



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De per element benadering onder het fiscale-eenheidsregime nader gezien in het licht van de Finanzamt Linz- en de Groupe Steria-zaak

Weber, D.M.

Publication date

2015

Document Version

Final published version

Published in

Weekblad voor Fiscaal Recht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Weber, D. M. (2015). De per element benadering onder het fiscale-eenheidsregime nader gezien in het licht van de Finanzamt Linz- en de Groupe Steria-zaak. *Weekblad voor Fiscaal Recht*, 144(7099), 696-706. <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00C9B28A&cpid=WKNL-LTR-Navigator>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Weekblad voor Fiscaal Recht, De per element benadering onder het fiscale-eenheidsregime nader bezien in het licht van de Finanzamt Linz- en de Groupe Steria-zaak

Vindplaats: WFR 2015/696

Bijgewerkt tot: 26-05-2015

Auteur: Prof. dr. D.M. Weber¹⁾

In dit artikel wordt, onder meer op grond van de Finanzamt Linz- en de Groupe Steria-zaak, verdedigd dat een belastingplichtige op grond van de EU-verdragsvrijheden in zijn aangifte vennootschapsbelasting in grensoverschrijdende situaties een beroep kan doen op bepaalde voordelen die binnen een groep bij een belastingheffing als fiscale eenheid ex art 15 Wet VPB 1969 in een binnenlandse situatie benut kunnen worden (de zogenoemde “per element benadering”). Toepassing van de per element benadering kan verstrekkend zijn en roept onder andere de vraag op naar de EU-houdbaarheid van de houdsterverliesverrekeningsbeperking (art. 20 lid 4 Wet VPB 1969), de uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen (art. 13 lid 9 t/m 15 Wet VPB 1969) en de deelnemingsrenteaftrekbepaling (art. 131 Wet VPB 1969).

1 Het probleem: per-element benadering bij de belastingheffing van een groep in de Vpb

In dit artikel ga ik in op de vraag of een belastingplichtige op grond van de EU-verdragsvrijheden in zijn aangifte vennootschapsbelasting in grensoverschrijdende situaties een beroep kan doen op bepaalde voordelen die binnen een groep bij een belastingheffing als fiscale eenheid ex art 15 Wet VPB 1969 in een binnenlandse situatie benut kunnen worden. Deze problematiek staat bekend als de ‘per element benadering’.

De Hoge Raad lijkt de per element benadering, na *X Holding*, af te wijzen, maar de vraag is of dit terecht is en of deze benadering niet aan het Hof van Justitie had moeten worden voorgelegd. In de Oostenrijkse *Finanzamt Linz*-zaak en de Franse *Groupe Steria*-zaak is vergelijkbare problematiek inmiddels door buitenlandse rechters aan het Hof van Justitie voorgelegd. In *Finanzamt Linz* heeft A-G Kokott de per element benadering inmiddels stilzwijgend toegepast.

2 De belastingheffing van groepen binnen de Vpb versus de EU-verdragsvrijheden in een notendop

Het nationale vennootschapsbelastingstelsel geeft in sommige landen de mogelijkheid om belasting te heffen rekening houdend met het feit dat een vennootschap deel uitmaakt van een grotere groep. Belastingheffing kan dan verschillende vormen aannemen zoals consolidatie (zoals in Australië en Nederland), *pooling* (zoals in Frankrijk), *group contribution*-systemen (zoals in Finland) en *group relief*-systemen (zoals in het Verenigd Koninkrijk).

In het verleden was de toepassing van dergelijke groepsregelingen binnen de Europese Unie vaak voorbehouden aan binnenlandse groepen. In diverse zaken heeft het Hof van Justitie echter beslist dat sprake is van een belemmering van het vrije verkeer wanneer de belastingheffing van een groep met buitenlandse groepsleden zwaarder was in vergelijking met een puur binnenlandse groep. Wij zagen dit voor de eerste keer in het *Halliburton*-arrest (C-1/93) in 1994, en voor de vennootschapsbelasting in 1998 in de *ICI*-zaak (C-264/96). In latere arresten zoals *X AB & Y AB* (C-200/98), *Metallgesellschaft* (C-397/98 en C-410/98), *Marks & Spencer*

(C-446/03), *Oy AA* (C-231/05), *Papillon* (C-418/07), *X Holding* (C-337/08), *Philips Electronics* (C-18/11), *Felixstowe* (C-80/12) en *SCA Group Holding* (C-39/13, C-40/13 en C-41/13) is dit bevestigd.

Uit deze arresten kunnen wij leren dat de vraag of de binnenlandse behandeling van groepen ook moet worden toegepast in het geval sprake is van een groep met buitenlandse leden dit afhangt van de vraag of de samenhang van het belastingstelsel wordt verbroken en met name of de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten in gevaar komt.^[2]

Wanneer de samenhang van het belastingstelsel of de verdeling van de evenwichtige heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten niet in gevaar komt, moeten de lidstaten een gunstige behandeling van een groep ook toestaan wanneer deze groep deels buitenlandse leden heeft. Wij zagen dat al in oude zaken zoals *ICI* en *X AB & Y AB*, maar dit is bevestigd door *Papillon* (C-418/07), *Philips Electronics* (C-18/11), *Felixstowe* (C-80/12) en in 2014 voor de Nederlandse fiscale eenheid in *SCA Group Holding*.

Wanneer de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten wel in gevaar komt, kan een groep met deels buitenlandse leden de gunstige binnenlandse groepsbehandeling wél worden geweigerd.^[3] Wij zien dat in *Marks & Spencer* en *Oy AA*. Voor Nederland is met name relevant dat het Hof van Justitie in *X Holding* het geen probleem vond dat een fiscale eenheid in grensoverschrijdende situaties niet wordt toegestaan. Het *X Holding*-arrest wordt in de praktijk nogal eens ingeroepen om elk beroep van een belastingplichtige die onderdeel is van een groep met buitenlandse leden de gunstige binnenlandse fiscale-eenheidsbehandeling te ontzeggen. Ik vind echter dat daar genuanceerder over moet worden gedacht. Eén van de vragen die opkomt, is of een belastingplichtige een beroep kan doen op de zogenoemde per element benadering, dat wil zeggen dat een belastingplichtige op grond van de EU-verdragsvrijheden in zijn aangifte vennootschapsbelasting in grensoverschrijdende situaties een beroep kan doen op bepaalde voordelen die bij een belastingheffing als fiscale eenheid in een binnenlandse situatie benut kunnen worden. Hij zou dan dus per element een beroep kunnen doen op de voordelen van de fiscale eenheid.^[4]

3 *Marks & Spencer versus X Holding*

Hoewel het *Marks & Spencer*-arrest en het *X Holding*-arrest uitgebreid zijn becommentarieerd in de literatuur^[5] is het nuttig de twee zaken nog eens tegenover elkaar te zetten.

3.1 *Marks & Spencer*: verliesuitputtingsmogelijkheid

In het *Marks & Spencer*-arrest (C-446/03) gewezen op 13 december 2005, kwam de Britse *Group relief for losses*-regeling aan de orde. Op grond van deze regeling konden verliezen van een vennootschap binnen een groep worden overgedragen aan een andere vennootschap (*group relief*). Deze *group relief* was alleen mogelijk voor verliezen behaald in het Verenigd Koninkrijk (VK), niet voor verliezen behaald buiten het VK. *Marks & Spencer* was een in het VK gevestigde moederverenootschap met verschillende dochters gevestigd in het VK en in diverse EU lidstaten. *Marks & Spencer* had verzocht om *group relief* waardoor in het Verenigd Koninkrijk rekening wordt gehouden met de buitenlandse verliezen die haar in België, Duitsland en Frankrijk gevestigde dochtervennootschappen hadden geleden. De *group relief* werd echter geweigerd omdat het in casu ging om buitenlands verlies. Het Hof van Justitie oordeelde dat het onthouden in een grensoverschrijdende situatie van een fiscaal voordeel zoals de verrekening van verliezen tussen twee groepsmaatschappijen een belemmering is van het recht van vestiging. Deze belemmering kon echter worden gerechtvaardigd. In de *Marks & Spencer*-zaak werd dit nog gerechtvaardigd door drie in die zaak aangevoerde rechtvaardigingsgronden (waarborging van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten; gevaar van een dubbele verrekening van het verlies; gevaar van belastingontwijking) samen te beschouwen. In latere rechtspraak wordt duidelijk dat het Hof van Justitie met name de waarborging van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten als rechtvaardiging accepteert voor het weigeren van het niet in aanmerking nemen van buitenlandse verliezen^[6], hoewel in het *A Oy*-arrest uit 2013 (C-123/11) het Hof van Justitie de rechtvaardigingsgronden weer “in onderling verband” beschouwde (r.o. 43 t/m 46 van *A Oy*).

Hoe dan ook, in *Marks & Spencer* ging het Hof van Justitie vervolgens nog na of een generieke uitsluiting van buitenlandse verliezen wel noodzakelijk is om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen. In dat kader formuleerde het Hof van Justitie de bekende verliesuitputtingsmogelijkheid of wel de final-losses exception en oordeelde dat de moedermaatschappij wél rekening moet houden met het buitenlands verlies, wanneer de in het buitenland gevestigde dochtervennootschap de in haar vestigingsstaat bestaande mogelijkheden tot verliesverrekening heeft uitgeput (zie r.o. 55 van *Marks & Spencer*; r.o. 49 van *A Oy*)⁷¹, daaraan toevoegend dat “de lidstaten vrij blijven, regels in te voeren of te handhaven die specifiek tot doel hebben, volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om de nationale fiscale wet te omzeilen of eraan te ontsnappen, van een belastingvoordeel uit te sluiten” (*Marks & Spencer*, r.o. 57). Kort gezegd: een regeling die verliesoverdracht binnen een groep mogelijk maakt, hoeft niet te worden uitgebreid tot buitenlandse verliezen, tenzij de verliesmogelijkheden in het buitenland zijn uitgeput.

3.2 X Holding: grensoverschrijdende fiscale eenheid kan worden geweigerd

In het *X Holding*-arrest (C-337/08), gewezen op 25 februari 2010, heeft het Hof van Justitie beslist dat het onthouden van een fiscale eenheid in de Nederlandse vennootschapsbelasting in een situatie waarin een Nederlandse moedermaatschappij een deelneming had in een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap een belemmering is van het recht van vestiging. Van belang is dat het Hof van Justitie in *X Holding* een dwingende reden van algemeen belang voor deze belemmering accepteerde. In dat kader wees het Hof van Justitie eerst naar het oordeel in *Marks & Spencer* dat wanneer een vennootschap de mogelijkheid wordt geboden, te opteren voor verrekening van zijn verliezen in de lidstaat waar zijn vestiging is gelegen dan wel in een andere lidstaat, de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten groot gevaar zou lopen. Vervolgens paste het Hof van Justitie dit oordeel toe op de fiscale-eenheidsregeling en overwoog:

“Aangezien de moedervernootschap vrijelijk kan beslissen om met haar dochteronderneming een fiscale eenheid te vormen en van het ene op het andere jaar even vrijelijk kan beslissen om die fiscale eenheid op te heffen, zou zij met de mogelijkheid om een niet-ingezeten dochteronderneming in de fiscale eenheid op te nemen, de vrijheid hebben om te kiezen welke belastingregeling op de verliezen van deze dochteronderneming van toepassing is en waar deze verliezen worden verrekend. Wanneer de contouren van de fiscale eenheid aldus kunnen worden gewijzigd, zou, wanneer de mogelijkheid werd aanvaard om een niet-ingezeten dochteronderneming daarin op te nemen, dit ertoe leiden dat de moedervernootschap vrijelijk kan kiezen in welke lidstaat de verliezen van deze dochteronderneming in mindering worden gebracht (zie in die zin reeds aangehaalde arresten, *Oy AA*, punt 56, en *Lidl Belgium*, punt 34). Een fiscale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, is derhalve gerechtvaardigd uit hoofde van de noodzaak om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven.”

Het Hof van Justitie ging nog na of de weigering van de fiscale eenheid noodzakelijk was om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven. Het Hof van Justitie verwierp hierbij de inhaalregeling (eerste verliezen in aftrek toestaan en bij later winst weer bij het resultaat tellen) als een evenredigere regeling. Over eventuele toepassing van de verliesuitputtingsmogelijkheid van *Marks & Spencer* liet het Hof van Justitie zich niet uit.

Het Hof van Justitie rechtvaardigde de weigering van de fiscale eenheid, aangezien anders de moedermaatschappij van jaar tot jaar vrijelijk kan beslissen om een fiscale eenheid te vormen, dan wel op te heffen en zo vrijelijk kan beslissen, waar de verliezen van de dochtermaatschappij kunnen worden verrekend. Hierdoor zou de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten in gevaar komen. Het Hof van Justitie oordeelde vervolgens, dat Nederland een grensoverschrijdende fiscale eenheid mocht weigeren: “De artikelen 43 EG en 48 EG verzetten zich niet tegen de wettelijke regeling van een lidstaat, die een moedervernootschap de mogelijkheid biedt om met haar ingezeten dochteronderneming een fiscale eenheid te vormen, doch niet toestaat dat een dergelijke fiscale eenheid wordt gevormd met een niet-ingezeten dochteronderneming omdat laatstgenoemde vennootschap voor de

belasting van haar winst niet is onderworpen aan de belastingwet van deze lidstaat”, aldus het dictum in *X Holding*.

De Hoge Raad heeft het *X Holding*-arrest van het Hof van Justitie, zonder daar wat aan toe te voegen, bevestigd in het eindarrest in die zaak (HR 7 januari 2011, *BNB* 2011/96).

3.3 Verhouding tussen *Marks & Spencer* en *X Holding*

Marks & Spencer en *X Holding* lijken enigszins haaks op elkaar te staan. In *Marks & Spencer* dwingt het Hof van Justitie een lidstaat om met buitenlands verlies rekening te houden, wanneer de verliesverrekeningsmogelijkheden in de bronstaat zijn uitgeput. In *X Holding* oordeelt het Hof van Justitie dat vorming van een grensoverschrijdende fiscale eenheid mag worden geweigerd en hierdoor wordt ook grensoverschrijdende verliesverrekening binnen de fiscale eenheid niet toegestaan.

Uit *X Holding* blijkt dat de grensoverschrijdende fiscale eenheid als zodanig onder EU-recht kan worden geweigerd, maar de vraag die na *X Holding* opkwam, was of een belastingplichtige in zijn aangifte vennootschapsbelasting in grensoverschrijdende situaties een beroep kan doen op bepaalde voordelen die bij een belastingheffing als fiscale eenheid in een binnenlandse situatie benut kunnen worden. Hij opteert dus niet voor de fiscale eenheid (zoals in *X Holding*), maar vraagt alleen in zijn aangifte om bepaalde voordelen die een fiscale eenheid (in binnenlandse situaties) meebrengt (de per element benadering). Belastingplichtige kan bijvoorbeeld vragen om toepassing van de verliesuitputtingsmogelijkheid, maar ook kan aan andere voordelen die alleen in binnenlandse fiscale eenheid kunnen worden benut, worden gedacht (zie hierna nader).

4 De per element benadering in de Nederlands jurisprudentie; toegepast, maar ook afgewezen?

4.1 Per element benadering toegepast?

In HR 2 oktober 2009, *BNB* 2010/22, gewezen voor het *X Holding*-arrest, lijkt de per element benadering aan de orde te komen. In die zaak was geen (nieuwe) fiscale eenheid aangevraagd. Er werd ook niet voldaan aan de voorwaarden om een fiscale eenheid te vormen, aangezien de dochtermaatschappij van belanghebbende (een moedermaatschappij gevestigd in Nederland) was gevestigd in Duitsland. Belanghebbende nam in die zaak echter het standpunt in dat zij bij de aanslagregeling een specifiek voordeel van de fiscale eenheid (in casu verrekening van buitenlandse verliezen van haar dochter) op grond van EU-recht in aanmerking wilde nemen: “Belanghebbende heeft zich voor de Rechtbank evenwel op het standpunt gesteld dat de weigering van de Inspecteur om aftrek van het verlies van de GmbH toe te staan, strijd oplevert met het EG-Verdrag, aangezien die aftrek — met gebruikmaking van de faciliteit van een fiscale eenheid — wel mogelijk zou zijn geweest indien haar dochtervennootschap (de GmbH) in Nederland zou zijn gevestigd” (zie r.o. 3.1.5 van het arrest). De Hoge Raad scherpte dit standpunt nog eens aan: “Bij de beoordeling van de tegen dat oordeel aangevoerde klachten wordt vooropgesteld, dat het onderhavige geschil niet betreft de vraag of het gemeenschapsrecht meebrengt dat belanghebbende een fiscale eenheid moet kunnen vormen met de GmbH — belanghebbende heeft niet een beschikking als bedoeld in artikel 15, lid 1, van de Wet gevraagd vanaf het jaar 2003 —, doch de — minder omvattende — vraag of de weigering van de in de aangifte toegepaste verliesaftrek — op de grond dat de verlieslijdende vennootschap waarin belanghebbende deelneemt niet in Nederland is gevestigd — verenigbaar is met het gemeenschapsrecht.” Hier zien wij dus duidelijk een per element benadering. Belanghebbende had het standpunt ingenomen dat de rechtvaardigingsgronden zoals aanvaard in *Marks & Spencer* onder het Nederlandse systeem niet kunnen worden geaccepteerd. Dit betoog werd door de Hoge Raad verworpen. Kort gezegd overwoog de Hoge Raad dat het weigeren van een buitenlands verlies, ook onder het Nederlandse stelsel, kan worden gerechtvaardigd op grond van de rechtvaardigingsgronden uit *Marks & Spencer*. Wij zien hier dus, dat de Hoge Raad een beroep op een per element benadering met betrekking tot verliezen op zich toelaat, maar dat daar in die zaak een rechtvaardiging voor was. Deze lezing van het

arrest heeft de staatssecretaris ook in de zogenoemde Sinterklaasbrief van 5 december 2009^[8] en dit wordt ondersteund door de overweging van de Hoge Raad in het arrest van 11 juli 2008, *BNB 2008/305* (het arrest waarin de prejudiciële vragen in de zaak-*X Holding BV* werden gesteld) dat “de eventuele omstandigheid dat Nederland niet is gehouden een vennootgrensoverschrijdende fiscale eenheid toe te staan, niet [uitsluit] dat sommige voordelen die Nederlandse in een fiscale eenheid gevoegde vennootschappen kunnen genieten, zoals horizontale verliescompensatie, ook moeten worden toegekend aan een Nederlandse moedervenootschap met een buitenlandse dochtervenootschap, namelijk indien het onthouden van die voordelen een achterstelling oplevert die niet wordt gedekt door rechtvaardigingsgronden als genoemd in het arrest *Marks & Spencer II*” (r.o. 3.7.5). Wij zien hier dus, dat de Hoge Raad duidelijk een per element benadering niet uitsluit en ruimte openlaat om in een situatie waarin de rechtvaardigingsgronden in *Marks & Spencer* niet van toepassing zijn, een belemmering van het vrije verkeer te zien. Ik merk voor de volledigheid op dat er ook auteurs zijn die in *BNB 2010/22* geen per element benadering lezen zoals Marres in zijn noot bij het arrest in *BNB* en Egelie en Siemonsma in *NTFR 2010/430.9*

4.2 Per element benadering afgewezen?

Vraag is, of de toepassing van de per element benadering die de Hoge Raad in *BNB 2010/22* en *BNB 2008/305* mijns inziens openhield, na het arrest van het Hof van Justitie in *X Holding* nog steeds tot de mogelijkheden behoort. Het arrest van het Hof van Justitie in *X Holding* is gewezen op 25 februari 2010, dus na *BNB 2010/22*, welk arrest is gewezen op 2 oktober 2009. In het uiteindelijke eindarrest van de Hoge Raad in *X Holding*, *BNB 2011/96*, is de Hoge Raad er niet aan toegekomen (aangezien de zaak ging over de afwijzing van de fiscale eenheid beschikking en niet over de aanslag zelf) om een nadere duiding te geven aan HR *BNB 2010/22*, hoewel belanghebbende in die zaak wel aan de Hoge Raad had gevraagd of na *X Holding* de per element benadering nog geldend recht was (zie conclusie van A-G Wattel in die zaak, punt 1.4 en 1.5).

HR 24 juni 2011, *BNB 2011/244* lijkt een sterke aanwijzing dat de Hoge Raad de per element benadering na *X Holding* afwijst. In die zaak werd gesteld dat de houdsterverliesverrekeningsbeperking (art. 20 lid 4 Wet VPB 1969) in strijd was met het recht van vestiging, omdat in een binnenlandse situatie door het aangaan van de fiscale eenheid deze regeling niet van toepassing kan zijn. Daarom treedt er een belemmering van het vrije verkeer op, omdat in een buitenlandse situatie door de onmogelijkheid een fiscale eenheid aan te gaan een belastingplichtige altijd onder deze verliesbeperking valt. Belanghebbende wilde dus geen grensoverschrijdende fiscale eenheid vormen, maar klaagde over het feit dat een specifiek element van het fiscale-eenheidsregime (dat hem werd onthouden) hem belemmerde. Hier zien wij dus de per element benadering. De Hoge Raad wees een beroep op de per element benadering af:

“3.4.2. Het door belanghebbende gesignaleerde verschil in behandeling bestaat hierin dat houdstervenootschappen met binnenlandse deelnemingen de mogelijkheid hebben een fiscale eenheid aan te gaan met die deelnemingen, waardoor zij niet onder het bereik van artikel 20, lid 4, van de Wet vallen, terwijl houdstervenootschappen met alleen buitenlandse deelnemingen zonder vaste inrichting in Nederland die mogelijkheid niet hebben.

Het unierecht verzet zich echter niet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat die een moedervenootschap de mogelijkheid biedt om met haar ingezeten dochteronderneming een fiscale eenheid te vormen, doch die niet toestaat dat een dergelijke eenheid wordt gevormd met een niet-ingezeten dochteronderneming omdat laatstgenoemde vennootschap voor de belasting van haar winst niet is onderworpen aan de belastingwet van deze lidstaat (zie HvJ EU 25 februari 2010, *X Holding B.V.*, C-337/08, *BNB 2010/166*). Dit geldt ook indien voor de vennootschap waarmee belanghebbende zich wil vergelijken het doorslaggevende voordeel van het aangaan van een fiscale eenheid erin is gelegen dat het bepaalde in artikel 20, lid 4, van de Wet daardoor niet van toepassing is op de desbetreffende belastingplichtige. De gevolgen van een fiscale eenheid zijn immers meeromvattend en zij verschillen niet naar gelang de reden die de belastingplichtige had om een fiscale eenheid te willen aangaan. Het aan de

orde zijnde verschil in behandeling op het punt van het aangaan van een fiscale eenheid is gerechtvaardigd uit hoofde van de noodzaak om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven. De regeling van de fiscale eenheid is voorts evenredig met de daarmee nagestreefde doelstellingen (zie de punten 37-42 van het hiervoor genoemde arrest). Naar niet voor redelijke twijfel vatbaar is, geldt dit voor alle verschillen in behandeling die bij de vaststelling van de aanslag voortvloeien uit de omstandigheid dat bij een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting de werkzaamheden en het vermogen van de dochtermaatschappij worden geacht deel uit te maken van de werkzaamheden en het vermogen van de moedermaatschappij. De doorwerking van deze consolidatie naar de regeling voor verliescompensatie, waartoe ook artikel 20, lid 4, van de Wet behoort, vormt een dergelijk uit het wezen van de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting voortvloeiend verschil.”

De Hoge Raad trekt de beslissing in *X Holding* door naar *alle* verschillen in behandeling die het gevolg zijn van de werking van de fiscale eenheid. Uitdrukkelijk wordt opgemerkt, dat de doorwerking van deze consolidatie naar de regeling voor verliescompensatie “een dergelijk uit het wezen van de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting voortvloeiend verschil” vormt. De Hoge Raad vindt dit alles “niet voor redelijke twijfel vatbaar”, wat erop neerkomt dat de Hoge Raad vindt dat sprake is van een *acte clair* en zich niet verplicht voelt om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie. In HR 21 september 2012, *BNB 2013/15* werd een beroep op de per element benadering^[9] (zonder verdere motivering) ook afgewezen met betrekking tot de Nederlandse thincapregeling (art. 10d Wet VPB 1969 oud).

4.3 Afwijzing van de per element benadering is onjuist en geen acte clair

De vraag die je kunt stellen is of het afwijzen van de per element benadering wel terecht is. A-G Wattel wijst de per element benadering af in zijn conclusie voor *BNB 2011/244*, Marres doet hetzelfde in zijn noot onder *BNB 2010/22* en Meussen in zijn noot onder *BNB 2011/96* (het eindarrest in *X Holding*). Het meest gehoorde argument voor deze afwijzing is dat de per element benadering tot *cherry picking* zou leiden en tot onaanvaardbare uitvoeringsproblemen zou leiden (toekennen van fiscale-eenheidsvoordelen wordt dan afhankelijk van specifieke feiten); zie A-G Wattel in zijn conclusie in *BNB 2011/244*, punt 7.13.

Toch is de vraag of de Hoge Raad wel had mogen oordelen dat er in *BNB 2011/244* en *BNB 2013/15* sprake was van een *acte clair*.

Het *cherry picking*-argument is namelijk nooit aan de orde gesteld voor het Hof van Justitie, en, zoals in de literatuur opgemerkt^[10], kan *cherry picking* worden voorkomen door de fiscale eenheid ook open te stellen in grensoverschrijdende situaties om vervolgens specifieke onderdelen te weigeren, in situaties waarin de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid of de samenhang van het belastingstelsel in gevaar komt.^[11] Ook het argument, dat de per element benadering tot onaanvaardbare uitvoeringsproblemen zou leiden, is in dit kader niet eerder aan de orde gesteld bij het Hof van Justitie. Nog afgezien van de vraag of de uitvoering echt een “probleem” is^[12], is de vraag of dit voor het Hof van Justitie een valide reden is, aangezien het Hof van Justitie in de regel niet snel onder de indruk is van uitvoeringsproblemen. Daarnaast is nu juist met betrekking tot het Franse consolidatieregime in de *Papillon*-zaak opgemerkt dat “praktische moeilijkheden op zich niet kunnen volstaan om schending van een door het Verdrag gewaarborgde vrijheid te rechtvaardigen” (r.o. 54). Het valt niet in te zien waarom dat in zaken zoals *BNB 2011/244* en *BNB 2013/15* anders zou zijn.

Voor het afwijzen van de per element benadering wordt vaak verwezen naar het oordeel van het Hof van Justitie in *X Holding*. Toch moet eraan worden herinnerd, dat de rechtvaardiging voor de belemmering in *X Holding* toegespitst was op het feit dat wanneer een fiscale eenheid zou worden toegestaan, de belastingplichtige de vrijheid zou hebben om van jaar tot jaar een fiscale eenheid te vormen/verbreken en dan kan kiezen in welke lidstaat er rekening wordt gehouden met de verliezen. Hierdoor zou de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten in gevaar komen. *X Holding* zegt dus niets over (i) situaties die zich *buiten* de fiscale eenheid voordoen, zegt niets over (ii) situaties waarin er geen sprake is van een *verlies* en zegt niets over (iii) situaties waarin de evenwichtige verdeling van de

heffingsbevoegdheid niet in gevaar komt (dus bijvoorbeeld in situaties waarin geen sprake is van verliesimport).

Het probleem met het oordeel van de Hoge Raad in *BNB 2011/244* en *BNB 2013/15* is dat de Hoge Raad de redenering in *X Holding* generaliseert. De Hoge Raad vindt het in *BNB 2011/244* “niet voor redelijke twijfel vatbaar”, dat de noodzaak om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven, zoals aan de orde in *X Holding*, geldt voor *alle* verschillen in behandeling die voortvloeien uit de werking van de fiscale eenheid.

Ik wil er echter op wijzen dat de noodzaak om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven er volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie “met name toe [strekt] de symmetrie tussen het recht op belastingheffing over de winst en de mogelijkheid tot aftrek van verliezen veilig te stellen” (zie r.o. 24 van *Philips Electronics* en r.o. 33 van *Lidl Belgium*). Lidstaten hebben het recht “om hun belastingbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot activiteiten die op hun grondgebied plaatsvinden” (zie: *Cadbury Schweppes*, r.o. 56). Dit impliceert dat, in beginsel, een lidstaat geen *buitenlandse* verliezen in aanmerking hoeft te nemen. Dat is wat in *Marks & Spencer* is beslist (met als uitzondering de verliesuitputtingsmogelijkheid), en dat is wat in *X Holding* is beslist in de speciale context betreffende het aangaan van een fiscale eenheid (geen recht op vrije keuze om buitenlandse verliezen te verrekenen waar en wanneer een belastingplichtige wil). Om meer te lezen in *X Holding* lijkt mij niet juist, want dit haalt de beslissing uit haar context en houdt geen rekening met de eigenlijke redenering van het Hof van Justitie. Het Hof van Justitie heeft in *X Holding* niets gezegd over een beperking van binnenlandse verliesverrekeningsmogelijkheden (zoals de houdsterverliezen in *BNB 2011/244*), of *binnenlands* betaalde rente waarvan de aftrek wordt beperkt door een thincapregeling (zoals in *BNB 2013/15*). Deze situaties hebben als zodanig niets te maken met de consolidatie van buitenlands resultaat en brengt de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten dan ook niet in gevaar (de problematiek van buitenlandse verliesimport zoals die aan de orde was in *Marks & Spencer* en *X Holding* speelt hier niet). Uit arresten die betrekking hadden op de belastingheffing van groepsmaatschappijen zoals het *Papillon*-arrest uit 2008, maar ook meer recentere zaken zoals HvJ EU 6 september 2012, *Philips Electronics* (C-18/11), HvJ EU 1 april 2014, *Felixstowe* (C-80/12), en HvJ EU 12 juni 2014, *SCA Group Holding* (gevoegde zaken C-39/13, C-40/13 en C-41/13), zien wij duidelijk dat wanneer de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten niet wordt aangetast omdat sprake is van binnenlandse consolidatie of binnenlandse verliesoverdracht, het Hof van Justitie een rechtvaardiging voor een belemmering niet accepteert. Door in *BNB 2011/244* en *BNB 2013/15* de rechtvaardigingsgrond inzake de verdeling van de heffingsbevoegdheid toe te passen in situaties waarin deze verdeling helemaal niet in gevaar kan komen (aangezien beide arresten zien op situaties met alleen binnenlands resultaat), heeft de Hoge Raad de beslissing in *X Holding* mijns inziens te ruim toegepast, en moest hij op zijn minst hierover opheldering vragen door het stellen van prejudiciële vragen.^[13]

4.4 *Finanzamt Linz*-zaak: per element benadering voor het Hof van Justitie

In de lopende Oostenrijkse zaak C-66/14, *Finanzamt Linz* komt de per element benadering ook (stilzwijgend) aan bod. Oostenrijk kent de “*Gruppenbesteuerung*”; de Oostenrijkse beperkte variant op de Nederlandse fiscale eenheid. Rechtspersonen die deel uitmaken van dezelfde groep hebben de mogelijkheid om als één persoon te worden belast. In het kader van deze belastingheffing naar het groepsinkomen worden de fiscale resultaten van alle groepsleden op het niveau van de moeder vennootschap verrekend en daar belast. De Oostenrijkse *Gruppenbesteuerung* kent ook de mogelijkheid tot het vormen van een internationale groep. In het geval van buitenlandse vennootschappen wordt evenwel geen winst, maar enkel — onder bepaalde voorwaarden — verlies verrekend.^[14] De in Oostenrijk gevestigde IFN-Holding heeft gekozen voor internationale groepsbehandeling en wil goodwill van haar Slowaakse dochtervennootschap HSF s.r.o. Slowakei afschrijven. Ze heeft daar in haar aangiften over 2006 tot en met 2010 dan ook om verzocht. Op grond van de Oostenrijkse belastingwet is de afschrijving echter alleen toegestaan in het geval van een binnenlandse deelneming *en* alleen toegestaan binnen een binnenlandse groep. IFN-Holding vraagt dus in haar aangifte om een voordeel dat alleen toekomt aan

binnenlandse groepen. Ik merkt op dat IFN-Holding niet vraagt om gehele gelijke behandeling als een binnenlandse groep, ze vraagt alleen om het specifieke voordeel van de afschrijving op goodwill. Hier is dus ook sprake van een per element benadering. Het Verwaltungsgerichtshof heeft hierover een prejudiciële vraag gesteld aan het Hof van Justitie en opgemerkt dat de uitlegging van het recht van de Unie niet zo duidelijk lijkt te zijn dat er geen ruimte bestaat voor twijfel zoals bedoeld in het CILFIT-arrest (er is dus geen sprake van een *acte clair*).^[15] A-G Kokott is in haar conclusie in deze zaak^[16] van mening dat, met verwijzing naar *X Holding*, sprake is van een belemmering van het recht van vestiging. De A-G bevestigde dat het weigeren van een afschrijving op goodwill wellicht kan worden gerechtvaardigd door de waarborging van de fiscale samenhang van het belastingstelsel, maar dat is er in casu geen samenhang bestond tussen de afschrijving op de goodwill en de latere belastbaarheid van de winst bij vervreemding. We zien dat A-G Kokott stilzwijgend de per element benadering toepast: voor elk binnenlands voordeel van een belastingheffing naar het groepsinkomen wordt nagegaan of het weigeren van dit voordeel in buitenlandse situaties een niet gerechtvaardigde belemmering oplevert.

4.5 *Groupe Steria*-zaak: per element benadering voor het Hof van Justitie

In de Franse *Groupe Steria SCA*-zaak (C-386/14^[17]) heeft de Cour administrative d'appel de Versailles een zaak waarin de per element benadering ook speelt aan het Hof van Justitie voorgelegd. In die zaak heeft een Franse moedermaatschappij een 95% belang in een dochtermaatschappij gevestigd in een andere lidstaat. Aan de orde is dat in een binnenlandse situatie 5% van een uitgekeerd dividend bij de moedermaatschappij wordt belast (omdat 5% van het dividend als niet-afrekbare kosten wordt aangemerkt), maar door te opteren voor de Franse consolidatieregeling wordt dit binnen de consolidatie geneutraliseerd (en is het dividend geheel vrijgesteld). Aangezien een buitenlandse vennootschap niet kan worden geconsolideerd met een Franse moedermaatschappij kan er in het geval er gebruik is gemaakt van het recht van vestiging, geen gebruik worden gemaakt van deze neutralisering. In *Groupe Steria* heeft belanghebbende niet gevraagd om consolidatie van haar resultaten met die van haar Europese dochters, maar vraagt zij alleen om toekenning van dit specifieke voordeel. Wij zien dus dat de per element benadering aan het Hof van Justitie is voorgelegd in een situatie waarin een moedermaatschappij een 95% belang heeft in een dochtermaatschappij gevestigd in een andere lidstaat. In *Groupe Steria* wordt niet gevraagd om consolidatie van resultaten van een buitenlandse dochtermaatschappij, maar is de vraag of recht bestaat op een ander voordeel namelijk de totale vrijstelling van het eigen resultaat (ontvangen dividend) binnen een groep. In het verwijzingsarrest wordt door het Cour administrative d'appel de Versailles op dit punt een onderscheid gemaakt tussen *X Holding* en de situatie zoals aan de orde in de *Groupe Steria*-zaak en wordt opgemerkt dat *X Holding* zag op consolidatie van resultaten van een Europese dochtermaatschappij, terwijl het in *Groupe Steria* gaat om andere voordelen die verband houden met het vormen van een fiscale eenheid. Vandaar dat de Cour administrative d'appel de Versailles deze zaak aan het Hof van Justitie voorlegt. A-G Kokott zal in *Groupe Steria* conclusie nemen.

5 *Nieuw leven voor de per element benadering*

5.1 Beroep op per element benadering weer mogelijk

Een hoogste rechter is verplicht tot het stellen van prejudiciële vragen over de uitlegging van EU-recht (zie: art. 267 VWEU), tenzij sprake is van een *acte clair*, dat wil zeggen wanneer “de juiste toepassing van het [Unie]recht zo evident [is] dat redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan omtrent de wijze waarop de gestelde vraag moet worden opgelost”. Nu de *Groupe Steria*-zaak en de *Finanzamt Linz*-zaak voor het Hof van Justitie liggen, lijkt mij duidelijk dat de Hoge Raad het niet-toepassen van de per element benadering niet meer, zoals in *BNB 2011/244* en *BNB 2013/15*, kan beschouwen als een *acte clair*. In het *CILFIT*-arrest^[18] heeft het Hof van Justitie er op gewezen dat een hoogste rechter alleen kan afzien van het stellen van prejudiciële vragen wanneer “de oplossing even evident zou zijn voor de rechterlijke instanties van de andere lidstaten”.^[19] Daar lijkt mij op dit moment geen sprake van. De conclusie van A-G Kokott in de *Finanzamt Linz*-zaak waarin ze stilzwijgend de per element benadering toepast, onderstreept alleen maar

dat anders tegen deze benadering kan worden aangekeken dan de Hoge Raad in *BNB* 2011/244 en *BNB* 2013/15.

Bovenstaande betekent dat ook in Nederland weer rekening kan worden gehouden met eventuele toepassing van de per element benadering. De vraag is in welke situaties beroep kan worden gedaan op een specifiek voordeel van de fiscale eenheid.

5.2 Thincapitalisation, houdsterverliezen en exitheffingen

Waarom allereerst aan kan worden gedacht, zijn situaties waarin de per element benadering door de Hoge Raad is afgewezen. In *BNB* 2013/15 is beroep op de per element benadering afgewezen in verband met art. 10d Wet VPB 1969 (de thincapitalisationregeling). Aangezien art. 10d Wet VPB 1969 inmiddels is afgeschaft, heeft een beroep in dit kader geen nut, tenzij sprake is van nog openstaande aanslagen in jaren waarin art. 10d Wet VPB 1969 nog wel van toepassing is.

In *BNB* 2011/244 is een beroep op de per element benadering afgewezen in verband met de houdsterverliesverrekeningsbeperking (art. 20 lid 4 Wet VPB 1969). Deze beperking is nog steeds van toepassing en dus kan na *Groupe Steria* en *Finanzamt Linz* een beroep op de per element benadering weer kansrijk zijn.

Een ander voordeel waaraan kan worden gedacht, is het verschuiven van activa: binnen de Nederlandse fiscale eenheid zijn vermogenswinsten onbelast; buiten fiscale eenheid in de regel belast, al zal hier in voorkomende gevallen wellicht een rechtvaardigingsgrond gevonden kunnen worden in de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid, aangezien Nederland de heffingsbevoegdheid vaak zal verliezen wanneer de activa naar het buitenland worden verplaatst. In lijn met arresten zoals *DMC* (C-164/12) en *National Grid Indus* (C-371/10) is verdedigbaar dat Nederland dan uitstel van betaling van de belasting over vermogenswinsten onder voorwaarden moet toestaan.

5.3 Niet-kwalificerende beleggingsdeelneming

Een ander voorbeeld is een analoge toepassing van de *Groupe Steria*-zaak. In binnenlandse fiscale-eenheidsituaties is een uitkering van dividend onbelast (want wordt niet meer gezien door toerekeningsfictie van art. 15 lid 1 Wet VPB 1969), in buitenlandse situaties zullen beperkingen van toepassing zijn die kleven aan de deelnemingsvrijstelling. De vraag is of deze beperkingen van de deelnemingsvrijstelling toegestaan zijn onder de per element benadering. Wanneer de voorwaarden voor het vrijstellen van dividend in een buitenlandse situatie strikter zijn dan de voorwaarden die gesteld worden aan het vormen van een fiscale eenheid in een binnenlandse situatie kan op grond van *Groupe Steria* worden verdedigd dat sprake is van een belemmering van het vrije verkeer. Een voorbeeld is het regime van de beleggingsdeelneming ex art. 13 lid 9 t/m 15 Wet VPB 1969. Wanneer sprake is van een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming zal in een binnenlandse situatie binnen fiscale eenheid het dividend door de werking van de fiscale eenheid in de regel (alsnog) niet worden belast.^[20] In een buitenlandse situatie zal de belastingdruk op een ontvangen dividend bij een niet-kwalificerende deelneming fors hoger kunnen zijn.^[21] Een dergelijke zwaardere belastingdruk op buitenlandse dividenden zou alleen de EU-test kunnen doorstaan wanneer er een rechtvaardiging is op grond van een dwingende reden van algemeen belang. Ik merk hierbij op dat Hof van Justitie een beroep op de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid in het *Haribo*-arrest heeft afgewezen voor buitenlands dividend omdat door het niet belasten van buitenlands dividend de heffingsbevoegdheid voor economische activiteiten op het nationale grondgebied niet in gevaar komt, aangezien het gaat om de belasting op buitenlandse inkomsten.^[22]

5.4 Deelnemingsrenteaf trekbeperking

Ook de deelnemingsrenteaf trekbeperking van art. 13I Wet VPB 1969 komt in de gevarenzone. Ik illustreer dit aan de hand van een eenvoudig voorbeeld. Stel, dat een Nederlandse moedervenootschap een buitenlandse deelneming (100%) koopt en de koopsom financiert met een banklening. De Nederlandse

moedervenootschap kan in een dergelijke situatie aanlopen tegen de aftrekbeperking in verband met bovenmatige deelnemingsrente ex art. 13I Wet VPB 1969. Dit is onder andere denkbaar als de aankoop van de deelneming niet kwalificeert als een operationele uitbreidingsinvestering van de groep (art. 13I lid 5 Wet VPB 1969 is dus niet van toepassing). Het gevolg is dat de Nederlandse moedervenootschap de financieringskosten van de deelneming niet (of niet geheel) kan aftrekken van haar (eigen) winst. Als de deelneming die de Nederlandse moedervenootschap heeft gekocht in Nederland zou zijn gevestigd, had zij er een fiscale eenheid mee kunnen vormen op de voet van art. 15 Wet VPB 1969. In dat geval is de aftrekbeperking van art. 13I Wet VPB 1969 niet van toepassing omdat geen sprake meer is van een deelneming (en dus automatisch ook niet van een deelnemingsschuld ex art. 13I Wet VPB 1969). Dat betekent dat de Nederlandse moedervenootschap de rente gewoon — en onbeperkt — kan aftrekken van haar eigen winst. De aftrekbeperking van art. 15ad Wet VPB 1969 verhindert dit niet: deze bepaling zorgt er alleen voor dat de financieringsrente niet kan worden afgetrokken van de winst van de gevoegde dochter. In binnenlandse situaties kan art. 13I Wet VPB 1969 dus worden ontweken door een fiscale eenheid aan te gaan, in buitenlandse situaties niet. Wanneer de per element benadering van toepassing is, lijkt hier een rechtvaardiging voor dit verschil in behandeling te moeten worden gezocht.

5.5 De per element benadering in een verliesuitputtings situatie (Marks & Spencer) in de Nederlandse context

Een situatie waarin ook verdedigbaar is dat een beroep kan worden gedaan op de per element benadering is het geval waarin een buitenlandse dochtermaatschappij van een Nederlandse moedermaatschappij een verlies heeft waarvan de verliesmogelijkheden uitgeput zijn in de vestigingsstaat van de dochter en dus een beroep op de verliesuitputtingsmogelijkheid uit *Marks & Spencer* wordt gedaan.^[23]

Zoals hiervoor al is opgemerkt, gaat de *Groupe Steria*-zaak over een situatie waarin alleen de binnenlandse heffingsgrondslag aan de orde is en dus de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid niet in gevaar kan komen. Omdat het in aanmerking nemen van buitenlands verlies onder de verliesuitputtingsmogelijkheid van *Marks & Spencer* in een dergelijk geval wel invloed heeft op de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, is het aanlokkelijk om te menen dat in *X Holding* het Hof van Justitie elke mogelijkheid om buitenlandse verlies in aanmerking te nemen in de Nederlandse context heeft afgewezen en dus de per element benadering voor een dergelijke situatie afwijst.

Dit lijkt mij echter niet juist. Opgemerkt moet namelijk worden dat in *Marks & Spencer* het Hof van Justitie in eerste instantie oordeelt dat de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid met zich brengt, dat de lidstaat het in aanmerking nemen van buitenlands verlies mag weigeren. Vervolgens introduceerde het Hof van Justitie de verliesuitputtingsmogelijkheid uitdrukkelijk als een evenredige *uitzondering* op het handhaven van de evenwichtige verdeling. In latere zaken hebben A-G Kokott, in haar conclusies in zaak-*A Oy*^[24] en zaak-*Commissie/Verenigd Koninkrijk*^[25] en A-G Mengozzi in zijn conclusie in de *K*-zaak^[26], er nadrukkelijk op gewezen dat de verliesuitputtingsmogelijkheid eigenlijk een directe ontkenning is van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en hebben het Hof van Justitie geadviseerd hier afstand van te doen. Beiden verwezen hier nadrukkelijk naar *X Holding* en merkten op, dat gezien het feit dat in die zaak de verliesuitputtingsmogelijkheid niet wordt genoemd door het Hof van Justitie, dit een aanwijzing is dat de verliesuitputtingsmogelijkheid niet meer door het Hof van Justitie wordt toegepast. Het Hof van Justitie heeft echter in zowel het *A Oy*-arrest als het *K*-arrest en het *Commissie/Verenigd Koninkrijk*-arrest de verliesuitputtingsmogelijkheid uitdrukkelijk in stand gehouden.

Nu de verliesuitputtingsmogelijkheid uit *Marks & Spencer* (ondanks *X Holding*) nog steeds van toepassing is, kun je je afvragen waarom deze in de Nederlandse context niet zou kunnen worden toegepast bij het vaststellen van de Vpb-aanslag. De verliesuitputtingsmogelijkheid toegepast in de Nederlandse context leidt er niet toe, dat de moedermaatschappij, zoals bij het aangaan van een fiscale eenheid wel het geval is, vrijelijk, van jaar tot jaar, kan kiezen in welke lidstaat de verliezen in aanmerking komen. Dus de rechtvaardiging in *X Holding* kan dan niet relevant zijn. In de *A Oy*-zaak (C-123/11) heeft het Hof van Justitie er in r.o. 48 nadrukkelijk op gewezen (met verwijzing naar *X Holding*), dat wanneer er geen gevaar

bestaat dat je van jaar tot jaar vrij kunt kiezen in welke lidstaat een verlies van een dochtermaatschappij in aftrek kan worden gebracht”, de verliesuitputtingsmogelijkheid gewoon van toepassing is. Daarnaast heeft het Hof van Justitie er in *Marks & Spencer* aan herinnerd (en dat wordt nog wel eens over het hoofd gezien), dat ook voor wat betreft de verliesuitputtingsmogelijkheid, de lidstaten altijd vrij blijven “regels in te voeren of te handhaven die specifiek tot doel hebben, volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om de nationale fiscale wet te omzeilen of eraan te ontsnappen, van een belastingvoordeel uit te sluiten (zie r.o. 57 van *Marks & Spencer*). Bovenstaande brengt mijns inziens mee dat de verliesuitputtingsmogelijkheid uit *Marks & Spencer* ook in de Nederlandse context toepasbaar zou moeten zijn.

5.6 De waarborging van de samenhang van het fiscale-(eenheid)stelsel

Ik ben mij er overigens van bewust dat de bovenstaande gevolgen van de per element benadering verstrekkend zijn. Het laatste woord hierover zal dan ook nog niet zijn gezegd. De evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten zal vaak geen rechtvaardiging voor de belemmering kunnen vormen omdat geen sprake is van buitenlandse verliesimport. De waarborging van de samenhang van het fiscale-(eenheid) stelsel zou echter, ik heb daar eerder op gewezen^[27], in bepaalde situaties nog wel een rechtvaardiging kunnen vormen voor het niet-toekennen van een binnenlands fiscaal eenheidsvoordeel in buitenlandse situaties. De toekomst zal het leren.

6 Conclusie

Mijns inziens kan een belastingplichtige op grond van de EU-verdragsvrijheden in zijn aangifte vennootschapsbelasting in grensoverschrijdende situaties een beroep doen op bepaalde voordelen die binnen een groep bij een belastingheffing als fiscale eenheid ex art. 15 Wet VPB 1969 in een binnenlandse situatie benut kunnen worden (de “per element benadering”).

Arresten van de Hoge Raad (*BNB 2011/244* en *BNB 2013/15*) die de per element benadering afwijzen op grond van het *X Holding*-arrest zijn mijns inziens onjuist en deze afwijzing is mijns inziens geen *acte clair* en had dus aan het Hof van Justitie moeten worden voorgelegd. In de Oostenrijkse *Finanzamt Linz*-zaak en de Franse *Groupe Steria*-zaak is de problematiek inmiddels door buitenlandse rechters aan het Hof van Justitie voorgelegd. In *Finanzamt Linz* heeft A-G Kokott de per element benadering inmiddels stilzwijgend toegepast.

Op grond van de per element benadering zal van geval tot geval moeten worden nagegaan of het onthouden van fiscale eenheid voordelen in een grensoverschrijdende situatie een belemmering is van het vrije verkeer en of hier een rechtvaardiging voor is. De toekomst zal moeten uitwijzen of met name de waarborging van de samenhang van het fiscale-(eenheid)stelsel een rechtvaardiging kan vormen voor het niet-toekennen van een binnenlands fiscaal eenheidsvoordeel.

Toepassing van de per element benadering kan meebrengen dat de houdsterverliesverrekeningsbeperking (art. 20 lid 4 Wet VPB 1969) in buitenlandse groepssituaties een belemmering van het vrije verkeer vormt. Op grond van de *Groupe Steria*-zaak is het ook de vraag of de uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen (art. 13 lid 9 t/m 15 Wet VPB 1969) een belemmering vormt. Ook de toepassing van de deelnemingsrenteaftekbepaling (art. 13I Wet VPB 1969) kan onder bepaalde omstandigheden in strijd komen met de verdragsvrijheden. Ten slotte kan verdedigd worden dat een verrekening van buitenlandse verliezen waarvan de verliesverrekeningsmogelijkheden in de lidstaat van de dochtermaatschappij uitgeput zijn (de verliesuitputtingsmogelijkheid uit *Marks & Spencer*) ook in een Nederlandse situatie mogelijk is.

Voetnoten

[1] Director Amsterdam Centre for Tax Law (ACTL) van de Universiteit van Amsterdam; tevens verbonden aan Loyens & Loeff.

[2]

Voor een nadere analyse van de samenhang-rechtvaardiging; de overlap tussen samenhang-rechtvaardiging en de verdeling van de heffingsbevoegdheid-rechtvaardiging en wanneer de samenhang-rechtvaardiging bij de belastingheffing van groepen nog relevant kan zijn, verwijs ik naar: Dennis Weber, 'An Analysis of the Past, Current and Future of the Coherence of the Tax System as Justification', *EC Tax Review* 2015/1, p. 43 e.v.

- [3] Op grond van de samenhang-rechtvaardiging heeft het Hof van Justitie tot nu toe niet geoordeeld dat de gehele binnenlandse behandeling van een groep mag worden geweigerd, maar heeft in *Papillon* geoordeeld dat deze samenhang wel door minder beperkende (dus evenredigere) maatregelen mag worden beschermd; zie *Papillon* (C-418/07), r.o. 52-62.
- [4] Zie hierover: G.M.R. Blokland & M.J.A. van den Honert, 'X Holding vandaag de dag: kan de wetgever nu daadwerkelijk rustig ademhalen?', *WFR* 2011/782 en J. Englisch, 'X holding: looking beyond loss relief issues', in: D. Weber & B. da Silva (ed.), *From Marks & Spencer to X holding: the Future of Cross-Border Group Taxation* (Eucotax Series on European Taxation no. 29), Kluwer Law International, 2011, p. 71.
- [5] Zie onder andere: D. Weber & B. da Silva (ed.), *From Marks & Spencer to X Holding: the Future of Cross-Border Group Taxation* Eucotax Series on European Taxation no. 29), Kluwer Law International, 2011.
- [6] Zie hierover A-G Kokott in haar conclusie in *Philips Electronics* (C-18/11), punten 40-42 en haar conclusie in *A Oy* (C-123/11), punt 49.
- [7] Zie hierover een recent artikel: M. Lang, 'Has the case law of the ECJ on final losses reached the end of the line', *European Taxation* 2014, p. 530. A-G Kokott heeft in een conclusie van 23 oktober 2014 (*Commissie/Verenigd Koninkrijk*, zaak C-172/13) de verliesuitputtingsmogelijkheid laten vervallen. Ze had dit eerder gedaan in haar conclusie bij de *A Oy*-zaak (C-123/11), maar het Hof van Justitie heeft dat in het uiteindelijke arrest in die zaak niet gevolgd.
- [8] Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 5 december 2009 aan de Tweede Kamer, nr. DB/2009/674M, V-N 2009/62.14, voetnoten 7 en 13. Zie ook S.C.W. Douma, 'Sinterklaasbrief: fiscale eenheidsvoordelen zonder fiscale eenheid!', *NTFR* 2009/2599 D.M. Weber in zijn commentaar onder de concl. van A-G Kokott, van 19 november 2009, nr. C-337/08 (*X Holding BV*), *Highlights and Insights on European Taxation 2010/1* en T. Sanders, 'X Holding BV, the morning after in the Netherlands', in: D. Weber & B. da Silva (ed.), *From Marks & Spencer to X Holding: the Future of Cross-Border Group Taxation* (Eucotax Series on European Taxation no. 29), Kluwer Law International, 2011, p. 125.
- [9] Kort gezegd: binnen fiscale eenheid is geen thincapregeling van toepassing; buiten fiscale eenheid wel. Aangezien geen fiscale eenheid over de grens kan worden aangegaan kan de thincapregeling niet worden uitgeschakeld door een fiscale eenheid aan te gaan, iets wat in een binnenlandse situatie wel tot de mogelijkheden behoort. Belanghebbende verzocht niet om vorming van een fiscale eenheid, maar wilde het specifieke voordeel van de fiscale eenheid (geen toepassing van de thincapregeling), die alleen voor binnenlandse situaties mogelijk is, ook in een grensoverschrijdende situatie, want voelde zich hierdoor belemmerd.
- [10] Zie: J. Englisch, 'X Holding: looking beyond loss relief issues', in: D. Weber & B. da Silva (ed.), *From Marks & Spencer to X Holding, the future of Cross-border Group Taxation* (Eucotax Series on European Taxation no. 29), Kluwer Law International, 2011, p. 74 en D. Weber, 'Eight point as to why the X Holding judgment is incorrect', in: D. Weber & B. da Silva (ed.), *From Marks & Spencer to X Holding, the future of Cross-border Group Taxation* (Eucotax Series on European Taxation no. 29), Kluwer Law International, 2011, onderdeel 3.8 en 3.10.
- [11] Zoals bijvoorbeeld nu na het *SCA Group Holding*-arrest in de praktijk plaatsvindt op grond het 'Papillon-besluit'; zie Besluit Staatssecretaris van Financiën van 16 december 2014, nr. BLKB2014/2137M, V-N 2015/7.13.
- [12] Zie bijvoorbeeld Sanders die betoogt dat er onder de per element benadering geen sprake hoeft te zijn van onaanvaardbare uitvoeringsproblemen: zie T. Sander, 'X Holding, the Morning after in the Netherlands', in: D. Weber & B. da Silva (ed.), *From Marks & Spencer to X Holding, the future of Cross-border Group Taxation* (Eucotax Series on European Taxation no. 29), Kluwer Law International, 2011, p. 133 en 134 waarin hij drie voorbeelden geeft.
- [13] Naast de mijns inziens onjuiste toepassing door de Hoge Raad van de beslissing in *X Holding*, is het van belang dat A-G Kokott in haar conclusie in *X Holding*, net als het Hof van Justitie, weliswaar van mening was dat sprake was van een rechtvaardiging voor de belemmering, maar daarbij wel uitging van een per element benadering (zie de punten 74-83 van haar conclusie). Zie hierover ook: Englisch, 'X Holding: looking beyond loss relief issues', in: D. Weber & B. da Silva (ed.), *From Marks & Spencer to X Holding: the Future of Cross-Border Group Taxation* (Eucotax Series on European Taxation no. 29), Kluwer Law International, 2011, op p. 74.
- [14] Zie Concl. A-G Kokott van 16 april 2015, nr. C-66/15, *Finanzamt Linz*, punt 11 t/m 14.
- [15] Van belang is dat in *Finanzamt Linz* ook nog een andere (belangrijke) vraag door de Oostenrijkse rechter is gesteld namelijk of het beperken van de mogelijkheid tot afschrijving van goodwill tot binnenlandse groepen een selectief voordeel is dat leidt tot verboden staatssteun ex art. 107 VWEU. Volgens de A-G is hier geen sprake van staatssteun, want geen sprake van een selectief voordeel.
- [16] Zie Concl. van 16 april 2015, nr. C-66/15, *Finanzamt Linz*.
- [17] Gepubliceerd in *PB EU* 2014, C 372, p. 4.
- [18] S.R.L. Cilfit en Lanificio di Gavardo S.P.A. tegen Ministerie van Volksgezondheid), *Jur.* 1982, p. 3415.
- [19] Omdat anders het gevaar bestaat "van uiteenlopende rechtspraak binnen de gemeenschap".
- [20] Ook een binnenlandse deelneming kan een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming zijn. Denk bijvoorbeeld aan een feitelijk in Nederland gevestigde deelneming die op haar beurt een laagbelaste beleggings-vi heeft in het buitenland (en waarvan de winsten bij belastingverdrag zijn vrijgesteld). Voor de toepassing van de reële-heffingsstoets ex art. 13 lid 11 onderdeel a Wet VPB 1969 speelt de belastingheffing in het land van de vaste inrichting ook een rol: zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 64.
- [21] Een van de vragen die in dit kader opkomt is hoe het arrest van 12 december 2006, zaak C-446/05, FII, en de nuancering die het HvJ op deze beslissing in 13 november 2013, zaak C-35/11 FII-2 heeft gegeven, op deze problematiek moet worden toegepast.
- [22] Zie uitdrukkelijk r.o. 123 van *Haribo*, gevoegde zaken C-436/08 en C-437/08.

- [23] Op grond van de liquidatieverliesregeling (art. 13d Wet VPB 1969) is het mogelijk dat een moedermaatschappij liquidatieverliezen in aanmerking neemt in het geval de dochtermaatschappij wordt ontbonden. Het in aanmerking te nemen liquidatieverlies kan echter afwijken van het daadwerkelijk geleden verlies van de dochtermaatschappij; daarnaast moet de dochtermaatschappij zijn ontbonden en vereffend, de onderneming gestaakt en mag de onderneming niet zijn voortgezet door een ander lichaam binnen een groep (art. 13d lid 9 Wet VPB 1969). In situaties waarin het liquidatieverlies lager is dan het daadwerkelijk geleden verlies, of indien het liquidatieverlies niet kan worden genomen omdat geen sprake is van staking of sprake is van voortzetting van de onderneming binnen de groep, kan een beroep op de verliesuitputtingsmogelijkheid van belang zijn.
- [24] Conclusie in *A Oy*, C-123/11, punt 47 t/m 54.
- [25] Conclusie in *Commissie/Verenigd Koninkrijk*, C-172/13, punt 42 e.v.
- [26] Conclusie in *K*, C-322/11, punt 61 t/m 73.
- [27] Zie: Dennis Weber, 'An Analysis of the Past, Current and Future of the Coherence of the Tax System as Justification', *EC Tax Review* 2015/1, p. 43, met name onderdeel 7.

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden.
Dit document is gegenereerd op 29-05-2015. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl