalingen van het doorslaggevende zeggenschaps criterium naar voren gekomen. In de zaken *Truck Center SA*, *Lasertec* en *Burda* spreekt het Hof van Justitie van een beslissende invloed op de activiteiten van de onderneming. In de zaken *Holböck*, *Idryma Typou AE* en *Columbus Container Services* spreekt het Hof van Justitie van een zodanige invloed op bestuur van de dochtervennootschap dat de activiteiten bepaald kunnen worden. De uiteindelijke invulling van het 'doorslaggevende zeggenschaps criterium' betreft naar mijn mening een materieel beïnvloedingscriterium. Ik concludeer uit de besproken arresten dat een aandeelhouder niet een meerderheidsbelang hoeft te hebben om onder de vrijheid van vestiging te vallen.

Hoofdstuk 5: conclusie

5.1 Inleiding

Op 1 januari 2021 is de Wet beperking liquidatieverlies- en stakingsverliesregeling in werking getreden.³⁹⁵ De wetgever heeft door middel van deze wetgeving gepoogd om oneigenlijk gebruik en de grondslaguitholling van de liquidatieverliesregeling tegen te gaan.³⁹⁶ Een van de middelen daarvoor zijn de territoriale³⁹⁷ en de kwantitatieve beperking.³⁹⁸ In de kwantitatieve beperking is een kwalificerend belang opgenomen welke verbonden is aan het doorslaggevende zeggenschaps criterium. De wetgever beschrijft in de wetsgeschiedenis dat dit kwalificerende belang op zodanige wijze is vormgegeven opdat voorkomen wordt dat belastingplichtigen een beroep kunnen doen op de vrijheid van kapitaalverkeer. De wetgever baseert zich op het *Lasertec* arrest en refereert naar deze uitspraak als vaste rechtspraak van het Hof van Justitie. De Raad van State merkt op dat het criterium van de doorslaggevende zeggenschap afhangt van de feiten en omstandigheden van het geval. Hij merkt daarbij op dat de uit de rechtspraak van het Hof van Justitie geen vast percentage volgt wanneer er sprake is van een doorslaggevende invloed. Daarnaast is het inherent aan een formulering welke gekoppeld is aan uitspraken van het Hof van Justitie dat er een bepaalde onzekerheid bestaat welke situaties er wel en niet onder vallen. Voorgaande heeft geleid tot de volgende onderzoeksvraag:

Is door de kwantitatieve voorwaarde van de liquidatieverliesregeling bereikt dat de toepassing van de liquidatieverliesregeling onder de werking van de vrijheid van vestiging valt?

In het eerste gedeelte van dit hoofdstuk worden de drie behandelde deelvragen samengevat. Vervolgens volgt de discussie waar ik mijn eigen overwegingen aangaande de onderzoeksvraag naar voren zal brengen. Vervolgens vervolg ik dit hoofdstuk met een conclusie op de gestelde onderzoeksvraag. Ik sluit ten slotte het hoofdstuk en daarmee de scriptie af met een aanbeveling voor vervolgonderzoek.

5.2 Samenvatting

Deelvraag 1: *Hoe is de liquidatieverliesregeling vormgegeven en wat is de ratio van de liquidatieverliesregeling?*

De liquidatieverliesregeling is opgenomen in artikel 13d en is onderdeel van de deelnemingsvrijstelling. De deelnemingsvrijstelling zorgt er voor dat voordelen al koersresultaten en dividenden uit kwalificerende deelnemingen vrijgesteld worden. De grondgedachten van de deelnemingsvrijstelling zijn de verlengstukgedachte en het ne-bis-in-idem beginsel. Het ne-bis-in-idem beginsel houdt in dat dat over dezelfde winst niet twee keer dezelfde belasting wordt afgedragen. De verlengstukgedachte houdt in dat de dochtervennootschap een (gedeeltelijke) voortzetting is van de bedrijfsvoering van de

³⁹⁵ Wet van 16 december 2020, Stb. 2020, 35 568, nr. 539.

³⁹⁶ Mvt Consultatie Initiatiefwetvoorstel liquidatieverliesregeling 16 april 2019, p. 2. Te vinden op: <https://www.internetconsultatie.nl/liquidatieverliesregeling>

³⁹⁷ Artikel 13d lid 2 onderdeel a Wet VpB 1969 jo. Artikel 13 lid 4 Wet VpB 1969.

³⁹⁸ Artikel 13d lid 2 onderdeel a sub 2 Wet VpB 1969.

moedervenootschap. En overheveling van de winst van de dochtervenootschap naar de moedervenootschap wordt binnen de verlengstukgedachte niet als belastbare winst gezien.

De liquidatieverliesregeling vormt een uitzondering op de deelnemingsvrijstelling. De liquidatieverliesregeling zorgt er voor de moedervenootschap onder voorwaarden een liquidatieverlies in aanmerking mag nemen in situaties waar de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Het liquidatieverlies is het verschil tussen het opgeofferde bedrag en de liquidatie-uitkeringen die gedaan zijn door de dochtervenootschap. Het opgeofferde bedrag is een extracomptabele grootte.

In de totstandkomingsgeschiedenis van de liquidatieverliesregeling wordt aangegeven dat de liquidatieverliesregeling ten doel heeft om concernverliezen net als concernwinsten eenmaal in de winst te betrekken. In het *Marks & Spencer II* arrest is in het kader van de vrijheid van vestiging het altijd-ergens beginsel geformuleerd door het Hof van Justitie. Dit betekent dat liquidatieverliezen die opkomen uit buitenlandse dochtermaatschappijen door de binnenlandse moeder in aanmerking moeten worden genomen wanneer er geen compensatiemogelijkheden meer zijn.

Met de komst van de Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling bestaat er nu een franchise van 5 miljoen euro, een kwantitatieve beperking, een territoriale beperking en een temporele beperking. De kwantitatieve en territoriale beperking hebben als doelstelling om er voor te zorgen dat dat deelnemingen buiten Nederland, buiten andere EU-lidstaten en buiten landen die deel uitmaken van de EER uit te sluiten voor de liquidatieverliesregeling voor zover zij een liquidatieverlies hoger dan de franchise van 5 miljoen euro claimen. De kwantitatieve beperking dient er voor zorgen dat de vrijheid van vestiging van toepassing is en daardoor de vrijheid van kapitaalverkeer uitgesloten wordt. Hierdoor kunnen derde landen geen aanspraak doen op de Europese verkeersvrijheden. Voor een kwalificerend belang moet een moedervenootschap, al dan niet via een verbonden lichaam waarin zij een kwalificerend belang heeft, meer dan 50% van de stemrechten van de dochtervenootschap hebben.

Deelvraag 2: Wanneer zijn de vrije verkeersvrijheden van vestiging en kapitaal van toepassing op een fiscale regeling en wat is het beoordelingskader van het Hof van Justitie ten aanzien van de vrije verkeersbepalingen?

Het gemeenschapsrecht brengt met zich mee dat nationale wetgeving moet voldoen aan de regels die gelden uit het Europese recht. Het Europese recht heeft als doelstelling een interne markt tot stand te brengen. Om deze interne markt tot stand te brengen dienen de vrijheid van personen, kapitaal, diensten en goederen gewaarborgd te worden. Lidstaten mogen daardoor geen maatregelen implementeren die het vrije verkeer tussen lidstaten bemoeilijken of vervalsen. Zo is ook discriminatie verboden in het economische verkeer tussen lidstaten. Discriminatie refereert daarbij naar maatregelen die direct of indirect onderscheid maken tussen binnenlandse en buitenlandse actoren goederen en geldstromen.

Om te bepalen of een nationale regeling in strijd is met het Europese recht, hanteert het Hof van Justitie een beslisschema. Allereerst moet er sprake van een grensoverschrijdende economische activiteit. Zo vallen grensoverschrijdende activiteiten van werknemers,

zelfstandigen, de vestiging van dochtervennootschappen of vaste inrichtingen, actieve en passieve portfolio investeringen en betalingen onder de noemer van een economische activiteit. Vervolgens moet er sprake zijn van een beperkende maatregel. Wanneer er een grensoverschrijdende beperkende maatregel geconstateerd wordt, onderzoekt het Hof van Justitie of de beperkende maatregel te rechtvaardigen is. Dit kan op basis van geschreven rechtvaardigingsgronden of op basis van de rule of reason. Nadat een rechtvaardigingsgrond geconstateerd is dient deze te voldoen aan het proportionaliteitsvereiste en het noodzakelijkheidsvereiste.

Binnen de verkeersvrijheden hangt de vrijheid van kapitaalverkeer nauw samen met de vrijheid van vestiging. De vrijheid van kapitaalverkeer beschermt grensoverschrijdende kapitaalstromen en grensoverschrijdend betalingsverkeer. Ook kapitaalstromen tussen lidstaten en derde landen worden beschermd door het vrije verkeer van kapitaal. Daarin behandelt het Hof van Justitie kapitaalstromen tussen lidstaten en lidstaten en derde landen gelijk. Beperkende maatregelen die in strijd zijn met de vrijheid van kapitaalverkeer kunnen op grond van artikel 64 lid 1 VWEU in stand blijven wanneer deze maatregelen al bestonden voor 31 december 1993 met betrekking tot derde landen. De vrijheid van vestiging ziet op ondernemingen en zelfstandigen. Wanneer een onderneming zich in een andere lidstaat wil vestigen zal er vaak kapitaal aangetrokken of gealloceerd worden. Wanneer een maatregel onder de materiele werkingssfeer van de vrijheid van vestiging valt, blijft de vrijheid van kapitaalverkeer buiten toepassing. Een maatregel viel in eerste instantie exclusief onder de materiele werking van de vrijheid van vestiging wanneer een aandeelhouder een zodanige invloed had op het bestuur van de vennootschap heeft dat de aandeelhouder de activiteiten van het bestuur kan bepalen. Dit gold zowel bij generieke als specifieke bepalingen. Dit criterium is ontwikkeld in het arrest *Baars* en is in verdere jurisprudentie van het Hof van Justitie uitgewerkt.

In de *FII 2* uitspraak is het Hof van Justitie om gegaan, aangezien de vrijheid van kapitaal ook van toepassing kan zijn op meerderheidsbelangen van ten aanzien van generieke bepalingen. In de *FII 2* uitspraak wordt er onderscheid gemaakt tussen 3 gevallen. Nationale wetgeving welke specifiek van toepassing is op participaties waarmee een zodanige invloed uitgeoefend kan worden op de besluiten van de vennootschap kunnen worden bepaald vallen onder uitsluitend onder de vrijheid van vestiging. Nationale wetgeving welke specifiek gericht is op participaties die enkel ten doel hebben om ter belegging gehouden te worden vallen uitsluitend onder de vrijheid van kapitaal. Nationale wetgeving die generiek ziet op alle soorten belangen kunnen zowel onder de vrijheid van kapitaalverkeer vallen als onder de vrijheid van vestiging. De standstill bepaling is binnen deze benadering nog onverkort van toepassing.

Deelvraag 3: Hoe wordt het begrip van doorslaggevende zeggenschap door het Hof van Justitie uitgelegd?

Uit het arrest *Baars* is naar voren gekomen dat de vrijheid van vestiging van toepassing is wanneer aandeelhouder een doorslaggevende invloed heeft op het bestuur van de dochtervennootschap bij samenloop van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van

kapitaalverkeer. Uit het *Truck Center SA* arrest komt naar voren dat het Hof van Justitie een verdragsbepaling als factor meeneemt in de afweging of een aandeelhouder een doorslaggevende invloed op het bestuur heeft. A-G Kokott is daarbij van mening dat er sprake is van een doorslaggevende invloed wanneer een aandeelhouder materiele invloed kan uitoefenen op het bestuur van de dochtervennootschap. Uit het *Lasertec* arrest blijkt dat wanneer een regeling specifiek ziet op belangen met een doorslaggevende invloed, de vrijheid van vestiging exclusief van toepassing is. Dit was in casu het geval bij een aanmerkelijk belang van 25%. In het arrest *Holböck* bepaalt het Hof van Justitie dat op generieke bepalingen zowel de vrijheid van vestiging als de vrijheid van kapitaalverkeer van toepassing kunnen zijn. Daarbij blijft de bepaling van artikel 64 lid 1 VWEU onverkort van toepassing. Er moet gekeken worden naar het voorwerp van de wettelijke regeling om te bepalen welke vrije verkeersbepaling van toepassing is.

In het geval van een generieke bepaling kan er bij een belang van 25% al sprake zijn van een doorslaggevende invloed waardoor de vrijheid van vestiging van toepassing is. Dit volgt uit het *Idryma Typou AE* arrest. In casu kon de aandeelhouder ten gevolge van nationale wetgeving niet meer dan een belang van 25% in de dochtervennootschap hebben waardoor er door feiten omstandigheden sprake kan zijn van een doorslaggevende invloed wanneer de overige belangen relatief klein zijn. A-G Trstenjak stelt daarbij vast dat bij een regeling die pas van toepassing vanaf ondergrens van 2,5% er voor zorgt dat aandeelhouder met een dergelijk belang niet als gewone beleggers moeten worden gezien, maar als een ondernemer optredende vennoot die de mogelijkheid heeft het bestuur te beïnvloeden. Dit weegt mee als factor bij het bepalen of een aandeelhouder een doorslaggevende invloed kan uitoefenen.

Uit het arrest *Columbus Container Services* komt naar voren dat er bij een belang van 10% er al sprake kan zijn van een doorslaggevende invloed wanneer er sprake is van een samenwerkende groep. In casu waren alle aandelen direct of indirect in handen van dezelfde familie en werden alle aandeelhouders vertegenwoordigd door dezelfde bestuurder op de aandeelhoudersvergadering.

In het kader van 50-50 joint ventures blijkt uit het arrest *Burda* dat beide aandeelhouders een doorslaggevende invloed hebben op de activiteiten van de dochtervennootschap. AG Mengozzi schrijft daarbij dat het vetorecht van beide aandeelhouders de basis vormt voor deze benadering. Een andere verhouding van de stemrechten zou tot een andere uitkomst kunnen leiden.

In het hoofdstuk zijn twee vertalingen van het doorslaggevende zeggenschaps criterium naar voren gekomen. In de zaken *Truck Center SA*, *Lasertec* en *Burda* spreekt het Hof van Justitie van een beslissende invloed op de activiteiten van de onderneming. In de zaken *Holböck*, *Idryma Typou AE* en *Columbus Container Services* spreekt het Hof van Justitie van een zodanige invloed op bestuur van de dochtervennootschap dat de activiteiten bepaald kunnen worden. De uiteindelijke invulling van het doorslaggevende zeggenschaps criterium betreft naar mijn mening een materieel beïnvloedingscriterium. Ik concludeer uit de besproken arresten dat een aandeelhouder niet een meerderheidsbelang hoeft te hebben om onder de vrijheid van vestiging te vallen en dat het criterium van de doorslaggevende invloed een beïnvloedingscriterium betreft in tegenstelling tot het hebben van een beslissende invloed.

5.3 Discussie

Om te bepalen of door de kwantitatieve voorwaarde de liquidatieverliesregeling altijd onder de vrijheid van vestiging valt, moet de liquidatieverliesregeling naar mijn mening getoetst worden aan het *FII 2* arrest. Daarin maakt het Hof van Justitie onderscheid in drie gevallen: Of een regeling specifiek ziet op meerderheidsbelangen, of een regeling specifiek ziet op portfolio investeringen of dat een regeling generiek van aard is. Wanneer een regeling generiek van aard is, zijn in beginsel beide vrijheden van toepassing, tenzij de maatregel invloed heeft op de vestigingsvoorwaarden. Directe belastingen zullen niet snel leiden tot een beïnvloeding van de vestigingsvoorwaarden.

Voor de probleemstelling is het van belang of de liquidatieverliesregeling een generieke maatregel of een specifieke maatregel is in de zin van het *FII 2* arrest. Daarvoor moet eerst bepaald worden of de deelnemingsvrijstelling een generieke of een specifieke bepaling is. De liquidatieverliesregeling is namelijk onderdeel van de deelnemingsvrijstelling. Ik ben namelijk van mening dat de liquidatieverliesregeling integraal binnen de deelnemingsvrijstelling past. In de wetsgeschiedenis heeft de liquidatieverliesregeling tot aan 1990 altijd in het zelfde artikel gestaan als de deelnemingsvrijstelling voordat artikel 13d Wet VpB 1969 in het leven geroepen werd. Daarnaast is de liquidatieverliesregeling enkel van toepassing op gevallen wanneer de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Hierdoor ben ik van mening dat de deelnemingsvrijstelling als geheel getoetst moet worden door het Hof van Justitie.

Wanneer een aandeelhouder een belang heeft van 5% in de dochtervennootschap, is de deelnemingsvrijstelling al van toepassing. Er is geen sprake van een puur generieke maatregel, aangezien de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op belangen onder de 5%. De belangen onder de 5% worden door de wetgever als beleggingsdeelnemingen gezien en in de wetsgeschiedenis komt ook naar voren dat de wetgever deelnemingen waarop de deelnemingsvrijstelling ziet als een continuering van de bedrijfsvoering ziet. Deze kleine belangen onder de 5% zien daarom naar mijn mening specifiek op portfoliobeleggingen waardoor de bepalingen van de deelnemingsverrekening grensoverschrijdend naar mijn mening exclusief onder de vrijheid van kapitaalverkeer vallen. A contrario zou beredeneerd kunnen worden dat de deelnemingsvrijstelling specifiek ziet op de vrijheid van vestiging, omdat de wetgever een 5% belang al aanmerkt als een continuering of een verlengstuk van de onderneming van de moedervennootschap. Ik denk dat voorgaande beredenering niet klopt. Het Hof van Justitie kijkt onder andere naar de bedoeling van de nationale wetgever om te bepalen welke verkeersvrijheid er van toepassing is. Niet om te bepalen of een bepaalde maatregel generiek van aard is.

In de uitspraken van het Hof van Justitie wordt een 5% belang nog niet aangemerkt als een controlerend belang. In de zaak *Idryma Typou AE* was dit wel het geval, maar in dat arrest was er sprake van een limiet van 25% aan het belang dat aandeelhouders maximaal mochten houden. In de zaak *Lasertec* was er sprake van een specifieke maatregel, omdat de maatregel van toepassing was vanaf een belang van 25% en de aandeelhouder daarmee een controlerend belang had volgens het Hof van Justitie. Het lijkt er dus op dat de deelnemingsvrijstelling geen specifieke maatregel is. Bij een generieke bepaling gaat het om een nationale regeling die op neutrale wijze van toepassing is op alle type aandelenbelangen

of investeringen. Daarom zal het Hof van Justitie naar mijn mening de deelnemingsvrijstelling bestempelen als een generieke maatregel. De deelnemingsvrijstelling heeft namelijk een generiek karakter en is al van toepassing vanaf een belang van 5%.

Omdat de deelnemingsvrijstelling een generieke maatregel betreft, kan het Hof van Justitie de liquidatieverliesregeling toetsen aan de vrijheid van kapitaalverkeer. De kwantitatieve voorwaarde zorgt er dan niet voor dat de vrijheid van vestiging exclusief van toepassing is. Hierdoor kunnen in theorie meerderheidsdeelnemingen onder de vrijheid van kapitaalverkeer vallen en treft de doelstelling van de Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling deels geen doel. De standstill bepaling van artikel 64 VWEU zou een schending van de vrijheid van kapitaalverkeer niet in de weg staan, omdat de Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling een regeling is die ontstaan is na 31 december 1993.

Of het Hof van Justitie zou de lijn van *FII 2* gaat doortrekken is nog ongewis. In de toekomst zou het Hof van Justitie mogelijk weer feitelijk kunnen gaan bekijken in hoeverre een bestuur daadwerkelijk beïnvloed wordt door de aandeelhouder. Het Hof van Justitie zou dan terug kunnen vallen op eerdere jurisprudentie van het doorslaggevende zeggenschaps criterium.

In voorgaande jurisprudentie hanteert het Hof van Justitie naar mijn mening een beïnvloedingscriterium. Het verschil in de vertalingen van de uitspraken maakt daarvoor niet zo heel veel uit. Het Hof van Justitie hanteert namelijk de bewoordingen van de 'beslissende invloed' of van 'een zodanige invloed dat de aandeelhouder de activiteiten van de vennootschap kan bepalen'. In alle gevallen moet een aandeelhouder materiele invloed op de besluitvorming van het bestuur hebben om van een doorslaggevende invloed te kunnen spreken. Zo kan er ook bij minderheidsbelangen sprake zijn van een doorslaggevende invloed zoals bij samenwerkende groepen.

Of bij meerderheidsbelangen de vrijheid van kapitaalverkeer integraal van toepassing is in het licht van *FII 2* moet nog blijken. In welke mate factoren als nationale en buitenlandse belastingwetgeving en bepalingen uit het (inter)nationale belastingrecht een andere rol gaan spelen in vergelijking met het Baars-criterium komt nog niet naar voren in uitspraken van het Hof van Justitie. Nu in beginsel beide vrijheden van toepassing kunnen zijn is het de vraag of de vrijheden daadwerkelijk na *FII 2* naast elkaar kunnen bestaan en elkaar niet meer uitsluiten. Met de huidige invulling van de kwantitatieve voorwaarde lijkt het nu mogelijk dat meerderheidsbelangen, welke groter zijn dan 50% van de stemrechten, potentieel onder de vrijheid van kapitaalverkeer kunnen vallen.

Kijkend naar het beslisschema van het Hof van Justitie is er na de invoering van de Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling sprake van een grensoverschrijdende beperking van het economische verkeer. Of de rechtvaardiging van het territorialiteitsbeginsel stand houdt is nog maar de vraag. In het Marks & Spencer II arrest werd het territorialiteitsbeginsel bijvoorbeeld wel erkend, maar toch opzijgeschoven.

5.4 Conclusie

In deze scriptie stond de volgende probleemstelling centraal:

Is door de kwantitatieve voorwaarde van de liquidatieverliesregeling bereikt dat de toepassing van de liquidatieverliesregeling onder de werking van de vrijheid van vestiging valt?

Uit voorgaande discussie concludeer ik dat de kwantitatieve voorwaarde er niet voor zorgt dat de liquidatieverliesregeling exclusief onder de vrijheid van vestiging valt. Dit komt omdat ik verder concludeer dat de deelnemingsvrijstelling door het Hof van Justitie als generieke bepaling aangemerkt zal worden, ook al is de deelnemingsvrijstelling geen zuivere generieke bepaling. Doordat belangen vanaf 5% al onder de deelnemingsvrijstelling vallen heeft de deelnemingsvrijstelling daarmee een generiek karakter. In ieder geval is er naar mijn mening geen sprake van een specifieke bepaling, aangezien de deelnemingsvrijstelling niet ziet of gericht is op controlerende belangen. Dit valt ook te herleiden uit de aard van het kwalificerende belang van de deelnemingsvrijstelling. Een belang van 5% wordt namelijk gezien als een belang dat niet ter belegging wordt gehouden en wordt gezien als een gedeeltelijk verlengde van de bedrijfsvoering van de moedervenootschap. Dat daarbij sprake is van een controlerend belang hoeft niet het geval te zijn.

Uit het *FII 2* arrest komt naar voren dat elk belang bij een generieke maatregel getoetst kan worden aan de vrijheid van kapitaalverkeer. Hierdoor kunnen meerderheidsbelangen mogelijk naar feiten en omstandigheden van het geval onder het bereik van de vrijheid van kapitaalverkeer vallen. De kwantitatieve voorwaarde bewerkstelligt potentieel dus niet dat de grensoverschrijdende liquidatieverliesregeling altijd onder de vrijheid van vestiging zal vallen. Derde landen kunnen naar feiten en omstandigheden van het geval dus mogelijk aanspraak maken op het vrije kapitaalverkeer. Aan de kwantitatieve voorwaarde wordt al voldaan als een aandeelhouder meer dan 50% van de stemrechten heeft. In internationale verhoudingen moet nog blijken of dit voldoende is om de vrijheid van kapitaalverkeer buiten de deur te houden.

Daarnaast houdt de standstill bepaling een eventuele schending van de vrijheid van kapitaalverkeer niet tegen, omdat de Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling dateert uit 2021. De kwantitatieve voorwaarde bereikt naar mijn mening dus niet dat het vrije verkeer van vestiging exclusief van toepassing is op de liquidatieverliesregeling, omdat door het *FII 2* arrest ook aan het vrije verkeer van kapitaal getoetst kan worden bij generieke bepalingen.

5.5 Aanbevelingen

In theorie kunnen naar mijn mening grensoverschrijdende meerderheidsaandeelhouders in het kader van de liquidatieverliesregeling naar feiten en omstandigheden onder de vrijheid van kapitaalverkeer vallen. Of een beroep op de vrijheid van kapitaalverkeer naar feiten en omstandigheden daadwerkelijk mogelijk is, is stof voor vervolgonderzoek. In dit onderzoek moeten ook aspecten van het (inter)nationale ondernemingsrecht meegenomen worden. Op welke wijze een meerderheidsaandeelhouder dusdanig weinig invloed zou kunnen uitoefenen op het bestuur zodat de vrijheid van kapitaalverkeer van toepassing is op de liquidatieverliesregeling, is een van de vragen die naar mijn mening ook onderzocht moet worden. Ook de mogelijke invloed op de Europeesrechtelijke analyse van de gedachten achter het 5% aanmerkelijk belang van de inkomstenbelasting 2001 en het kwalificerend belang van de deelnemingsvrijstelling dient naar mijn mening in het vervolgonderzoek meegenomen te worden. Wat is namelijk de argumentatie achter de grens van een belang van 5% voordat er in de Nederlandse belastingwetgeving sprake is van een aanmerkelijk belang?

Daarnaast is ook een onderzoek naar de fiscale wenselijkheid en haalbaarheid van fiscale constructies omtrent de kwantitatieve voorwaarde wenselijk. Wanneer de kwantitatieve voorwaarde niet geheel doel zou treffen in de doelstelling om de vrijheid van vestiging exclusief van toepassing te laten zijn, behoeft de kwantitatieve voorwaarde mogelijk niet aangepast te worden. Dat de theoretische mogelijkheid openstaat om beroep te doen op het vrije kapitaalverkeer hoeft namelijk niet te betekenen dat de praktijk hierop zal reageren.

Indien het tegendeel waar blijkt te zijn, dient de wetgever zich nogmaals over de Wet beperking liquidatie-en stakingsverliesregeling te buigen om de vervulling van zijn doelstellingen beter tot uiting te brengen.

Literatuurlijst

Boeken

Aardema 1989

E. Aardema, *Deelnemingsvrijstelling in nationaal perspectief in: Belastingbeschouwingen*, Wolters Kluwer: Deventer 1989.

Christiaanse 1962

J.H. Christiaanse, *Deelnemingsvrijstelling in het Besluit op de vennootschapsbelasting 1942 en het ontwerp van de Wet op de vennootschapsbelasting 1960*, Wolters Kluwer: Deventer 1962.

Elsweier 2018

F.J. Elsheier, *Een rechtsvergelijking tussen de Nederlandse en Duitse winstbelasting van lichamen*, Wolters Kluwer: Deventer 2018.

Juch 1974

D. Juch, *De deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting*, Wolters Kluwer: Deventer 1974.

Kapteyn & VerLoren van Themaat 1995

P.J.G. Kapteyn & P.J.G. VerLoren van Themaat, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen: na Maastricht*, Wolters Kluwer: Deventer 1995.

Kiekebeld & van Eijdsen 2009

B.J. Kiekebeld & J.A.R. van Eijdsen, *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief*, Wolters Kluwer: Deventer 2009.

Kogels, Mees en Vermeend 2002

H.A. Kogels, H. Mees & W.A. Vermeend, *Compendium Europees belastingrecht*, Wolters Kluwer: Deventer 2002.

Marres, Vermeulen & Wattel 2018

P.J. Wattel, O. Marres & H. Vermeulen, *European Tax Law*, Wolters Kluwer: Deventer 2018

Martens 2017

W.C.M. Martens, *De deelnemingsvrijstelling in de Wet op de vennootschapsbelasting*, Wolters Kluwer: Deventer 2017.

Schipper 2019

N. P. Schipper, *De invloed van de woonplaats op de fiscale behandeling*, Wolters Kluwer: Deventer 2019.

Van den Dool e.a. 2017

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

Van der Geld 2011

J.A.G. van der Geld, *De deelnemingsvrijstelling*, Wolters Kluwer: Deventer 2011.

Van den Hurk 2001

H.T.P.M. van der Hurk, *Europees Gemeenschapsrecht en directe belastingen*, Wolters Kluwer: Deventer 2001.

Van der Streek 2017

J.L. Van der Streek, *Grondslag van de deelnemingsvrijstelling in de doctrine. Ne bis in idem versus verlengstukgedachte*, *Cursus Belastingrecht Archief 2017/Vpb.2.4.0.B.f*

Vleggeert 2009

J. Vleggeert, *Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht*, Wolters Kluwer: Deventer 2009.

Tijdschriften

Albert 2003

P. G. H. Albert, *Over vrijheid van vestiging, grensoverschrijdende fiscale eenheid en het mogelijke einde van de liquidatieverliesregeling en de belastingvrijstelling met progressievoorbehoud*, *FED 2004/101*.

Bobeldijk & Heitel 2020

A.C.P. Bobeldijk & D.L. Heitel, *Initiatiefwet aanpassingen in de liquidatie- en stakingsverliesregeling verdient nadere doordenking*, *WFR 2020/28*.

Brandsma 2017

R. Brandsma, *Een samenwerkende groep is een groep die samenwerkt*, *WFR 2017/28*

Brok 1960

A.L. Brok, *De ontwerp-op de vennootschapsbelasting 1960*, *MAB 1960/34*

De Groot en te Boekhorst 2013

I.M. de Groot & P.J. Boekhorst, *Gevolgen FII-2 voor de Nederlandse deelnemingsverrekening*, *WFR 2013/388*.

De Vries 2020

R.J. de Vries, *Deelnemingsvrijstelling en schadevergoedingen uit hoofde van wanprestatie: een jurisprudentieel drieluik*, *WFR 2020/215*

Douma 2012

S.C.W. Douma, *Vrij kapitaalverkeer na FII(2)*, *NFR 2012/2689*

Egelie 2007

W.F.E.M. Egelie, *Deelnemingen en de samenloop tussen art. 43 EG en art. 56 EG: hoe zit het nu?*, NTFR 2007/1374.

Elsweier 2021

F.J. Elsweier, *Verliezen in de VPB*, TFO 2021/176.1.

Fase 2008

A.A. Fase, *Het rangordevraagstuk in derdelandverhoudingen*, WFR 2008/687.

Hemels & Rompen 2010

S. J. C. Hemels & J.W. Rompen, *Vestiging of kapitaalverkeer: welke vrijheid heeft prioriteit*, WFR 2010/1058.

Hofman 2014

A.W. Hofman, *Hoog tijd voor modernisering liquidatieverliesregeling*, WFR 2014/787.

Hoogendoorn 1986

J. Hoogendoorn, *Het 'ne bis in idem'-beginsel en de deelnemingsvrijstelling*, FED 1986/1316

Kiekebeld 2013

B.J. Kiekebeld, *Kapitaalverkeer versus vestiging: eindelijk echt duidelijk?*, NTFR-B 2013/11.

Kiekebeld 2015

B.J. Kiekebeld, *Definitieve verliezen en de liquidatieverliesregeling*, NTFR-B 2015/23.

Manders & van Duuren 2008

E.J.W.M. Manders & T.P. van Duuren &, *Joint ventures en rechts(vorm)vernieuwing: convergentie en competitie*, TFO 2008/121.

Martens 2004

W.C.M. Martens, *De Liquidatieverliesregeling in de deelnemingsvrijstelling*, MBB 2004/4.

Meussen 2005

G.T.K. Meussen, *Fiscale eenheid en grensoverschrijdende verliesverrekening na Marks & Spencer*, WFR 2005/752.

Meussen 2008

G.T.K Meussen, *De fiscale aspecten van joint ventures*, TFO 2008/136.

Nijkeuter & de Wilde 2013

E. Nijkeuter & M.F. de Wilde, *“Met de kennis van nu...” (deel I)*, WFR 2013/138, 2.1.

Manders & van Duuren 2008

E.J.W.M. Manders & T.P. van Duuren &, *Joint ventures en rechts(vorm)vernieuwing: convergentie en competitie*, TFO 2008/121.

Van der Geld 2001

J.A.G van der Geld, *De deelnemingsvrijstelling*, TFO 2003/1

Van der Kroon 2010

M. G. H. van der Kroon, *Het Baarscriterium krijgt invulling*, WFR 2010/229.

Van der Streek 2007

J. L. van der Streek, *De nieuwe deelnemingsverrekening: verhouding tot internationaal en Europees belastingrecht (deel 1)*, WFR 2007/649.

J.C. van der Have & L.C. van Hulten

J.C. van der Have & L.C. van Hulten, *De samenwerkende groep in de context van hybride mismatches*, WFR 2020/237.

Van der Woude 2000

A. W. van der Woude, *EG-rechten, discriminaties en belemmeringen*, WFR 2000/1471.

Van Dieren & van Lindonk 2005

M.J. van Dieren & C.L. van Lindonk, *Liquidatieverliesregeling; een uitzondering in de deelnemingsvrijstelling?*, WFR 2005/1589.

Weber 1998

D. M. Weber, *Interne situaties, omgekeerde discriminatie en het gemeenschapsrecht: de grenzen worden opnieuw getrokken*, WFR 1998/1499.

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 1959/1960, 6000, p.14, MvT.

Kamerstukken II 1962/1963, 6000, nr.9.

Kamerstukken II, 1986/1987, 19968 nr.3.

Kamerstukken II, 1987/1988, 19968, nr. 7.

Kamerstukken II, 1989/1990, 19968, nr. 40.

Kamerstukken II 2005/2006, 30 572, nr. 4.

Kamerstukken II 2015/2016, 34 300 IX, nr. 4.

Kamerstukken II, 2020/2021, 35568, nr. 3, MvT.

Kamerstukken II 2020/2021, 35568, nr.4.

Wet van 16 december 2020, Stb. 2020, 35 568, nr. 539.

Wet van 12 december 2006, Stb. 2006, nr. 631. (Wet werken aan winst.)

Wet van 28 april 1990 Stb. 1990, nr. 173.

Jurisprudentie

Europees Hof van Justitie

HvJ EG 5 februari 1963, ECLI:EU:C:1963:1, C-26/62 (Van Gend & Loos)
HvJ EG 15 juli 1964, ECLI:EU:C:1964:66, C-6/64 (Costa Enel)
HvJ EG 21 juni 1974, ECLI:EU:C:1974:68, C 2-74 (Reyners).
HvJ EG 27 september 1988, ECLI:EU:C:1988:456, C-81/87(Daily Mail)
HvJ EG 19 juni 1990, ECLI:EU:C:1990:257, C-213/89 (Factortome)
HvJ EG 28 januari 1998, ECLI:EU:C:1992:35, C-204/90 (Bachmann)
HvJ EG 26 januari 1993, ECLI:EU:C:1993:27, C-112/91 (Werner)
HvJ EG 23 februari 1995, ECLI:EU:C:1995:54, C-358/93 & C-416/93 (Bordessa)
HvJ EG 14 december 1995, ECLI:EU:C:1995:451, C-163/94, 164 en 250/94 (Sanz de Lera)
HvJ EG 13 april 2000, ECLI:EU:C:2000:205, C-251/98 (Baars)
HvJ EG 6 juni 2000, ECLI:EU:C:2000:294, NTFR 2000/876 (Verkooijen), m.nt van Nispen tot Sevenaer.
HvJ EG 13 december 2005, ECLI:EU:C:2005:763, C-446/03 (Marks & Spencer II).
HvJ EG 13 december 2005, ECLI:EU:C:2005:763, BNB 2006/72 (Marks & Spencer II), m. nt Wattel.
HvJ EU 12 december 2006, ECLI:EU:C:2006:774, C-446/04 (FII 1)
HvJ EU 10 mei 2007, ECLI:EU:C:2007:273, C-492/04 (Lasertec).
HvJ EG 24 mei 2007, ECLI:EU:C:2007:297, FED 2007/57 (Holböck) m.nt. Smit.
HVJ EU 18 december 2007, ECLI:EU:C:2007:804, C-101/05 (Skatteverket),
HVJ EG 26 juni 2008, ECLI:EU:C:2008:365, C-284/06 (Burda).
HvJ 21 EU oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:622, C-81/09. (Idryma Typou AE)
HvJ EU 13 novemebr 2012, ECLI :EU :C :2012 :707, C-35/11 (FII 2)
HvJ EU 13 novemebr 2012, ECLI :EU :C :2012 :707, BNB 2013/28 (FII 2) m. nt. Wattel punt

Hoge Raad

HR 27 januari 1971, ECLI:NL:HR:1971:AX6839, BNB 1971/55.
HR 9 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AW9415, BNB 1982/230
HR 5 december 1984, ECLI:NL:PHR:1984:AW8394, BNB 1986/351
HR 11 juni 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AW7998, BNB 1987/201.
HR 24 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4424, BNB 1991/2.
HR 24 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8553, BNB 2002/262
HR 22 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8488, BNB 2003/34 (Falcons).
HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO7508, NTFR 2010/2882
HR 7 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:181, BNB 2014/80
HR 23 september 2016, JCDI:ADS111083:1, BNB 2017/11.

Gerechtshof

Hof Den Haag 27 maart 1958, ECLI:NL:GHSGR:1958:AY0818, BNB 1959/187 onder de werking van het besluit VpB 1942.

Overige bronnen

Brief VNO NCW van 16 mei 2019 als reactie op Initiatiefwetsvoorstel Wet aanpassing liquidatie- en stakingsverliesregeling, p.11. Geraadpleegd op: <https://www.vno-ncw.nl/brieven-en-commentaren/initiatiefwetsvoorstel-wet-aanpassing-liquidatie-en-stakingsverliesregeling>

Marit Muller Taxlive.nl 9 mei 2019, Geraadpleegd op: <https://www.taxlive.nl/nl/documenten/nieuws/liquidatieverliesregeling-mogelijk-onnodig-op-de-schop/>

MvT Consultatie Initiatiefwetsvoorstel liquidatieverliesregeling 16 april 2019. Geraadpleegd op: <https://www.internetconsultatie.nl/liquidatieverliesregeling>

NOB-commentaar Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling van 2 oktober 2020. Geraadpleegd op: <https://www.nob.net/nob-commentaar-wet-beperking-liquidatie-en-stakingsverliesregeling>

Trouw 29 november 2018 geraadpleegd op: <https://www.trouw.nl/nieuws/shell-betaalt-in-nederland-geen-winstbelasting~ba0ffbe9/>