

A blurred office scene featuring a desk with a laptop, a pen, and documents. A red vertical bar is on the left side of the image.

# De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting

nieuwe  
perspectieven



## INHOUDSOPGAVE

- 03** Voorwoord
- 04** **Hoofdstuk 1:** Het ene wegdenken is het andere niet
- 10** **Hoofdstuk 2:** Wet spoedreparatie fiscale eenheid en art. 10a Wet VPB 1969; geschikt en noodzakelijk?
- 17** **Hoofdstuk 3:** De Europeesrechtelijke houdbaarheid van de interactie tussen de earningsstrippingmaatregel en de fiscale eenheid
- 25** **Hoofdstuk 4:** De jurisprudentie van het Hof van Justitie EU
- 30** **Hoofdstuk 5:** De toekomst van de fiscale eenheid: behoud van het regime of implementatie van een alternatieve concernregeling

### HET BDO TAX FUND

Het BDO Tax Fund is een joint venture van BDO Belastingadviseurs en Tilburg University. Het fonds steunt onderzoek en kennisoverdracht op het terrein van nationale en internationale fiscaliteit. Om kennisdeling extra te stimuleren, houdt het BDO Tax Fund periodiek een congres en geeft het fonds een congresbundel uit.

Deze publicatie is zorgvuldig voorbereid en tot stand gekomen, maar is in algemene bewoordingen gesteld en bevat alleen informatie van algemene aard. De in deze publicatie opgenomen informatie kan komen uit algemeen verkrijgbare bronnen, zodat wij niet kunnen instaan of verantwoordelijk gehouden kunnen worden voor de juistheid, volledigheid en actualiteit van de gebruikte informatie en de wijze waarop deze informatie in de publicatie is verwerkt. Daarbij bevat deze publicatie geen advies voor concrete situaties, zodat uitdrukkelijk wordt afgeraden om zonder advies van een deskundige op basis van de informatie in deze publicatie te handelen, na te laten of besluiten te nemen. Voor het verkrijgen van een advies dat is toegesneden op uw concrete situatie, kunt u zich wenden tot BDO Accountants & Belastingadviseurs B.V. of een van haar adviseurs. BDO Accountants & Belastingadviseurs B.V., de met haar gelieerde partijen en haar adviseurs aanvaarden geen aansprakelijkheid voor schade die het gevolg is van handelen, nalaten of het nemen van besluiten op basis van de informatie in deze publicatie.

Copyright © 2019 BDO

## VOORWOORD

Op 6 juni 2019 heeft het BDO Tax Fund congres 'De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting' plaatsgevonden in het Koning Willem II Stadion te Tilburg. De aanleiding voor het congres waren de vele ontwikkelingen inzake de fiscale eenheid: een veelbesproken en zeer actueel onderwerp, bijzonder relevant voor de belastingadviespraktijk en daarom een congres waard.

Onder grote belangstelling werd het congres geopend door prof. Jan van de Streek die op zijn geheel eigen wijze inging op de invloed van het Europese recht op ons nationale recht. In een duopresentatie van de collega's Michel Ruijschop en Bart van der Burgt werden de hoofdlijnen van de nieuwe wetgeving geschetst. Hoe de voortdurende wijzigingen en onzekerheden het bedrijfsleven raken werd duidelijk gemaakt door Johan van der Zande (Tax Manager Benelux 3M). Frank Elsweier ten slotte gaf een doorkijkje naar de mogelijke toekomst van het Nederlandse fiscale eenheidsregime.

Het BDO Tax Fund is een samenwerkingsverband tussen BDO en Tilburg University. Daarom hebben ook studenten onderzoek gedaan en hun conclusies gepresenteerd op het congres.

Zij stonden onder andere stil bij de arresten van het Hof van Justitie die de aanleiding zijn geweest voor de ingrijpende wetswijziging. Daarnaast werden diverse systemen uit andere landen besproken en hieruit werden aanbevelingen gedaan voor de richting waarin Nederland zich zou moeten bewegen. Ook werd de wetswijziging kritisch beschouwd en van gefundeerd commentaar voorzien.

In deze bundel is een aantal van deze lezingen uitgewerkt. Wij hopen dat deze zeer lezenswaardige bijdragen bij kunnen dragen aan het debat over de fiscale eenheid in de VPB.

Het was een geslaagd congres met indrukwekkende en inspirerende presentaties van zowel de professionals als studenten. Ik gun u veel leesplezier bij deze congresbundel.



**Eddy Staas**

Voorzitter Managementteam

Belastingadvies BDO Nederland

A photograph of a business meeting. In the foreground, a person's hand is writing on a document with a pen. Another person's hand is visible on the left, gesturing. In the background, a man in a suit is gesturing with his hands. The scene is set around a wooden table with various office supplies like a pen case and a stapler. The lighting is warm and natural, suggesting an indoor setting with windows.

# Het ene wegdenken is het andere niet

mr. G.C. van der Burgt en mr. M.H.C. Ruijschop<sup>1</sup>

<sup>1</sup> *Bart van der Burgt is verbonden aan Tilburg University en tevens werkzaam bij het Bureau Vaktechniek van BDO. Michel Ruijschop is verbonden aan de Universiteit Leiden en hoofd Vaktechniek bij BDO Belastingadviseurs.*

**Vanaf 2018 zijn twee nieuwe voorschriften toegevoegd aan de reeds omvangrijke wettelijke regeling inzake de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting: de leden 16 en 17 van artikel 15 Wet VPB 1969. Deze twee bepalingen zijn in mei van dit jaar met terugwerkende kracht tot en met 2018 ingevoerd bij de Wet spoedreparatie fiscale eenheid. In de kern houden deze bepalingen in dat voor de toepassing van een aantal andere regelingen moet plaatsvinden 'als ware er geen fiscale eenheid'. Dit wordt ook wel genoemd het wegdenken van de fiscale eenheid. Wegdenken klinkt eenvoudig, maar dat is het niet. Feit is en blijft dat ondanks deze nieuwe voorschriften in werkelijkheid wel nog sprake is van een fiscale eenheid. Alle gewone gevolgen van de fiscale eenheid blijven in stand, alleen de 'uitstraling' van de fiscale eenheid naar de genoemde bepalingen wordt in meer of mindere mate tenietgedaan. De mate waarin dat dient te geschieden is tijdens de parlementaire behandeling van de Wet spoedreparatie fiscale eenheid veelvuldig aan de orde geweest.**

### **Historisch beperkt wegdenken**

Een bijzonderheid van dit wegdenken is dat het 'zonder temporele beperking' moet plaatsvinden. Uit de Kamerbehandeling van de Wet spoedreparatie fiscale eenheid blijkt dat dit inhoudt dat de betreffende regelingen moeten worden toegepast als ware er nimmer een fiscale eenheid geweest. Het spoedreparatieregime geldt vanaf 2018, maar door dit historische wegdenken van de fiscale eenheid kunnen de nieuwe voorschriften materiële terugwerkende kracht hebben. Rechtshandelingen die in het verleden zijn uitgevoerd kunnen vanaf 2018 bezwarende gevolgen hebben, omdat zij op hun fiscale merites moeten worden beoordeeld vanuit de fictie dat er op het tijdstip van de rechtshandeling geen sprake was van een fiscale eenheid. Een belangrijk vraagstuk dat tijdens de Kamerbehandeling van de Wet spoedreparatie fiscale eenheid speelde was naar de exacte reikwijdte van het historische wegdenken van de fiscale eenheid. Uit diverse passages blijkt dat de fictie niet zo ver reikt dat de fiscale werkelijkheid van het bestaan hebben van de fiscale eenheid integraal moet worden gereconstrueerd. Anders verwoord: de gematerialiseerde gevolgen van de fiscale eenheid worden zoveel mogelijk erkend. Het historische wegdenken van de fiscale eenheid is dus beperkt. Hoe beperkt er moet worden weggedacht is daarbij wel afhankelijk van de bepaling waarvoor de fiscale eenheid dient te worden genegeerd.

## Het wegdenken van de fiscale eenheid voor de toepassing van art. 10a Wet VPB 1969

Art. 10a Wet VPB 1969 is een uitermate gecompliceerde aftrekbeperking voor rente, kosten en valutaresultaten die verband houden met zogenoemde 'winstdrainageconstructies'. In het kort zijn dat constructies waardoor een rentestroom op gang wordt gebracht ten laste van de Nederlandse vennootschapsbelastinggrondslag, terwijl de corresponderende rentebate niet of slechts beperkt wordt belast. Daarbij moet het gaan om een schuld aan een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon die verband houdt met een zogenoemde besmette rechtshandeling.

Om met dit laatste te beginnen: het is duidelijk dat (bijvoorbeeld) een kapitaalstorting van een moedermaatschappij in de gevoegde dochtermaatschappij vanaf 2018 onder het bereik van art. 10a Wet VPB 1969 valt. Dat geldt ook als de kapitaalstorting vóór 2018 heeft plaatsgevonden (historisch wegdenken van de fiscale eenheid). Maar is dat ook het geval als de daarmee verband houdende schuld een geldlening betreft die van een gevoegde maatschappij is betrokken? Deze vraag heeft de staatssecretaris tijdens de Kamerbehandeling, voor alle zekerheid, bevestigend beantwoord. Dat kan leiden tot de bizarre gevolgtrekking dat in werkelijkheid geen rente is afgetrokken (de interne lening is immers door de werking van de fiscale eenheid non-existent), maar desalniettemin art. 10a Wet VPB 1969 moet worden toegepast.

Het effect daarvan is dat de (niet-afgetrokken) (zakelijke) rente bij de winst van de fiscale eenheid moet worden bijgeteld. Wij vinden dat hier iets wordt gerepareerd dat niet stuk is. Het Europese recht noopt volgens ons niet tot deze uitleg. Hier wordt dus volgens ons teveel weggedacht. Een vraag die de gemoederen ook bezig heeft gehouden is het effect van het wegdenken van de fiscale eenheid op de tegenbewijsregeling bij de toepassing van art. 10a Wet VPB 1969. Op grond hiervan leidt art. 10a Wet VPB 1969 niet tot een aftrekbeperking c.q. grondslagverhoging als aan de rechtshandeling en de beslissing om deze met een verbonden lening te financieren overwegend zakelijke overwegingen ten grondslag liggen en als sprake is van voldoende compenserende heffing (in dat laatste geval verschuift de bewijslast van het niet bestaan van voldoende zakelijke redenen naar de inspecteur).

Eerst bezien we de invloed van het spoedreparatieregime op de zakelijkheidstoets. Welke onzakelijke overwegingen zouden ten grondslag kunnen liggen aan een lening betrokken van een gevoegde maatschappij, nu een dergelijke lening in werkelijkheid als gevolg van het bestaan van de fiscale eenheid geen fiscale gevolgen heeft. De staatssecretaris beantwoordt deze vraag niet duidelijk tijdens de Kamerbehandeling maar houdt angstvallig de kaarten tegen de borst. Het lijkt erop dat in een dergelijke situatie moet worden getoetst aan de (fiscale) motieven die er zouden zijn geweest als er geen fiscale eenheid zou zijn geweest.

Kennelijk moet hier iets worden 'bijgedacht', namelijk een belastingbesparing die in werkelijkheid non-existent is. Dat is toch wel een merkwaardig effect van het spoedreparatieregime.

De andere poot van de tegenbewijsregeling – de compenserende heffingstoets – piept en kraakt evenzeer onder de druk van het spoedreparatieregime. Bij normale toepassing van de compenserende heffingstoets is daaraan onder meer niet voldaan, met als gevolg dat art. 10a Wet VPB 1969 tot een aftrekbeperking leidt, als bij de (niet in de fiscale eenheid gevoegde) verbonden ontvanger van de rente verliezen uit het verleden op de lat staan waarmee de rentebate kan worden verrekend. Maar hoe moet het wegdenken van de fiscale eenheid worden toegepast als zonder de fiscale eenheid nog verliezen zouden openstaan die in werkelijkheid al lang zijn weggestreept tegen winsten van andere gevoegde maatschappijen. De fiscale eenheid moet immers zonder temporele beperking worden weggedacht. De staatssecretaris heeft tijdens de Kamerbehandeling van de Wet spoedreparatie fiscale eenheid bevestigd dat reeds horizontaal verrekende verliezen niet alsnog 'herleven' en dan op de een of andere manier moeten worden bijgeteld. Dus hier uitdrukkelijk weer niet een vorm van 'bijdenken', maar beperkt wegdenken van de fiscale eenheid. Maar daarmee was niet alles gezegd over verliezen en de toepassing van de compenserende heffingstoets op spoedreparatiebasis. Ingeval de crediteur als dochtermaatschappij met de debiteur in de fiscale eenheid is gevoegd, heeft de crediteur doorgaans geen 'eigen'

verliezen. Alle verliezen die tijdens de fiscale eenheid zijn geleden, zijn immers juist door de werking van de fiscale eenheid verliezen van de moedermaatschappij. Moet men in dat geval beoordelen in welke mate dergelijke verliezen zijn opgeroepen door een maatschappij en de verliezen vervolgens in lijn daarmee daaraan toerekenen? Die vraag is tijdens de Kamerbehandeling van de Wet spoedreparatie fiscale eenheid eenduidig ontkennend beantwoord. De lezer die hieruit concludeert dat dergelijke verliezen dus aan de moedermaatschappij moeten worden toegerekend, en dus bij een lening van een dochtermaatschappij de compenserende heffingstoets niet buiten spel zetten, komt echter bedrogen uit. De staatssecretaris is van mening dat verliezen die tijdens het bestaan van de fiscale eenheid zijn geleden en nog op de lat van de (moedermaatschappij van de) fiscale eenheid staan, per definitie relevant zijn voor de compenserende heffingstoets, dus ook als de crediteur een dochtermaatschappij is. Met andere woorden: voor zover het de compenserende heffingstoets en verliezen van de fiscale eenheid betreft, wordt de fiscale eenheid niet weggedacht maar (juist) als gegeven erkend. Hier vindt het wegdenken van de fiscale eenheid dus (historisch) beperkt plaats. De reden is dat de vergelijking wordt gemaakt met een grensoverschrijdende situatie waarin de gevolgen van een eventueel buitenlands groepsregime (ook) worden meegenomen bij het aanleggen van de compenserende heffingstoets. Wat ons betreft is dat een redenering die hout snijdt en begrijpelijk is in het licht van de per-elementrechtspraak van het EU Hof van Justitie en de historie van de compenserende heffingstoets.

## Het wegdenken van de fiscale eenheid voor de toepassing van art. 20a Wet VPB 1969

Art. 20a Wet VPB 1969 bevat een bepaling die 'handel in verlieslichamen' beoogt te bestrijden. Wijzigt het uiteindelijke belang in de belastingplichtige in belangrijke mate (30% of meer), dan zijn verliezen uit voorafgaande jaren als hoofdregel niet meer voorwaarts te verrekenen met winsten van de jaren na die belangwijziging. Daarnaast kan art. 20a Wet VPB 1969 ertoe leiden dat verliezen niet meer achterwaarts verrekenbaar zijn. Hiertoe moet per verlies drie toetsen worden doorlopen:

- 1 De beleggingstoets;
- 2 De inkrimpingstoets;
- 3 De intentietoets.



In dit kader zijn alleen de beleggingstoets en de inkrimpingstoets van belang. De beleggingstoets houdt in dat de bezittingen van de belastingplichtige niet gedurende ten minste negen maanden voor meer dan 50% uit beleggingen mogen bestaan. Zonder het spoedreparatieregime wordt dit voor de gehele fiscale eenheid beoordeeld, dus met inbegrip van bijvoorbeeld een dochtermaatschappij met een actieve onderneming. De inkrimpingstoets eist een vergelijking van de gezamenlijke omvang van de werkzaamheden in het oudste nog openstaande verliesjaar met de omvang direct voorafgaand aan de relevante belangwijziging. Als deze vergelijking uitwijst dat de relevante werkzaamheden en bezittingen sinds het (oudste) verliesjaar met 70% of meer zijn afgenomen, vervalt het verlies. Voor de invoering van het spoedreparatieregime moest ook deze toets voor de hele fiscale eenheid worden beoordeeld. Vanaf 2018 moeten beide toetsen worden uitgevoerd 'als ware er geen fiscale eenheid'. Dat betekent dat de beoordeling per gevoegde maatschappij moet plaatsvinden. De uitleg die de staatssecretaris voor art. 20a Wet VPB 1969 daaraan geeft houdt volgens ons in dat ook bij deze twee toetsen moet worden uitgegaan van de bezittingen en de activiteiten die (civielrechtelijk) in werkelijkheid aan de desbetreffende maatschappij moeten worden toegerekend. Dus ook hier weer wordt het bestaan van de fiscale eenheid erkend. Dat geeft wel mogelijkheden in de praktijk. De fiscale eenheid kan dan immers worden benut om (voor de overdracht van de aandelen) de bezittingen en de activiteiten zo te (re)organiseren dat de toepassing van beide genoemde toetsen op spoedreparatieregime geen pijn (meer) doet.



Art. 20a Wet VPB 1969 leidt overigens slechts dan tot het vervallen van een verlies als sprake is van een werkelijk bestaand verlies van de fiscale eenheid. In zoverre geldt hier eenzelfde 'wegdenkbenadering' als ten aanzien van art. 10a Wet VPB 1969. Maar er is ook een duidelijk verschil. Anders dan bij de toepassing van de compenserende heffings-toets in het kader van art. 10a Wet VPB 1969 op spoedreparatiebasis, moeten voor de toepassing van art. 20a Wet VPB 1969 de verliezen van de fiscale eenheid wel worden toegerekend aan de verschillende maatschappijen. Lid 17 van art. 20a Wet VPB 1969 drukt dat met zoveel woorden uit. Gelet op de systematiek van art. 20a Wet VPB 1969 is dat in onze ogen een logisch verschil. Die toerekening 'als ware er geen fiscale eenheid' moet volgens de staatssecretaris 'zo zelfstandig mogelijk' plaatsvinden. Maar de bestaande bepalingen die vorm en inhoud geven aan een vergelijkbare benadering van de fiscale eenheid op basis van fictieve zelfstandigheid, onder meer relevant voor de verrekening van verliezen over het voegingstijdstip heen, moeten daarbij niet als richtsnoer worden genomen, aldus de bewindsman. Die opvatting betekent onder meer dat bij de allocatie van verliezen van de fiscale eenheid onderlinge rechtsverhoudingen (dus huur-, rente- en royaltybetalingen) dienen te worden genegeerd. Een begrijpelijke opvatting, dat wel, maar ook weer een bijzondere twist aan het fenomeen wegdenken van de fiscale eenheid dat vanaf 2018 zijn intrede heeft gedaan.

### Conclusie: wegdenkverschillen

In het voorgaande hebben wij aan de hand van twee voorschriften waarvoor de fiscale eenheid vanaf 2018 moet worden genegeerd, art. 10a en art. 20a Wet VPB 1969, aangetoond dat het wegdenken van de fiscale eenheid 'historisch beperkt' moet plaatsvinden. Uit de Kamerbehandeling van de Wet spoedreparatie fiscale eenheid blijkt ook dat dit historisch beperkte wegdenken van de fiscale eenheid voor beide bepalingen grofweg langs dezelfde lijnen verloopt, maar ook opvallende verschillen kent en dat er soms ook nog iets moet worden 'bijgedacht' dat er in werkelijkheid niet is.

Hoewel de verschillen in wegdenkscenario vaak wel verklaarbaar zijn vanuit de ratio van de spoedreparatie fiscale eenheid in combinatie met de desbetreffende maatregel waarvoor de fiscale eenheid moet worden weggedacht, maakt het de toepassing van het spoedreparatieregime in de praktijk geen eenvoudige aangelegenheid. Het wegdenken van de fiscale eenheid is kennelijk een vaardigheid die men slechts na bestudering van vele pagina's wetsgeschiedenis meester kan maken.



# Wet spoedreparatie fiscale eenheid en art. 10a Wet VPB 1969; geschikt en noodzakelijk?

E. Etman<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Eline Etman is studente Fiscale Economie aan Tilburg University.

Na een lang parlementair proces is de Wet spoedreparatie fiscale eenheid, bijna een jaar na indiening, op 17 mei 2019 in werking getreden. Deze spoedreparatiemaatregelen hebben tot veel discussie geleid. Met name de onduidelijkheid over de uitwerking van de spoedreparatiemaatregelen en de terugwerkende kracht zorgden voor onzekerheid. Daarnaast worden er ook vraagtekens gezet bij de weg die de staatssecretaris met deze wet is ingeslagen. In hoeverre zijn de spoedmaatregelen fiscale eenheid voor de toepassing van art. 10a Wet VPB 1969 geschikt en noodzakelijk?

### De essentie van art. 10a Wet VPB 1969

Art. 10a Wet VPB 1969, een anti-winstdrainagebepaling, is gericht tegen constructies waarbij op gekunstelde wijze rentelasten worden gecreëerd die ten koste gaan van de Nederlandse belastinggrondslag. Als een lening van een verbonden lichaam of verbonden persoon verband houdt met een van de volgende rechtshandelingen:

- ▶ een dividenduitkering of een terugbetaling van gestort kapitaal aan een verbonden lichaam,
- ▶ een kapitaalstorting in een verbonden lichaam, of
- ▶ de verwerving of uitbreiding van een belang in een vennootschap dat na deze rechtshandeling een verbonden lichaam is,
- ▶ wordt de rente die de belastingplichtige betaalt op deze lening in aftrek beperkt tenzij belastingplichtige kan voldoen aan één van de tegenbewijsmogelijkheden in lid 3:
- ▶ de dubbele zakelijkheidstoets: Aan de schuld en de rechtshandeling liggen in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag, of
- ▶ de compenserende heffingstoets: De rente over de lening bij de crediteur is daadwerkelijk belast tegen een naar Nederlandse maatstaven redelijk tarief.

De compenserende heffingstoets slaagt echter alsnog niet indien de inspecteur aannemelijk maakt dat:

- ▶ de schuld is aangegaan met het oog op het verrekenen van verliezen of andersoortige aanspraken welke in het jaar zelf zijn ontstaan dan wel op korte termijn zullen ontstaan of dat aan de schuld, of
- ▶ aan de schuld of aan de daarmee verband houdende rechtshandeling niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.

### De fiscale eenheid na de spoedmaatregelen

In het arrest X-BV<sup>3</sup> heeft het HvJ EU een belemmering geconstateerd die wordt veroorzaakt door de samenloop tussen art. 10a en art. 15 Wet VPB 1969 waar geen rechtvaardiging voor bestaat. De staatssecretaris heeft ervoor gekozen door spoedreparatiemaatregelen de strijdigheid met het EU-recht weg te nemen. De kern van deze spoedmaatregelen is gelegen in het nieuwe art. 15 lid 16 Wet VPB 1969, waarin de abstractiebenadering is opgenomen. Dit houdt in dat op grond van deze regeling art. 10a Wet VPB 1969 en de daarmee verband houdende regelingen moeten worden toegepast alsof de fiscale eenheid niet bestaat. Aan deze spoedreparatie is formele terugwerkende kracht toegekend tot 1 januari 2018. Verder is er geen temporele beperking toegekend aan art. 15 lid 16 Wet VPB 1969 wat inhoudt dat de fiscale eenheid voor de toepassing van art. 10a Wet VPB 1969 wordt weggedacht alsof er nooit sprake is geweest van een fiscale eenheid ('historisch wegdenken'). Tevens stelt de staatssecretaris dat de regelingen moeten

worden toegepast alsof de maatschappijen van de fiscale eenheid zelfstandig belastingplichtig zijn, wat lijkt te wijzen op het onbeperkt wegdenken van de fiscale eenheid.

### Wat betekent dit voor de toepassing van art. 10a Wet VPB 1969?

Door de spoedreparatie worden de zogenoemde 'interne rechtshandelingen' en 'interne leningen' zichtbaar voor de toepassing van de renteaftrekbepanking in art. 10a Wet VPB 1969. Vanaf 1 januari 2018 zijn deze transacties dus van belang om te bepalen of sprake is van een lening aan een verbonden persoon die samenhangt met een besmette rechtshandeling. Als in deze gevallen sprake is van een art.10a-lening waarbij niet wordt voldaan aan de tegenbewijsmogelijkheden, dan worden de gevolgen van art. 10a Wet VPB 1969 zichtbaar doordat de fiscale eenheidswinst wordt verhoogd met de niet-aftrekbare rente. Deze bijtelpost hoort tot de zelfstandige winst van de debiteur.

Ook in de gevallen van een interne rechtshandeling of een interne lening bestaat een mogelijkheid om tegenbewijs te leveren op grond van art. 10a lid 3 Wet VPB 1969. Mijns inziens dient de dubbele zakelijkheidstoets ten aanzien van de interne lening zo uitgelegd te worden dat de schuld altijd zal voldoen aan de zakelijkheidstoets aangezien in deze situaties geen mogelijkheid bestaat tot renteaftrek, alleen hypothetisch vanwege het wegdenken van de fiscale eenheid, en dus niet zijn aangegaan

<sup>3</sup> HvJ EU 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110.

met het oog op het creëren van aftrekbare lasten in Nederland. Ergo, ten aanzien van de dubbele zakelijkheidstoets moet de fiscale eenheid beperkt worden weggedacht.

Daarmee is nog niet voldaan aan de dubbele zakelijkheidstoets want ook de rechtshandeling moet op zakelijkheid worden beoordeeld en deze lift niet automatisch mee op de schuld. In het kader van de compenserende heffingstoets is door de staatssecretaris gesteld dat er doorgaans geen sprake zal zijn van verrekening van verliezen of andersoortige aanspraken als de crediteur en de fiscale eenheid geen voorvoegingsverliezen of andere te verrekenen verliezen hebben. Voor deze toets zijn dus ook de verliezen van de fiscale eenheid van belang wat tevens lijkt te wijzen op het beperkt wegdenken van de fiscale eenheid.

Ten aanzien van interne lening loopt de compenserende heffingstoets echter niet goed vanwege de fictie dat sprake is van aftrekbare rente en een belaste rentebate, terwijl deze buiten de toepassing van art. 10a Wet VPB 1969 fiscaal non-existent blijven. Zo zorgt de aanwezigheid van voorvoegingsverliezen bij de crediteur ervoor dat de compenserende heffingstoets niet slaagt aangezien hij de rentebate fictief hiermee kan verrekenen. In werkelijkheid heeft hij deze mogelijkheid echter niet. De aanwezige voorvoegingsverliezen en fiscale eenheidsverliezen leiden dus alleen tot een belastingbesparing in een hypothetisch scenario dat zich in werkelijkheid niet voordoet.<sup>4</sup>



<sup>4</sup> Dr. A.W. Hofman, Straf zonder schuld: de spoedreparatie fiscale eenheid en interne leningen, WFR 2018/156.

## Geschied en noodzakelijk?

### Terugwerkende kracht

De kwaliteitseis rechtmatigheid en verwezenlijking van rechtsbeginselen wordt benoemd als de meest wezenlijke kwaliteitseis voor wetgeving.<sup>5</sup>

Onderdeel van deze kwaliteitseis is het aandacht hebben voor het moment van inwerkingtreding van de wet en het algemene rechtsbeginsel van rechtszekerheid. In dit kader is het dus belangrijk om de terugwerkende kracht van de spoedmaatregelen tot 1 januari 2018 te toetsen. De Raad van State heeft hiervoor een toetsingskader ontwikkeld<sup>6</sup> die in het wetgevingsproces ook door de staatssecretaris is aangehaald:

- a** Er is sprake van bijzondere omstandigheden die de terugwerkende kracht van de maatregel rechtvaardigen, en
- b** De maatregelen voldoende kenbaar zijn bij belastingplichtigen vóór het tijdstip waarop het regime zal gaan gelden.

Aan beide voorwaarden dient te worden voldaan om de terugwerkende kracht te rechtvaardigen. Bij bijzondere omstandigheden kan worden gedacht aan aanmerkelijke aankondigingseffecten of een omvangrijk oneigenlijk gebruik of misbruik van een wettelijke voorziening.

Ondanks de nodige kanttekeningen heeft mijns inziens het inzetten van het wetgeven per persbericht geen inbreuk gemaakt op de rechtszekerheid van belastingplichtigen, daar de problemen ook hadden gespeeld als was gewacht tot het verschijnen van het wetsvoorstel.

Geldt dit echter ook voor de terugwerkende kracht die hiermee gepaard gaat? Mijns inziens kan worden gesteld dat sprake is van omvangrijk misbruik. Hoewel dit misbruik niet door een wettelijke voorziening komt, bestaat tot het moment van reparatie de mogelijkheid om op kunstmatige wijze de Nederlandse grondslag uit te hollen, die alleen openstaat voor internationale concerns. Dit is gelet op de recente ontwikkelingen op EU-gebied, zoals de ATAD-richtlijnen, als zeer onwenselijk bestempeld en het is dan ook logisch dat een arrest van het HvJ EU die juist deze mogelijkheid openstelt met terugwerkende kracht te repareren. Echter op 1 januari 2018 is niet voldaan aan het kenbaarheidsvereiste. Pas op het moment van het verschijnen van het wetsvoorstel en de memorie van toelichting kan worden gesteld dat er sprake is van daadwerkelijke kenbaarheid bij de belastingplichtigen, ondanks dat er op dat moment nog steeds enige onzekerheden waren. De terugwerkende kracht is dus noodzakelijk maar niet geschikt aangezien de inwerkingtreding voor het moment ligt dat gesproken kan worden van daadwerkelijke kenbaarheid bij belastingplichtigen.

<sup>5</sup> Kamerstukken II, 1990-1991, 22 008, nrs. 1 en 2, p. 24.

<sup>6</sup> Kamerstukken II, 1994/95, 24 172, A.

## EU-recht

Hoe verhouden de spoedmaatregelen zich met het EU-recht met in het bijzonder de verdragsvrijheden? Daarbij maak ik een onderscheid tussen interne rechtshandelingen en interne leningen. De interne rechtshandeling speelde in de casus van het arrest van het HvJ EU op 22 februari 2018. Dat deze transactie dus in de spoedreparatie moest worden opgenomen was evident. Daarnaast heb ik geconstateerd dat de spoedmaatregelen tevens geschikt zijn om de geconstateerde strijdigheid met de vrijheden van vestiging weg te nemen.

Hetzelfde geldt echter niet voor de interne lening. Bij een rentestroom uit het buitenland is er geen sprake van een voordeel waar een beroep op per-elementbenadering mogelijk is. Er is hoogstens bij de buitenlandse crediteur sprake van een dispariteit ten aanzien van de rentebate, maar daarvoor is een beroep op de verdragsvrijheden niet mogelijk. Bij een rentestroom naar het buitenland is wel een gunstigere behandeling van het rente-inkomen in een binnenlandse situatie dan die in een grensoverschrijdende situatie, waardoor een beroep op de per-elementbenadering in beginsel mogelijk is. Dit verschil in behandeling wordt echter gerechtvaardigd door de noodzaak om de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel te verzekeren of door de evenwichtige verdeling van de

heffingsbevoegdheid en de noodzaak om belastingontwijking te voorkomen. Mijns inziens is het toevoegen van de interne lening aan de Wet spoedreparatie fiscale eenheid derhalve niet noodzakelijk op grond van het toetsingskader voor de vrijheid van vestiging. Daarnaast is het wetgeven vanuit een safety first-gedachte naar mijn mening geen geschikte manier van wetgeven. Zeker als daar nog eens bijkomt dat indien op een later moment vast komt te staan dat de interne lening geen EU-rechtelijk risico met zich meebrengt, slechts voor toekomstige situaties wordt bezien of aanpassen van de spoedreparatie voor die gevallen wenselijk is.

## Is art. 10a nog een anti-winstdrainagebepaling?

Het doel van art. 10a Wet VPB 1969 is het tegengaan van constructies waarbij op gekunstelde wijze rentelasten worden gecreëerd die ten koste gaan van de Nederlandse belastinggrondslag. Art. 10a Wet VPB 1969 is door de spoedmaatregelen in haar reikwijdte uitgebreid maar bestrijdt nog wel winstdrainage en de toevoeging van de interne rechtshandeling is dan ook zeker te volgen. Echter doordat bij een interne lening in fiscaal opzicht geen rentelasten zichtbaar zijn kan dit ook niet ten koste gaan van de belastinggrondslag. Het opnemen van de interne lening in de spoedmaatregelen strookt dus niet met de doelstelling van art. 10a Wet VPB 1969. Daarnaast biedt ook de tegenbewijsregeling niet in alle gevallen

een uitkomst. Het kan namelijk voorkomen dat er geen sprake is van winstdrainage maar dat art. 10a Wet VPB 1969 wel van toepassing kan zijn vanwege de slechts fictieve mogelijkheid van de crediteur om verliezen te verrekenen met de ontvangen rentebate. In de werkelijkheid resulteert dit in een belasting als het ware over de rentelasten bij de debiteur.

Deze onevenwichtigheid is ook niet weg te nemen zolang een renteaftrekbeperking wordt toegepast in gevallen waar in werkelijkheid geen rente kan worden afgetrokken. Derhalve is mijns inziens art. 10a Wet VPB 1969 geen geschikte anti-winstdrainagebepaling meer te noemen omdat dit artikel zich niet meer slechts richt op daadwerkelijke (niet-fictieve) winstdrainage. Het is ook niet noodzakelijk om de interne lening toe te voegen aangezien in deze situaties geen sprake kán zijn van winstdrainage.

## Conclusie

Mijns inziens zijn de spoedmaatregelen fiscale eenheid voor de toepassing van art. 10a Wet VPB 1969 slechts geschikt en noodzakelijk ten aanzien van de interne rechtshandeling. De toevoeging van de interne lening is echter op elk vlak niet noodzakelijk en ook niet geschikt waardoor er wetgeving is ontstaan die rammelt aan alle kanten en voor de nodige rechtsonzekerheid heeft gezorgd. De terugwerkende kracht die daar mee gepaard gaat versterkt deze onzekerheid alleen maar. Het is nogmaals erg jammer te noemen dat de staatssecretaris, maar daarmee tevens de formele wetgever, in het kader van de Wet spoedreparatie fiscale eenheid meer belang hecht aan het braafste jongetje van de klas zijn wat betreft het EU-recht, dan aan zuivere wetgeving. Ik spreek daarbij de (ijdele) hoop uit dat hier toch nog op wordt teruggekomen, met tevens terugwerkende kracht (is wel zo eerlijk!), waardoor de praktijk niet langer te maken heeft met de vreemde situatie dat een renteaftrekbeperking toegepast dient te worden in gevallen waarin geen rente kán worden afgetrokken.



A golden scale of justice and a wooden gavel on a desk with books in the background. The scale is in the center, and the gavel is in the foreground on the right. The background is a blurred bookshelf with several books.

# De Europeesrechtelijke houdbaarheid van de interactie tussen de earningsstrippingmaatregel en de fiscale eenheid

B. Rombouts<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Bas Rombouts is student Fiscale Economie aan Tilburg University.

Deze bijdrage bevat een samenvatting van mijn onderzoek naar de mogelijke strijdigheid van de interactie tussen de earningsstrippingmaatregel en de fiscale eenheid. Hier stond de volgende vraag centraal: Hoe dient de wetgever mede gelet op het EU-recht in de vennootschapsbelasting om te gaan met de interactie tussen de earningsstrippingmaatregel en het fiscale eenheidsregime? Ter beantwoording van deze vraag is het allereerst van belang om kort de hoofdlijnen van de earningsstrippingmaatregel en de fiscale eenheid te schetsen.

## Hoofdlijnen van de earningsstrippingmaatregel en de fiscale eenheid

Op 1 januari 2019 heeft de wetgever een nieuwe algemene renteaftrekbeperking geïmplementeerd (art. 15b Wet VPB 1969). Deze renteaftrekbeperking is van toepassing op zowel interne leningen als leningen van derde. Ter berekening van de renteaftrek wordt eerst het rentekosten-saldo bepaald, wat neerkomt op de rentelasten verminderd met de rentebate. Vervolgens wordt de totale renteaftrek beperkt tot 30% van de gecorrigeerde winst. Ter berekening van deze gecorrigeerde winst wordt gestart met de Nederlandse belastbare winst voor toepassing van de earningsstrippingmaatregel, waarna deze vervolgens wordt vermeerderd met afschrijvingen op materiële en immateriële bedrijfsmiddelen. Ten slotte wordt dit bedrag nog vermeerderd met het rentekostensaldo, waardoor de gecorrigeerde winst resteert. Buitenlandse gecorrigeerde winst en rentebate kan onder de earningsstrippingmaatregel niet worden betrokken in de Nederlandse belastinggrondslag. Daarnaast kent Nederland een fiscale eenheidsregime. Deze faciliteit gericht op consolidatie zorgt ervoor dat verliezen met winsten van gevoegde vennootschappen kunnen worden verrekend, alsmede dat onderlinge transacties onzichtbaar zijn. Deze faciliteiten staan slechts open voor ingezetene vennootschappen en feitelijk in het buitenland gevestigde vennootschappen voor zover zij een vaste inrichting drijven in Nederland (art. 15, lid 4, onder c Wet VPB 1969).

## De interactie tussen de earningsstrippingmaatregel en de fiscale eenheid

Na de bevestiging van de per-elementbenadering in het arrest X BV, zag de wetgever het gevaar dat belastingplichtige per bepaling in de Wet VPB 1969 zou onderzoeken of een beroep kon worden gedaan op een specifiek voordeel van de fiscale eenheid, om vervolgens dit voordeel ook te verkrijgen in een situatie met een niet-ingezetene vennootschap. Daarom heeft de wetgever inmiddels de spoedreparatiemaatregelen geïmplementeerd. De fiscale eenheid wordt onder de spoedreparatiemaatregel 'weggedacht', waardoor onderlinge transacties weer zichtbaar worden voor de interactie tussen de desbetreffende bepaling en de fiscale eenheid.

Vervolgens is het de vraag of deze spoedreparatiemaatregelen ook worden toegepast op de earningsstrippingmaatregel. Indien dit het geval is zal de earningsstrippingmaatregel worden toegepast op separate gevoegde vennootschappen van de fiscale eenheid, waardoor de gecorrigeerde winst en het rentekostensaldo van de desbetreffende vennootschap worden berekend en vervolgens geen mogelijkheid tot consolidatie van deze bestanddelen bestaat. De tweede optie is dat de earningsstrippingmaatregel wordt toegepast op de fiscale eenheid in zijn geheel. Indien voor deze optie wordt gekozen kunnen gecorrigeerde winst en rentebate worden geconsolideerd. De wetgever heeft uiteindelijk gekozen voor de tweede optie, hetgeen voordelig kan uitpakken voor



de belastingplichtige. Immers kan worden gedacht aan de situatie dat een vennootschap meer dan voldoende gecorrigeerde winst bezit. Deze gecorrigeerde winst kan vervolgens bij een andere vennootschap worden aangewend, om de volledige renteaftrek te benutten. Daarnaast kan het consolideren van extra rentebate tot voordelen leiden. Immers kan een op zichzelf staande vennootschap niet-aftrekbare rentelasten bezitten. Wanneer deze vennootschap rentebate van een tweede gevoegde vennootschap zou kunnen consolideren zou een lager rentekostensaldo ontstaan, wat resulteert in een lagere renteaftrekbeperking.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Zie S.P. van Mierlo, F.M. van der Zeijden, 'Het EU-rechtelijke risico van de earningsstrippingmaatregel', MBB 2019/2-8.

## Toetsingskader van het HvJ

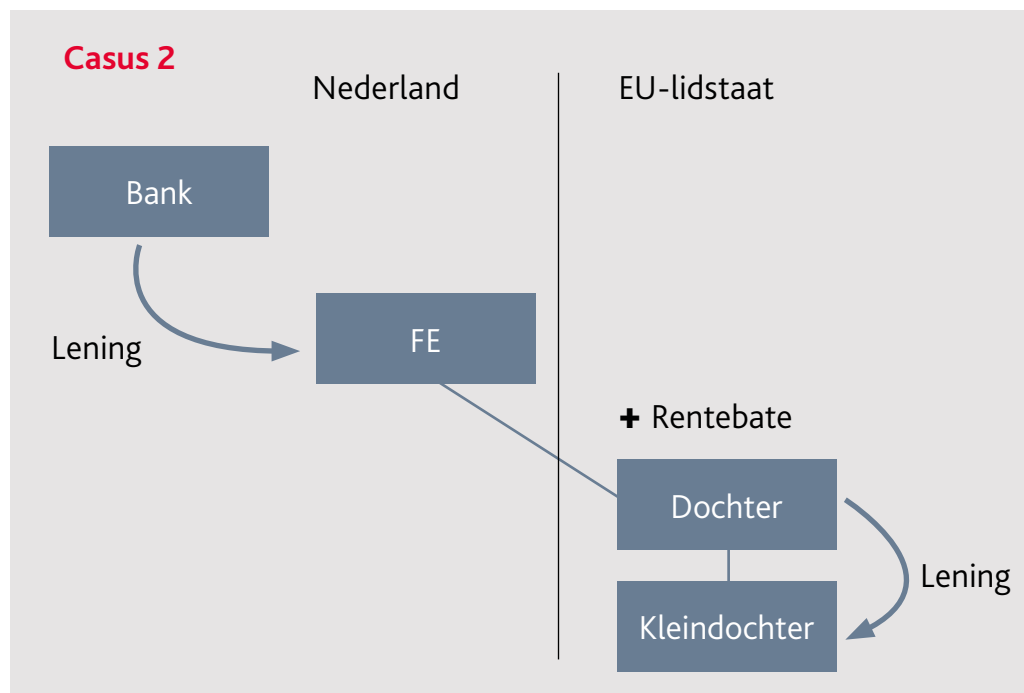
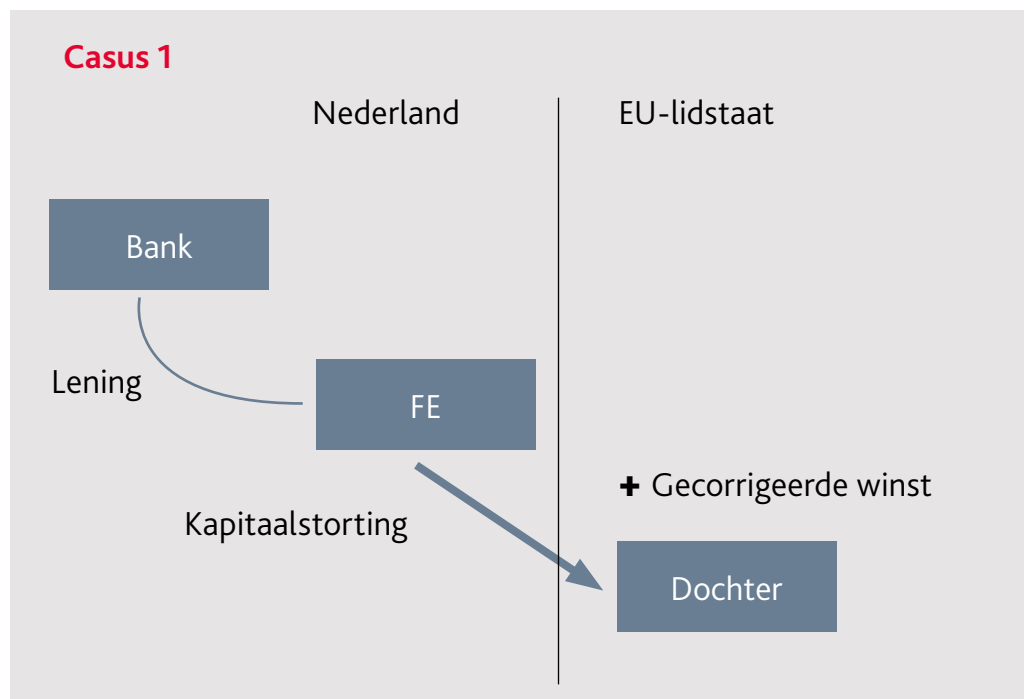
De gekozen optie van de wetgever kan echter voor Europeesrechtelijke problemen zorgen. Onder de per-elementbenadering moet worden onderzocht of de consolidatievoordelen van de interactie tussen de fiscale eenheid en earningsstrippingmaatregel onder de vrijheid van vestiging ook zullen moeten worden verleend in de situatie ingezetene moederverenootschap en niet-ingezetene dochterverenootschap. Ter onderzoek naar de mogelijke strijdigheid met de vrijheid van vestiging heeft het HvJ een toetsingskader ontwikkeld dat als volgt luidt:

- 1 Heeft belanghebbende toegang tot het VWEU-verdrag? (De 'toegangsvraag'.)
- 2 Levert de maatregel van één betrokken lidstaat de jure of de facto een belemmering/discriminatie op van de VWEU-verdragsvrijheden? (De 'belemmeringsvraag'), waarbij sprake moet zijn van:
  - ▶ Een verschillende behandeling (hierna: de 'ongelijke behandelingstoets');
  - ▶ Bij objectief vergelijkbare situaties (hierna: de 'vergelijkbaarheidstoets').
- 3 Dient de belemmerende maatregel een legitieme doelstelling van algemeen belang (rechtvaardigingsgrond) die haar strijdigheid met de VWEU-verdragsvrijheden rechtvaardigt? (De 'rechtvaardigingsgrond(en)toets'.)
- 4 Is de belemmerende maatregel geschikt om die doelstelling (zie 3) te bereiken? (De 'geschiktheidstoets'.)

- 5 Is de belemmerende maatregel met het oog op haar doelstelling (zie 3) proportioneel (of evenredig)? (De 'proportionaliteits- of evenredigheidstoets'.) De maatregel mag niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat gerechtvaardigde doel (zie 3). (Lees: het met die maatregel beoogde effect kan niet ook op een alternatieve, minder versturende en dus economisch efficiëntere wijze worden bereikt).

## Geschetste testcasussen

Ter beantwoording van de centrale vraag gebruik ik twee testcasussen. Hiermee onderzoek ik of sprake is van mogelijke strijdigheid met de vrijheid van vestiging. In beide casussen is sprake van een ingezetene fiscale eenheid met een 100% aandelenbelang in een niet-ingezetene dochter binnen de EU. Daarnaast is er in beide casussen sprake van een fiscale eenheid met niet-aftekbare rente vanwege de earningsstrippingmaatregel. In de eerste casus is sprake van een niet-ingezetene dochterverenootschap met een positief saldo aan gecorrigeerde winst. In de tweede casus bezit de niet-ingezetene dochterverenootschap een positief rentebatesaldo. In beide testcasussen resulteert het consolideren van het buitenlandse bestanddeel in meer renteaftrek. In de eerste casus omdat meer gecorrigeerde winst aanwezig is en overeenkomstig 30% van dit bedrag aan renteaftrek kan worden benut. In de tweede casus aangezien de rentebate positief uitwerkt op het rentekostensaldo en overeenkomstig de renteaftrekbeperking vermindert.



## Toepassing van het toetsingskader van het HvJ

### Toegang tot het verdrag

Nu de casussen zijn geschetst kunnen deze worden getoetst aan het toetsingskader van het HvJ. Allereerst moet worden onderzocht of toegang tot het verdrag kan worden verkregen. Derhalve moet sprake zijn van een van de verkeersvrijheden. Gelet op de twee casussen zijn er twee mogelijkheden, namelijk de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaalverkeer. Slechts een van deze twee vrijheden kunnen gelijktijdig van toepassing zijn. Daarom heeft het HvJ in het Baars-arrest besloten dat 'indien een onderdaan van een lidstaat een zodanige invloed heeft op een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap dat hij de activiteit ervan kan bepalen, de vrijheid van vestiging van toepassing is'.<sup>9</sup> Met betrekking tot de testcasussen, bezit de moedervernootschap 100% van de aandelen in de niet-ingezetene dochtervennootschap. Derhalve is sprake van de vrijheid van vestiging.

### Is sprake van een belemmering of discriminatie

Vervolgens wordt onderzocht of er sprake is van een belemmering. Daarvoor moet de maatregel allereerst niet-ingezetene dochtervennootschappen nadeliger behandelen dan ingezetene dochtervennootschappen. Door de vestigingseis kan een niet-ingezetene dochtervennootschap niet worden gevoegd in een fiscale eenheid en kan overeenkomstig geen consolidatie van rentebate en gecorrigeerde winst plaatsvinden.

<sup>9</sup> HvJ 13 april 2000, zaak C-251/98 (Baars) zie punt 26.

Dit betekent dat er een nadelige behandeling plaatsvindt. Ten tweede moet sprake zijn van objectieve vergelijkbaarheid tussen niet-ingezetene dochtervennootschappen en ingezetene dochtervennootschappen. De objectieve vergelijkbaarheid moet worden beoordeeld vanuit de toe te passen nationale regel en het doel van deze regel.<sup>10</sup> Wanneer wordt gekeken naar de arresten X BV en X Holding,<sup>11</sup> evenals naar de literatuur moet de conclusie worden getrokken dat de gevallen wel degelijk objectief vergelijkbaar zijn.<sup>12</sup>

### Is sprake van een rechtvaardigingsgrond

Vervolgens rijst de vraag of sprake is van een dwingende reden van algemeen belang om de maatregel te rechtvaardigen. In soortgelijke arresten worden de volgende rechtvaardigingsgronden beoordeeld. De evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid, de noodzaak om de samenhang van het belastingstelsel te waarborgen en de voorkoming van misbruik en belastingontwijking.<sup>13</sup>

De evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid stond ter discussie in het arrest X Holding. Aldaar was sprake van een belastingplichtige die een grensoverschrijdende fiscale eenheid wilde aangaan, zodat verliezen

uit de ene lidstaat konden worden verrekend met winsten in Nederland. Het HvJ constateerde dat Nederland dit niet hoefde toe te staan.

Immers is het eenvoudig om een fiscale eenheid aan te gaan en weer te verbreken, waardoor de belastinggrondslag van de ene lidstaat zou worden vermeerderd ten koste van de andere lidstaat. Dit zou de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid in gevaar brengen.<sup>14</sup>

Gelet op het voorgaande arrest kan worden gesteld dat buitenlandse gecorrigeerde winst analoog aan verrekenen van verliezen ook niet hoeft te worden betrokken in de Nederlandse grondslag.<sup>15</sup> Indien buitenlandse gecorrigeerde winst wordt geconsolideerd wordt slechts aangehaakt bij de gecorrigeerde winst ter berekening van renteaftrek. Het aanhaken bij gecorrigeerde winst kent overeenkomsten met het arrest Argenta Spaarbank I. Dit arrest ging over een maatregel van de Belgische staat, waarbij een notionele interestaftrek over het eigen vermogen werd verleend. Activa van vaste inrichtingen in het binnenland werden in deze grondslag betrokken, terwijl activa van buitenlandse vaste inrichtingen niet mocht worden meegenomen. Dit kon volgens het HvJ niet worden gerechtvaardigd met de evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid.<sup>16</sup> Dit komt overeen met het aanhaken bij gecorrigeerde winst ter berekening van interestaftrek en mijns inziens zal het voordeel van

<sup>10</sup> D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht, Europees belastingrecht* Deventer: Kluwer 2018, par. 5.0.9.E.a.

<sup>11</sup> HvJ 25 februari 2010, C-337/08 (X Holding) en HvJ 22 februari 2018, zaak C-398/16, C-399/16 (X bv en X nv).

<sup>12</sup> Zie S.P. van Mierlo, F.M. van der Zeijden, 'Het EU-rechtelijke risico van de earningsstrippingmaatregel' MBB 2019/2-8 en R. Bagci, P. Ruige, H. Vermeule, 'De earnings-strippingbepaling en de per-elementbenadering'.

<sup>13</sup> D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht, Europees belastingrecht* Deventer: Kluwer 2018, par. 5.1.2.C.

<sup>14</sup> HvJ 25 februari 2010, C-337/08 (X Holding) r.o. 29-32.

<sup>15</sup> R. Bagci, P. Ruige, H. Vermeule, 'De earnings-strippingbepaling en de per-elementbenadering'.

<sup>16</sup> HvJ 4 juli 2013, zaak C-350/11 (Argenta Spaarbank) r.o.50-57.

consolidatie van gecorrigeerde winst niet kunnen worden gerechtvaardigd met de desbetreffende rechtvaardigingsgrond. Daarentegen heeft deze rechtvaardigingsgrond in de tweede casus meer kans van slagen. Indien rentebate uit het buitenland wordt geconsolideerd, wordt rente direct betrokken in het rentekostensaldo, waardoor niet zozeer wordt aangehaakt bij deze rente, maar deze wordt betrokken in de grondslag.

De tweede rechtvaardigingsgrond die mogelijk kan worden toegepast is de noodzaak om de samenhang van het belastingsysteem te waarborgen. Een maatregel kan toch gerechtvaardigd zijn indien tegenover het fiscale voordeel wat wordt verleend een fiscaal nadeel staat. Daarnaast moet het verband tussen het voordeel en nadeel direct zijn en moet het nadeel bij dezelfde belasting en dezelfde belastingplichtige zitten. Deze samenhang moet worden beoordeeld vanuit de doelstelling van de desbetreffende maatregel. De voordelen zijn in de geschetste testcasussen dat gecorrigeerde winst en rentebate kunnen worden geconsolideerd binnen de fiscale eenheid. Een nadeel dat zich kan voordoen is dat binnenlandse dochtervennootschappen belastingplichtig zijn voor de VPB, terwijl buitenlandse vennootschappen dit niet zijn. De eerste casus kan naar mijn mening niet worden gerechtvaardigd met dit nadeel. De belasting zit bij dezelfde belastingplichtige, doordat bij een fiscale eenheid wordt geheven alsof er een belastingplichtige bestaat (art. 15, lid 1 Wet VPB 1969). Daarnaast zitten het voor- en nadeel in de vennootschapsbelasting. Desondanks ben ik van mening dat het directe verband ontbreekt.

Immers is het voordeel 30% van de gecorrigeerde winst aan renteaftrek, terwijl het nadeel neerkomt op het belastbare bedrag vermenigvuldigd met het desbetreffende vennootschapsbelastingtarief.<sup>17</sup> Verder kan mijns inziens geen ander nadeel gevonden worden wat de eerste casus rechtvaardigt. De tweede casus kan wel worden gerechtvaardigd met deze rechtvaardigingsgrond. Tegenover het consolideren van rentebate staat namelijk het nadeel dat rentelasten ook worden geconsolideerd. Dit zit in dezelfde belasting, bij dezelfde belastingplichtige en het verband is direct.

De laatste rechtvaardigingsgrond die mogelijk van toepassing kan zijn is de noodzaak om misbruik en belastingontwijking te voorkomen. Alvorens deze rechtvaardigingsgrond van toepassing kan zijn moet er sprake zijn van een maatregel die specifiek is gericht op het voorkomen van volstrekt kunstmatige constructies die geen verband houden met de economische realiteit.<sup>18</sup> De hoofddoelstelling van de earningsstrippingmaatregel is het gelijkjer behandelen van vreemd en eigen vermogen. Daarnaast is de maatregel ook bedoeld om grondslaguitholling tegen te gaan. Ondanks dat de tweede doelstelling tot doel heeft misbruik te voorkomen, kan niet worden gesteld dat de maatregel specifiek gericht is op het bestrijden van misbruik. Immers is de maatregel van toepassing op alle leningen die worden verstrekt en niet slechts op leningen van derde, waardoor de rechtvaardigingsgrond niet kan opgaan. Indien toch anders besloten zou worden door het HvJ zal er een tegenbewijsregeling moeten komen om de maatregel proportioneel te maken.

<sup>17</sup> S.P. van Mierlo, F.M. van der Zeijden, 'Het EU-rechtelijke risico van de earningsstrippingmaatregel'.

<sup>18</sup> HvJ 18 juli 2007, zaak C 182/06 (Lakebrink), punt 23.

### Is de maatregel geschikt en proportioneel

Nu is gebleken dat voor de eerste testcasus geen rechtvaardigingsgrond gevonden kan worden is deze in strijd met de vrijheid van vestiging. De tweede testcasus kan worden gerechtvaardigd door twee rechtvaardigingsgronden, waardoor moet worden onderzocht of de maatregel ook geschikt is voor het beoogde doel en daarnaast proportioneel is. De fiscale eenheidsbepaling is geschikt en proportioneel. Dat heeft het HvJ reeds besloten in het X Holding-arrest.<sup>19</sup> Daarnaast zie ik geen reden waarom de earningsstrippingmaatregel zijn beoogde doel niet zou bereiken of verder gaat dan nodig om de beoogde doelen te bereiken. Het doel wordt bereikt door gebruik van vreemd vermogen te ontmoedigen en de maatregel lijkt niet excessief te zijn.

### Aanbevelingen

Ten slotte zal door de strijd met de vrijheid van vestiging actie ondernomen moeten worden door de wetgever. Het consolideren van buitenlandse gecorrigeerde winst of rentebate is naar mijn mening geen optie. Derhalve is de enige actie die op dit moment ondernomen kan worden het toepassen van de spoedreparatie op de earningsstrippingmaatregel. De Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) waar de earningsstrippingmaatregel is ontstaan bevat een groepstoets. Als de vennootschap onder de earningsstrippingmaatregel niet-aftrekbare rente bezit kan onder voorwaarde toch een (gedeelte) van de rente worden afgetrokken. Daarvoor moet de vermogenspositie van de groep voldoen aan een aantal eisen. Deze groepstoets zou mijns inziens moeten worden ingevoerd, waardoor de pijn van de wetswijziging wordt verzacht.

<sup>19</sup> HvJ 25 februari 2010, C-337/08 (X Holding) r.o. 38.



A man with short brown hair and light-colored eyes, wearing a blue button-down shirt, is shown in profile from the chest up. He is holding a pair of black-rimmed glasses in his right hand and looking off to the side with a thoughtful expression. The background is a blurred office or study environment with desks and chairs. A red vertical bar is on the left side of the image.

# De jurisprudentie van het Hof van Justitie EU

T. Maas<sup>20</sup>

<sup>20</sup> *Tabbe Maas is student Fiscaal Recht aan Tilburg University.*

Sinds haar invoering in de Nederlandse vennootschapsbelastingwetgeving is het fiscale eenheidsregime een paradepaardje van de Nederlandse belastingwetgeving geweest. Waar vele landen om ons heen volstaan met soberdere regelingen zoals bijvoorbeeld de group relief-regeling van het Verenigd Koninkrijk, koos Nederland voor een verregaande faciliteit met een complete consolidatiegedachte. Dit systeem kon internationaal gezien op veel lof rekenen en is daarbij volgens oud-staatssecretaris van Financiën Wiebes uniek in Europa.

Dit wil echter niet zeggen dat de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting altijd buiten discussie heeft gestaan. Reeds in 2010 belandden prejudiciële vragen in de zaak X Holding B.V.<sup>21</sup> al bij het HvJ EU. Deze aanval werd echter afgeslagen en daarmee leek de kous af. De beslissingen die door de A-G HvJ EU, en in navolging daarop door het Europese Hof zelf, geveld zijn op de prejudiciële vragen gesteld door de Hoge Raad in de gevoegde zaken X B.V.<sup>22</sup> en X N.V. hadden in fiscaal Nederland dan ook weinigen zien aankomen. In een klap werd het hele fiscale eenheidsregime (weer) op losse schroeven gezet. De staatssecretaris heeft terstond na de conclusie van de A-G HvJ EU spoedreparatiewetgeving aangekondigd om het gat te dichten.

Deze spoedreparatiemaatregelen zijn inmiddels in werking getreden. Maar is dit wel terecht? Op de voornoemde rechtspraak van het Hof en diens A-G is voorzichtig gezegd nogal wat kritiek geuit in de literatuur. Men kan zich derhalve afvragen of het HvJ EU met de uitspraken in de onderhavige zaken, en in een bredere context met de per-elementbenadering, een foute afslag heeft genomen.

### X Holding

De zaak X Holding ging over een Nederlandse moedervenootschap met een in België gevestigde dochtervenootschap. Ondanks dat de dochtermaatschappij niet in Nederland was gevestigd, verzoekt X Holding desondanks om een fiscale eenheid te mogen vormen met haar in België gevestigde dochtervenootschap. Niet geheel verrassend wordt dit door de inspecteur afgewezen. Uiteindelijk worden in deze zaak prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ-EU. Daarop heeft het HvJ EU expliciet beslist dat Nederland geen grensoverschrijdende fiscale eenheid hoeft toe te staan. Zij gaat hier echter alleen in op het aspect van de grensoverschrijdende verliesverrekening. Over andere aspecten van de fiscale eenheid zegt het Hof niets maar er wordt breed aangenomen dat hiermee het doek in het geheel is gevallen voor de grensoverschrijdende fiscale eenheid. Onder verwijzing naar dit arrest wijst de HR dan ook (voorlopig) beroepen op de per-elementbenadering in Nederland af.

<sup>21</sup> HvJ EU 25 februari 2010, ECLI:EU:C:2010:89 (X Holding B.V./Nederland).

<sup>22</sup> HvJ EU 22 februari 2018, ECLI:EU:C:2018:110 (X B.V./Nederland en X N.V./Nederland).

## Groupe Steria en Finanzamt Linz

Groupe Steria ging over een Franse regeling die de aftrekbaarheid van deelnemingskosten beperkte. Gechargeerd hield deze regeling in dat Frankrijk inkomsten uit deelnemingen standaard maar voor 95% vrijstelde. Volledig binnenlandse groepen konden echter toch de volledige vrijstelling genieten door een fiscaal geïntegreerde groep aan te gaan. Het HvJ EU zag hier een verboden belemmering van de vrijheid van vestiging in. De belangrijkste overweging in deze zaak was dat het HvJ EU de uitspraak in de zaak X Holding nuanceerde. Zij overwoog dat de uitspraak in het voornoemde arrest niet inhoudt dat ieder verschil in behandeling tussen vennootschappen van een fiscaal geïntegreerde groep gerechtvaardigd kan worden en dat voor ieder onderdeel van een integratieregeling afzonderlijk moet worden beoordeeld of dit die voordelen aan grensoverschrijdende groepen onthouden mogen worden.

In de zaak Finanzamt Linz kwam vergelijkbare problematiek aan de orde. Het betrof een zaak over een Oostenrijkse fiscale regel, op grond waarvan afgeschreven kon worden op de goodwill van aangekochte binnenlandse deelnemingen wanneer deze gevoegd werden in een fiscale eenheid. (Gekochte) buitenlandse deelnemingen kunnen echter niet gevoegd worden en dus kan in die situaties niet op die goodwill afgeschreven worden.

## Toetsingsschema schending EU-verdragsvrijheden

Zoals in het artikel *'Toetsingskader van het HvJ'* op pagina 20 is beschreven, hanteert het HvJ EU een toetsingsschema om te bepalen of een maatregel strijdigheid met de vrijheid van vestiging inhoudt.

### Feiten van de zaak

In deze zaak leende X B.V., welke in Nederland gevestigd is, van een in Zweden gevestigde groepsvennootschap een som geld, die zij vervolgens doorstortte in een Italiaanse deelneming. Hierdoor liep zij in principe tegen toepassing van art. 10a aan. De Hoge Raad voelde zich, wellicht als gevolg van het arrest Groupe Steria, geroepen om ambtshalve prejudiciële vragen te stellen over mogelijke strijdigheid met het EU-recht. Als de dochtervennootschap namelijk in Nederland zou zijn gevestigd zou een fiscale eenheid gevormd kunnen worden en zou aan de werking van art. 10a ontkomen kunnen worden. Het HvJ EU zag in deze zaak vervolgens inderdaad een ongerechtvaardigde beperking van de vrijheid van vestiging.

Op het oordeel van het HvJ EU is echter het nodige aan te merken. Ten eerste: voor een belemmering is vereist dat een vergelijkbare situatie verschillend behandeld wordt. Of situaties vergelijkbaar zijn moet aan de hand van het doel van de regel in kwestie bepaald worden. Het HvJ EU concludeert in X B.V. op basis van een soort afpelmethode dat, aangezien art. 10a geen onderscheid maakt tussen binnenlandse en grensoverschrijdende situaties, het risico op misbruik dus in beide gevallen even

groot is en de vergelijkbaarheid dus alleen aan de hand van art. 15 bepaald moet worden. Hierdoor had het beroep van Nederland direct geen kans van slagen meer.

Wat hier paradoxaal genoeg in het nadeel van Nederland werkt, is dat de wetgever art. 10a zonder onderscheid ook binnenlands van toepassing heeft verklaard. Men kan zich indenken dat dit juist gebeurd is uit angst voor schending van het EU-recht.

Echter, het feit dat art. 10a uitgeschakeld kan worden in binnenlandse geconsolideerde situaties is compleet logisch. Het misbruik waar art. 10a namelijk op ziet doet zich in die situaties niet voor. Bij een storting in een gevoegde dochter staat tegenover de aftrekbare rente namelijk de belaste grondslag bij de dochter. Derhalve kan via die weg geen misbruik optreden en moet in mijn ogen geconcludeerd worden dat deze situaties niet vergelijkbaar zijn. De redeneerfout die het Hof hier maakt komt nogmaals terug bij het beroep op misbruikbestrijding als rechtvaardigingsgrond. Hier overweegt zij namelijk dat de bepaling weliswaar specifiek gericht is tegen misbruik maar dat Nederland kennelijk, door toepassing van de FE, aan binnenlandse 'misbruikers' de mogelijkheid biedt om aan de bepaling te ontsnappen. In de ogen van het Hof kan Nederland zich dus niet op het bestrijden van misbruik beroepen als zij dit 'misbruik' binnen Nederland gewoon toestaat. Het is echter, zoals eerder al toegelicht, zo

dat het misbruik in binnenlandse situaties zich niet voordoet in situaties waarin een fiscale eenheid gevormd kan worden.

## Rechtvaardigingsgronden

### Evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid

Het HvJ EU accepteert vervolgens het beroep op de evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid niet. Zij overweegt dat het voordeel in casu in tegenstelling tot in X Holding niet rechtstreeks voortvloeit uit het consolidatieregime en derhalve apart getoetst dient te worden aan de vrijheid van vestiging. Hier komt mijns inziens de geforceerde foutieve toepassing van Groupe Steria op de Nederlandse fiscale eenheid om de hoek kijken. De Nederlandse fiscale eenheid is namelijk fundamenteel verschillend van het Franse systeem. Het Franse systeem was een systeem waarbij de deelnemingsverhoudingen gewoon zichtbaar bleven en het resultaat van de afzonderlijke vennootschappen bij de moedervernootschap opgeteld en belast wordt. De fiscale eenheid verschilt hier fundamenteel van, aangezien het uitschakelen van art. 10a rechtstreeks voortvloeit uit de systematiek van de volledige consolidatie. Derhalve claimt X B.V. in casu iets wat er binnenlands helemaal niet is. In het Franse systeem kan het voordeel, namelijk een volledige deelnemingsvrijstelling i.p.v. 95% vrijstelling, eenvoudig geabstraheerd worden uit het consolidatieregime, in Nederland is dit niet mogelijk. Er bestaat immers geen gedeeltelijke fiscale eenheid.

### Filialisering

Indien de FE zelf EU-rechtelijk tegen het licht gehouden wordt, treedt er naar mijn mening alsnog geen belemmering op. Ik ben het namelijk eens met de gedachte dat het voegen van een buitenlandse vennootschap logischerwijs leidt tot het omvormen van de activiteiten van deze vennootschap tot een vaste inrichting van de fiscale eenheid. Toegepast op de onderhavige casus zou dit tot gevolg hebben dat de lening en de daarop verschuldigde rente aan de buitenlandse V.I. moeten worden toegerekend. Hierdoor zou de rente als gevolg van de objectvrijstelling alsnog niet aftrekbaar zijn en dus is er geen sprake van een verschillende behandeling van het grensoverschrijdende geval. Een belangrijke kanttekening hierbij is echter wel dat de buitenlandse dochter qua substance en activiteiten moet voldoen aan de eisen om als vaste inrichting gezien te kunnen worden.

### Conclusie

In mijn ogen is de 'per-element'-benadering zoals deze door het HvJ EU in de zaak Groupe Steria ontwikkeld is, niet pertinent fout. Het is het logische antwoord om verkapte bevoordelingselementen die niet samenhangen met de consolidatie uit dergelijke systemen van lidstaten te filtreren en open te stellen voor buitenlandse vennootschappen en groepen. In Nederland mist de 'per-element'-benadering echter mijns inziens toepassing omdat er in de onderhavige zaak en in het Nederlandse systeem geen sprake is van zulke verkapte bevoordelingen. De uit de fiscale eenheid voortvloeiende volledige consolidatie is een combinatie van voor- en nadelen waaruit niet te kiezen valt. In dit verband moet de fiscale eenheid in mijn ogen ook niet gezien worden als een consolidatiesysteem maar eerder als een volledige (fiscale) fusie waarbij er maar één vennootschap overblijft. Als het Hof dit had ingezien had zij naar mijn mening ook ingezien dat het niet mogelijk is de voor- en nadelen van de fiscale eenheid los daarvan te beschouwen. Het toepassen van de 'per-element'-benadering op de Nederlandse fiscale eenheid komt dan ook neer op fiscale appels met peren vergelijken.



# De toekomst van de fiscale eenheid: behoud van het regime of implementatie van een alternatieve concernregeling

M. van Voorst<sup>23</sup> en T. Jesus<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Marco van Voorst is student Fiscale Economie aan Tilburg University.

<sup>24</sup> Tanifa Jesus is student Fiscaal Recht aan Tilburg University.

Met de uitspraak van het HvJ EU op 22 februari 2018<sup>25</sup> lijkt een einde te komen aan het Nederlandse fiscale eenheidsregime, wat gekenmerkt wordt door het unieke consolidatie-element. Met deze uitspraak heeft het HvJ EU vastgesteld dat het Nederlandse fiscale eenheidsregime in strijd is met de vrijheid van vestiging. Het HvJ EU heeft hierbij het advies van advocaat-generaal Campos Sánchez-Bordona gevolgd. De A-G concludeerde op 25 oktober 2017 al dat het Nederlandse fiscale eenheidsregime in strijd is met het Europees recht.

Het Nederlandse regime is in strijd met het Europees recht aangezien feitelijk buiten Nederland gevestigde entiteiten zich niet kunnen voegen in een Nederlandse fiscale eenheid. Hierdoor kunnen deze entiteiten geen beroep doen op de voordelen die het fiscale eenheidsregime in wisselwerking met andere regelingen uit de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna te noemen: Wet VPB) biedt. Het enkel toekennen van deze voordelen aan zuivere binnenlandse verhoudingen leidt ertoe dat het huidige fiscale eenheidsregime in strijd is met de vrijheid van vestiging.

<sup>25</sup> HvJ EU 22 februari 2018, C-398/16, ECLI:EU:C:2018:110 (X-BV).

## De spoedreparatiemaatregelen

Om het fiscale eenheidsregime weer in overeenstemming te brengen met het Europees recht heeft de staatssecretaris, zoals hiervoor al eerder beschreven, met terugwerkende kracht spoedreparatiemaatregelen aangekondigd. Dit houdt in dat de fiscale eenheid moet worden weggedacht voor de toepassing van de artikelen 10a, 13 negende tot en met vijftiende en zeventiende lid, 13a, 13l, 15ba, 20a en de daarmee verband houdende bepalingen in de Wet VPB.

## De alternatieven

De staatssecretaris heeft aangegeven dat de spoedreparatiemaatregelen een tussenoplossing zijn en dat er gedurende de kabinetsperiode een voorstel voor een alternatieve concernregeling zal worden geïntroduceerd. In het recent gepubliceerde keuzedocument worden vier mogelijke alternatieven besproken, te weten:

- 1 Behoud van de huidige regeling door de spoedreparatiemaatregelen definitief te maken;
- 2 Grensoverschrijdende fiscale eenheid;
- 3 Afschaffing van de fiscale eenheid;
- 4 Alternatieve concernregeling.

In dit kader hebben wij onderzoek gedaan aan welke vereisten een concernregeling idealiter moet voldoen en of de huidige regeling behouden kan blijven of dat een alternatieve concernregeling wenselijk is.

## Randvoorwaarden

Naar onze mening moet een concernregeling in overeenstemming zijn met de onderliggende belastinggrondslagen (welvaarts- en neutraliteitsbeginsel), in overeenstemming zijn met het Europees recht (hierna te noemen: EU-recht), en tot slot dient de concernregeling toekomstbestendig en uitvoerbaar te zijn. Deze randvoorwaarden voor een concernregeling zijn tevens veelvuldig in de literatuur benoemd en worden eveneens door de staatssecretaris benoemd in het keuzedocument.

## Toetsing van de alternatieve concernregelingen

Het behoud van de regeling is wenselijk vanuit het perspectief dat de ervaringen met dit systeem en de wezenlijke voordelen die de fiscale eenheid met zich meebrengt dan niet verloren gaan. Voor een overzicht van deze voordelen verwijzen wij naar de ruimschoots voorhanden literatuur. Het afschaffen is ons inziens niet wenselijk voor het vestigingsklimaat van Nederland. Uit het keuzedocument blijkt namelijk dat eerdere onderzoeken aantonen dat het voorzien in een concernregeling het investeringsklimaat van Nederland verbetert. Een alternatieve concernregeling kan voor Nederland een oplossing zijn, al zal overgangsrecht en de implementatie van een nieuw regime ook tot uitvoeringsproblemen kunnen leiden.

## Het definitief maken van de spoedreparatiemaatregelen

Het definitief maken van de spoedreparatiemaatregelen in de huidige vorm vinden wij geen geschikte oplossing. Dit alternatief voldoet namelijk niet aan het criterium van uitvoerbaarheid. Toepassing van de spoedreparatiemaatregel leidt ertoe dat voor iedere bestaande schuld moet worden bezien of deze verband houdt met een van de in artikel 10a Wet VPB genoemde besmette rechtshandelingen. Dit geldt eveneens voor het mkb, aangezien per 1 januari 2019 de overgangsmaatregel tot € 100.000 aan niet-aftekbare rente is komen te vervallen. Dit kan leiden tot onuitvoerbare situaties aangezien ook voor schulden uit het verre verleden moet worden bezien of de schuld verband houdt met een besmette rechtshandeling. Een tweede bezwaar tegen het definitief maken van de spoedreparatiemaatregelen is dat ook de interne 10a-lening onder het bereik van de spoedreparatiemaatregelen valt. Wij zijn dan ook van mening dat de interne lening niet onder het bereik van de spoedreparatiemaatregelen moet vallen, omdat in die situatie geen sprake is van een per-elementgevaar en de schuld door consolidatie feitelijk niet bestaat. De interne lening corrigeren is EU-rechtelijk niet noodzakelijk en maakt de maatregel onnodig onuitvoerbaar.



### **De grensoverschrijdende fiscale eenheid**

In het verleden heeft de staatssecretaris aangegeven dat een grensoverschrijdende fiscale eenheid niet als wenselijke oplossing wordt gezien, aangezien deze oplossing volgens de staatssecretaris kan leiden tot grondslaguitholling, iets wat de Europese regelgeving (ATAD en OESO) wensen tegen te gaan. Het voorzien in een grensoverschrijdende fiscale eenheid staat haaks op de nationale afbakening van de Nederlandse vennootschapsbelasting. Deze afbakening houdt in dat alle buitenlandse resultaten waar Nederland geen heffingsrecht over heeft uit de Nederlandse belastinggrondslag worden gefilterd middels toepassing van de objectvrijstelling. Wanneer Nederland nationaal zou voorzien in een grensoverschrijdende fiscale eenheid zou dit betekenen dat alle feitelijk buiten Nederland gevestigde entiteiten zich in een Nederlandse fiscale eenheid kunnen voegen maar dat hun resultaten uit de Nederlandse belastinggrondslag worden gehaald. Nederland heeft hier immers geen heffingsrecht over. Wij zijn evenals Bart van der Burgt<sup>26</sup> van mening dat het grensoverschrijdend toepassen van een fiscale eenheid tot schijnneutraliteit leidt. Echte neutraliteit wordt immers pas bereikt bij invoering van een Europees stelsel voor de vennootschapsbelasting (CCCTB). Een ander bezwaar tegen de grensoverschrijdende fiscale eenheid is dat dit tot onuitvoerbaarheid kan leiden in de situatie met een veelvoud aan entiteiten in diverse landen. Ook zullen de flankerende maatregelen, die nodig zijn om Nederland het heffingsrecht te laten behouden, bijdragen aan gedetailleerdere wetgeving.

### **Afschaffen fiscale eenheid**

Wij zijn van mening dat afschaffing van het regime geen wenselijke oplossing is, aangezien dit vergaande negatieve gevolgen heeft voor Nederland. Zoals reeds is benoemd zal afschaffing van het huidige regime een versobering van het vestigingsklimaat van Nederland met zich meebrengen. Eveneens zullen belangrijke voordelen, zoals interne overdracht van activa zonder belastingheffing, en het achterwege laten van intercompany winst, bij de afschaffing verloren gaan. Ook leidt afschaffing van het regime ertoe dat iedere entiteit zelfstandig aangifte vennootschapsbelasting moet doen, waardoor de Belastingdienst vanwege beperkte capaciteit eveneens uitvoeringsproblemen kan ervaren.

### **De alternatieve concernregelingen**

Gezien het feit dat beide alternatieven om het huidige regime te behouden niet voldoen aan de randvoorwaarden en het niet voorzien in een concernregeling ons inziens geen oplossing is, lijkt een alternatieve concernregeling de meest voor de hand liggende oplossing. Hierbij merken wij op dat implementatie van drie verschillende concernregelingen mogelijk is.

- 1** Het gedeeltelijk consolidatiesysteem.
- 2** Het systeem van winstoverdracht.
- 3** Het systeem van verliesoverdracht.

De gedeeltelijke consolidatie wordt onder andere toegepast in Denemarken en Duitsland. Het systeem van winstoverdracht wordt onder andere

<sup>26</sup> Bart van der Burgt, 'De kool, de geit, de fiscale eenheid én schijnneutraliteit', NLFiscaal 42 (2018/0056).

toegepast in Zweden en het systeem van verliesoverdracht komt onder andere voor in het Verenigd Koninkrijk. In het kader van het onderzoek hebben we de concernregelingen uit deze landen getoetst aan het door ons opgestelde toetsingskader.

### **De gedeeltelijke consolidatie**

Het systeem van gedeeltelijke consolidatie houdt in dat uitsluitend de winsten en verliezen van entiteiten geconsolideerd worden, alvorens de geconsolideerde heffingsgrondslag wordt bepaald. Deze regeling voorziet in de mogelijkheid om verliezen tussen entiteiten te verrekenen. Het nadeel van de consolidatieregeling in deze landen is dat de gedeeltelijke consolidatieregeling van Denemarken niet voldoet aan het neutraliteitsbeginsel, omdat in het kader van de nationale consolidatieregeling vennootschappen op basis van artikel 31 lid 1 Selskabsskatteloven verplicht worden om een concern te vormen als ze aan alle voorwaarden voor het vormen van een concern voldoen. In het kader van een grensoverschrijdende consolidatie moet op basis van artikel 31a lid 1 Selskabsskatteloven alle buitenlandse groepsvennootschappen worden opgenomen in het concern, de alles-of-nietsbenadering. De Deense consolidatieregeling is ook in strijd met het EU-recht, aangezien Denemarken definitieve verliezen van een buitenlandse V.I. niet kan verrekenen in Denemarken.<sup>27</sup> Het systeem van de Duitse Organschaft is enigszins goed uitvoerbaar. De Organschaft kan uitvoeringsproblemen met zich

meebrengen zodra niet aan de verplichtingen van de overeenkomst wordt voldaan. Een van de gevolgen kan zijn dat de Organschaft met terugwerkende kracht wordt ontbonden, hetgeen tot onwenselijke gevolgen leidt.

### **Het systeem van winstoverdracht**

Het systeem van winstoverdracht houdt in dat tussen partijen uitsluitend winsten kunnen worden overgedragen. De overdragende entiteit kan de overgedragen winst, indien aan de gestelde voorwaarden wordt voldaan, van het belastbare resultaat aftrekken. Bij de ontvangende entiteit is de bijdrage belast. Op deze wijze van winstoverdracht is het eveneens mogelijk om onderlinge verliezen te verrekenen. Tevens is de regeling zeer transparant doordat inzichtelijk is welke verliezen overgedragen worden. Het nadeel van het Zweedse systeem is dat het mogelijk in strijd is met het EU-recht, omdat een moedervernootschap definitieve verliezen van een buitenlandse kleindochtervennootschap niet kan verrekenen, terwijl de moedervernootschap die verliezen wel kan verrekenen als het om een kleindochtervennootschap in Zweden gaat. Advocaat-generaal Kokott concludeert dat een moedermaatschappij alleen verliezen van haar buitenlandse dochteronderneming mag verrekenen als deze onderneming rechtstreeks wordt gehouden. Als het HvJ EU de conclusie van de A-G niet volgt, is het Zweedse systeem in strijd met het EU-recht.

<sup>27</sup> HvJ EU 12 juni 2018, C 650/16, ECLI:EU:C:2018:424(A/S Bevola Jens W. Trock ApS).

### **Het systeem van verliesoverdracht**

Het systeem van verliesoverdracht betekent dat uitsluitend verliezen tussen entiteiten kunnen worden overgedragen. Middels de overdracht van verliezen kunnen deze verliezen worden verrekend met belastbare winsten van entiteiten. Het voordeel van dit systeem is dat het toekomstbestendig is, aangezien het HvJ EU dit systeem EU-rechtelijk heeft goedgekeurd. Het verliesoverdrachtsysteem van het Verenigd Koninkrijk voldoet aan alle voorwaarden van het door ons opgestelde toetsingskader.

### **Conclusie**

Alles afwegende kunnen wij concluderen dat het huidige systeem niet toekomstbestendig is, omdat het in strijd is met het EU-recht. Tevens kunnen wij concluderen dat de grensoverschrijdende fiscale eenheid niet uitvoerbaar is, maar meer past in de lijn van de CCCTB. Naar onze mening kan de huidige regeling het beste behouden blijven door de spoedreparatiemaatregelen definitief te maken. Hierbij merken we op dat

de interne 10a-lening dan niet onder het bereik van de spoedreparatiemaatregelen moet vallen. Ook zou het wenselijk zijn de overgangsmatregel tot een bepaald bedrag aan niet-aftrekbare rente te behouden, aangezien hierdoor wordt voorkomen dat de last bij het mkb komt te liggen.

Wanneer gekozen wordt voor een alternatieve concernregeling gaat onze voorkeur uit naar het verliesoverdrachtsysteem. Dit systeem is immers EU-rechtelijk goedgekeurd, toekomstbestendig en voldoet aan de overige randvoorwaarden uit het opgestelde toetsingskader.

# nieuwe perspectieven

In de nieuwe economie doen kansen zich sneller voor dan ooit. Nieuwe spelregels geven een boost aan zakelijk werken. En een nieuwe generatie staat klaar om het anders te doen. Beter, slimmer, innovatiever. Wie succesvol wil ondernemen, moet zelf ook vernieuwen. Open staan voor verandering. En met open vizier kijken naar de mogelijkheden die voor ons liggen.

Nieuwe perspectieven, dát is wat BDO u wil bieden. En kan bieden, dankzij onze unieke combinatie van lokale marktkennis en een internationaal netwerk. Persoonlijke dienstverlening en een professionele aanpak. BDO helpt u graag om vanuit een andere invalshoek naar uw business te kijken. Zodat u de juiste beslissingen neemt om uw organisatie sterker, wendbaarder en succesvoller te maken. Of u nu een mkb-bedrijf, familiebedrijf, publieke organisatie of internationale onderneming bent.

BDO kijkt graag met u vooruit. Samen komen we tot nieuwe inzichten en nieuwe kansen in uw markt. Samen creëren we nieuwe perspectieven.

**BDO** is een op naam van Stichting BDO te Amsterdam geregistreerd merk.

In deze publicatie wordt **BDO** gebruikt ter aanduiding van de organisatie die onder de merknaam 'BDO' actief is op het gebied van de professionele dienstverlening (accountancy, belastingadvies en advisory).

**BDO Accountants & Belastingadviseurs B.V.**

handelt tevens onder de namen: BDO Accountants, BDO Belastingadviseurs, BDO Global Outsourcing, BDO International Tax Services, BDO IT Audit & Security, BDO Tax Consultants.

BDO Accountants & Belastingadviseurs B.V. is lid van BDO International Ltd, een rechtspersoon naar Engels recht met beperkte aansprakelijkheid, en maakt deel uit van het wereldwijde netwerk van juridisch zelfstandige organisaties die onder de naam 'BDO' optreden.

BDO is de merknaam die wordt gebruikt ter aanduiding van het BDO-netwerk en van elk van de BDO Member Firms.