

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics

Bachelorscriptie

Het Nederlandse fiscale eenheidsregime

In strijd met het recht van de Europese Unie?

Naam: Ka Lai Diana Tang

Studentnummer: 342403

Begeleider: Dhr. M.H.M. Smeets

Rotterdam, 29 juli 2013.

Colofon

Auteur: Ka Lai Diana Tang

Bachelorscriptie
Erasmus Universiteit Rotterdam
Fiscale economie

Begeleider: Drs. M.H.M. Smeets

Informatie: 342403
342403kt@eur.nl

Datum: 29 juli 2013

Status: Definitief

© 2013 Erasmus Universiteit Rotterdam

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke ander manier dan ook, zonder voorafgaand schriftelijke toestemming van de auteur.

All rights reserved. No portion of this thesis may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means – electronic, mechanical, photocopy, recording or any other – except for brief quotations in printed reviews, without the prior written permission of the author.

Inhoudsopgave

Voorwoord	5
Hoofdstuk 1: Inleiding	6
1.1 Introductie	6
1.2 Probleemstelling en deelvragen	8
1.3 Verantwoording van de opzet	8
1.4 Theoretische afbakening	9
Hoofdstuk 2: Fiscale eenheidsregime artikel 15 Wet VPB 1969	10
2.1 Het fiscale eenheidsregime tot 1 januari 2003	10
2.1.1 BNB 1988/331	10
2.1.2 BNB 1994/163	11
2.1.3 BNB 1998/47	11
2.1.4 Consequenties	12
2.2 Het fiscale eenheidsregime vanaf 1 januari 2003	13
2.2.1 Voorwaarden voor de toepassing van een fiscale eenheid	13
2.2.1.1 Vestigingsplaats-eis	14
2.2.1.2 Aandelenbezit	14
2.2.1.3 Rechtsvormen moeder- en dochtermaatschappij	15
2.2.1.4 Non-voorraadeis	15
2.2.1.5 Overige voorwaarden	16
2.3 Conclusie	16
Hoofdstuk 3: Vrijheid van vestiging artikel 49 t/m 54 VwEU	18
3.1 Hoofdpijnen Europees Gemeenschapsrecht en de bijbehorende vrijheden	18
3.1.1 Geschiedenis	18
3.1.2 Algemeen	18
3.2 Het recht van vrije vestiging	19
3.3 Toetsingskader van de vrijheid van vestiging	20
3.3.1 Toegang tot het VwEU	20
3.3.2 Discriminatie of belemmering?	20
3.3.3 Rechtvaardigingsgronden	21
3.3.4 Proportionaliteit en subsidiariteit	22
3.4 Het Papillon arrest	23
3.4.1 Casus	23
3.4.2 Is er sprake van beperking van de vrijheid van vestiging?	24
3.4.3 Rechtvaardigingsgrond	24
3.4.4 Gaat de beperkende maatregel niet verder dan noodzakelijk is?	25
3.4.5 Conclusie Papillon arrest	25
3.5 Conclusie	25
Hoofdstuk 4: EU-rechtelijke toetsing van het Nederlandse fiscale eenheidsregime	26
4.1 De Nederlandse Papillon zaak	26
4.1.1 Rechtbank Haarlem 14 september 2011, nr. 10/03865	26
4.1.2 Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00824	27
4.2 EU-rechterlijke toetsing Nederlandse Papillon	30
4.2.1 Toegang tot het EU-recht	30
4.2.2 Discriminatieverbod	30
4.2.3 Rechtvaardigingsgrond	31
4.2.4 Proportionaliteit en subsidiariteit	32
4.2.5 Conclusie	33

4.3 De zusterennootschappen zaak	33
4.3.1 Rechtbank Haarlem 25 januari 2011, nr. 08/07950	33
4.3.2 Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00180	34
4.4 EU-rechterlijke toetsing zusterennootschappen	38
4.4.1 Toegang tot het VwEU	38
4.4.2 Discriminatie	38
4.4.3 Rechtvaardigingsgrond	39
4.4.4 Conclusie	40
4.5 Conclusie.....	40
Hoofdstuk 5: Samenvatting en eindconclusie	41
Literatuurlijst	43
Literatuur.....	43
Artikelen.....	43
Jurisprudentie.....	44
Parlementaire stukken.....	44
Overige stukken.....	44

Voorwoord

Deze bachelorscriptie heb ik geschreven ter afsluiting van de bachelor Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit in Rotterdam.

Ik heb voor dit onderwerp gekozen, omdat het de ideale combinatie is van de vennootschapsbelasting en het Europees recht. In mijn scriptie onderzoek ik of het Nederlandse fiscale eenheidsregime in strijd is met het recht van de Europese Unie. Het onderwerp kwam tijdens een hoorcollege naar voren en meteen werd ik door het onderwerp aangetrokken. Het trok me vooral aan, omdat het Hof van Justitie van de Europese Unie nog geen uitspraken heeft gedaan over de betreffende zaken die ik zal gaan onderzoeken. Na dit onderzoek is het nog maar de vraag of de conclusie van mijn scriptie overeen zal komen met de uitspraak van het Hof van Justitie. Het fiscale eenheidsregime is complex, maar dat maakt het naar mijn mening juist interessant. Uiteindelijk leidde dit tot de scriptie die voor u ligt.

Ik kan terugkijken op een mooie en leerzame tijd. Hierbij wil ik dhr. M.H.M. Smeets bedanken als scriptiebegeleider. Door zijn kritische opmerkingen heb ik tijdens mijn scriptie geleerd om kritisch te schrijven. Daarnaast gaat mijn dank uit aan mijn familie en vrienden voor de steun en hulp bij het schrijven van deze scriptie.

Rotterdam, 29 juli 2013.

Ka Lai Diana Tang

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1 Introductie

Op 1 januari 1970 werd de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB 1969) ingevoerd. De vennootschapsbelasting (hierna: VPB) is een directe belasting die wordt geheven op de winst van in Nederland gevestigde lichamen en van bepaalde lichamen die niet in Nederland zijn gevestigd. Lichamen zijn zelfstandige rechtssubjecten die rechten en verplichtingen hebben. De lichamen die onder de vennootschapsbelasting vallen, staan in artikel 2 en 3 Wet VPB 1969 genoemd. De vennootschapsbelasting is op zichzelf een belasting waar afzonderlijke vennootschappen in worden belast. Ook kunnen een groep van geconsolideerde vennootschappen als fiscale eenheid worden belast in de vennootschapsbelasting.

Voor 1940 gold de Wet op de Dividend- en Tantiëmebelasting in Nederland. De winsten van lichamen werden belast op het moment van uitkering van dividenden. Dit zorgde voor problemen op het moment dat lichamen in een concern verliezen hadden geleden. Het leidde namelijk tot lage dividenduitkeringen aan de aandeelhouders en dus ook tot lage belastingheffing. Wanneer een concern geen dividenden uitkeerde, werden de dividenden van het concern niet belast. Daarom moest er in de vennootschapsbelasting een regeling komen voor concerns, zodat zij als één lichaam werden aangemerkt voor de vennootschapsbelasting. In 1940 werden de eerste bepalingen rondom het fiscale eenheidsregime in Nederland ingevoerd in het Besluit Winstbelasting 1940 (Besluit WB 1940).¹

De voorwaarden voor het vormen van een fiscale eenheid zijn geregeld in artikel 15 Wet VPB 1969 en verder. Het fiscale eenheidsregime is geregeld in artikel 15aa tot en met artikel 15aj, artikel 15a, artikel 15c en artikel 15d Wet VPB 1969. Verder zijn nadere voorwaarden omtrent de fiscale eenheid geregeld in het Besluit Fiscale Eenheid 2003 (hierna: BFE 2003).²

Er wordt één VPB-aangifte gedaan door de moedermaatschappij voor de gehele fiscale eenheid. De werkzaamheden en het vermogen van de dochtermaatschappij worden geacht onderdeel te zijn van de werkzaamheden en het vermogen van de moedermaatschappij. Hiermee wil de wetgever duidelijk maken dat de dochter subjectief belastingplichtig blijft.

Een van de voordelen van een fiscale eenheid is de mogelijkheid tot horizontale verliescompensatie. Dit houdt in dat verliezen gecompenseerd kunnen worden tussen verschillende lichamen binnen de fiscale eenheid in hetzelfde tijdvak. De verliezen kunnen onderling tussen moeder- en dochtermaatschappijen worden gecompenseerd. Daarnaast hoeft bij interne transacties geen winst genomen te worden, want de fiscale eenheid wordt als het ware als één belastingplichtige voor de VPB gezien. Tevens hoeft er ook geen winst genomen te worden voor reorganisaties

¹ Q.W.J.C.H. Kok, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers 2005, p. 49-53.

² Artikel 1 t/m artikel 50 BFE 2003. Besluit van 17 december 2002, houdende vaststelling van het Besluit fiscale eenheid 2003, Stb. 2002, zoals laatst is gewijzigd op 22 december 2011, Stb. 2011, 677.

binnen de fiscale eenheid.³ Verder vindt er geen toepassing van de renteaftrekbeperking van artikel 10a Wet VPB 1969 plaats. Deze renteaftrekbeperking ziet niet op geldleningen die worden gesloten tussen lichamen binnen de fiscale eenheid.

Naast de voordelen zijn er nadelen aan een fiscale eenheid. Om te beginnen de hoofdelijke aansprakelijkheid voor VPB-schulden.⁴ Ook is er lagere tot geen investeringsaftrek. Doordat de fiscale eenheid als één belastingplichtige wordt aangemerkt, worden de investeringen van maatschappijen in het geheel genomen. Hierdoor wordt de drempel waarvoor de fiscale eenheid investeringsaftrek kan krijgen, sneller bereikt. Daarnaast kunnen de maatschappijen als fiscale eenheid maar eenmaal gebruik maken van het lagere vennootschapstarief van 20%. Wanneer er geen sprake is van een fiscale eenheid, heeft iedere vennootschap de mogelijkheid om van het lagere vennootschapstarief gebruik te maken. Bij een fiscale eenheid is er sprake van één belastingplichtige, waardoor zij eenmaal gebruik kan maken van het lagere vennootschapstarief. Als laatste is het mogelijk dat bij het verbreken van de fiscale eenheid de omvang van het liquidatieverlies van de dochtermaatschappij lager uitvalt dan wanneer de dochtermaatschappij niet in een fiscale eenheid zou zijn gevoegd.⁵

In het huidige fiscale eenheidsregime in Nederland is het alleen mogelijk een fiscale eenheid te vormen met vennootschappen die in Nederland zijn gevestigd.⁶ Er geldt namelijk voor de vennootschappen die deel willen uitmaken van een fiscale eenheid een 'dubbele vestigingsplaats-eis'. Dit houdt in dat alle vennootschappen die deel willen uitmaken van een fiscale eenheid uitsluitend in Nederland moeten zijn gevestigd. Dus het is niet mogelijk om een fiscale eenheid te vormen met vennootschappen die in het buitenland zijn gevestigd. Deze dubbele vestigingsplaats-eis leidt tot problemen in grensoverschrijdende situaties binnen de fiscale eenheid.

Op 16 juni 2011 heeft de Europese Commissie (hierna: EC) Nederland verzocht om haar regelgeving met betrekking tot de fiscale eenheid, artikel 15 Wet VPB 1969, te wijzigen.⁷ Volgens de EC is de Nederlandse regelgeving in strijd met het EU-recht. Op 17 januari 2013 heeft Hof Amsterdam prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ) omtrent de zaken Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00180 en Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00824.

In de zaak Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00180 betreft het twee Nederlandse zustermaatschappijen van een gemeenschappelijke buitenlandse moedermaatschappij die een fiscale eenheid willen aangaan. In de zaak Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 00824 betreft het een Nederlandse grootmoedermaatschappij die een fiscale eenheid wil aangaan met haar Nederlandse kleindochtermaatschappij, waarbij de dochtermaatschappij in het buitenland is gevestigd. De Nederlandse fiscus wees bij beide zaken het verzoek tot fiscale eenheid af, omdat het op basis van het huidige Nederlandse fiscale eenheidsregime niet mogelijk is. Het HvJ heeft over beide zaken nog geen uitspraken gedaan.

³ L.G.M. Stevens, *Elementair belastingrecht voor economen en bedrijfsjuristen*, Deventer: Kluwer 2009, p. 422.

⁴ Zie artikel 24 en 39 Invorderingswet 1990.

⁵ J.N. Bouwman, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 630.

⁶ Met uitzondering van de vaste inrichtingen die genoemd staan in artikel 15, lid 4 Wet VPB 1969.

⁷ European Commission Press Release, 16 juni 2011, nr. IP/11/719.

Volgens de EC zou het vormen van een fiscale eenheid in de genoemde situaties daarentegen wel mogelijk moeten zijn, naar aanleiding van het oordeel van het HvJ omtrent de zaak Papillon. In de zaak Papillon betrof het een Franse grootmoedermaatschappij die een fiscale eenheid wilde aangaan met haar Franse kleindochtermaatschappij, waarbij de dochtermaatschappij in een andere EU-lidstaat was gevestigd. De Franse fiscus wees het verzoek af en de zaak werd voorgelegd aan het HvJ. Op 27 november 2008 heeft het HvJ geoordeeld dat het toenmalige Franse recht omtrent de fiscale eenheid in strijd was met de vrijheid van vestiging in de artikelen 49 en 54 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU).

De zaak Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00824 lijkt op het Papillon arrest, omdat het in beide zaken om een verzoek tot een fiscale eenheid tussen een grootmoeder- en kleindochtermaatschappij gaat. Bovendien zijn in beide zaken de grootmoeder- en kleindochtermaatschappij in hetzelfde land gevestigd. Daarom zal ik de zaak Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00824 in het vervolg de 'Nederlandse Papillon' zaak noemen. Ook zal ik voor het gemak de zaak Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00180 een naam geven. Het gaat hierbij om Nederlandse zustermaatschappijen die een fiscale eenheid willen aangaan van een gemeenschappelijke buitenlandse moedermaatschappij. Daarom zal ik in het vervolg het arrest Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00180 de 'zustersvennootschappen' zaak noemen.

Naar aanleiding van het Papillon arrest rijst bij mij de vraag of het huidige Nederlandse fiscale eenheidsregime in strijd is met het Europees recht.

1.2 Probleemstelling en deelvragen

De probleemstelling luidt als volgt:

In hoeverre is naar aanleiding van het 'Papillon arrest' de huidige Nederlandse regelgeving met betrekking tot de fiscale eenheid van art. 15 Wet VPB 1969 in strijd met het beginsel van vrijheid van vestiging dat in het Europees verdrag is vastgelegd?

Aan de hand van de volgende deelvragen zal ik de probleemstelling beantwoorden:

- Hoe luidt de huidige Nederlandse regelgeving omtrent de fiscale eenheid van artikel 15 Wet VPB 1969?
- Wat zijn de gevolgen van het Papillon arrest en in hoeverre is dit arrest van invloed op de 'Nederlandse Papillon' zaak en de 'zustersvennootschappen' zaak?
- Welke rol speelt de vestigingsplaats van artikel 15 Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 in de vrijheid van vestiging van de artikelen 49 en 54 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie?

1.3 Verantwoording van de opzet

Allereerst zal ik in hoofdstuk twee de Nederlandse regelgeving omtrent de fiscale eenheid in artikel 15 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 uiteenzetten. Hierbij zal ik toelichten hoe het fiscale eenheidsregime tot 1 januari 2003 was. Daarna zal ik me richten op het huidige fiscale eenheidsregime. Daarbij zal ik de voorwaarden voor het aangaan van een fiscale eenheid behandelen. Hoofdstuk drie gaat over de vrijheid van vestiging dat in het Europees Gemeenschapsrecht is vastgelegd. Hierbij zal ik eerst het Europees Gemeenschapsrecht en de bijbehorende verdragsvrijheden uiteenzetten. Vervolgens zal ik inzoomen op het beginsel van de vrijheid van vestiging, waarbij ik het toetsingskader voor het recht van vrije vestiging behandel die door het HvJ is ontwikkeld. Aan de hand van dit toetsingskader zal het Papillon arrest worden toegelicht. In hoofdstuk vier zullen de Nederlandse Papillon zaak en de zustersvennootschappen zaak worden behandeld. Vervolgens zal er een EU-rechtelijke toetsing van het Nederlandse fiscale eenheidsregime plaatsvinden. In hoofdstuk 5 zal ik mijn scriptie afsluiten met een samenvatting en eindconclusie.

1.4 Theoretische afbakening

In deze scriptie zal ik me voornamelijk richten op de vestigingsplaats-eis in het huidige Nederlandse fiscale eenheidsregime en het beginsel van de vrijheid van vestiging in het Europees recht. Jurisprudentie met betrekking tot grensoverschrijdende verliesverrekening zal ik zoveel mogelijk buiten beschouwing laten. Indien het relevant is voor mijn scriptie, zal ik de betreffende jurisprudentie toelichten. Verder zal ik de mogelijkheden tot het vormen van een fiscale eenheid in Nederland met buitenlandse vennootschappen die een vaste inrichting in Nederland hebben, niet behandelen. Voor mijn scriptie is dit niet van belang, omdat het uitsluitend om buitenlandse vennootschappen gaat die geen vaste inrichting in Nederland hebben. Bij het Europees recht zijn er naast het recht van vrije vestiging nog andere verdragsvrijheden. Ik zal me echter beperken tot de artikelen omtrent de vrijheid van vestiging, omdat dit relevant is voor mijn onderzoek.

Hoofdstuk 2: Fiscale eenheidsregime artikel 15 Wet VPB 1969

Voor mijn scriptie staan de bepalingen omtrent het fiscale eenheidsregime centraal. In dit hoofdstuk zal ik de eerste deelvraag: 'hoe luidt de huidige Nederlandse regelgeving omtrent de fiscale eenheid van artikel 15 Wet VPB 1969?' beantwoorden. Ik zal uiteenzetten wat de fiscale eenheid inhoudt, waarbij ik het onderscheid zal maken tussen het fiscale eenheidsregime voor 1 januari 2003 en het fiscale eenheidsregime na 1 januari 2003. Dit onderscheid is ter verduidelijking waarom het fiscale eenheidsregime vanaf 1 januari 2003 is herzien. In paragraaf 2.1 zal ik het fiscale eenheidsregime tot 1 januari 2003 behandelen. Voor mijn onderzoek is het van belang om stil te staan bij de vestigingsplaatsfictie van artikel 2, lid 4, Wet VPB 1969. Eerst zal ik behandelen wat de vestigingsplaatsfictie inhoudt. Daarna zal ik de gevolgen voor de toepassing van deze fictie op het fiscale eenheidsregime van artikel 15 Wet VPB 1969 behandelen. Aan de hand van een aantal arresten zal duidelijk blijken waarom de wetgever ervoor heeft gekozen om de vestigingsplaatsfictie expliciet uit te sluiten voor het fiscale eenheidsregime. In paragraaf 2.2 zal ik het huidige fiscale eenheidsregime behandelen. Hierbij zal ik de voorwaarden behandelen voor het aangaan van een fiscale eenheid. Als laatste wordt dit hoofdstuk afgesloten met een conclusie in paragraaf 2.3.

2.1 Het fiscale eenheidsregime tot 1 januari 2003

Het fiscale eenheidsregime tot 1 januari 2003 (hierna: het oude fiscale eenheidsregime) was geregeld in één artikel, namelijk artikel 15 Wet VPB 1969. Artikel 15 Wet VPB 1969 maakte deel uit van een delegatiebepaling. Daarmee wordt aan de staatssecretaris bevoegdheid verleend om nadere voorwaarden te stellen voor het aangaan van een fiscale eenheid. Deze voorwaarden worden de Standaardvoorwaarden genoemd.⁸

Tot 1 januari 2003 gold de vestigingsplaatsfictie van artikel 2, lid 4, Wet VPB 1969 ook voor het fiscale eenheidsregime in Nederland van artikel 15 Wet VPB 1969. Deze fictie ziet op lichamen die naar Nederlands recht zijn opgericht, maar feitelijk in het buitenland zijn gevestigd. Zij worden dan geacht in Nederland te zijn gevestigd.

De toepassing van de vestigingsplaatsfictie van artikel 2, lid 4, Wet VPB 1969 zorgde voor oneigenlijk gebruik binnen het fiscale eenheidsregime. Het fiscale eenheidsregime werd door belastingplichtigen gebruikt voor andere redenen dan die de wetgever voor ogen had bij de invoering van het fiscale eenheidsregime. Uit de volgende arresten blijkt op welke wijze dit oneigenlijk gebruik zich in de fiscale eenheid voordeed.

2.1.1 BNB 1988/331

Dat de vestigingsplaatsfictie van toepassing was op het oude fiscale eenheidsregime blijkt uit het arrest van HR 29 juni 1988, nr. 24 738, BNB 1988/331. In dit arrest ging het om een Nederlandse moedermaatschappij die een fiscale eenheid aan wilde gaan met haar naar Nederlands recht

⁸ Zie N.H. de Vries & R.J. de Vries, *Cursus Belastingrecht: Vpb.oud.(2.18).C.a1.III Het rechtskarakter van de (standaard)voorwaarden*.

opgerichte dochtermaatschappij. De dochter was een verlieslijdende vennootschap die feitelijk in het Verenigd Koninkrijk was gevestigd. Er was bij de dochtervennootschap sprake van een dubbele vestigingsplaats, omdat zij enerzijds feitelijk in het Verenigd Koninkrijk was gevestigd en anderzijds door de vestigingsplaatsfictie van artikel 2, lid 4, Wet VPB 1969 in Nederland werd geacht te zijn gevestigd.⁹ De Hoge Raad oordeelde dat de vestigingsplaatsfictie van artikel 2, lid 4, Wet VPB 1969 ook gold voor de toepassing van artikel 15 Wet VPB 1969 (oude fiscale eenheidsregime). De Hoge Raad oordeelde het volgende: 'ontstaansgeschiedenis noch strekking van de Wet bieden voldoende steun voor 's Hofs oordeel volgens hetwelk art. 2, vierde lid, niet zou gelden voor de toepassing van art. 15'. Dit volgt uit de systematiek van de wet. Een bepaling geldt voor de gehele belastingwet, tenzij dat in een wetsbepaling elders in de wet is uitgesloten. Artikel 2, lid 4, Wet VPB 1969 is een fictiebepaling die ervoor zorgt dat vennootschappen die naar Nederlands recht zijn opgericht, maar feitelijk in het buitenland zijn gevestigd, worden geacht in Nederland te zijn gevestigd. In artikel 15 Wet VPB 1969 was niet vastgelegd dat de vestigingsplaatsfictie niet gold voor het fiscale eenheidsregime. Dus was artikel 2, lid 4, Wet VPB 1969 van toepassing op artikel 15 Wet VPB 1969. Bovendien stonden in de parlementaire stukken geen aanwijzingen dat de wetgever geen doorwerking wilde naar artikel 15 Wet VPB 1969. Toen de vestigingsplaatsfictie bij de Tweede nota van wijzigingen d.d. 29 juli 1968 werd geïntroduceerd, bleef artikel 15 Wet VPB 1969 ongewijzigd.¹⁰ Dus het verzoek om een fiscale eenheid te vormen tussen de Nederlandse moedermaatschappij en haar, naar Nederlands recht opgerichte maar feitelijk in het buitenland gevestigde, dochtermaatschappij werd ingewilligd.

2.1.2 BNB 1994/163

In HR 17 februari 1993, nr. 28 260, BNB 1994/163 ging het om een Nederlandse vennootschap en een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap die feitelijk in Ierland was gevestigd. In dit arrest kwam de vraag op of het mogelijk was om de verliezen van de Ierse vennootschap te verrekenen met de winsten van de Nederlandse vennootschap. De Ierse en Nederlandse vennootschap maakten geen deel uit van een fiscale eenheid. Door de werking van de vestigingsplaatsfictie van artikel 2, lid 4, Wet VPB 1969 werd de Ierse vennootschap als binnenlandse belastingplichtige voor de VPB aangemerkt. Er gold echter een belastingverdrag tussen Nederland en Ierland, waarin stond dat de Ierse vennootschap als inwoner van Ierland werd aangemerkt, omdat de feitelijke leiding van de vennootschap in Ierland was gevestigd.¹¹ Op grond van het verdrag konden alleen resultaten die aan Nederland waren toegewezen in de Nederlandse vennootschapsbelasting worden betrokken. Voor de Ierse vennootschap gold in Nederland een 'beperkte' binnenlandse belastingplicht. De Hoge Raad oordeelde dat de verliezen die de Ierse vennootschap had geleden niet in de Nederlandse heffingsgrondslag mochten worden opgenomen.¹²

⁹ Een vennootschap met een dubbele vestigingsplaats wordt ook een 'dual resident lichaam' genoemd.

¹⁰ J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2002, p. 288.

¹¹ Artikel 2, lid 1 aanhef en letter g van het Verdrag Nederland-Ierland.

¹² Q.W.J.C.H. Kok, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers 2005, p. 101-103.

2.1.3 BNB 1998/47

In HR 13 november 1996, nr. 31 008, BNB 1998/47 ging het om dezelfde casus als in BNB 1994/163. In BNB 1998/47 betrof het eveneens een Ierse vennootschap die naar Nederlands recht was opgericht, maar feitelijk in Ierland was gevestigd. Het enige verschil was dat de Ierse vennootschap in deze casus wel deel uitmaakte van een fiscale eenheid. Op grond van het belastingverdrag tussen Nederland en Ierland kreeg Ierland de verliezen van de Ierse vennootschap toegewezen. Door de toepassing van de vestigingsplaatsfictie van artikel 2, lid 4, Wet VPB 1969 op de Ierse maatschappij, was er sprake van een fiscale eenheid in BNB 1998/47. De Hoge Raad verwees naar zijn oordeel in het arrest van BNB 1988/331. In die casus oordeelde hij dat de verliezen die de Britse vennootschap had geleden, mochten worden verrekend met de winsten van de Nederlandse maatschappij. Daarom mochten in BNB 1998/47 de verliezen van de Ierse maatschappij binnen de fiscale eenheid worden verrekend met de winsten van de Nederlandse maatschappij.

2.1.4 Consequenties

Uit de voorgaande arresten kan geconcludeerd worden dat tot 1 januari 2003 de vestigingsplaatsfictie van artikel 2, lid 4, Wet VPB 1969 ook voor het oude fiscale eenheidsregime van artikel 15 Wet VPB 1969 gold. In artikel 15 Wet VPB 1969 (oude fiscale eenheidsregime) stond dat een lichaam - naar feiten en omstandigheden beoordeeld - in Nederland moest zijn gevestigd. Door de toepassing van de vestigingsplaatsfictie was het mogelijk om een fiscale eenheid aan te gaan met naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen die feitelijk in het buitenland gevestigd zijn. Hierdoor verloor de zojuist genoemde voorwaarde van artikel 15 Wet VPB 1969 haar betekenis. Dit had de volgende consequenties binnen het fiscale eenheidsregime.

In de eerste plaats betreft het de onwenselijkheid van de import van buitenlandse verliezen in Nederland. Deze buitenlandse verliezen waren afkomstig van feitelijk niet in Nederland gevestigde lichamen.¹³ Door het toestaan van een fiscale eenheid tussen Nederlandse en buitenlandse, maar wel naar Nederlands recht opgerichte, vennootschappen was het mogelijk om de verliezen die in het buitenland geleden waren, te verrekenen met de winsten van Nederlandse maatschappijen binnen de fiscale eenheid. Een van de voordelen van een fiscale eenheid is namelijk de horizontale verliescompensatie. Formeel gezien heb je bij een fiscale eenheid maar één belastingplichtige, maar materieel gezien is het mogelijk om verliezen van maatschappijen binnen een fiscale eenheid te verrekenen. Dus in feite kunnen de verliezen van maatschappijen onderling binnen de fiscale eenheid worden verrekend.

Daarnaast was er een verschil in het verrekenen van verliezen tussen vennootschappen die deel uitmaakten van een fiscale eenheid en tussen vennootschappen die geen deel uitmaakten van een fiscale eenheid. Uit de arresten BNB 1994/163 en BNB 1998/47 is het verschil in behandeling voor verrekening van verliezen gebleken. Indien er geen sprake was van een fiscale eenheid, werd de toepassing van de vestigingsplaatsfictie van artikel 2, lid 4, Wet VPB 1969 ondergeschikt aan het belastingverdrag tussen Nederland en het andere betreffende land. De verliezen van de naar Nederlands recht opgerichte, maar feitelijk in het buitenland gevestigde vennootschap, mochten

¹³ C. van Raad, *Internationale aspecten van het herziene regime inzake de fiscale eenheid*, WFR 2000/85.

niet in de Nederlandse heffingsgrondslag worden opgenomen. Indien er wel sprake was van een fiscale eenheid, mochten de verliezen wel in de Nederlandse heffingsgrondslag worden opgenomen, omdat de vestigingsplaatsfictie niet expliciet was uitgesloten voor het Nederlandse fiscale eenheidsregime en het uit de systematiek van het Nederlandse belastingstelsel volgt.

De laatste consequentie had betrekking op de belastingverdragen die Nederland had gesloten met andere landen. In de belastingverdragen staat onder andere aan welk land de verliezen van een vennootschap worden toegewezen. Ondanks dat Nederland niet de verliezen kreeg toegewezen, werden de verliezen van het dual resident lichaam wel in de Nederlandse belastingheffing opgenomen. Vanuit Nederland gezien werkte artikel 15 Wet VPB 1969 door naar de belastingverdragen, vanwege de toepassing van de vestigingsplaatsfictie op het fiscale eenheidsregime en de opgaan-in-gedachte. De opgaan-in-gedachte gold onder het fiscale eenheidsregime tot 1 januari 2003. Deze gedachte houdt in dat de dochtermaatschappij opgaat in de moedermaatschappij op het moment dat zij een fiscale eenheid aangaan. De dochtermaatschappij houdt dan op subjectief belastingplichtig te zijn. Indien een in Nederland gevestigde moedermaatschappij en een dual resident lichaam (dochtermaatschappij) een fiscale eenheid aangingen, werd de dochtermaatschappij vervangen voor een lichaam dat ook voor verdragsdoeleinden in Nederland was gevestigd. Dit kwam door de opgaan-in-gedachte, want het dual resident lichaam werd als het ware omgezet in een Nederlands binnenlands belastingplichtige. Er was dus geen sprake meer van verliezen van een buitenlandse maatschappij, waardoor de verliezen in de Nederlandse belastingheffing konden worden opgenomen.¹⁴

2.2 Het fiscale eenheidsregime vanaf 1 januari 2003

De bepalingen rondom het fiscale eenheidsregime zijn per 1 januari 2003 grondig herzien. De wijzigingen met betrekking tot het uitsluiten van de vestigingsplaatsfictie van artikel 2, lid 4, Wet VPB 1969 voor het fiscale eenheidsregime van artikel 15 Wet VPB 1969 zijn vanwege de volgende redenen. Door het toestaan van een fiscale eenheid tussen Nederlandse en buitenlandse, maar wel naar Nederlands recht opgerichte, vennootschappen was het mogelijk om verliezen die in het buitenland geleden waren, te verrekenen met de winsten van Nederlandse maatschappijen binnen de fiscale eenheid. Daarnaast was er strijdigheid met het belastingverdrag, dat overeengekomen was tussen Nederland en het betreffende andere land. In een belastingverdrag staat onder andere aan welk land de resultaten van een vennootschap worden toegewezen. Door de toepassing van de vestigingsplaatsfictie werden de verliezen van de buitenlandse maatschappij in de Nederlandse heffingsgrondslag opgenomen. Dit was nadelig voor Nederland, omdat er over een lagere winst vennootschapsbelasting werd geheven dan wanneer de verliezen van de buitenlandse maatschappij niet konden worden verrekend met de winsten van de Nederlandse maatschappijen.

2.2.1 Voorwaarden voor de toepassing van een fiscale eenheid

In artikel 15, lid 1 tot en met lid 5, Wet VPB 1969 zijn de voorwaarden geregeld waaraan de belastingplichtigen moeten voldoen om in een fiscale eenheid te kunnen worden opgenomen. Tevens dienen alle maatschappijen, die deel uitmaken van de gevormde fiscale eenheid, aan alle voorwaarden van artikel 15 Wet VPB 1969 te voldoen. Op grond van artikel 15, lid 6, Wet VPB 1969

¹⁴ Q.W.J.C.H. Kok, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers 2005, p. 101-103.

verbreekt de fiscale eenheid op het moment dat één maatschappij niet meer aan alle voorwaarden voldoet. De overige maatschappijen kunnen in een fiscale eenheid blijven, mits zij wel opnieuw een verzoek indienen om te opteren voor het fiscale eenheidsregime. Hieronder zal ik eerst de voorwaarden met betrekking tot de vestigingsplaats-eis behandelen. Daarna zal ik de overige voorwaarden behandelen, waaraan de belastingplichtigen moeten voldoen voor het aangaan van een fiscale eenheid.

2.2.1.1 Vestigingsplaats-eis

De belastingplichtigen die deel willen uitmaken van een fiscale eenheid moeten in Nederland gevestigd zijn. Op grond van artikel 15, lid 3, onderdeel c, Wet VPB 1969 dienen zij zowel volgens het nationale belastingrecht als volgens de toepassing van de Belastingregeling voor het Koninkrijk (hierna: BRK) of een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting in Nederland te zijn gevestigd. De BRK is een Rijkswet die de fiscale verhoudingen tussen de landen van het Koninkrijk regelt.¹⁵

De vestigingsplaats-eis van artikel 15, lid 3, onderdeel c, Wet VPB 1969 wordt ook wel een dubbele vestigingsplaats-eis genoemd, want de eerste eis is het nationale belastingrecht van artikel 4 Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (hierna: AWR). In artikel 4 AWR staat het volgende: 'waar iemand woont en waar een lichaam gevestigd is, wordt naar de omstandigheden beoordeeld'. Voor de vestigingsplaats van een lichaam wordt naar de plaats van de feitelijke leiding gekeken. Daarnaast dient het lichaam op grond van de BRK of een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting in Nederland te zijn gevestigd. Deze eis ziet op lichamen die op grond van het nationale belastingrecht (artikel 4 AWR) in Nederland zijn gevestigd, maar die op grond van de BRK of een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting in een ander land zijn gevestigd. Zonder de tweede eis zou een vennootschap met een dubbele vestigingsplaats alsnog in de fiscale eenheid kunnen worden opgenomen. De wetgever voorkomt dit door de tweede eis te stellen in artikel 15, lid 3, onderdeel c, Wet VPB 1969.¹⁶

2.2.1.2 Aandelenbezit

In artikel 15, lid 1, Wet VPB 1969 staat dat de moedermaatschappij in het bezit dient te zijn van ten minste 95% van het nominaal gestorte aandelenkapitaal van de te voegen dochtermaatschappij.¹⁷ Het bezit moet gaan om zowel het volledige juridische eigendom als het economische eigendom. Het juridische eigendom houdt in dat de moedermaatschappij (volledige) zeggenschap heeft in de dochtermaatschappij. Het economische eigendom houdt in dat de moedermaatschappij het (volledige) financiële belang heeft in de dochtermaatschappij.¹⁸

In de praktijk kan het voorkomen dat het verkrijgen van het juridische en economische eigendom in de te voegen dochtermaatschappij niet op hetzelfde moment plaatsvindt. In de situaties waarin de moedermaatschappij het juridische eigendom ná het economische eigendom in de

¹⁵ De landen die onder het BRK vallen, zijn Nederland en Aruba.

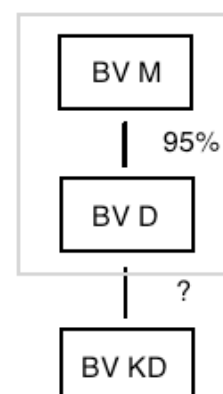
¹⁶ Zie M. Van Dun, *Enkele internationale aspecten van het wetsvoorstel herziening regime fiscale eenheid*, FED 2000/158.

¹⁷ Er is voor het percentage van 95% gekozen, omdat dit aansluit bij de civielrechtelijke regeling voor het uitkopen van minderheidsaandeelhouders van artikel 2:92a en artikel 2:201a van het Burgerlijk Wetboek.

¹⁸ Kamerstukken II, 2000-2001, 26 854, nr. 6, p. 14.

dochtermaatschappij verkrijgt, is er een regeling getroffen in artikel 4, lid 1, BFE 2003. Dat artikel bepaalt dat de moeder- en dochtermaatschappij een fiscale eenheid mogen vormen, mits de termijn tussen het verkrijgen van het (volledige) economische eigendom en de levering van het juridische eigendom niet langer bedraagt dan vijf werkdagen.

In artikel 15, lid 2, Wet VPB 1969 staat dat onder de 95% bezits-eis als bedoeld in artikel 15, lid 1, Wet VPB 1969 mede wordt verstaan een middellijk bezit van aandelen, mits deze onmiddellijk worden gehouden door één of meer belastingplichtigen die van de fiscale eenheid deel uitmaken. Een voorbeeld ter verduidelijking. De moeder (BV M), dochter (BV D) en kleindochter (BV KD) kunnen alleen een fiscale eenheid aangaan, indien BV M een middellijk belang heeft van ten minste 95% in BV KD. Als BV D 95% belang heeft in BV KD, kan de fiscale eenheid niet gevormd worden. In casu houdt BV M 90,25% belang in BV KD.



2.2.1.3 Rechtsvormen moeder- en dochtermaatschappij

In artikel 15, lid 3, onderdeel d, Wet VPB 1969 staat geregeld welke rechtsvormen voor de moedermaatschappij worden toegestaan om een fiscale eenheid te kunnen vormen. Dit kan een naamloze vennootschap (hierna: NV), besloten vennootschap (hierna: BV), een coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij of een woningcorporatie¹⁹ zijn.²⁰ Lichamen die naar buitenlands recht zijn opgericht en vergelijkbaar zijn met het Nederlands recht, vallen ook onder de Wet VPB. Hierbij gaat het om lichamen die naar het recht van de BES-eilanden, Aruba, Curaçao, Sint Maarten, Aruba, een ander EU-land dan Nederland of een verdragspartner van Nederland zijn opgericht. In het laatste geval dient er een bepaling te zijn opgenomen die discriminatie naar nationaliteit verbiedt. Onder een vergelijkbaar lichaam wordt een lichaam verstaan dat naar aard en inrichting vergelijkbaar is met naar Nederlands recht opgerichte rechtsvormen als bedoeld in artikel 15, lid 3, onderdeel d, Wet VPB 1969.²¹

Als dochtermaatschappij worden, op grond van artikel 15, lid 3, onderdeel e, Wet VPB 1969, slechts de rechtsvormen NV en BV toegestaan voor de fiscale eenheid. Ook bij de dochtermaatschappij zijn vergelijkbare lichamen die naar buitenlands recht zijn opgericht als rechtsvorm voor de fiscale eenheid toegestaan. Deze vergelijkbare lichamen zijn reeds hiervoor besproken.

2.2.1.4 Non-voorraadeis

In artikel 15, lid 3, onderdeel f, Wet VPB 1969 staat dat de aandelen die de moedermaatschappij in de (te voegen) dochtermaatschappij houdt, niet middellijk of onmiddellijk als voorraad mogen worden gehouden. Het gaat hier om het houden van aandelen als bedoeld in artikel 13, lid 2, Wet VPB 1969.

Uit de arresten HR 23 februari 2000, BNB 2000/215, BNB 2000/216 en BNB 2000/217 kunnen drie cumulatieve vereisten worden afgeleid voor het aanmerken als voorraaddochters:

¹⁹ De woningcorporatie als bedoeld in artikel 2, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969.

²⁰ Zie de rechtsvormen van artikel 2 Wet VPB 1969.

²¹ J.N. Bouwman, *Wegwijs in de vennootschapsbelasting*, Den Haag: Sdu uitgevers 2011, p. 634 t/m 636.

- de aandelen behoren tot de vlottende activa van het lichaam en zijn bestemd voor de verkoop;
- de dochtermaatschappij drijft geen materiële onderneming (meer);
- de dochtermaatschappij heeft geen activa of nagenoeg geen andere activa dan bezittingen en/of liquide middelen die onverwijld en zonder noemenswaardig verlies in liquide middelen kunnen worden omgezet.

De voorraaddochters zijn expliciet uitgesloten van de fiscale eenheid. Dit is ter voorkoming dat de toekomstige waardeinstijgingen en dividenden door de werking van de fiscale eenheid buiten de heffing blijven. Zonder een fiscale eenheid zijn de toekomstige waardeinstijgingen en dividenden belast, omdat de deelnemingsvrijstelling niet geldt.²² De deelnemingsvrijstelling is gebaseerd op de verlengstukgedachte. Dit houdt in dat er sprake moet zijn van een deelnemingsverhouding, waarbij de dochter een verlengstuk van de moeder is. Een voorraaddochter is geen verlengstuk van de moeder, omdat de dochter geen materiële onderneming drijft.

2.2.1.5 Overige voorwaarden

Naast de hiervoor genoemde voorwaarden, geldt nog een aantal andere voorwaarden waaraan de belastingplichtigen moeten voldoen om een fiscale eenheid aan te kunnen gaan. Hieronder zal ik ze kort toelichten.

Allereerst moeten de belastingplichtigen die deel willen uitmaken van een fiscale eenheid, gezamenlijk een verzoek indienen om te opteren voor de toepassing van het fiscale eenheidsregime (artikel 15, lid 1, Wet VPB 1969). Daarnaast dienen zij dezelfde winstregels te hanteren (artikel 15, lid 3, onderdeel b, Wet VPB 1969). Met andere woorden kunnen lichamen die verschillende fiscale regimes hanteren niet samen een fiscale eenheid aangaan. Hierbij gaat het om de regels ter bepaling van de totaalwinst en niet om de jaarwinst. Deze vereiste van winstbepalingsregels houdt ook in dat de gevoegde lichamen dezelfde functionele valuta moeten hanteren.

Verder moeten de tijdvakken van de belastingplichtigen, waarover belasting wordt geheven, feitelijk en statutair samenvallen (artikel 15, lid 3, onderdeel a, Wet VPB 1969). Hierbij dient zowel het begin als het einde van het boekjaar samen te vallen. De tijdvakken van de belastingplichtigen moeten samenvallen, omdat de resultaten van de maatschappijen worden geconsolideerd bij het fiscale eenheidsregime. Bovendien worden de (dochter)maatschappijen geacht op te zijn gegaan in de moedermaatschappij. Op grond van artikel 6 BFE 2003 dienen de belastingplichtigen die in de loop van het boekjaar in de fiscale eenheid worden gevoegd, hun eigen boekjaar (tot het moment van voeging) af te sluiten. Dit houdt in dat de dochter afrekent over eventuele geboekte resultaten.

2.3 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn het (oude) fiscale eenheidsregime tot 1 januari 2003 en het (herziene) fiscale eenheidsregime vanaf 1 januari 2003 behandeld. Tot 1 januari 2003 gold de vestigingsplaatsfictie van artikel 2, lid 4, Wet VPB 1969 ook voor het fiscale eenheidsregime in Nederland van artikel 15 Wet VPB 1969. Dit had verscheidene consequenties binnen het fiscale eenheidsregime. Vanaf 1

²² M.J.A.M. van Gijlswijk, *De fiscale eenheid*, Deventer: Kluwer 2004, p. 26.

januari 2003 is het fiscale eenheidsregime herzien. Een van de wijzigingen heeft betrekking op de vestigingsplaats-eis van artikel 15, lid 3, onderdeel c, Wet VPB. De toepassing van de vestigingsplaatsfictie op het fiscale eenheidsregime leidde tot oneigenlijk gebruik van het fiscale eenheidsregime. Daarom is in het herziene fiscale eenheidsregime de vestigingsplaatsfictie van artikel 2, lid 4, Wet VPB 1969 uitgesloten van het fiscale eenheidsregime van artikel 15 Wet VPB 1969. Vervolgens zijn de voorwaarden van het huidige fiscale eenheidsregime behandeld waaraan de belastingplichtigen moeten voldoen om in een fiscale eenheid te kunnen worden opgenomen.

Hoofdstuk 3: Vrijheid van vestiging artikel 49 t/m 54 VwEU

In dit hoofdstuk staat het beginsel van de vrijheid van vestiging centraal. In paragraaf 3.1 worden het Europees Gemeenschapsrecht en de bijbehorende vrijheden behandeld. Vervolgens zal ik in paragraaf 3.2 inzoomen op het recht van vrije vestiging. Daarna wordt het toetsingskader van het Hof van Justitie in paragraaf 3.3 uiteengezet. Dit toetsingskader is ontwikkeld door het HvJ om een nationale wettelijke bepaling te kunnen toetsen aan het EU-recht. Aan de hand van dit toetsingskader zal ik het Papillon arrest toelichten in paragraaf 3.4. Dit arrest is voor mijn scriptie van belang, omdat het HvJ in dit arrest heeft geoordeeld dat het toenmalige Franse fiscale integratieregime in strijd was met het EU-recht. In mijn scriptie onderzoek ik of naar aanleiding van dit arrest het Nederlandse fiscale eenheidsregime in strijd is met het EU-recht. Als laatste zal dit hoofdstuk worden afgesloten met een conclusie in paragraaf 3.5.

3.1 Hoofdpijnen Europees Gemeenschapsrecht en de bijbehorende vrijheden

3.1.1 Geschiedenis

In 1951 besloten Nederland, Frankrijk, Duitsland, België, Luxemburg en Italië tot de vorming van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (hierna: EGKS). De samenwerking tussen deze zes landen was ter bevordering van de handel in kolen en staal door middel van het vormen van één gemeenschappelijke markt.

In 1957 besloten de landen de EGKS uit te breiden met het Europees Gemeenschap (hierna: EG)-verdrag.²³ Het doel van het EG-verdrag was de vorming van een Europese Economische Gemeenschap (hierna: EEG). Er kwam een interne markt waarbij het vrij verkeer van goederen, diensten en kapitaal centraal stonden. In 1993 is de aanduiding EEG veranderd in de Europese Gemeenschap.

In de loop der jaren traden steeds meer landen tot de EG toe. In 1992 werd de Europese Unie (hierna: EU) gevormd. Het doel van de vorming van de EU was het uitbreiden van de gemeenschappelijke markt die gevormd was bij de EGKS en de EEG. Het EU-verdrag werd uitgebreid op het gebied van sociaal beleid, defensie, burgerschap, buitenlandse politiek en veiligheid.

3.1.2 Algemeen

In het arrest HvJ EG 15 juli 1964, zaak 6/64 (Costa/ENEL) heeft het HvJ geoordeeld dat het Europees recht voorrang heeft boven het nationale recht van de lidstaten. Het Europees recht dient in alle lidstaten op dezelfde wijze te worden toegepast.²⁴ Het EG-recht kan worden onderverdeeld in het primair EG-recht en het secundair EG-recht. Onder het primair EG-recht vallen de verdragsbepalingen. Deze bepalingen vloeien voort uit het EG-verdrag. In het arrest HvJ EG 5

²³ B.J. Kiekebeld & J.A.R. van Eijdsden, *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 2009, p. 1.

²⁴ B.J. Kiekebeld & J.A.R. van Eijdsden, *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 2009, p. 4.

februari 1963, BNB 1964/134 (Van Gend en Loos) is geoordeeld dat de verdragsbepalingen van het EG-verdrag een directe werking hebben. Dit houdt in dat belanghebbenden voor nationale en Europese rechterlijke instanties rechtstreeks een beroep op de verdragsbepalingen kunnen doen. Onder het secundair EG-recht vallen de verordeningen, richtlijnen, beschikkingen, besluiten, aanbevelingen en adviezen. Deze bepalingen vloeien voort uit het primair EG-recht en zijn door de Europese instellingen vastgesteld.²⁵

Een van de doelstellingen van de EU is het creëren van een gemeenschap met één gemeenschappelijke markt. Deze gemeenschappelijke markt kenmerkt zich door een interne markt zonder handelsbarrières op het gebied van goederen, diensten, kapitaal en personen. Deze vrije markt vormt de basis van de verdragsvrijheden die in het EG-verdrag zijn vastgelegd. Deze verdragsvrijheden bestaan uit het vrije verkeer van goederen (artikel 28 t/m 32 VwEU), het vrije verkeer van diensten (artikel 56 t/m 62 VwEU), het vrije verkeer van kapitaal (artikel 63 t/m 66 VwEU) en het vrije verkeer van personen. Het vrije verkeer van personen is onverdeeld in het vrije verkeer van werknemers (artikel 45 t/m 48 VwEU) en de vrijheid van vestiging (artikel 49 t/m 54 VwEU).

3.2 Het recht van vrije vestiging

De vrijheid van vestiging is vastgelegd in artikel 49 t/m 54 van het VwEU. In artikel 49 VwEU is in de eerste plaats geregeld dat iedere onderdaan van een lidstaat het recht heeft om vrijelijk economische activiteiten uit te oefenen in een andere lidstaat. Tevens impliceert het recht dat de lidstaat waarin de economische activiteiten worden uitgeoefend, deze economische activiteiten op gelijke wijze behandelt als de activiteiten die door haar onderdanen worden uitgeoefend. Met andere woorden mag er geen discriminatie zijn tussen de nationaliteiten van personen die de economische activiteiten in dezelfde lidstaat uitoefenen. Daarnaast mag de lidstaat van waaruit de activiteiten oorspronkelijk afkomstig zijn, de overbrenging van de activiteiten naar een andere lidstaat niet belemmeren. Verder dient de ondernemer (natuurlijk persoon of rechtspersoon) de vrije keuze te hebben tussen het oprichten van een dochtervennootschap en het oprichten van een vaste inrichting.²⁶

In beginsel vallen rechtspersonen niet onder de werking van artikel 49 VwEU, maar door de werking van artikel 54 VwEU ziet het recht van vrije vestiging ook op rechtspersonen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Europese Gemeenschap hebben. Deze rechtspersonen worden voor de toepassing van artikel 49 VwEU gelijkgesteld aan de natuurlijke personen die onderdanen van de lidstaten zijn. Uit de tweede volzin van artikel 54 VwEU blijkt dat het begrip 'vennootschap' ruim moet worden opgevat. Onder vennootschappen worden verstaan maatschappen naar burgerlijk of handelsrecht, de coöperatieve verenigingen of vennootschappen daaronder begrepen en de overige rechtspersonen naar publiek- privaatrecht. Uitzondering op het begrip vennootschap zijn de vennootschappen die geen winst beogen.²⁷

²⁵ W.A. Vermeend & H.A. Kogels & Heleen Mees, *Europees belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 59.

²⁶ P.G.H. Albert, *Over vrijheid van vestiging, grensoverschrijdende fiscale eenheid en het mogelijke einde van de liquidatieverliesregeling en de belastingvrijstelling met progressievoorbehoud*, FED 2003/101.

²⁷ Zie tweede volzin van artikel 54 VwEU. Zie ook K.L.H. van Mens & A.F.M.Q. Beukers-van Dooren & S. Feenstra, *Belastingen in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 1999, p. 84.

3.3 Toetsingskader van de vrijheid van vestiging

De nationale wettelijke bepalingen van een lidstaat moeten verenigbaar zijn met het EU-recht. Om te kunnen concluderen of de nationale wettelijke bepaling in strijd is met het EU-recht, wordt de nationale wettelijke bepaling getoetst aan de hand van het beslisschema dat het Hof van Justitie hanteert. Indien op iedere vraag van het beslisschema bevestigend kan worden geantwoord, is er geen sprake van een inbreuk op het EU-recht.²⁸ Het beslisschema van het HvJ is als volgt:

1. Heeft de belanghebbende toegang tot het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU)?
2. Wordt de werking van een van de verdragsvrijheden beperkt door discriminatie of belemmering?
3. Is er sprake van een rechtvaardigingsgrond?
4. Is de maatregel geschikt om het doel van de rechtvaardigingsgrond te bereiken (subsidiariteitsbeginsel) en gaat deze niet verder dan nodig is om dit doel te verwezenlijken (proportionaliteitsbeginsel)?

3.3.1 Toegang tot het VwEU

De belanghebbende dient toegang te hebben tot de bepalingen van het VwEU. Natuurlijke personen met een nationaliteit van een lidstaat in de EU en rechtspersonen die naar het recht van een lidstaat in de EU zijn opgericht, kunnen rechtstreeks een beroep doen op de verdragen van het VwEU. Daarnaast is in het arrest van HvJ EG 26 januari 1993, nr. C-112191 (Werner) geoordeeld dat er sprake moet zijn van een grensoverschrijdende (economische) activiteit. Hierbij moet het gaan om een duurzame grensoverschrijdende activiteit binnen de EU-lidstaten en niet met derde landen. Derde landen zijn landen die buiten de Europese Unie vallen.²⁹

3.3.2 Discriminatie of belemmering?

Bij de tweede vraag staat centraal of er bij de nationale wettelijke bepaling sprake is van discriminatie of belemmering van het EU-recht. Het discriminatie- of belemmeringsverbod houdt in dat een lidstaat de nationale situatie niet mag bevoordelen ten opzichte van de grensoverschrijdende situatie. Discriminatie, kan volgens Van den Hurk, worden gedefinieerd als het gelijk behandelen van ongelijke situaties of het ongelijk behandelen van gelijke situaties.³⁰ Het discriminatieverbod is onder te verdelen in directe discriminatie en indirecte discriminatie. Directe discriminatie houdt in dat nationale wettelijke bepalingen op grond van nationaliteit discrimineren. Bij indirecte discriminatie discrimineren nationale wettelijke bepalingen op grond van een ander criterium dan nationaliteit. Enkele voorbeelden hiervan zijn op grond van leeftijd en geslacht. Een voorbeeld van indirecte discriminatie is wanneer in Nederland een buitenlandse belastingplichtige tegen 25% onderworpen is aan de VPB, terwijl een binnenlandse belastingplichtige tegen 10% is

²⁸ J.J.A.M. Korving, *Europees Belastingrecht*, Sdu uitgevers 2011, Hoofdstuk 3, paragraaf 2: beslisboom HvJ EU.

²⁹ B.J.M. Terra & P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2008, p. 20-21.

³⁰ H.T.P.M. van den Hurk, *Europees Gemeenschapsrecht en directe belastingen: spanning tussen verdragsvrijheden en het Nederlands belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 45.

onderworpen.³¹ Bij belemmering wordt er geen onderscheid gemaakt tussen binnenlandse en buitenlandse situaties. De nationale wettelijke bepalingen zorgen ervoor dat het gebruikmaken van het vrije verkeer minder aantrekkelijk wordt gemaakt.³² Hierbij zal ik een voorbeeld³³ geven waar sprake is van belemmering. In Nederland is volgens een nationale wettelijke bepaling vereist dat kaasboeren alleen ronde kazen mogen verkopen op de Nederlandse markt. Kaasboeren uit andere EU-lidstaten mogen ook hun kazen aanbieden op de Nederlandse markt, mits de kazen een ronde vorm hebben. De nationale wettelijke bepaling zorgt ervoor dat het voor niet-ingezeten kaasboeren minder aantrekkelijk maakt om kazen te verkopen op de Nederlandse markt. De voorwaarde dat kazen rond moeten zijn om toegang tot de Nederlandse markt te krijgen, is een voorbeeld van een belemmering.

3.3.3 Rechtvaardigingsgronden

Indien bij de nationale wettelijke bepaling sprake is van discriminatie of belemmering, kan de inbreuk op het EU-recht nog worden gerechtvaardigd. De lidstaat mag de beperkende nationale bepaling behouden, mits er sprake is van een rechtvaardigingsgrond. Rechtvaardigingsgronden kunnen worden onderverdeeld in geschreven en ongeschreven rechtvaardigingsgronden. De geschreven rechtvaardigingsgronden zijn opgenomen in het VwEU. De nationale wettelijke bepalingen die een inbreuk op het EU-recht maken, maar als bescherming voor de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid dienen, mogen worden gehandhaafd door de lidstaat. Deze rechtvaardigingsgronden zijn in de jurisprudenties ontwikkeld door het HvJ in de loop der tijd. In het arrest HvJ EG 20 februari 1979, zaak 120/78 (Cassis de Dijon) heeft het HvJ in zijn rechtspraak een aantal rechtvaardigingsgronden toegestaan die niet zijn opgenomen in het VwEU. Deze rechtvaardigingsgronden zijn vanuit de basisgedachte van 'dwingende redenen van algemeen belang' ontwikkeld en worden ook aangeduid als de 'rule of reason'. De criteria voor deze rechtvaardigingsgronden zijn neergelegd in het arrest van HvJ EG november 1995, zaak C-55/94 (Gebhard). Hieronder zal ik een aantal van deze ongeschreven rechtvaardigingsgronden behandelen.

- *Doeltreffendheid van fiscale controles*: een beperkende wettelijke bepaling is gerechtvaardigd, indien het uitvoeren van fiscale controles door lidstaten nagenoeg onmogelijk is. Het gaat om de situaties waarbij lidstaten niet kunnen nagaan wat zich in een ander land afspeelt. Vaak gaat het om internationale situaties met derde landen, waarbij er geen verplichting tot informatie-uitwisseling is. Lidstaten kunnen echter niet eenvoudig van deze rechtvaardigingsgrond uitgaan, omdat in de richtlijn 77/799/EEG³⁴ wel een verplichting tot informatie-uitwisseling is opgenomen. Dit houdt in dat belastingautoriteiten altijd contact kunnen opnemen met belastingautoriteiten in andere lidstaten om informatie op te vragen.

³¹ J.J.A.M. Korving, *Europees Belastingrecht*, Sdu uitgevers 2011, Hoofdstuk 3, punt 3: discriminatie, belemmering of dispariteit?.

³² D.M. Weber, *VPB 2007. Opruimen van EG-rechtelijke knelpunten*, WFR 2004/6591.

³³ Het voorbeeld is ontleend aan: J.J.A.M. Korving, *Europees Belastingrecht*, Sdu uitgevers 2011, Hoofdstuk 3, punt 3.3.1: inleiding.

³⁴ Zie richtlijn 77/799/EEG van de Raad van 19 december 1977 betreffende de wederzijdse bijstand van de bevoegde autoriteiten van de Lid-Staten op het gebied van de directe belastingen, PB L 336 van 27.12.1977, blz. 15–20 (DA, DE, EN, FR, IT, NL).

- *Voorkoming van misbruik of de bestrijding van belastingfraude*: lidstaten hebben de mogelijkheid om antimisbruikbepalingen in hun wetgeving op te nemen. Een antimisbruikbepaling is een wettelijke bepaling die voorkomt dat er geen of minder belasting wordt betaald. Indien de antimisbruikbepaling op bepaalde kunstmatige constructies ziet, is de inbreuk op het EU-recht gerechtvaardigd.
- *Evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten op basis van het territorialiteitsbeginsel*: 'territorialiteit' geeft in Europese context het gebied aan waarover een lidstaat zijn rechtsmacht heeft. De basis voor dit gebied kan het nationaliteitsbeginsel, situs-beginsel³⁵ of het bronlandbeginsel zijn. Het doel van het territorialiteitsbeginsel is, volgens Terra³⁶, het verminderen van de onderlinge strijdigheid tussen de overheidsmaatregelen van de lidstaten. Bij een 'zuiver' territoriaal stelsel kan aan het territorialiteitsbeginsel worden voldaan. Dit houdt in dat alleen belasting wordt geheven over de inkomsten van de territorialiteit van de lidstaat. Er wordt dan geen rekening gehouden met de fiscale praktijk in andere landen.³⁷
- *Samenhang binnen het belastingstelsel*: door het gehele belastingstelsel in aanmerking te nemen, kan een nationale wettelijke bepaling worden gerechtvaardigd. Dit ziet op de situatie wanneer een nationale wettelijke bepaling van een lidstaat de nationale situatie fiscaal bevoordeelt ten opzichte van de grensoverschrijdende situatie. De fiscale bevoordeling is gerechtvaardigd, mits het fiscale voordeel wordt gecompenseerd door een fiscale heffing van een andere wettelijke bepaling. Voor deze rechtvaardigingsgrond vereist het HvJ dat er sprake is van een rechtstreeks verband tussen het fiscale voor- en nadeel. Daarnaast moeten het fiscale voor- en nadeel betrekking hebben op dezelfde belastingplichtige.

3.3.4 Proportionaliteit en subsidiariteit

Hoewel er sprake kan zijn van een rechtvaardigingsgrond bij de wettelijke bepaling, heeft dit niet meteen als gevolg dat deze bepaling verenigbaar is met het EU-recht. De belemmerende wettelijke bepaling dient namelijk ook te voldoen aan de voorwaarden van het proportionaliteits- en het subsidiariteitsbeginsel. Het proportionaliteitsbeginsel houdt in dat de wettelijke bepaling niet verder gaat dan noodzakelijk is om de nagestreefde doelstellingen te bereiken. Het subsidiariteitsbeginsel houdt in dat de wettelijke bepaling geschikt is om het doel van de rechtvaardigingsgrond te bereiken. Door de voorwaarden van deze twee beginselen worden de lidstaten in feite beperkt om nieuwe wettelijke bepalingen te creëren die een inbreuk maken op het EU-recht. Indien er een minder ingrijpende alternatieve maatregel is, moet er voor die maatregel gekozen worden. Dit is af te leiden uit het arrest van HvJ 11 maart 2004, zaak C-9/02 (De Lasteyrie du Saillant).³⁸

³⁵ Bij het situs-beginsel kijk je naar de feitelijke plaats van vestiging. Bij hantering van dit beginsel heeft de lidstaat de heffingsbevoegdheid over de inkomsten van de natuurlijke persoon, mits die in de betreffende lidstaat feitelijk is gevestigd.

³⁶ B.J.M. Terra, *De ware koningin der belastingen*, Deventer: Kluwer 1990, p. 137.

³⁷ S.H.E. Bot & O. Nijhuis, *Het territorialiteitsbeginsel: weg ermee?*, WFR: 2005/1161.

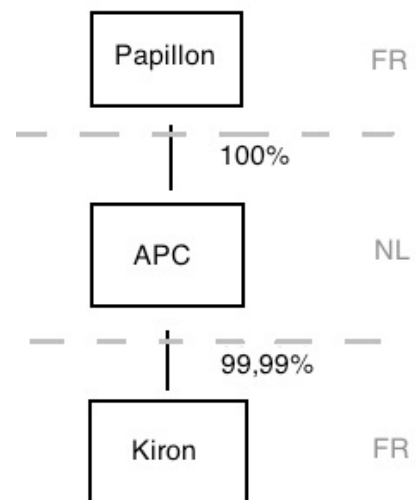
³⁸ J.J.A.M. Korving, *Europees Belastingrecht*, Sdu uitgevers 2011, Hoofdstuk 3, punt 3.6: proportionaliteit en subsidiariteit.

3.4 Het Papillon arrest

In de vorige paragraaf is het toetsingskader van de vrijheid van vestiging behandeld. Het HvJ toetst de nationale wettelijke bepaling van een lidstaat aan hand van een beslisschema. Met dit beslisschema kan geconcludeerd worden of de bepaling in strijd is met het EU-recht. In deze paragraaf zal de zaak Papillon worden behandeld aan de hand van dit toetsingskader. Hieruit zal blijken hoe het HvJ tot zijn oordeel is gekomen dat het toenmalige Franse fiscale integratieregime in strijd was met het EU-recht.

3.4.1 Casus

In de zaak HvJ EG 27 november 2008, zaak C-418/07 (Société Papillon) betrof het de in Frankrijk gevestigde moedervenootschap 'Société Papillon' (hierna: Papillon), haar in Nederland gevestigde dochtervenootschap 'Artist Performance and Communication' (hierna: APC) BV en haar in Frankrijk gevestigde kleindochtervenootschap 'SARL Kiron' (hierna: Kiron). De Franse grootmoedermaatschappij diende een verzoek ingevolge artikel 223A van de Code générale des impôts in om een intégration fiscale (hierna: fiscale integratie) aan te gaan met haar kleindochtermaatschappij. In artikel 223A Code générale des impôts is de fiscale integratieregeling geregeld waarvoor lichamen kunnen opteren. De fiscale integratieregeling houdt onder andere in dat de vennootschapsbelasting van de moedermaatschappij wordt geheven.



De Franse fiscus wees echter het verzoek af. De toepassing van de Franse fiscale integratieregeling kent twee voorwaarden. Allereerst is de regeling van artikel 223A alleen van toepassing op lichamen die aan de Franse vennootschapsbelasting zijn onderworpen. De dochtermaatschappij voldeed niet aan deze voorwaarde, omdat zij een Nederlandse vennootschap was en geen vaste inrichting in Frankrijk had. Daarnaast vereist de Franse regeling, net als in de Nederlandse fiscale eenheidsregeling, een aandelenbezits-eis. De moedermaatschappij dient onmiddellijk of middellijk in het bezit te zijn van ten minste 95% van het nominaal gestorte aandelenkapitaal van de te voegen dochtermaatschappij. Het middellijk bezit van de grootmoedermaatschappij in de kleindochtermaatschappij wordt alleen meegenomen bij het 95%-criterium, mits de dochtermaatschappij in Frankrijk onderworpen is aan de vennootschapsbelasting. Met andere woorden dient er voor het opteren van het Franse fiscale integratieregime te worden voldaan aan een aaneengeschakelde keten van gevoegde lichamen die onderworpen zijn aan de Franse vennootschapsbelasting.³⁹

³⁹ F.A. Engelen, *De gevolgen van de zaak Papillon voor de Nederlandse fiscale eenheid*, NTFR 2009-73.

3.4.2 Is er sprake van beperking van de vrijheid van vestiging?

De Conseil d'État⁴⁰ verzocht het HvJ om een prejudiciële beslissing. De vraag rees of de fiscale integratieregeling in strijd was met de vrijheid van vestiging in het EG-verdrag, omdat de Franse grootmoedermaatschappij geen gebruik kon maken van de fiscale integratieregeling met haar Franse kleindochtermaatschappij wanneer een niet in Frankrijk gevestigde dochtermaatschappij als tussenschakel fungeert. Daarentegen werd het verzoek voor de fiscale integratieregeling wel ingewilligd, indien de dochtermaatschappij onderworpen was aan de Franse vennootschapsbelasting. Er is dus een verschil in behandeling op grond van de vestigingsplaats van de tussenhoudster. De fiscale integratieregeling vormt een beperking van de vrijheid van vestiging, omdat de regeling het voor de Franse grootmoedervenootschap minder aantrekkelijk maakt om vrijelijk economische activiteiten uit te oefenen in een andere lidstaat.⁴¹

3.4.3 Rechtvaardigingsgrond

Daarentegen kan de beperkende wettelijke bepaling omtrent de fiscale integratieregeling volgens het HvJ worden gerechtvaardigd. Deze rechtvaardiging ziet op de samenhang binnen het Franse belastingstelsel. Voor deze rechtvaardigingsgrond is vereist dat er sprake is van een rechtstreeks verband tussen het fiscale voor- en nadeel. Daarnaast moeten het fiscale voor- en nadeel betrekking hebben op dezelfde belastingplichtige. De fiscale integratieregeling voorziet in de neutralisatie tussen een fiscale eenheid en een vennootschap met meer vaste inrichtingen. Deze neutralisatie wordt gewaarborgd, doordat er bij de fiscale integratieregeling geen mogelijkheid is tot dubbele verliesverrekening. Dit houdt in dat dezelfde verliezen binnen de fiscale eenheid slechts eenmaal kunnen worden verrekend. Het verlies zou echter meer malen kunnen worden verrekend, indien de in het buitenland gevestigde dochtermaatschappij als tussenschakel fungeert. Een dubbele verliesverrekening verhindert namelijk het neutraliteitsprincipe. Wanneer de kleindochtermaatschappij een verlies maakt, legt de dochtermaatschappij een voorziening aan vanwege de waardevermindering van haar participatie in de kleindochtermaatschappij. De grootmoedermaatschappij legt eveneens een voorziening aan voor de waardevermindering van haar participatie in de dochtermaatschappij. Volgens het HvJ kan de beperkende bepaling worden gerechtvaardigd, omdat de bepaling erop toeziet dat de verliezen binnen de fiscale eenheid niet meer malen kunnen worden verrekend.⁴²

⁴⁰ Conseil d'État is vergelijkbaar met de Raad van State in Nederland. De Conseil d'État heeft de wetgevende en rechtsprekende macht in Frankrijk. In deze casus is er gebruik gemaakt van de rechtsprekende macht.

⁴¹ Court of Justice of the European Communities, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 27 November 2008, Zaak C-418/07, r.o. 22. Zie uitgebreid in: Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, *Conclusie van advocaat-generaal Kokott van 4 september 2008*, Zaak C-418/07, EUR-Lex, r.o. 22 t/m 39.

⁴² Court of Justice of the European Communities, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 27 November 2008, Zaak C-418/07, r.o. 51. Zie uitgebreid in: Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, *Conclusie van advocaat-generaal Kokott van 4 september 2008*, Zaak C-418/07, EUR-Lex, r.o. 49 t/m 60.

3.4.4 Gaat de beperkende maatregel niet verder dan noodzakelijk is?

Volgens het HvJ voldoet de beperkende maatregel niet aan de voorwaarden van het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel. Het niet toestaan van een fiscale eenheid tussen de Franse grootmoedermaatschappij en de Franse kleindochtermaatschappij, omdat de dochtermaatschappij niet onderworpen is aan de Franse vennootschapsbelasting, gaat verder dan noodzakelijk is om de samenhang binnen het Franse belastingstelsel te waarborgen. De Franse regering is van mening dat het toestaan van de fiscale eenheid voor praktische uitvoeringsproblemen zorgt, omdat het bedrag van de getroffen voorziening doorgaans niet overeenkomt met het bedrag van het verlies van de kleindochtermaatschappij. Het HvJ wijst erop dat dit argument de beperking van de vrijheid van vestiging niet rechtvaardigt.⁴³ Bovendien is in de EU-richtlijnen opgenomen dat de belastingautoriteiten verplicht zijn informatie te verstrekken die relevant kan zijn voor het vaststellen van het bedrag voor de vennootschapsbelasting.

3.4.5 Conclusie Papillon arrest

Op basis van de besproken punten in de vorige paragrafen heeft het HvJ geoordeeld dat de Franse fiscale integratieregeling in strijd is met het EU recht, omdat het HvJ van mening is dat er minder vergaande maatregelen zijn waarmee de neutralisatie kan worden bereikt.⁴⁴ Het niet toestaan van de fiscale eenheid is in zoverre in strijd met de vrijheid van vestiging van artikel 43 in het EG-verdrag.

3.5 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn het Europees Gemeenschapsrecht en met name het beginsel van de vrijheid van vestiging behandeld. De Europese Unie kenmerkt zich door een gemeenschappelijke markt met haar bijbehorende verdragsvrijheden. Onder deze verdragsvrijheden valt onder andere de vrijheid van vestiging. Het HvJ bepaalt aan de hand van een toetsingskader of de nationale wettelijke bepaling van een lidstaat in strijd is met het beginsel van de vrijheid van vestiging. Vervolgens is de zaak Papillon aan de hand van dit toetsingskader behandeld. In dat arrest heeft het HvJ geoordeeld dat de toenmalige Franse fiscale integratieregeling in strijd was met het EU-recht.

⁴³ Court of Justice of the European Communities, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 27 November 2008, Zaak C-418/07, r.o. 62. Zie uitgebreid in: Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, *Conclusie van advocaat-generaal Kokott van 4 september 2008*, Zaak C-418/07, EUR-Lex, r.o. 61 t/m 67.

⁴⁴ Court of Justice of the European Communities, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 27 November 2008, Zaak C-418/07, r.o. 62 en 63.

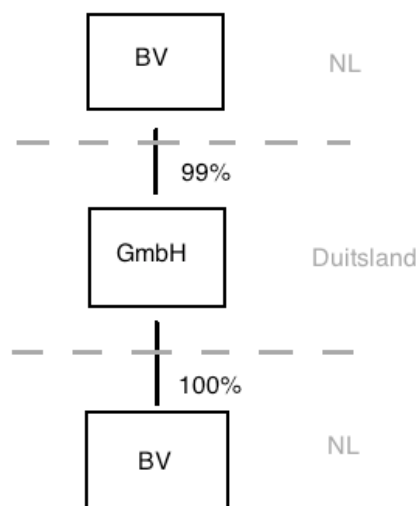
Hoofdstuk 4: EU-rechtelijke toetsing van het Nederlandse fiscale eenheidsregime

In dit hoofdstuk wordt het Nederlandse fiscale eenheidsregime getoetst aan het EU-recht. Het Papillon arrest, dat behandeld is in hoofdstuk 3, kan gevolgen hebben voor het Nederlandse fiscale eenheidsregime. In dat arrest heeft het HvJ geoordeeld dat het toenmalige Franse fiscale integratieregime in strijd was met het EU-recht. In Nederland is een aantal uitspraken voorgelegd aan het HvJ die betrekking hebben op het beginsel van de vrijheid van vestiging. Over de betreffende zaken heeft het HvJ nog geen uitspraken gedaan. Daarom zal in dit hoofdstuk het Nederlandse fiscale eenheidsregime getoetst worden aan het EU-recht. De toetsing zal aan de hand van twee zaken plaatsvinden, namelijk de Nederlandse Papillon zaak en de zustervennootschappen zaak. In paragraaf 4.1 wordt de Nederlandse Papillon zaak behandeld. Deze zaak is een variant op het Papillon arrest. Vervolgens zal in paragraaf 4.2 het Nederlandse fiscale eenheidsregime getoetst worden aan de hand van de Nederlandse Papillon zaak. In paragraaf 4.3 zal de zustervennootschappen zaak worden behandeld. Daarna wordt in paragraaf 4.4 het Nederlandse fiscale eenheidsregime getoetst aan de hand van een fiscale eenheid tussen twee Nederlandse zustermaatschappijen van een en dezelfde buitenlandse belastingplichtige. Als laatste zal dit hoofdstuk worden afgesloten met een conclusie in paragraaf 4.5.

4.1 De Nederlandse Papillon zaak

4.1.1 Rechtbank Haarlem 14 september 2011, nr. 10/03865

In de zaak Rechtbank Haarlem 14 september 2011, nr. 10/03865 betreft het een in Nederland gevestigde grootmoedervenootschap die 99% van de aandelen bezit van haar Duitse Gesellschaft mit beschränkter Haftung⁴⁵ (hierna: GmbH). De in Duitsland gevestigde GmbH fungeert als een houdstermaatschappij en bezit 100% van de aandelen in een Nederlandse vennootschap. De Duitse GmbH had geen vaste inrichting in Nederland en kon daarom geen deel uitmaken van de fiscale eenheid. De Nederlandse grootmoedermaatschappij diende een verzoek in om een fiscale eenheid aan te gaan met haar in Nederland gevestigde kleindochtermaatschappij. De Nederlandse fiscus wees echter het verzoek af. Volgens de belanghebbenden vormde de weigering van het verzoek een beperking van de vrijheid van vestiging. Zij deden een beroep op het arrest HvJ EG 27 november 2008, zaak C-418/07 (Papillon). Volgens Rechtbank Haarlem is de fiscale eenheid tussen een Nederlandse grootmoedermaatschappij en een Nederlandse kleindochtermaatschappij toegestaan.⁴⁶



⁴⁵ Een GmbH is een Duits vennootschap met beperkte aansprakelijkheid en is vergelijkbaar met een Nederlandse besloten vennootschap.

⁴⁶ Zie Rechtbank Haarlem 14 september 2011, nr. 10/03865, r.o. 4.21.

4.1.2 Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00824

Op 26 oktober 2011 is de inspecteur tegen de uitspraak van Rechtbank Haarlem⁴⁷ in hoger beroep gegaan. Hof Amsterdam oordeelt dat er geen sprake is van een geheel interne aangelegenheid.⁴⁸ Doordat de aandelen worden gehouden door een in een andere EU-lidstaat gevestigde dochtermaatschappij, wordt de kleindochtermaatschappij voor het fiscale eenheidsregime in Nederland anders behandeld. Indien een in Nederland gevestigde dochtermaatschappij de aandelen in de kleindochtermaatschappij zou houden, zou een fiscale eenheid tussen de grootmoeder- en kleindochtermaatschappij wel mogelijk zijn. Daarbij zou de dochtermaatschappij wel moeten worden gevoegd in de fiscale eenheid tussen de grootmoeder- en kleindochtermaatschappij. Zowel in Duitsland als in Nederland is sprake van een duurzame economische activiteit. Er kan geconcludeerd worden dat de belanghebbenden toegang tot het VwEU hebben.

Het Hof acht dat er in beginsel sprake is van een belemmering.⁴⁹ De fiscale eenheid tussen grootmoeder- en kleindochtermaatschappij is niet mogelijk, omdat de dochtermaatschappij in een andere EU-lidstaat is gevestigd. Daarentegen is de fiscale eenheid wel mogelijk, indien de dochtermaatschappij in Nederland zou zijn gevestigd. Hierdoor is het voor Nederlandse (groot)moedervenootschappen minder aantrekkelijk om het recht van vrije vestiging uit te oefenen door middel van dochtervenootschappen die in andere EU-lidstaten zijn gevestigd. Verder zou de fiscale eenheid mogelijk zijn, indien de grootmoedermaatschappij een buitenlandse vaste inrichting had opgericht in plaats van een buitenlandse dochtermaatschappij. Volgens het Hof verandert dat de conclusie niet dat er in beginsel sprake is van een belemmering, omdat er geen onderscheid mag worden gemaakt in de rechtsvorm voor het uitoefenen van de activiteiten.⁵⁰ Bij de vrijheid van vestiging heeft de belanghebbende de vrije keuze tussen het oprichten van een dochtervenootschap en het oprichten van een vaste inrichting.

Met de voorgaande constatering staat echter niet direct vast dat het huidige Nederlandse fiscale eenheidsregime een beperking vormt van de vrijheid van vestiging. Zoals in het Papillon arrest⁵¹ is geoordeeld, dient er sprake te zijn van een vergelijkbaarheid van een grensoverschrijdende situatie met een binnenlandse situatie. Het Hof stelt dat (ook) in een binnenlandse situatie een fiscale eenheid tussen grootmoeder- en kleindochtermaatschappij niet mogelijk is, indien een Nederlandse dochtermaatschappij niet in de fiscale eenheid is opgenomen.⁵² Het Hof verwijst daarbij naar de parlementaire geschiedenis. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat bij een fiscale eenheid altijd verticale consolidatie plaatsvindt, omdat de resultaten van de dochtermaatschappij altijd de moedermaatschappij, maar niet de zustermaatschappij aangaan.⁵³ Daarnaast ligt een fiscale eenheid tussen een Nederlandse maatschappij en een buitenlandse maatschappij niet in lijn met de verdeling van de heffingsrechten tussen de betrokken landen. Verder dient er sprake te zijn van een

⁴⁷ Rechtbank Haarlem 14 september 2011, nr. 10/03865.

⁴⁸ Zie Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00824, r.o. 4.13.1.

⁴⁹ Zie Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00824, r.o. 4.13.3.

⁵⁰ Zie Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00824, r.o. 4.13.4

⁵¹ Court of Justice of the European Communities, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 27 November 2008, Zaak C-418/07, r.o. 27.

⁵² Zie Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00824, r.o. 4.13.8.

⁵³ NV, Kamerstukken // 2000/01, 26 854, nr. 6, p. 22.

ononderbroken, verticale keten van gevoegde maatschappijen.⁵⁴ Dit volgt uit de verticale consolidatiegedachte: de volledige consolidatie vindt plaats bij de moedermaatschappij.⁵⁵

Voor de vergelijkbaarheid van de grensoverschrijdende situatie met de binnenlandse situatie, acht het Hof ruimte voor twijfel met welke binnenlandse situatie het verzoek tot fiscale eenheid tussen grootmoeder- en kleindochtermaatschappij moet worden vergeleken. In het Papillon arrest overwoog het HvJ dat de fiscale integratie tussen de Franse grootmoeder- en kleindochtermaatschappij mogelijk is, indien de dochtermaatschappij in een andere EU-lidstaat is gevestigd.⁵⁶ Het Hof vraagt zich af welke vergelijking het HvJ hanteerde: de situatie waarbij de Franse dochtermaatschappij wel in de fiscale integratie is opgenomen of de situatie waarbij de Franse dochtermaatschappij niet in de fiscale integratie is opgenomen? Indien een ononderbroken, verticale keten van gevoegde maatschappijen een wezenlijk kenmerk van het Nederlandse fiscale eenheidsregime is, is er volgens het Hof geen sprake van een vergelijkbare binnenlandse situatie. Hierdoor kan er geen sprake zijn van een belemmering van de vrijheid van vestiging. Er wordt dan namelijk geen onderscheid gemaakt tussen de grensoverschrijdende situatie en de binnenlandse situatie. Indien de gedachte van een ononderbroken keten mag/moet worden losgelaten, is er sprake van een vergelijkbare situatie en daarmee sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging.⁵⁷ Een fiscale eenheid tussen de grootmoeder- en kleindochtermaatschappij is mogelijk, indien de dochtermaatschappij in Nederland is gevestigd en deel uitmaakt van de fiscale eenheid. Daarentegen is de fiscale eenheid niet mogelijk, indien de dochtermaatschappij in een ander EU-lidstaat is gevestigd en deel zou willen uitmaken van de fiscale eenheid. Het Hof twijfelt over de vergelijkbaarheid tussen de grensoverschrijdende situatie en de binnenlandse situatie. Daarom stelt het Hof op dit punt een prejudiciële vraag aan het HvJ. Volgens Smit⁵⁸ was in de zaak Papillon geen goede vergelijkbare situatie te bedenken. In het Franse integratieregime gold, net als in het Nederlandse fiscale eenheidsregime, de voorwaarde van een ononderbroken, verticale keten van gevoegde maatschappijen. De fiscale integratie tussen de Franse grootmoeder- en kleindochtermaatschappij was alleen mogelijk, indien de dochtermaatschappij in Frankrijk was gevestigd en in de fiscale eenheid was opgenomen. Er was dus geen goede vergelijkbare situatie te bedenken. Desondanks overwoog het HvJ dat het toenmalige Franse integratieregime in strijd was met het EU-recht.

Daarnaast stelt het Hof een prejudiciële vraag met betrekking tot de vrije keuze van de rechtsvormen voor het uitoefenen van de activiteiten in een andere EU-lidstaat. Bij het recht van vrije vestiging heeft de belanghebbende de vrije keuze tussen het oprichten van een dochtervennootschap en het oprichten van een vaste inrichting. Een buitenlandse vaste inrichting van een Nederlands lichaam kan in een fiscale eenheid worden gevoegd, omdat Nederland in beginsel het heffingsrecht heeft over het wereldinkomen van het hoofdhuis (inclusief vaste inrichting). Nederland heeft niet het volledige heffingsrecht over het inkomen van de buitenlandse dochtermaatschappij, waardoor zij niet in een fiscale eenheid kan worden gevoegd met een

⁵⁴ NV, Kamerstukken // 2000/01, 26 854, nr. 6, p. 23-24.

⁵⁵ Zie Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00824, r.o. 4.13.7 en 4.13.8.

⁵⁶ Court of Justice of the European Communities, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 27 November 2008, Zaak C-418/07, r.o. 17 en 20.

⁵⁷ Zie Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00824, r.o. 4.13.10 t/m 4.13.14.

⁵⁸ Zie commentaar D.S. Smit, *Prejudiciële vragen aan het HvJ over een 'Papillon-achtige' zaak I*, NTFR 2013/526.

Nederlandse maatschappij.⁵⁹ Het Hof vraagt zich af of het onderscheid tussen een dochtervennootschap en een vaste inrichting binnen het fiscale eenheidsregime, een verschil maakt voor de beantwoording van de eerste prejudiciële vraag.

Tevens stelt het Hof de vraag of er sprake is van een rechtvaardigingsgrond die de beperking van de vrijheid van vestiging rechtvaardigt. Hierbij doelt het Hof op de noodzaak om de samenhang binnen het fiscale belastingstelsel te waarborgen. Uit het Papillon arrest⁶⁰ blijkt dat deze rechtvaardigingsgrond kan slagen, indien er een rechtstreeks verband is tussen het fiscale voor- en nadeel. Ook moeten het fiscale voor- en nadeel betrekking hebben op dezelfde belastingplichtige. Het Hof⁶¹ overweegt dat de verdeling van heffingsbevoegdheid niet als rechtvaardigingsgrond de belemmering kan rechtvaardigen, omdat het om de verrekening van binnenlandse winsten en verliezen gaat. Volgens het Hof lijkt het in casu dat het in de Nederlandse Papillon zaak, in tegenstelling tot het Papillon arrest, niet zozeer gaat om bilaterale dubbele verliesverrekening, maar om unilaterale dubbele verliesverrekening.⁶² Het Hof verwijst daarbij naar het argument van de inspecteur. De inspecteur is van mening dat bilaterale dubbele verliesverrekening kan worden uitgesloten, maar unilaterale dubbele verliesverrekening bij grensoverschrijdende situaties niet. Het fiscale voordeel van dubbele verliesverrekening zou kunnen worden benut door het bestaan van de Nederlandse fiscale eenheid. Het is de vraag in hoeverre het fiscale voor- en nadeel elkaar compenseren om de samenhang binnen het Nederlandse belastingstelsel te waarborgen. Bilaterale dubbele verliesverrekening houdt in dat de verliezen binnen een en dezelfde EU-lidstaat dubbel worden verrekend. Unilaterale dubbele verliesverrekening houdt in dat de verliezen binnen verschillende EU-lidstaten dubbel worden verrekend.

Verder overweegt het Hof dat soortgelijke maatregelen als die in het BFE 2003⁶³ zijn opgenomen, kunnen worden toegepast op de buitenlandse tussenhoudster. De weigering van het fiscale eenheidsverzoek tussen de Nederlandse grootmoeder- en kleindochtermaatschappij zou dan disproportioneel zijn. Volgens de inspecteur is het buitenproportioneel om van de Nederlandse wetgever te verwachten dat hij voor iedere, specifieke verzoek tot fiscale eenheid maatregelen moet nemen. Het Hof oordeelt (voorlopig) dat het argument van dergelijke praktische en administratieve uitvoeringsproblemen niet de beperking van de vrijheid van vestiging rechtvaardigen. Het Hof acht ruimte voor twijfel omtrent de proportionaliteit van de maatregel. Daarom stelt ze met betrekking tot dit punt een prejudiciële vraag aan het HvJ.⁶⁴

Samenvattend, heeft het Hof Amsterdam de volgende prejudiciële vragen aan het HvJ gesteld⁶⁵:

1. Is sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging in de zin van art. 43 EG juncto art. 48 EG, doordat aan belanghebbenden de toepassing van de Nederlandse regeling van de fiscale eenheid op de werkzaamheden en het vermogen van de in Nederland gevestigde

⁵⁹ NV, Kamerstukken II, 2000/01, 26 854, nr. 6, p. 17.

⁶⁰ Court of Justice of the European Communities, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 27 November 2008, Zaak C-418/07, r.o. 42 t/m 51.

⁶¹ Zie Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00824, r.o. 4.14.1 t/m 4.14.6.

⁶² Zie Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00824, r.o. 4.14.14 en 4.14.16.

⁶³ Artikel 34 t/m 37 BFE 2003, Besluit van 17 december 2002, houdende vaststelling van het Besluit fiscale eenheid 2003, Stb. 2002, zoals laatst is gewijzigd op 22 december 2011, Stb. 2011, 677.

⁶⁴ Zie Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00824, r.o. 4.14.17 t/m 4.14.19.

⁶⁵ Zie Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00824, r.o. 5.

kleindochtervennootschap/belanghebbende 2 wordt onthouden? Is de situatie van de kleindochter-vennootschap/belanghebbende 2 objectief vergelijkbaar met de situatie van een in Nederland gevestigde vennootschap die dochter is van een in Nederland gevestigde tussenhoudstervenootschap welke niet ervoor heeft gekozen dat zij met haar in Nederland gevestigde moedervenootschap in een fiscale eenheid is gevoegd en die derhalve als kleindochtervennootschap evenmin als belanghebbende 2 toegang tot de regeling van de fiscale eenheid met - uitsluitend - haar grootmoedervenootschap heeft, dan wel met de situatie van een in Nederland gevestigde kleindochtervennootschap die er tezamen met haar in Nederland gevestigde moeder/tussenhoudstervenootschap voor heeft gekozen een fiscale eenheid met hun in Nederland gevestigde (groot)moedervenootschap te vormen en wier werkzaamheden en vermogen derhalve, anders dan die van belanghebbende 2, fiscaal worden geconsolideerd?

2. Maakt het bij de beantwoording van vraag 1 nog verschil of de betrokken buitenlandse tussenhoudstervenootschap, indien zij in Nederland niet door middel van een dochtervennootschap zou opereren, maar via een vaste inrichting, wel ervoor zou hebben kunnen kiezen om - wat het vermogen en de werkzaamheden van die Nederlandse vaste inrichting betreft - met haar in Nederland gevestigde moedervenootschap een fiscale eenheid te vormen?
3. Indien en voor zover vraag 1, eerste volzin, bevestigend moet worden beantwoord, kan een dergelijke beperking dan worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, meer in het bijzonder door de noodzaak tot behoud van de fiscale coherentie, daaronder begrepen de voorkoming van unilaterale en van bilaterale dubbele verliesverrekening?
4. Indien en voor zover de derde vraag bevestigend moet worden beantwoord, is een dergelijke beperking dan aan te merken als proportioneel?

4.2 EU-rechterlijke toetsing Nederlandse Papillon

4.2.1 Toegang tot het EU-recht

In het Nederlandse Papillon arrest heeft de belanghebbende toegang tot het EU-recht. De belanghebbenden zijn besloten vennootschappen die in Nederland zijn gevestigd. Tevens zijn ze naar het recht van een EU-lidstaat opgericht. Zij kunnen direct een beroep doen op het beginsel van de vrijheid van vestiging. Daarnaast is er sprake van een grensoverschrijdende duurzame economische activiteit binnen de EU-lidstaten, want het gaat om een fiscale eenheid tussen een Nederlandse grootmoedermaatschappij en een Nederlandse kleindochtermaatschappij, waarbij de dochtermaatschappij in Duitsland is gevestigd. Doordat de dochtermaatschappij in een ander lidstaat is gevestigd dan de grootmoeder- en kleindochtermaatschappij, werd het verzoek tot de vorming van een fiscale eenheid niet ingewilligd. Er is geen sprake van geheel interne aangelegenheid, omdat de in het buitenland gevestigde dochtermaatschappij de vorming van de verzochte fiscale eenheid in de weg staat.⁶⁶

⁶⁶ Zie Rechtbank Haarlem 14 september 2011, nr. 10/03865, r.o. 4.4.

4.2.2 Discriminatieverbod

Om te kunnen oordelen of er sprake is van discriminatie, moet de grensoverschrijdende situatie vergeleken worden met de binnenlandse situatie. Dit houdt in dat er een vergelijking moet worden gemaakt tussen de situatie waarbij de dochtermaatschappij in Nederland is gevestigd en de situatie waarbij de dochtermaatschappij in een andere EU-lidstaat is gevestigd. Indien in de eerste situatie de fiscale eenheid tussen de Nederlandse grootmoeder- en de kleindochtermaatschappij is toegestaan en in de tweede situatie de fiscale eenheid niet is toegestaan, is bij het fiscale eenheidsregime van artikel 15 Wet VPB 1969 sprake van discriminatie.

In artikel 15, lid 1, Wet VPB 1969 staat de aandelenbezits-eis waaraan de belastingplichtigen die deel willen uitmaken van een fiscale eenheid moeten voldoen. Artikel 15, lid 2, Wet VPB 1969 is een aanvulling op het eerste lid en daar staat het volgende: 'onder een bezit als bedoeld in het eerste lid wordt mede verstaan een middellijk bezit van aandelen, mits deze onmiddellijk worden gehouden door één of meer belastingplichtigen die van de fiscale eenheid deel uitmaken'. Hieruit kan worden afgeleid dat er sprake dient te zijn van een ononderbroken verticale keten. Dit houdt in dat alleen lichamen die aan de Nederlandse vennootschapsbelasting zijn onderworpen, deel kunnen uitmaken van een fiscale eenheid. Het middellijke bezit van de Nederlandse grootmoedermaatschappij wordt alleen meegenomen, indien de dochtermaatschappij in Nederland gevestigd is en deel uitmaakt van de fiscale eenheid. De dochtermaatschappij is echter een Duitse GmbH en heeft geen vaste inrichting in Nederland. Daarom kan zij geen deel uitmaken van de fiscale eenheid.

Er is sprake van een ongelijke behandeling tussen de genoemde situaties, waarbij het verschil in behandeling afhankelijk is van de plaats waar de zetel van de tussenhoudster zich bevindt. Indien de dochtermaatschappij in Nederland was gevestigd, zou het verzoek tot fiscale eenheid tussen de grootmoeder- en kleindochtermaatschappij worden ingewilligd. Doordat in het Nederlandse Papillon arrest de dochtermaatschappij in Duitsland is gevestigd, is het verzoek tot fiscale eenheid geweigerd. Het fiscale eenheidsregime behandelt de grensoverschrijdende situatie en de binnenlandse situatie niet gelijkwaardig. Dus is er sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging.

4.2.3 Rechtvaardigingsgrond

Net als in het Papillon arrest, kan de beperking van de vrijheid van vestiging worden gerechtvaardigd. Deze rechtvaardiging ziet op de samenhang binnen het Nederlandse belastingstelsel. Het niet toestaan van een fiscale eenheid tussen de Nederlandse grootmoeder- en kleindochtermaatschappij is om dubbele verliesverrekening te voorkomen. Er bestaat een gevaar voor dubbele verliesverrekening, indien de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Wet VPB 1969 van toepassing is op de buitenlandse dochtermaatschappij. De deelnemingsvrijstelling houdt in dat bij de moedermaatschappij de voordelen uit hoofde van haar deelneming vrijgesteld zijn. Deze vrijstelling treedt van rechtswege in, zodra er aan de voorwaarden worden voldaan. De deelneming is een verlengstuk van de moedermaatschappij en moet een materiële onderneming drijven. Onder de voordelen uit hoofde van een deelneming vallen dividenden en koersresultaten op de aandelen in de dochtermaatschappij. Doordat er sprake is van een vrijstelling, zijn koersverliezen in beginsel niet aftrekbaar. Hierop is een uitzondering gemaakt, namelijk de liquidatieverliesregeling van artikel 13d

Wet VPB 1969. Op dit artikel ziet het gevaar voor dubbele verliesverrekening, indien de buitenlandse dochtermaatschappij wordt geliquideerd. De liquidatieverliesregeling houdt in dat de moedermaatschappij de verliezen bij liquidatie van haar deelneming in aanmerking mag nemen. Indien de buitenlandse dochtermaatschappij wordt geliquideerd, worden de verliezen bij de moedermaatschappij op de voet van artikel 13d Wet VPB 1969 in aanmerking genomen. Daarnaast worden die verliezen binnen de fiscale eenheid tussen de grootmoeder- en kleindochtermaatschappij tot uitdrukking gebracht. Op grond van de rechtvaardigingsgrond om de samenhang binnen het Nederlandse belastingstelsel te waarborgen, is de beperking van de vrijheid van vestiging gerechtvaardigd.

In Rechtbank Haarlem 14 september 2011, nr. 10/03865 was de Rechtbank van mening dat bij het toestaan van de fiscale eenheid er sprake is van een gevaar voor dubbele verliesverrekening.⁶⁷ Wanneer de kleindochtermaatschappij verliezen lijdt, komen deze verliezen bij de Nederlandse grootmoedermaatschappij tot uitdrukking door middel van de aandelen die ze in haar buitenlandse dochtermaatschappij houdt. De grootmoedermaatschappij ziet namelijk een waardevermindering van haar participatie in de dochtermaatschappij. Hiervoor kan de grootmoedermaatschappij een voorziening treffen ten laste van de winst. Daarnaast kunnen dezelfde verliezen eveneens binnen de fiscale eenheid verrekend worden met de winsten van de grootmoedermaatschappij, omdat de verliezen binnen een fiscale eenheid tussen maatschappijen onderling in feite kunnen worden verrekend. Deze dubbele verliesverrekening is alleen mogelijk, indien de buitenlandse dochtermaatschappij niet onder de deelnemingsvrijstelling valt. Op zichzelf vind ik de rechtsoverweging van de Rechtbank merkwaardig, omdat de buitenlandse dochtermaatschappij wel onder de deelnemingsvrijstelling valt. De buitenlandse dochtermaatschappij is namelijk in een EU-lidstaat gevestigd. Alle EU-lidstaten dienen zich aan de Moeder-Dochter Richtlijn⁶⁸ te houden. Indien de buitenlandse dochtermaatschappij onder de deelnemingsvrijstelling valt, zal de getroffen voorziening door de grootmoedermaatschappij niet ten laste van de Nederlandse winst zijn. Hierdoor kan het verlies van de kleindochtermaatschappij binnen de fiscale eenheid eenmaal worden verrekend. Daarom is er geen sprake van het genoemde gevaar voor dubbele verliesverrekening door Rechtbank Haarlem in de Nederlandse Papillon zaak.

4.2.4 Proportionaliteit en subsidiariteit

In de vorige paragraaf is geconcludeerd dat er een rechtvaardigingsgrond is voor de beperking van de vrijheid van vestiging. Daarnaast mag de voorwaarde dat de dochtermaatschappij in Nederland dient te zijn gevestigd, niet verder gaan dan noodzakelijk is voor het waarborgen van de samenhang binnen het fiscale eenheidsregime. Verder moet de voorwaarde geschikt zijn om het doel van rechtvaardigingsgrond te bereiken. Net als in het Papillon arrest kan hier gesteld worden dat de praktische uitvoeringsproblemen als gevolg van het toestaan van de fiscale eenheid, geen goede argumenten zijn voor de beperking van de vrijheid van vestiging. In de EU-richtlijnen is namelijk opgenomen dat de belastingautoriteiten verplicht zijn informatie te verstrekken die relevant kan zijn voor het vaststellen van het bedrag voor de vennootschapsbelasting. Hierdoor weten de

⁶⁷ Zie Rechtbank Haarlem 14 september 2011, nr. 10/03865, r.o. 4.11.

⁶⁸ Zie richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende Lid-Staten, PB L 225 van 20.08.1990, blz. 0006-0009.

belastingautoriteiten van de EU-lidstaten welke omvang een voorziening is getroffen ten laste van de winst. Zo kan het bedrag van de in de lidstaten getroffen voorzieningen niet afwijken van het bedrag van het verlies.

Daarnaast zijn in artikel 34 en verder van het Besluit fiscale eenheid 2003⁶⁹ bepalingen opgenomen die het gevaar van dubbele verliesverrekening bij een fiscale eenheid tussen een Nederlandse moedermaatschappij en een vaste inrichting van de buitenlandse dochtermaatschappij kunnen wegnemen.⁷⁰ In artikel 35, lid 1, BFE 2003 is geregeld dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing blijft op de buitenlandse dochtermaatschappij, indien de moedermaatschappij een fiscale eenheid aangaat met de vaste inrichting van de buitenlandse dochtermaatschappij. In artikel 35, lid 3, BFE 2003 is geregeld dat bij liquidatieverlies-aftrek het opgeofferde bedrag van de deelneming wordt verlaagd voor zover een verlies van de buitenlandse dochtermaatschappij sinds het voegingstijdstip binnen de fiscale eenheid tussen de moedermaatschappij en de vaste inrichting van de buitenlandse dochtermaatschappij tot uitdrukking is gebracht. Een regeling vergelijkbaar met artikel 35, lid 3, BFE 2003 zou het gevaar van dubbele verliesverrekening bij een fiscale eenheid tussen grootmoeder- en kleindochtermaatschappij kunnen wegnemen. De maatregel voldoet dus niet aan de voorwaarden van het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel. De voorwaarde gaat verder dan noodzakelijk is voor het waarborgen van de samenhang binnen het belastingsysteem. Er zijn maatregelen die geschikter zijn om het doel van de rechtvaardigingsgrond te bereiken.

4.2.5 Conclusie

Het Nederlandse Papillon arrest is behandeld aan de hand van het toetsingskader van het HvJ. Er is sprake van discriminatie, maar dit wordt gerechtvaardigd. De rechtvaardiging is op grond van de samenhang binnen het Nederlandse belastingsysteem, omdat de wettelijke bepaling voorkomt dat dezelfde verliezen meer malen binnen de fiscale eenheid verrekend kunnen worden. De maatregel gaat echter verder dan noodzakelijk is om de samenhang binnen het belastingsysteem te waarborgen. Tevens zijn er geschiktere maatregelen om het doel van de rechtvaardigingsgrond te bereiken. Daarom voldoet het fiscale eenheidsregime niet aan de voorwaarden van het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel. Er kan worden geconcludeerd dat het niet toestaan van een fiscale eenheid tussen grootmoeder- en kleindochtermaatschappij een beperking vormt voor de vrijheid van vestiging. Aldus is het fiscale eenheidsregime onverenigbaar met het EU-recht.

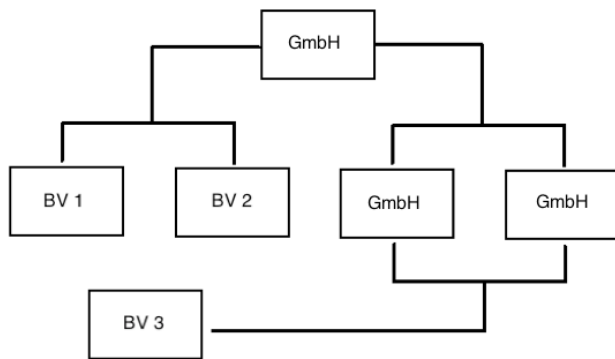
4.3 De zustervennootschappen zaak

4.3.1 Rechtbank Haarlem 25 januari 2011, nr. 08/07950

In de zaak Rechtbank Haarlem 25 januari 2011, nr. 08/07950 betreft het een in Duitsland gevestigde grootmoedermaatschappij. Zij houdt onmiddellijk aandelen in Nederland gevestigde zustermaatschappijen. Ook houdt de Duitse moedermaatschappij onmiddellijk aandelen in Duitsland gevestigde dochtermaatschappijen. Deze Duitse dochtermaatschappijen houden aandelen in de in Nederland gevestigde kleindochtermaatschappij.

⁶⁹ Artikel 34 t/m 37 BFE 2003, Besluit van 17 december 2002, houdende vaststelling van het Besluit fiscale eenheid 2003, Stb. 2002, zoals laatst is gewijzigd op 22 december 2011, Stb. 2011, 677.

⁷⁰ S.A.W.J. Strik, *Cursus Belastingrecht*, Vpb.2.9.7.D.b1 Tekst van en toelichting op art. 35 en 37 Besluit fiscale eenheid 2003.



De Duitse grootmoedermaatschappij verzocht een fiscale eenheid aan te gaan met haar Nederlandse (klein)dochtermaatschappijen en haar Duitse dochtermaatschappijen (verzoek 1). Indien dit verzoek niet werd ingewilligd, werd verzocht om de Nederlandse dochter- en kleindochtermaatschappijen op te nemen in een fiscale eenheid (verzoek 2). De inspecteur heeft beide verzoeken afgewezen. Bij Rechtbank Haarlem was in geschil of de weigering van de verzoeken tot fiscale eenheid in strijd was met de vrijheid van vestiging van het EU-recht. De Rechtbank was van oordeel dat verzoek 2 terecht was afgewezen door de inspecteur, omdat bij verzoek 2 sprake is van een interne aangelegenheid.⁷¹ Er is geen sprake van een grensoverschrijdende activiteit, waardoor de belanghebbende met betrekking tot verzoek 2 geen toegang heeft tot het VwEU. Met betrekking tot verzoek 1 heeft de belanghebbende wel toegang tot het VwEU, maar is er volgens de Rechtbank geen sprake van ongelijke behandeling van gelijke gevallen.⁷² Een van de voorwaarden bij het aangaan van een fiscale eenheid is dat de moedermaatschappij binnenlands belastingplichtig of buitenlands belastingplichtig moet zijn voor de vennootschapsbelasting. Dan kan de moedermaatschappij en de met haar gevoegde (klein)dochtermaatschappijen in de belastingheffing worden betrokken. De Rechtbank oordeelde dat de weigeringen van beide verzoeken van de belanghebbende niet in strijd zijn met de vrijheid van vestiging.⁷³

4.3.2 Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00180

Op 25 januari 2011 zijn de belanghebbenden tegen de uitspraak van Rechtbank Haarlem⁷⁴ in hoger beroep gegaan. Het Hof oordeelt⁷⁵, in tegenstelling tot het oordeel van Rechtbank Haarlem⁷⁶, dat bij de fiscale eenheid tussen uitsluitend de Nederlandse zustermaatschappijen geen sprake is van een geheel interne aangelegenheid. Naar mijn mening is het oordeel van het Hof juist. Bij zowel verzoek 1 als verzoek 2 is de (groot)moeder een Duitse maatschappij. Het verschil is dat bij verzoek 1 de Duitse (groot)moedermaatschappij in de fiscale eenheid wil worden opgenomen en bij verzoek 2 niet. Bij beide verzoeken hebben de fiscale eenheden echter betrekking op een Duitse (groot)moedermaatschappij. Daarom ben ik van mening dat er in verzoek 2 geen sprake is van een geheel interne aangelegenheid. Daarnaast is er sprake van een duurzame en economische activiteit in Nederland. Er kan geconcludeerd worden dat de belanghebbenden van zowel verzoek 1 als verzoek 2 toegang tot het VwEU hebben.

⁷¹ Zie Rechtbank Haarlem 25 januari 2011, nr. 08/07950, r.o. 4.4.

⁷² Zie Rechtbank Haarlem 25 januari 2011, nr. 08/07950, r.o. 4.6.

⁷³ Zie Rechtbank Haarlem 25 januari 2011, nr. 08/07950, r.o. 4.7.

⁷⁴ Rechtbank Haarlem 25 januari 2011, nr. 08/07950.

⁷⁵ Zie Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00180, r.o. 4.13.1.

⁷⁶ Zie Rechtbank Haarlem 25 januari 2011, nr. 08/07950, r.o. 4.4.

In beginsel is er volgens het Hof⁷⁷ sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging. Het verzoek tot fiscale eenheid (verzoek 1) wordt niet toegestaan, doordat de (groot)moedermaatschappij en de tussenhoudstermaatschappijen in een andere EU-lidstaat zijn gevestigd. De fiscale eenheid zou echter wel zijn toegestaan, indien de (groot)moedermaatschappij en de tussenhoudstermaatschappijen in Nederland zijn gevestigd en deel zouden uitmaken van de fiscale eenheid. Door de vestigingsplaats-eis wordt het voor de in andere EU-lidstaat gevestigde moedervenootschappen minder aantrekkelijk om het recht van vrije vestiging uit te oefenen in Nederland. Om te kunnen oordelen of er sprake is van discriminatie, dient de vergelijkbaarheid tussen de grensoverschrijdende situatie en de binnenlandse situatie te worden onderzocht. Het Hof verwijst, net als in Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00824⁷⁸, naar de parlementaire geschiedenis. Een fiscale eenheid tussen Nederlandse zustermaatschappijen is niet mogelijk vanwege de verticale consolidatiegedachte. De resultaten van de dochtermaatschappij gaan alleen moedermaatschappij en niet de zustermaatschappij aan. Tevens dient er sprake te zijn van een ononderbroken, verticale keten van gevoegde dochtermaatschappijen. Het Hof stelt daarbij vast dat een fiscale eenheid tussen twee zustermaatschappijen niet mogelijk is, indien de in Nederland gevestigde gemeenschappelijke moeder niet is opgenomen in de fiscale eenheid.⁷⁹ De Duitse moedermaatschappij dient direct economisch en juridisch belang te hebben in de Nederlandse zustermaatschappijen. Doordat de Duitse moedermaatschappij geen vaste inrichting in Nederland heeft, is er geen sprake van een direct economisch en juridisch belang. Er kan namelijk geen verticale consolidatie plaatsvinden. Volgens Boulogne⁸⁰ kan uit het Papillon arrest worden afgeleid dat de voorwaarde van direct economisch en juridisch belang in strijd is met de vrijheid van vestiging. In het Papillon arrest is namelijk door het HvJ geoordeeld dat een fiscale eenheid tussen grootmoeder- en kleindochtermaatschappij mogelijk is, waarbij de tussenhoudster in een andere EU-lidstaat is gevestigd. In dat arrest was dus geen sprake van een direct economisch en juridisch belang. Daarom zou volgens Boulogne de fiscale eenheid tussen twee Nederlandse zustermaatschappijen mogelijk moeten zijn, waarbij de aandelen gehouden worden door een in een andere EU-lidstaat gevestigde gemeenschappelijke moedermaatschappij. Net als in Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00824 vraagt het Hof zich af met welke binnenlandse situatie de verzoeken tot fiscale eenheden moeten worden vergeleken. Moet er uitgegaan van de verticale consolidatiegedachte of moet die gedachte worden losgelaten? Indien de verticale consolidatiegedachte losgelaten moet worden, is er een vergelijkbare binnenlandse situatie. Er is dan sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging. Een fiscale eenheid tussen Nederlandse zustermaatschappijen is namelijk mogelijk, indien de in Nederland gevestigde gemeenschappelijke moedermaatschappij wordt opgenomen in de fiscale eenheid. Doordat de gemeenschappelijke moedermaatschappij in een andere EU-lidstaat is gevestigd, wordt de fiscale eenheid niet toegestaan. Eveneens geldt er een vergelijkbare situatie voor verzoek 1. De fiscale eenheid van verzoek 1 is mogelijk, indien de tussenhoudstermaatschappijen en de gemeenschappelijke (groot)moedermaatschappij in Nederland zijn gevestigd en deel uitmaken van de fiscale eenheid. Het Hof acht ruimte voor twijfel en stelt daarom met betrekking tot de objectieve vergelijkbaarheid

⁷⁷ Zie Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00180, r.o. 4.13.3 t/m 4.13.6.

⁷⁸ Zie Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00824, r.o. 4.13.6 t/m 4.13.8.

⁷⁹ Zie Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00180, r.o. 4.13.7 en 4.13.8.

⁸⁰ G.F. Boulogne, *Art. 15, vierde lid, Wet VPB 1969: strijdigheid met de vrijheid van vestiging en de non-discriminatiebepalingen*, WFR 2010/840, punt 3.4.

tussen de grensoverschrijdende situatie en de binnenlandse situatie prejudiciële vragen aan het HvJ.⁸¹

Tevens stelt het Hof de prejudiciële vraag of er sprake is van een rechtvaardigingsgrond die de beperking van de vrijheid van vestiging rechtvaardigt. Hierbij doelt het Hof op de noodzaak om de samenhang binnen het fiscale belastingstelsel te waarborgen. Om deze rechtvaardigingsgrond te laten slagen, moet er een rechtstreeks verband zijn tussen het fiscale voor- en nadeel. Tevens moeten het fiscale voor- en nadeel betrekking hebben op dezelfde belastingplichtige. Net als in Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00824 lijkt volgens het Hof in casu dat het in de zustervennootschappen zaak niet zozeer gaat om bilaterale dubbele verliesverrekening, maar om unilaterale dubbele verliesverrekening. Het Hof verwijst daarbij naar het argument van de inspecteur. De inspecteur is van mening dat bilaterale dubbele verliesverrekening uitgesloten kan worden, maar unilaterale dubbele verliesverrekening bij grensoverschrijdende situaties niet. Het fiscale voordeel van dubbele verliesverrekening zou kunnen worden benut door het bestaan van de Nederlandse fiscale eenheid. Het is de vraag in hoeverre het fiscale voor- en nadeel elkaar compenseren om de samenhang binnen het Nederlandse belastingstelsel te waarborgen.⁸²

Verder overweegt het Hof⁸³ dat soortgelijke maatregelen die opgenomen zijn in het BFE 2003⁸⁴, zouden kunnen worden toegepast op fiscale eenheden tussen Nederlandse zustermaatschappijen van een in een andere EU-lidstaat gevestigde gemeenschappelijke moedermaatschappij en niet is opgenomen in de fiscale eenheid. Volgens het Hof zou het maken van nadere afspraken op individuele gevallen de oplossing bieden. De weigering van het fiscale eenheidsverzoek zou dan buitenproportioneel zijn. Volgens de inspecteur is het buitenproportioneel om van de Nederlandse wetgever te verwachten dat hij voor ieder, specifiek verzoek tot fiscale eenheid maatregelen moet nemen. Het Hof oordeelt (voorlopig) dat het argument van dergelijke praktische en administratieve uitvoeringsproblemen niet de beperking van de vrijheid van vestiging rechtvaardigen. Het Hof acht ruimte voor twijfel omtrent de proportionaliteit van de maatregel. Daarom stelt ze met betrekking tot dit punt een prejudiciële vraag aan het HvJ.

Samenvattend, heeft het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ:

1. Is sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging in de zin van artikel 43 EG juncto artikel 48 EG, doordat aan belanghebbenden de toepassing van de Nederlandse regeling van de fiscale eenheid op de werkzaamheden en het vermogen van de in Nederland gevestigde zustervennootschappen wordt onthouden? Is, in dat kader, in het licht van de met de Nederlandse regeling van de fiscale eenheid nagestreefde doelstellingen, de situatie van de fiscale eenheid tussen de Nederlandse zustermaatschappijen, objectief vergelijkbaar met de situatie van in Nederland gevestigde zustervennootschappen die niet ervoor gekozen hebben dat zij met hun gemeenschappelijke in Nederland gevestigde moedervernootschap(pen) in een fiscale eenheid zijn gevoegd en die derhalve als gezamenlijke zustervennootschappen evenmin als belanghebbenden toegang tot de regeling

⁸¹ Zie Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00180, r.o. 4.13.9 t/m 4.13.14.

⁸² Zie Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00180, r.o. 4.14.13 t/m 4.14.16.

⁸³ Zie Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00180, r.o. 4.14.17 t/m 4.15.

⁸⁴ Artikel 34 t/m 37 BFE 2003, Besluit van 17 december 2002, houdende vaststelling van het Besluit fiscale eenheid 2003, Stb. 2002, zoals laatst is gewijzigd op 22 december 2011, Stb. 2011, 677.

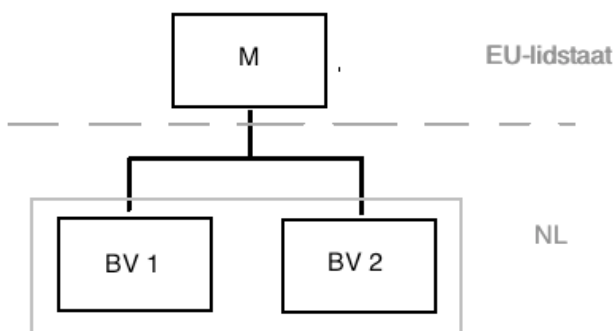
van de fiscale eenheid hebben, dan wel met de situatie van in Nederland gevestigde zustervennootschappen die er, tezamen met hun gemeenschappelijke in Nederland gevestigde moedervennootschap(pen), voor hebben gekozen een fiscale eenheid met hun moedervennootschap(pen) te vormen en wier werkzaamheden en vermogen derhalve, anders dan die van belanghebbenden, fiscaal worden geconsolideerd?

2. Maakt het bij de beantwoording van vraag 1, eerste volzin, nog verschil of de betrokken vennootschappen, zoals in casu de Nederlandse dochtervennootschappen, een gemeenschappelijke (rechtstreekse) moedervennootschap hebben in de andere lidstaat, zoals in casu enerzijds de Nederlandse kleindochtervennootschap, anderzijds de Nederlandse dochtermaatschappijen, verschillende (rechtstreekse) moedervennootschappen hebben in de andere lidstaat zodat pas op een hoger – weliswaar binnen die andere lidstaat gelegen – niveau van de concernstructuur sprake is van een gemeenschappelijke (middellijke) moedervennootschap van die onderscheiden vennootschappen?
3. Indien en voor zover vraag 1, eerste volzin, bevestigend kan worden beantwoord, kan een dergelijke beperking dan worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, meer in het bijzonder door de noodzaak tot behoud van de fiscale coherentie, daaronder begrepen de voorkoming van unilaterale en van bilaterale verliesverrekening?
4. Indien en voor zover de derde vraag bevestigend moet worden beantwoord, is een dergelijke beperking aan te merken als proportioneel?

Op 16 juni 2011 heeft de EC Nederland verzocht om het fiscale eenheidsregime te wijzigen, omdat het regime in strijd is met de vrijheid van vestiging van artikelen 49 en 54 VwEU. Bij het huidige fiscale eenheidsregime is het niet mogelijk om een fiscale eenheid aan te gaan tussen twee Nederlandse zustermaatschappijen van een en dezelfde buitenlandse moedermaatschappij. Vennootschappen waarvan de moedermaatschappij in een andere EU-lidstaat is gevestigd, kunnen geen gebruik maken van het Nederlandse fiscale eenheidsregime. Volgens het EC is het fiscale eenheidsregime in strijd met de vrijheid van vestiging van de artikelen 49 en 54 VwEU.⁸⁵ Het is opmerkelijk dat de EC naar het Papillon arrest verwijst, maar alleen de situatie van de fiscale eenheid tussen twee zustermaatschappijen benoemt. Volgens Van Gelder⁸⁶ lijkt het duidelijk hoe het HvJ zal oordelen over de fiscale eenheid waarbij de tussenhoudster in een andere EU-lidstaat is gevestigd, vanwege de uitspraak van het HvJ bij het Papillon arrest. In dat arrest is namelijk geoordeeld dat een fiscale eenheid tussen een grootmoeder- en kleindochtermaatschappij mogelijk is, indien de tussenhoudster in een andere EU-lidstaat is gevestigd. Verder verandert de strekking niet, indien er meer tussenhoudsters zijn die in een andere EU-lidstaat zijn gevestigd.

⁸⁵ European Commission Press Release, 16 juni 2011, nr. IP/11/719.

⁸⁶ G.C.F. van Gelder, *Papillon, Philips, rechtbankuitspraken, infractieprocedure ... hoe nu verder met de grensoverschrijdende fiscale eenheid?*, MBB 2012/10, paragraaf 4: infractieprocedure Europese Commissie.



In de volgende paragraaf zal ik het huidige fiscale eenheidsregime toetsen aan de hand van de casus van een fiscale eenheid tussen twee Nederlandse zustermaatschappijen van een en dezelfde gemeenschappelijke buitenlandse moedermaatschappij.

4.4 EU-rechterlijke toetsing zustervennootschappen

4.4.1 Toegang tot het VwEU

De belanghebbende is een in een EU-lidstaat gevestigde moedervernootschap. Zij heeft direct toegang tot het VwEU. Tevens is er sprake van een grensoverschrijdende economische activiteit. De buitenlandse moedermaatschappij heeft gebruik gemaakt van het recht van vrije vestiging om in Nederland twee Nederlandse dochtermaatschappijen op te richten. Er is geen sprake van een geheel interne aangelegenheid, omdat de moedermaatschappij in een ander EU-lidstaat is gevestigd.

4.4.2 Discriminatie

Om het bestaan van discriminatie vast te kunnen stellen, is uit het Papillon arrest gebleken dat de vergelijkbaarheid tussen een grensoverschrijdende situatie met een binnenlandse situatie moet worden onderzocht.⁸⁷ In beginsel is vanuit puur binnenlandse context gezien geen sprake van discriminatie, omdat een fiscale eenheid tussen twee Nederlandse zustermaatschappijen van een gemeenschappelijke Nederlandse moedermaatschappij niet mogelijk is.⁸⁸ Eveneens is een fiscale eenheid tussen twee Nederlandse zustermaatschappijen van een gemeenschappelijke buitenlandse moedermaatschappij niet mogelijk. Vanuit puur binnenlandse context gezien is een fiscale eenheid tussen twee zustermaatschappijen (zonder voeging van gemeenschappelijke moedermaatschappij) niet mogelijk in het huidige fiscale eenheidsregime. Dit is ongeacht of de gemeenschappelijke moedermaatschappij in Nederland of in een ander EU-lidstaat is gevestigd. Technisch gezien wordt er dus geen onderscheid gemaakt tussen de grensoverschrijdende situatie en de binnenlandse situatie. Naar mijn mening is er echter wel sprake van discriminatie, indien de gemeenschappelijke moedermaatschappij deel uitmaakt van de fiscale eenheid met haar twee Nederlandse zustermaatschappijen. De fiscale eenheid tussen twee Nederlandse zustermaatschappijen is namelijk wel mogelijk, indien de moedermaatschappij in Nederland is gevestigd en deel uitmaakt van de fiscale eenheid. Daarentegen is de fiscale eenheid tussen twee Nederlandse

⁸⁷ Court of Justice of the European Communities, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 27 November 2008, Zaak C-418/07, r.o. 27.

⁸⁸ Een fiscale eenheid tussen twee Nederlandse zustermaatschappijen is echter wel mogelijk, indien de gemeenschappelijke Nederlandse moedermaatschappij deel uitmaakt van de fiscale eenheid.

zustermaatschappijen niet mogelijk, indien de moedermaatschappij in een andere EU-lidstaat is gevestigd en deel zou willen uitmaken van de fiscale eenheid.⁸⁹ Het Nederlandse fiscale eenheidsregime maakt dus een onderscheid tussen de grensoverschrijdende situatie en de binnenlandse situatie.

4.4.3 Rechtvaardigingsgrond

De rechtvaardigingsgrond, *de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten op basis van het territorialiteitsbeginsel*, gaat hier niet op. Bij een fiscale eenheid tussen twee Nederlandse zustermaatschappijen vindt er horizontale verliesverrekening plaats. De horizontale verliesverrekening ziet op Nederlandse winsten als verliezen, waardoor de verdeling van de heffingsrechten tussen Nederland en het andere EU-lidstaat niet in het geding is.

Daarnaast is er geen sprake van het *gevaar voor dubbele verliesverrekening*, omdat het om winsten en verliezen gaat van in Nederland gevestigde vennootschappen. Er is bij de fiscale eenheid tussen twee Nederlandse zustermaatschappijen geen sprake van verliezen die geleden zijn in een ander EU-lidstaat. Tevens is uit het Papillon arrest⁹⁰ gebleken dat er ook geen sprake kan zijn van *belastingontwijking*, indien het om winsten en verliezen gaat die afkomstig zijn van een en dezelfde lidstaat.

Verder zouden er *praktische uitvoeringsproblemen* kunnen ontstaan bij het toestaan van de fiscale eenheid tussen twee Nederlandse zustermaatschappijen. Bij een fiscale eenheid wordt de moedermaatschappij als belastingplichtige gezien voor de VPB. Zij dient de VPB-aangifte te doen voor de gehele fiscale eenheid. Bij een fiscale eenheid tussen twee Nederlandse zustermaatschappijen is het nog maar de vraag wie als moedermaatschappij moet optreden voor de VPB: een van de twee Nederlandse zustermaatschappijen of de buitenlandse moedermaatschappij. Het huidige fiscale eenheidsregime voorziet hierin niet, omdat alleen fiscale eenheden met een hiërarchie zijn toegestaan. Voorbeelden hiervan zijn: moeder-dochter in een fiscale eenheid, grootmoeder-dochter-kleindochter in een fiscale eenheid en moeder met twee zustermaatschappijen in een fiscale eenheid. Indien de buitenlandse moedermaatschappij als moedermaatschappij moet optreden voor de VPB, zou er beroep kunnen worden gedaan op de praktische uitvoeringsproblemen. Naar mijn mening zal dit als rechtvaardigingsgrond worden verworpen door het HvJ. Het HvJ heeft namelijk in het Papillon arrest⁹¹ geoordeeld dat het argument van praktische uitvoeringsproblemen de beperking van de vrijheid van vestiging niet rechtvaardigt. Uit het bovenstaande kan geconcludeerd worden dat er geen rechtvaardigingsgronden zijn voor het niet toestaan van een fiscale eenheid tussen twee in Nederland gevestigde zustermaatschappijen, waarbij de moedermaatschappij in een andere EU-lidstaat is gevestigd. Doordat er geen rechtvaardigingsgrond is, is er sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging.

⁸⁹ Zie ook Q.W.J.C.H. Kok, *De grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, WFR 2008/795, punt 7.

⁹⁰ Court of Justice of the European Communities, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 27 November 2008, Zaak C-418/07, r.o. 39.

⁹¹ Court of Justice of the European Communities, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 27 November 2008, Zaak C-418/07, r.o. 62. Zie uitgebreid in: Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, *Conclusie van advocaat-generaal Kokott van 4 september 2008*, Zaak C-418/07, EUR-Lex, r.o. 61 t/m 67.

4.4.4 Conclusie

Het zustervennootschappen arrest is behandeld aan de hand van het toetsingskader van het HvJ. In beginsel is er geen sprake van discriminatie, omdat twee Nederlandse zustermaatschappijen geen fiscale eenheid kunnen aangaan. Dit is ongeacht waar de gemeenschappelijke moedermaatschappij is gevestigd. Naar mijn mening is er echter wel sprake van discriminatie, indien de gemeenschappelijke moedermaatschappij deel zou willen uitmaken van de fiscale eenheid. Wanneer de gemeenschappelijke moedermaatschappij in een andere EU-lidstaat is gevestigd en deel zou willen van de fiscale eenheid met haar Nederlandse zustermaatschappijen, wordt dit niet toegestaan. Daarentegen wordt de fiscale eenheid wel toegestaan, indien de gemeenschappelijke moedermaatschappij in Nederland is gevestigd en deel uitmaakt van de fiscale eenheid. Het fiscale eenheidsregime maakt dus een onderscheid tussen de grensoverschrijdende situatie en de binnenlandse situatie. Vervolgens zijn de verschillende rechtvaardigingsgronden behandeld, waarbij er geconcludeerd kan worden dat er geen rechtvaardigingsgrond is voor het niet toestaan van de fiscale eenheid. Het niet toestaan van een fiscale eenheid tussen twee Nederlandse zustermaatschappijen, waarbij de moedermaatschappij in een ander EU-lidstaat is gevestigd, vormt een beperking voor de vrijheid van vestiging. Aldus is het fiscale eenheidsregime onverenigbaar met het EU-recht.

4.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is het Nederlandse fiscale eenheidsregime getoetst aan het EU-recht. Deze toetsing vond plaats aan de hand van het Nederlandse Papillon arrest en het zustervennootschappen arrest. In het Nederlandse Papillon arrest is geconcludeerd dat er sprake is van discriminatie. Vervolgens was er sprake van een rechtvaardigingsgrond, namelijk de samenhang binnen het Nederlandse belastingstelsel. De maatregel voor het niet toestaan van een fiscale eenheid tussen een Nederlandse grootmoeder- en kleindochtermaatschappij, waarbij de dochtervennootschap in het buitenland is gevestigd, gaat echter verder dan noodzakelijk is. Bovendien zijn er geschiktere maatregelen om het beoogde doel te bereiken. Na het Nederlandse Papillon arrest is het zustervennootschappen arrest behandeld. In dit arrest is sprake van discriminatie, maar dit wordt niet gerechtvaardigd. Er is namelijk geen rechtvaardigingsgrond die de discriminatie rechtvaardigt. Aan de hand van de toetsing van het Nederlandse fiscale eenheidsregime kan er geconcludeerd worden dat het Nederlandse fiscale eenheidsregime in strijd is met het beginsel van de vrijheid van vestiging.

Hoofdstuk 5: Samenvatting en eindconclusie

In dit laatste hoofdstuk zal de onderzoeksvraag worden beantwoord aan de hand van de in de voorgaande hoofdstukken beantwoorde deelvragen. De onderzoeksvraag luidt als volgt: In hoeverre is naar aanleiding van het 'Papillon arrest' de huidige Nederlandse regelgeving met betrekking tot de fiscale eenheid van artikel 15 Wet VPB 1969 in strijd met het beginsel van vrijheid van vestiging dat in het Europees verdrag is vastgelegd?

Tot 1 januari 2003 gold de vestigingsplaatsfictie van artikel 2, lid 4, Wet VPB 1969 ook voor het fiscale eenheidsregime in Nederland van artikel 15 Wet VPB 1969. Deze fictie ziet op lichamen die naar Nederlands recht zijn opgericht, maar feitelijk in het buitenland zijn gevestigd. Zij worden dan geacht in Nederland te zijn gevestigd. De toepassing van de vestigingsplaatsfictie zorgde voor oneigenlijk gebruik binnen het fiscale eenheidsregime. Dit had verscheidene consequenties binnen het fiscale eenheidsregime. Vanaf 1 januari 2003 is daarom het fiscale eenheidsregime herzien. Een van de wijzigingen had betrekking op de vestigingsplaats van artikel 15, lid 3, onderdeel c, Wet VPB. In het herziene fiscale eenheidsregime is de vestigingsplaatsfictie artikel 2, lid 4, Wet VPB 1969 uitgesloten van het fiscale eenheidsregime van artikel 15 Wet VPB 1969.

In artikel 15, lid 1 tot en met 5, Wet VPB 1969 zijn de voorwaarden geregeld waaraan de belastingplichtigen moeten voldoen om in een fiscale eenheid te kunnen worden opgenomen. Met name is de vestigingsplaats van artikel 15, lid 3, onderdeel c, Wet VPB 1969 van belang geweest voor het onderzoek in deze scriptie. De belastingplichtigen die deel willen uitmaken van een fiscale eenheid moeten in Nederland zijn gevestigd. Zij dienen zowel volgens het nationale belastingrecht als volgens de toepassing van de BRK of een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting in Nederland te zijn gevestigd. Verder dient er sprake te zijn van een ononderbroken keten. In het huidige fiscale eenheidsregime is een fiscale eenheid tussen een Nederlandse grootmoeder- en kleindochtermaatschappij niet mogelijk, indien de dochtermaatschappij niet in Nederland is gevestigd en geen deel uitmaakt van de fiscale eenheid.

De vestigingsplaats van artikel 15, lid 3, onderdeel c, Wet VPB 1969 van het fiscale eenheidsregime moet verenigbaar zijn met het beginsel van de vrijheid van vestiging. De vrijheid van vestiging is een van de verdragsvrijheden die opgenomen is in de artikelen 49 t/m 54 van het VwEU. Het recht van vrije vestiging houdt in dat iedere onderdaan van een lidstaat het recht heeft om vrijelijk economische activiteiten uit te oefenen in een andere lidstaat. De nationale wettelijke bepalingen van een lidstaat moeten verenigbaar zijn met EU-recht. Om te kunnen concluderen of een nationale wettelijke bepaling onverenigbaar is met het EU-recht, wordt de nationale wettelijke bepaling getoetst aan de hand van het beslisschema dat het HvJ hanteert. Het beslisschema bestaat uit vijf vragen die betrekking hebben op de toegang tot het EU-recht, discriminatie, de rechtvaardigingsgronden, het proportionaliteitsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel.

Het HvJ heeft het beslisschema gebruikt bij onder andere het Papillon arrest. In dit arrest ging het om een verzoek tot een fiscale eenheid tussen een Franse grootmoeder- en kleindochtermaatschappij, waarbij de dochtermaatschappij in Nederland is gevestigd. De Franse

fiscus wees het verzoek af. Het HvJ oordeelde dat het toenmalige Franse fiscale integratieregime in strijd was met het EU-recht. Dit arrest heeft naar mijn mening gevolgen voor het Nederlandse fiscale eenheidsregime. In Nederland zijn de Nederlandse Papillon zaak en de zustervennootschappen zaak voorgelegd aan het HvJ. In de Nederlandse Papillon zaak betreft het een fiscale eenheid tussen een Nederlandse grootmoeder- en kleindochtermaatschappij, waarbij de dochtermaatschappij in een ander EU-lidstaat is gevestigd. In de zustervennootschappen zaak betreft het een fiscale eenheid tussen twee Nederlandse zustermaatschappijen, waarbij de gemeenschappelijke moeder in een ander EU-lidstaat is gevestigd. Beide verzoeken werden door de Nederlandse fiscus geweigerd. Aan de hand van de twee zaken is het Nederlandse fiscale eenheidsregime getoetst aan het EU-recht.

Op basis van EU-rechtelijke toetsing van de Nederlandse Papillon zaak en de zustervennootschappen zaak, kan geconcludeerd worden dat het Nederlandse fiscale eenheidsregime in strijd is met het beginsel van de vrijheid van vestiging dat vastgelegd is in het Europees verdrag. Bij de Nederlandse Papillon zaak is geconcludeerd dat er sprake is van discriminatie, maar dit wordt gerechtvaardigd vanwege de samenhang binnen het Nederlandse belastingstelsel. Daarbij ziet de rechtvaardiging op het voorkomen van dubbele verliesverrekening. De voorwaarden van het fiscale eenheidsregime gaan echter verder dan noodzakelijk is. Tevens zijn er geschiktere maatregelen om het beoogde doel te bereiken. De wetgever zou bepalingen kunnen opnemen in het BFE 2003 die het gevaar voor dubbele verliesverrekening bij een fiscale eenheid tussen grootmoeder- en kleindochtermaatschappij kunnen wegnemen. Bij de zustervennootschappen zaak is sprake van discriminatie, maar dit wordt niet gerechtvaardigd. Er is geen rechtvaardigingsgrond die de discriminatie rechtvaardigt. Beide zaken doorstaan niet de EU-rechtelijke toetsing en daarom is het Nederlandse fiscale eenheidsregime in strijd met het EU-recht.

Literatuurlijst

Literatuur

J.N. Bouwman, "Wegwijs in de Vennootschapsbelasting", Den Haag: Sdu uitgevers 2011.

J.A.G. van der Geld, "Hoofdzaken vennootschapsbelasting", Deventer: Kluwer 2002.

M.J.A.M. van Gijlswijk, "De fiscale eenheid", Deventer: Kluwer 2004.

H.T.P.M. van den Hurk, "Europees Gemeenschapsrecht en directe belastingen: spanning tussen verdragsvrijheden en het Nederlands belastingrecht", Deventer: Kluwer 2001.

B.J. Kiekebeld & J.A.R. van Eijnden, "Nederlands belastingrecht in Europees perspectief", Deventer: Kluwer 2009.

Q.W.J.C.H. Kok, "De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting", Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers 2005.

J.J.A.M. Korving, "Europees Belastingrecht", Sdu uitgevers 2011.

K.L.H. van Mens & A.F.M.Q. Beukers-van Dooren & S. Feenstra, "Belastingen in Europees perspectief", Deventer: Kluwer 1999.

L.G.M. Stevens, "Elementair belastingrecht voor economen en bedrijfsjuristen", Deventer: Kluwer 2009.

S.A.W.J. Strik, "Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting", Deventer: Kluwer.

B.J.M. Terra, "De ware koningin der belastingen", Deventer: Kluwer 1990.

B.J.M. Terra & P.J. Wattel, "European Tax Law", Deventer: Kluwer 2008.

W.A. Vermeend & H.A. Kogels & Heleen Mees, "Europees belastingrecht", Deventer: Kluwer 2002.

N.H. de Vries & R.J. de Vries, "Cursus Belastingrecht: Vpb.oud.(2.18).C.a1.III Het rechtskarakter van de (standaard)voorwaarden", Deventer: Kluwer.

Artikelen

P.G.H. Albert, "Over vrijheid van vestiging, grensoverschrijdende fiscale eenheid en het mogelijke einde van de liquidatieverliesregeling en de belastingvrijstelling met progressievoorbehoud", FED 2003/101.

S.H.E. Bot & O. Nijhuis, "Het territorialiteitsbeginsel: weg ermee?", WFR: 2005/1161.

G.F. Boulogne, "Art. 15, vierde lid, Wet VPB 1969: strijdigheid met de vrijheid van vestiging en de non-discriminatiebepalingen", WFR 2010/840

M. van Dun, "Enkele internationale aspecten van het wetsvoorstel herziening regime fiscale eenheid", FED 2000/158.

F.A. Engelen, "De gevolgen van de zaak Papillon voor de Nederlandse fiscale eenheid", NTFR 2009-73.

G.C.F. van Gelder, "'Papillon, Philips, rechtbankuitspraken, infractieprocedure ... hoe nu verder met de grensoverschrijdende fiscale eenheid?", MBB 2012/10.

Q.W.J.C.H. Kok, "De grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting", WFR 2008/795.

C. van Raad, "Internationale aspecten van het herziene regime inzake de fiscale eenheid", WFR 2000/85.

D.S. Smit, "Prejudiciële vragen aan het HvJ over een 'Papillon-achtige' zaak I", NTFR 2013/526.

D.M. Weber, "VPB 2007. Opruimen van EG-rechtelijke knelpunten", WFR 2004/6591.

Jurisprudentie

Rechtbank

Rechtbank Haarlem 25 januari 2011, nr. 08/07950.

Rechtbank Haarlem 14 september 2011, nr. 10/03865.

Hof

Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00824.

Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00180.

Conclusie Advocaat-Generaal (HvJ EG)

Conclusie AG Kokott, 4 september 2008, zaak C-418/07 (Papillon).

Rechtspraak HvJ EG

HvJ EG 5 februari 1963, BNB 1964/134 (Van Gend en Loos).

HvJ EG 15 juli 1964, zaak 6/64 (Costa/ENEL).

HvJ EG 20 februari 1979, zaak 120/78 (Cassis de Dijon).

HvJ EG 26 januari 1993, nr. C-112191 (Werner).

HvJ EG november 1995, zaak C-55/94 (Gebhard).

HvJ 11 maart 2004, zaak C-9/02 (De Lasteyrie du Saillant).

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

Parlementaire stukken

Kamerstukken II, 2000-2001, 26 854, nr. 6.

Overige stukken

European Commission Press Release, 16 juni 2011, nr. IP/11/719.