

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM
Erasmus School of Economics
Bachelorscriptie

Fiscale eenheid

Met een grensoverschrijdend element

Naam: Sja'iesta Saheballi

Studentnummer: 339423

Begeleider: Dhr. drs. M. Nieuweboer

31 juli 2013

Inhoudsopgave

1.	Inleiding.....	4
1.1.	Doel.....	5
1.2.	Probleemstelling.....	5
1.3.	Aanpak.....	6
2.	Fiscale eenheid.....	7
2.1.	De 7 vereisten.....	7
2.1.1.	Vereiste 1: Op verzoek.....	7
2.1.2.	Vereiste 2: Rechtsvorm moeder- en dochtermaatschappij.....	7
2.1.3.	Vereiste 3: $\geq 95\%$ aandelenbezit.....	8
2.1.4.	Vereiste 4: In NL gevestigd of vaste inrichting in NL.....	8
2.1.5.	Vereiste 5: Gelijke boekjaren.....	9
2.1.6.	Vereiste 6: Zelfde bepaling voor winstbepaling.....	9
2.1.7.	Vereiste 7: Geen voorraaddochters.....	10
2.2.	Werking van fiscale eenheid.....	10
2.3.	Voor-en nadelen.....	10
2.3.1.	Voordelen van fiscale eenheid.....	10
2.3.2.	Nadelen van fiscale eenheid.....	11
2.4.	Conclusie.....	12
3.	Jurisprudentie.....	13
3.1.	Het arrest Papillon.....	13
3.1.1.	Het geding.....	14
3.1.2.	De prejudiciële vragen.....	14
3.1.3.	Beantwoording prejudiciële vragen.....	15
3.2.	Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaak 11/587.....	16
3.2.1.	Uitspraak rechtbank Haarlem.....	17
3.2.2.	Het Hof Amsterdam.....	17
3.2.3.	De prejudiciële vragen.....	18
3.3.	Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaak 11/180.....	19
3.4.	Beschouwing.....	21
3.5.	Conclusie.....	23
4.	Fiscale eenheid moeder- en kleindochtermaatschappij.....	24
4.1.	De casus.....	24
4.2.	Problemen.....	25

4.3.	Oplossing	26
4.4.	Conclusie	26
5.	Fiscale eenheid zustermaatschappijen.....	28
5.1.	De casus.....	28
5.2.	Problemen	29
5.3.	Oplossing	30
5.4.	Conclusie	31
6.	Conclusie	32
	Literatuurlijst.....	34
	Jurisprudentie.....	34
	Literatuur.....	34

1. Inleiding

Door het vormen van een fiscale eenheid kunnen zelfstandige belastingplichtige lichamen die tot dezelfde concern behoren als één belastingplichtige worden behandeld. Dit kan voordelen hebben voor de lichamen die de fiscale eenheid vormen, zoals horizontale verliescompensatie en fiscaal neutrale transacties en relaties tussen de maatschappijen. Volgens art. 15, Wet VPB 1969 kunnen alleen in Nederland gevestigde lichamen een fiscale eenheid vormen. Een grensoverschrijdende fiscale eenheid is dus niet toegestaan.¹

In het Papillon-arrest² is door het Hof van Justitie Europese Gemeenschappen (HvJ EG) beslist dat een moedermaatschappij en een kleindochtermaatschappij toch een fiscale eenheid mogen vormen, ondanks het gegeven dat de dochtermaatschappij in het buitenland gevestigd is en er dus geen ononderbroken keten van binnenlands belastingplichtige vennootschappen is. Volgens de Nederlandse wet mag geen fiscale eenheid gevormd worden met een lichaam dat in het buitenland gevestigd is, dus dan zou ook geen fiscale eenheid gevormd kunnen worden door een moedermaatschappij en een kleindochtermaatschappij als de dochtermaatschappij niet in Nederland gevestigd is (art. 15, tweede lid Wet VPB 1969). Daarnaast kunnen twee zustermaatschappijen geen fiscale eenheid vormen als de moedermaatschappij niet in Nederland gevestigd is of als de moedermaatschappij geen vaste inrichting in Nederland heeft. Immers, zonder belastingplichtige moedermaatschappij is er geen fiscale eenheid.

Aangezien de Nederlandse fiscale eenheid (art. 15, Wet VPB 1969) heel erg op de Franse fiscale integratie lijkt, heeft de Europese Commissie op 16 juni 2011 officieel aan Nederland gevraagd om de huidige regime voor de fiscale eenheid, en dan met name art. 15, lid 3, onderdeel c,³ te wijzigen. De Europese Commissie is van mening dat de huidige regeling omtrent de Nederlandse fiscale eenheid in strijd is met de vrijheid van vestiging. Wanneer Nederland niet binnen twee maanden een bevredigend antwoord zou geven, is het voor de Europese Commissie mogelijk om naar het HvJ EG te stappen.⁴ Op 17 april 2012 heeft de Nederlandse regering te kennen gegeven de wetgeving niet aan te passen.⁵ De Europese Commissie is tot nu toe nog niet naar het HvJ EG gestapt. Toch zal het niet lang duren voor het HvJ EG zal beslissen of de Nederlandse regeling van de fiscale eenheid in strijd is met de vrijheid van vestiging, aangezien Hof Amsterdam op 17 januari 2013

¹ Opgemerkt moet worden dat het wel mogelijk is om met een vaste inrichting in Nederland, waarvan het hoofdhuis in het buitenland gevestigd is, een fiscale eenheid te vormen. Dit geval wordt hier dus niet bedoeld.

² HvJ EG 27 november 2008, nr. C-418/07 (Papillon), V-N 2008/59.20.

³ G.C.F. van Gelder, 10 oktober 2012, *Papillon, Philips, rechtbankuitspraken, infractieprocedure hoe nu verder met de grensoverschrijdende fiscale eenheid?*, MBB.

⁴ Persmededelingen Europese Commissie van 16 juli 2011, nr. IP/11/719, *EC wil dat Nederland discriminerende regels fiscale eenheid wijzigt*, V-N 2011/31.19.

⁵ Brief van de Tweede Kamer, 17 april 2012, nr. DB/2012/163 U, V-N 2012/21.23.

prejudiciële vragen heeft gesteld aan het HvJ EG. Eén van de vragen is of de vrijheid van vestiging ongeoorloofd wordt beperkt, indien belanghebbende niet gebruik kan maken van de fiscale eenheid regeling op de werkzaamheden en het vermogen van de in Nederland gevestigde (achter)kleindochtermaatschappijen als de tussenhoudstervenootschappen niet in Nederland gevestigd zijn. Deze situatie lijkt een beetje op het Franse Papillon-arrest en nu wordt het dus afwachten wat het HvJ EG zal antwoorden.⁶

1.1. Doel

Het doel van deze scriptie is onderzoeken op welke wijze een fiscale eenheid gevormd zou kunnen worden als niet sprake is van een ononderbroken keten van belastingplichtigen, of ingeval geen sprake is van een gemeenschappelijke belastingplichtige moedermaatschappij. Voor lichamen die zich in zulke situaties bevinden is het relevant om te weten op welk manier het mogelijk is om een fiscale eenheid te vormen. Er zijn belastingplichtigen die een fiscale eenheid willen vormen, maar die het niet kunnen omdat de Wet VPB dit niet toestaat. Zoals eerder gezegd worden er dan nu nog steeds prejudiciële vragen aan het HvJ EG gesteld.⁷

Het toegestaan worden om een fiscale eenheid te vormen voor de betreffende belastingplichtigen geeft hen toegang tot de fiscale faciliteiten van art. 15 Wet VPB 1969. Zo komen ze in een gelijkwaardige positie als een groep die alleen uit binnenlandse maatschappijen bestaat. Wel zou de huidige art. 15 Wet VPB 1969 en het Besluit Fiscale Eenheid 2003 (vermoedelijk) aangepast moeten worden, omdat er mogelijk heffingslekken kunnen ontstaan. Zo zou er sprake kunnen zijn van dubbele verliesverrekening. Dit heffingslek zorgt ervoor dat de verliezen uit andere lidstaten in mindering worden gebracht op de winsten die behaald zijn in Nederland. Dit is in strijd met het territorialiteitsbeginsel waarop de Wet VPB 1969 gebaseerd is. En als maatschappijen vrij kunnen kiezen in welke lidstaat zij een verlies in aftrek brengen, dan zou geen juiste verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen lidstaten meer zijn.⁸

1.2. Probleemstelling

De probleemstelling van deze scriptie luidt als volgt:

In de veronderstelling dat het HvJ zal beslissen dat de Nederlandse wet het moet toestaan om een fiscale eenheid te kunnen vormen tussen belastingplichtige lichamen, in de omstandigheid dat niet wordt voldaan aan het ononderbroken bezitsvereiste van artikel 15, tweede lid Wet VPB 1969 of waar geen sprake is van een binnenlands belastingplichtige moederverenootschap, welke bepalingen

⁶ Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaaknummer 11/587, V-N 2013/14.14 en Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaaknummer 11/824.

⁷ Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaaknummer 11/587, V-N 2013/14.14, Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaaknummer 11/824 en Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaaknummer 11/180.

⁸ J.N. Bouwman, Wegwijs in de Venootschapsbelasting, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011 (twaalfde druk), p. 639.

zouden dan in de Wet VPB 1969 of het Besluit Fiscale Eenheid 2003 opgenomen moeten worden om een dergelijke fiscale eenheid mogelijk te maken?

1.3. Aanpak

Aan de hand van de volgende deelvragen zal een antwoord op de probleemstelling gegeven worden:

- Wat houdt de fiscale eenheid in?
- Wat voor effect kunnen het Papillon-arrest, de prejudiciële vragen van Hof Amsterdam en de aanschrijving van de Europese Commissie hebben op de Wet VPB 1969?
- Hoe zou een fiscale eenheid gevormd kunnen worden tussen moedermaatschappij en kleindochtermaatschappij (Nederlandse versie van Papillon-arrest)?
- Hoe zouden twee zustermaatschappijen een fiscale eenheid kunnen vormen zonder een binnenlands belastingplichtige moedermaatschappij?

Op basis van de wettekst, jurisprudentie en literatuur zal ik proberen om een antwoord te geven op de probleemstelling.

Verder zal ik niet ingaan op het Europees recht. Ik zal me richten tot de Nederlandse wetgeving en de mogelijke effecten die het toestaan van een fiscale eenheid zonder de noodzakelijke belastingplichtige zou kunnen hebben op de Wet VPB 1969.

2. Fiscale eenheid

De fiscale eenheid, zoals de Wet VPB 1969 die kent, is geregeld in de artikelen 15 t/m 15aj en in het Besluit Fiscale Eenheid 2003 (BFE 2003). In dit hoofdstuk zal het begrip fiscale eenheid beperkt nader worden beschouwd. Zoals uit het eerste lid van art. 15 blijkt kunnen alleen belastingplichtigen⁹ een fiscale eenheid vormen. Allereerst zullen de vereisten om een fiscale eenheid te vormen worden behandeld. Vervolgens wordt de werking van de fiscale eenheid behandeld en als laatst zullen de voor- en nadelen van de fiscale eenheid op een rijtje worden gezet. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie, waarin een antwoord op de eerste deelvraag wordt gegeven.

2.1. De 7 vereisten

Om een fiscale eenheid te kunnen vormen en in stand te kunnen houden is het noodzakelijk om aan 7 wettelijke vereisten te voldoen. Deze 7 wettelijke vereisten zijn in art. 15 te vinden.¹⁰

2.1.1. Vereiste 1: Op verzoek

Alle betrokken belastingplichtigen die een fiscale eenheid willen vormen moeten hierom verzoeken. De fiscale eenheid kan op het door de lichamen aangegeven tijdstip tot stand komen. Het voegingstijdstip mag niet meer dan drie maanden voor het tijdstip waarop het verzoek is ingediend liggen (art. 15, lid 5, Wet VPB 1969).

Ook is het mogelijk dat één van de betrokken belastingplichtige als moedermaatschappij onderdeel uitmaakt van een al bestaande fiscale eenheid. Indien zij verzoekt om deel uit te maken van een fiscale eenheid met een andere moedermaatschappij, dan wordt zij geacht dit verzoek ook gedaan te hebben namens de andere belastingplichtigen van de al bestaande fiscale eenheid (art. 15, lid 9, Wet VPB 1969).

2.1.2. Vereiste 2: Rechtsvorm moeder- en dochtermaatschappij

Om een fiscale eenheid te vormen, dient de moedermaatschappij een NV, een BV, een SE, een coöperatie, een onderlinge waarborgmaatschappij of een woningcorporatie als bedoeld in art. 2, lid 1, onderdeel d te zijn. De moedermaatschappij mag ook een naar het BES eilanden, Aruba, Curaçao, Sint Maarten, een ander EU-land of een verdragpartner¹¹ van Nederland geldende recht opgericht zijn. Voorwaarde hierbij is wel dat de aard en inrichting van deze moedermaatschappij vergelijkbaar moet met de naar Nederlands recht opgerichte lichamen (art. 15, lid 3, onderdeel d, Wet VPB 1969). De dochtermaatschappij kan een NV of BV of een daarmee vergelijkbaar lichaam dat naar het

⁹ Lees: belastingplichtigen voor de Wet VPB 1969.

¹⁰ J.L. van de Streek & S.A.W.J. Strik, *Cursus belastingrecht studenteneditie 2011-2012: Vennootschapsbelasting*, Deventer, Kluwer, 2012, p. 558.

¹¹ In het verdrag moet een non-discriminatiebepaling naar nationaliteit opgenomen zijn.

geldende recht van de BES eilanden, Aruba, Curaçao, Sint Maarten, een ander EU-land of een verdragpartner van Nederland is opgericht (art. 15, lid 3, onderdeel e, Wet VPB 1969).

2.1.3. Vereiste 3: $\geq 95\%$ aandelenbezit

Het derde vereiste is dat de moedermaatschappij ten minste 95% van de juridische en economische eigendom van de aandelen in het nominaal gestort kapitaal in de dochtermaatschappij bezit. De aandelen moeten ten minste 95% van de statutaire stemrechten in de dochtermaatschappij vertegenwoordigen. Ook moeten de aandelen recht geven op ten minste 95% van de winst en het vermogen van de dochtermaatschappij (art. 15, lid 1, Wet VPB 1969). De grens ligt op 95% zodat deze aansluit bij de grens van de uitkoopregeling¹² voor de NV (art. 2:92a BW) en de BV (art.2:201a). Omdat er sprake is van volledige consolidatie in de fiscale eenheid, vond de wetgever het niet wenselijk om de grens op een lager percentage te leggen dan 95%.¹³

Met 95% bezit van aandelen wordt ook middellijk bezit van aandelen bedoeld, maar alleen als de aandelen onmiddellijk worden gehouden door één of meer dochtermaatschappijen die deel uitmaken van de fiscale eenheid (art. 15, lid 2, Wet VPB 1969). Dit betekent dat de moedermaatschappij via de dochtermaatschappij ook 95% van de aandelen in de kleindochtermaatschappij moet bezitten. Hierdoor kan er geen verwatering in het aandelenbelang optreden vanuit het perspectief van de moedermaatschappij. De moedermaatschappij bezit immers altijd 95% van de aandelen.¹⁴ Het is ook niet mogelijk om een fiscale eenheid tussen de moedermaatschappij en de kleindochtermaatschappij te vormen als de dochtermaatschappij geen deel uitmaakt van de fiscale eenheid. Wanneer de dochtermaatschappij niet in de fiscale eenheid is opgenomen is er geen sprake van een direct economisch en juridisch belang.¹⁵ De fiscale eenheid is gebaseerd op de verticale consolidatiegedachte¹⁶ en omdat er volledige consolidatie plaatsvindt, behoort de dochtermaatschappij samen met de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij tot een concern. De dochtermaatschappij is een schakel die nodig is voor de volledige consolidatie, omdat er anders alsnog dubbeltellingen kunnen voorkomen.

2.1.4. Vereiste 4: In NL gevestigd of vaste inrichting in NL

In art 15, lid 3, onderdeel c, Wet VPB 1969 is de dubbele eis van de vestigingsplaats geregeld. Zowel moedermaatschappij als dochtermaatschappij moet in Nederland gevestigd zijn. Dit wordt

¹² Deze regeling maakt het voor een aandeelhouder die ten minste 95% van de aandelen in een vennootschap bezit mogelijk om de minderheidsaandeelhouder(s) uit te kopen, zodat hij 100% van de aandelen in die vennootschap bezit.

¹³ J.L. van de Streek & S.A.W.J. Strik, *Cursus belastingrecht studenteneditie 2011-2012: Vennootschapsbelasting*, Deventer, Kluwer, 2012, p. 573.

¹⁴ J.L. van de Streek & S.A.W.J. Strik, *Cursus belastingrecht studenteneditie 2011-2012: Vennootschapsbelasting*, Deventer, Kluwer, 2012, p. 573.

¹⁵ NV, Kamerstukken II 2000/01, 26854, nr. 6, p. 23 en 24.

¹⁶ Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaaknummer 11/824, punt 4.13.8.

beoordeeld aan de hand van art. 4, lid 1, AWR. Gekeken wordt waar zich de vestigingsplaats van de feitelijke zetel bevindt. Als op een belastingplichtige de Belastingregeling voor het Koninkrijk, de Belastingregeling voor het land Nederland of een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing is, dan moet die belastingplichtige ook volgens die regeling of verdrag in Nederland gevestigd zijn.

Uitzondering hierop is te vinden in art. 15, lid 4, derde volzin. Hierin is bepaald dat toch een fiscale eenheid gevormd kan worden bij algemene maatregelen van bestuur (AMvB) te stellen voorwaarden, indien een belastingplichtige niet in Nederland gevestigd is, maar wel een vaste inrichting in Nederland heeft, waarmee een onderneming wordt gedreven. De vaste inrichting maakt deel uit van de fiscale eenheid, als het heffingsrecht over de uit de onderneming genoten winst aan Nederland toekomt. Er worden drie voorwaarden gesteld. De eerste voorwaarde is dat de plaats van de werkelijke leiding op de BES eilanden, Aruba, Curaçao, Sint Maarten, een ander EU-land of een verdragspartner¹⁷ van Nederland is gelegen (art. 15, lid 4, onderdeel a, Wet VPB 1969). De tweede voorwaarde is dat het buitenlandse lichaam een NV, een BV of een daarmee naar aard en inrichting vergelijkbaar lichaam is (art. 15, lid 4, onderdeel b, Wet VPB 1969). De laatste voorwaarde is dat indien het buitenlands belastingplichtig lichaam als moedermaatschappij deel gaat uitmaken van de fiscale eenheid, het aandelenbezit in de dochtermaatschappijen tot het vermogen van de in Nederland gevestigde vaste inrichting van de moedermaatschappij behoort (art. 15, lid 4, onderdeel c, Wet VPB 1969).

2.1.5. Vereiste 5: Gelijke boekjaren

Het vijfde vereiste stelt dat de boekjaren van de moedermaatschappij en de dochtermaatschappijen formeel en feitelijk gelijk moeten lopen (art. 15, lid 3, onderdeel a, Wet VPB 1969). Als dit niet het geval was, dan was het niet mogelijk om de balans en de resultatenrekening te consolideren. De statutaire alsmede de feitelijke boekjaren dienen samen te vallen. Hierbij moeten zowel het begin als het einde van de boekjaren samenvallen. Indien een dochtermaatschappij in de loop van het jaar deel gaat uitmaken van een fiscale eenheid, dan wordt het gedeelte van het jaar waarin ze nog geen onderdeel uitmaakte van de fiscale eenheid aangemerkt als een afzonderlijk jaar (art. 7, lid 4, Wet VPB 1969). Dit afzonderlijke jaar kan geen afzonderlijke boekjaar zijn in de zin van art. 15, lid 3, onderdeel a, Wet VPB 1969.

2.1.6. Vereiste 6: Zelfde bepaling voor winstbepaling

Voor het bepalen van de winst van de lichamen, die deel uitmaken van de fiscale eenheid, moeten dezelfde bepalingen gelden (art. 15, lid 3, onderdeel b, Wet VPB 1969). Bedoeld wordt niet dat de

¹⁷ In het verdrag moet een bepaling staan waarin discriminatie van vaste inrichtingen verboden is.

lichamen dezelfde vorm van goed koopmansgebruik gebruiken, maar dat de winstberekening van de lichamen niet verschillen van elkaar.¹⁸ Op grond van art. 15, lid 4, tweede volzin is het mogelijk om bij AMvB regels te geven, zodat toch een fiscale eenheid aangegaan kan worden, indien niet dezelfde bepalingen gelden voor de winstbepaling van de belastingplichtigen.

2.1.7. Vereiste 7: Geen voorraaddochters

Er kan geen fiscale eenheid gevormd worden indien de moedermaatschappij de aandelen, middellijk of onmiddellijk, in de dochtermaatschappij als voorraad houdt (art. 15, lid 3, onderdeel f, Wet VPB 1969). Met voorraaddochters wordt bedoeld lege vennootschappen en kasgeldvennootschappen.¹⁹

2.2. Werking van fiscale eenheid

Indien er een fiscale eenheid tot stand is gekomen tussen maatschappijen, dan wordt de vennootschapsbelasting geheven alsof er maar één belastingplichtige is. Hiermee wordt bedoeld dat de werkzaamheden en het vermogen van de dochtermaatschappij geacht wordt deel uit te maken van de werkzaamheden en het vermogen van de moedermaatschappij (art. 15, lid 1, Wet VPB 1969). Er is dus maar één geconsolideerde fiscale-eenheidsbalans en één winst-en-verliesrekening.²⁰ Dit houdt in dat alle activa en passiva van de maatschappijen die deel uitmaken van de fiscale eenheid op één balans komen te staan. Omdat het vermogen van de dochtermaatschappij deel uitmaakt van het vermogen van de moedermaatschappij, zal moedermaatschappij nooit een deelneming in deze dochtermaatschappij kunnen hebben. Het is immers niet mogelijk om een deelneming 'in jezelf' te hebben. Hierdoor zal de moedermaatschappij geen gebruik kunnen maken van de deelnemingsvrijstelling (voor deze dochtermaatschappij).²¹

2.3. Voor-en nadelen

Het aangaan van een fiscale eenheid heeft zo zijn voordelen. Helaas zijn er naast de voordelen ook nadelen verbonden aan het vormen van een fiscaal eenheid. Hieronder zullen de voor-en nadelen besproken worden.

2.3.1. Voordelen van fiscale eenheid

Het eerste voordeel van de fiscale eenheid is dat er maar één VPB-aangifte door de moedermaatschappij ingediend hoeft te worden. De belasting wordt geheven alsof er maar één

¹⁸ J.N. Bouwman, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011 (twaalfde druk), p. 648.

¹⁹ J.N. Bouwman, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011 (twaalfde druk), p. 649.

²⁰ R.P. van den Dool, E.J.W. Heithuis, G.W.J.M. Kampschöer & R.C. de Smit, *Compendium Vennootschapsbelasting: Inclusief hoofdstuk over Tax Accounting*, Deventer, Kluwer, 2012, p.312.

²¹ R.P. van den Dool, E.J.W. Heithuis, G.W.J.M. Kampschöer & R.C. de Smit, *Compendium Vennootschapsbelasting: Inclusief hoofdstuk over Tax Accounting*, Deventer, Kluwer, 2012, p.312.

belastingplichtige is (art. 15, lid 1, Wet VPB 1969). Normaal gesproken moet elke belastingplichtige zijn eigen aangifte doen over de winst door hem behaald in een boekjaar, de subjectieve belastingplicht (art.2, Wet VPB 1969). Nu maar één lichaam de aangifte hoeft te doen, is er sprake van administratieverlichting.

Het tweede voordeel is de saldering van resultaten (horizontale verliescompensatie). De resultaten van de maatschappijen behaald in enig boekjaar, worden samengesteld en als verzameld resultaat aan de moedermaatschappij toegerekend.²² Zo worden in een bepaald jaar de verliezen automatisch verrekend met de winsten van de andere maatschappijen.

Een derde voordeel van de fiscale eenheid is dat er geen belasting wordt geheven over de resultaten op onderlinge leveringen en diensten. Dit komt doordat er tijdens de fiscale eenheid één belastingplichtige is. Al het vermogen en resultaat wordt aan de moedermaatschappij toegerekend. Hierdoor zijn onderlinge transacties niet zichtbaar en zodoende zal er ook geen belasting geheven worden over de intercompanywinsten. Met onderlinge transacties worden zowel de transacties tussen moedermaatschappij en dochtermaatschappij bedoeld als de transacties tussen dochtermaatschappijen.²³

Een laatste voordeel is dat er geruisloze reorganisaties kunnen plaatsvinden. Het vermogen van de lichamen kunnen intern geruisloos gehergroepeerd worden, aangezien onderlinge 'transacties' onzichtbaar zijn. Zo kunnen bedrijfsmiddelen, goodwill en andere activa/passiva zonder fiscale afrekening van het ene lichaam aan het andere lichaam overgedragen worden. De belangrijkste motieven voor geruisloze reorganisatie zijn het verspreiden van risico door het ondernemingsvermogen over meerdere lichamen te verdelen, organisatorische en/of administratieve overwegingen en het tot stand brengen van een holdingstructuur.²⁴

2.3.2. Nadelen van fiscale eenheid

Het eerste nadeel van de fiscale eenheid is dat alle dochtermaatschappijen die in een tijdvak deel uitmaken van de fiscale eenheid hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de vennootschapsbelasting die door de moedermaatschappij verschuldigd is in dat tijdvak (art. 39, Inv. 1990).

Een tweede nadeel is dat de participatiemogelijkheden voor derden beperkt is. Nu geldt er een eis dat ten minste 95% van de aandelen in de dochtermaatschappij in handen van de moedermaatschappij moet zijn. Dit heeft als gevolg dat maar 5% van de aandelen in handen van

²² J.L. van de Streek & S.A.W.J. Strik, *Cursus belastingrecht studenteneditie 2011-2012: Vennootschapsbelasting*, Deventer, Kluwer, 2012, p. 553.

²³ J.L. van de Streek & S.A.W.J. Strik, *Cursus belastingrecht studenteneditie 2011-2012: Vennootschapsbelasting*, Deventer, Kluwer, 2012, p. 554.

²⁴ J.L. van de Streek & S.A.W.J. Strik, *Cursus belastingrecht studenteneditie 2011-2012: Vennootschapsbelasting*, Deventer, Kluwer, 2012, p. 554.

derden kan komen, om toch te zorgen dat de fiscale eenheid in stand blijft.²⁵

Een derde nadeel is de antimisbruikregeling van art. 15ai, Wet VPB 1969. Hierin is bepaald dat wanneer een maatschappij wordt ontvoegd, en deze maatschappij in de afgelopen 6 jaren een vermogensbestanddeel met stille reserve heeft overgenomen/overgedragen in de fiscale eenheid, de waarde van het vermogensbestanddeel op waarde economisch verkeerd gesteld vlak voor het ontvoegingstijdstip, zodat de stille reserve toch belast wordt ten tijde van ontvoegen.

Nog een nadeel is de ingewikkelde regelgeving met betrekking tot de compensatie van voorvoegingsverliezen met fiscale- eenheidwinsten. Met de beperkte carry forward van 9 jaar is het mogelijk dat voorvoegingsverliezen verdampen.²⁶

Een andere nadeel is het tariefopstapje , waarbij de eerste €200.000 tegen een tarief van 20% wordt belast. Het meerdere boven deze €200.000 wordt belast tegen een tarief van 25%. Nu er maar één belastingplichtige is tijdens de fiscale eenheid, kan er maar één keer gebruik worden gemaakt van het 20%-tarief. En hoe meer dochtermaatschappijen er in de fiscale eenheid zijn, des te minder vaak het tarief gebruikt kan worden, wat een nadeel is.²⁷

Daarnaast is nog een ander nadeel dat men eerder aan de grenzen voor de investeringsaftrekregeling komt (art. 8, Wet VPB 1969 jo. art. 3.40, Wet IB 2001), doordat de resultaten van alle maatschappijen bijeen worden gevoegd en aan de moedermaatschappij worden toegerekend.

Als laatste nadeel kan genoemd worden dat het liquidatieverlies, wanneer de fiscale eenheid verbroken is,²⁸ lager kan uitvallen door art 13d, lid 8, Wet VPB 1969 dan als er geen fiscale eenheid geweest zou zijn.²⁹

2.4. Conclusie

Allereerst zullen eerst de voordelen van de fiscale eenheid tegen de nadelen afgewogen worden. Als de voordelen zwaarder wegen, zullen belastingplichtigen een fiscale eenheid willen vormen. Toch zal er eerst aan de 7 wettelijke vereisten voldaan moeten worden voordat belastingplichtigen een fiscale eenheid kunnen aangaan. Wanneer een fiscale eenheid gevormd is, is er maar één belastingplichtige voor de Wet VPB, de moedermaatschappij. De andere dochtermaatschappij maken deel uit van de moedermaatschappij.

²⁵ J.L. van de Streek & S.A.W.J. Strik, *Cursus belastingrecht studenteneditie 2011-2012: Vennootschapsbelasting*, Deventer, Kluwer, 2012, p. 556.

²⁶ J.L. van de Streek & S.A.W.J. Strik, *Cursus belastingrecht studenteneditie 2011-2012: Vennootschapsbelasting*, Deventer, Kluwer, 2012, p. 556.

²⁷ J.L. van de Streek & S.A.W.J. Strik, *Cursus belastingrecht studenteneditie 2011-2012: Vennootschapsbelasting*, Deventer, Kluwer, 2012, p. 557.

²⁸ Er kan immers nooit sprake zijn van een deelneming tijdens een fiscale eenheid. Hierdoor is het ook niet mogelijk om een liquidatieverlies te hebben.

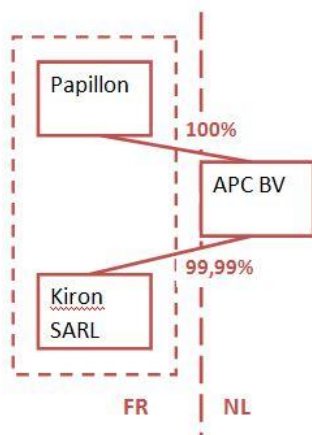
²⁹ J.L. van de Streek & S.A.W.J. Strik, *Cursus belastingrecht studenteneditie 2011-2012: Vennootschapsbelasting*, Deventer, Kluwer, 2012, p. 556.

3. Jurisprudentie

In dit hoofdstuk zal het Papillon-arrest³⁰ worden behandeld, aangezien dit arrest ertoe heeft geleid dat Nederland haar wetgeving zou moeten aanpassen volgens de Europese Commissie. Ook zal het arrest van Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaaknummer 11/587, V-N 2013/121 in dit hoofdstuk samen met de prejudiciële vragen worden behandeld. Aangezien het arrest van Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaaknummer 11/824 op de zaak 11/587 lijkt³¹, zal dit arrest niet behandeld worden. Ook zal het arrest van Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaaknummer 11/180 kort behandeld worden, omdat de overwegingen van het Hof overeenkomt met de overwegingen van het Hof in zaak 11/587. Verder zal de Nederlandse fiscale eenheid vergeleken worden met de Franse *intégration fiscale*. Als laatst zal de tweede deelvraag in dit hoofdstuk beantwoord worden in de conclusie.

3.1. Het arrest Papillon³²

Het Franse Société Papillon wilde door de toepassing van fiscale integratie, zoals neergelegd in de artikelen 223 A tot en met 223 F van de Code Général des Impôts³³, haar winsten en verliezen compenseren met de winsten en verliezen van haar Franse kleindochtermaatschappij Kiron SARL. De aandelen in Kiron SARL werden door Papillon via de Nederland tussenhoudster Artist Performance and Communication³⁴ gehouden.³⁵ De fiscale integratie ziet er als volgt uit:



Figuur 1

In art. 223 A CGI staat dat een vennootschap (de moedermaatschappij) zich als enige belastingplichtige kan opgeven voor de vennootschapsbelasting die over het totaal van de resultaten

³⁰ HvJ EG 27 november 2008, nr. C-418/07 (Papillon), V-N 2008/59.20.

³¹ In zaak 11/824 is er maar één tussenhoudstervenootschap die in Duitsland gevestigd is, terwijl in zaak 11/587 twee tussenhoudstervenootschappen in Duitsland gevestigd zijn. Bovendien worden in beide zaken dezelfde prejudiciële vragen, met uitzondering van de tweede vraag, aan HvJ EG gevraagd.

³² HvJ EG 27 november 2008, nr. C-418/07 (Papillon), V-N 2008/59.20.

³³ In het vervolg CGI.

³⁴ In het vervolg APC BV.

³⁵ HvJ EG 27 november 2008, nr. C-418/07 (Papillon), V-N 2008/59.20, r.o. 7.

van de groep verschuldigd is. De groep bestaat uit de moedermaatschappij samen met de vennootschappen waarin zij tijdens een boekjaar op duurzame wijze direct of indirect via vennootschappen van de groep een participatie in het kapitaal van ten minste 95% heeft. Voorwaarde is wel dat de vennootschappen moeten instemmen om onderdeel uit te kunnen maken van de groep. Bovendien moeten hun resultaten onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting. De vennootschappen van de groep blijven wel verplicht om aangifte te doen over hun resultaten. In art. 223 B CGI is bepaald dat het resultaat van de hele groep wordt bepaald door de moedermaatschappij door de resultaten van elke vennootschap van de groep op te tellen. Op grond van de artikelen 223 B, 223 D en 223 F worden de transacties binnen de groep geneutraliseerd door consolidatie.³⁶

3.1.1. Het geding

Papillon had Kiron SARL en dier dochtermaatschappijen tot de groep gerekend waarin zij als moedermaatschappij functioneerde, omdat zij ten minste 95% van de participatie in het kapitaal van deze maatschappijen bezat. Aangezien de aandelen in Kiron SARL in handen waren van de Nederlandse APC BV, werd de fiscale integratie geweigerd. De Nederlandse APC BV kon geen deel uitmaken van de groep, omdat zij niet onderworpen was aan de Franse vennootschapsbelasting. Dientengevolge was het dus op grond van art. 223 A CGI voor Papillon ook niet mogelijk om een groep te vormen met Kiron SARL. Tegen de weigering van de fiscale integratie en de daarmee samenhangende naheffingsaanslagen heeft Papillon bezwaar gemaakt, beroep ingesteld en vervolgens een cassatieberoep ingesteld bij de Conseil d'État. De Conseil d'État vraagt zich af of de Franse fiscale-integratieregeling niet voor een verboden beperking van de vrijheid van vestiging voor ten minste één van de maatschappijen in de groep zorgt. De regeling zorgt er immers voor dat een ingezeten kleindochtermaatschappij geen deel kan uitmaken van de groep indien zij door een niet-ingezeten dochtermaatschappij wordt gehouden. Verder vraagt de Conseil d'État zich af of zo'n beperking gerechtvaardigd kan zijn om dwingende redenen van algemeen belang, ofwel in dit geval de noodzaak om de samenhang van het belastingstelsel te waarborgen. Vandaar dat zij prejudiciële vragen aan het HvJ EG stelt.³⁷

3.1.2. De prejudiciële vragen

De Conseil d'État heeft twee prejudiciële vragen aan het HvJ EG gesteld. De eerste vraag is of de voortvloeiende onmogelijkheid³⁸ uit art. 223 A CGI en volgende een beperking van de vrijheid van vestiging vormt door de fiscale gevolgen van de keuze van de moedermaatschappij om de aandelen

³⁶ HvJ EG 27 november 2008, nr. C-418/07 (Papillon), V-N 2008/59.20, r.o. 3-6.

³⁷ HvJ EG 27 november 2008, nr. C-418/07 (Papillon), V-N 2008/59.20, r.o. 7-13.

³⁸ De onmogelijkheid om een kleindochtermaatschappij in een groep op te nemen indien deze kleindochtermaatschappij door een in een ander lidstaat gevestigde dochtermaatschappij gehouden wordt.

in de kleindochtermaatschappij via een Franse dochtermaatschappij te houden in plaats van via een in een ander lidstaat gevestigde dochtermaatschappij. Indien de eerste vraag bevestigend beantwoord is, is de tweede vraag of de beperking van de vrijheid van vestiging gerechtvaardigd kan worden door de noodzaak om de samenhang van de fiscale integratie te waarborgen ofwel door een andere dwingende reden van openbaar belang.³⁹

3.1.3. Beantwoording prejudiciële vragen

De bepalingen in de artikelen 223 A tot en met F CGI zorgen voor een ongelijke behandeling wat betreft de mogelijkheid om voor de fiscale-integratieregeling te kiezen wanneer de moedermaatschappij haar indirecte participatie via een Franse dochtermaatschappij houdt of via een in een ander lidstaat gevestigde dochtermaatschappij.⁴⁰ De situatie dat de dochtermaatschappij in een ander lidstaat is gevestigd wordt door deze bepalingen benadeeld ten opzichte van de situatie dat deze dochtermaatschappij in Frankrijk is gevestigd. Dit is een beperking van de vrijheid van vestiging.⁴¹ Omdat het in het geding gaat om de resultaatcompensatie van de in eenzelfde lidstaat gevestigde maatschappijen die tot de groep behoren, kan er geen sprake zijn van gevaar voor belastingontwijking. Dit betekent dat door beroep te doen op de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten de beperking van de vrijheid van vestiging niet gerechtvaardigd kan worden.⁴² Door de fiscale consolidatie en daarmee de neutralisering van transacties tussen de maatschappijen in de groep kan dubbele verliesverrekening bij ingezeten maatschappijen voorkomen worden.⁴³ Omdat het moeilijk is te controleren of er gevaar voor dubbele verliesverrekening bestaat indien de kleindochtermaatschappij door een in een ander lidstaat gevestigde dochtermaatschappij wordt gehouden, wordt de samenhang van de fiscale integratie, volgens de Franse regering, gewaarborgd door de fiscale-integratieregeling te weigeren. De dubbele verliesverrekening doet zich voor wanneer de verliezen van de kleindochtermaatschappij met de winsten van de moedermaatschappij worden verrekend binnen de fiscale eenheid, terwijl deze verliezen van de kleindochtermaatschappij ervoor zorgen dat het belang dat de buitenlandse tussenhoudstervennootschap in de kleindochtermaatschappij heeft daalt en de buitenlandse tussenhoudstervennootschap voor deze waardedaling een voorziening aanlegt. Hierdoor zal de waarde van de aandelen van de buitenlandse tussenhoudstervennootschap dalen en deze daling van de aandelen van buitenlandse tussenhoudstervennootschap zal uiteindelijk ook bij de moedermaatschappij tot uitdrukking komen, doordat zij ook een voorziening aanlegt voor de

³⁹ HvJ EG 27 november 2008, nr. C-418/07 (Papillon), V-N 2008/59.20, r.o. 13.

⁴⁰ HvJ EG 27 november 2008, nr. C-418/07 (Papillon), V-N 2008/59.20, r.o. 22.

⁴¹ HvJ EG 27 november 2008, nr. C-418/07 (Papillon), V-N 2008/59.20, r.o. 32.

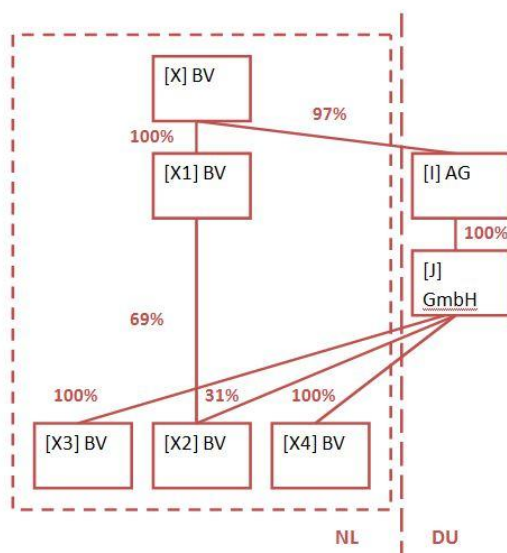
⁴² HvJ EG 27 november 2008, nr. C-418/07 (Papillon), V-N 2008/59.20, r.o. 39-40.

⁴³ HvJ EG 27 november 2008, nr. C-418/07 (Papillon), V-N 2008/59.20, r.o. 45-46.

waardedaling. Dus door het aanleggen van een voorziening door de moedermaatschappij voor het verlies van de kleindochtermaatschappij en ook het verrekenen van ditzelfde verlies, wordt het verlies twee keer in aanmerking genomen.⁴⁴ Het is echter op grond van Europese regelgeving mogelijk om van bevoegde autoriteiten van andere lidstaten informatie te verlangen over directe belastingen.⁴⁵ Dit betekent dat de Franse belastingautoriteit de Nederlandse dochtermaatschappij APC BV om bewijzen kan vragen die zij nodig denkt te hebben. De bepalingen omtrent de fiscale-integratieregeling in de CGI laten het niet toe dat de ingezeten maatschappij bewijs leveren dat er geen sprake is van dubbele verlies verrekening. Dit betekent dat het waarborgen van de samenhang van de fiscale-integratieregeling ook bereikt kan worden met andere maatregelen die de vrijheid van vestiging minder beperken. Hierdoor kunnen de beperkingen niet gerechtvaardigd worden door het waarborgen van het belastingstelsel. Kortom kan er geconcludeerd worden dat de Franse fiscale-integratieregeling een beperking van de vrijheid van vestiging vormt, die niet gerechtvaardigd kan worden door de noodzaak van het waarborgen van het belastingstelsel.⁴⁶

3.2. Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaak 11/587⁴⁷

Belanghebbende [X] BV wil samen met haar dochtermaatschappij [X1] BV en haar achterkleindochtermaatschappijen [X2] BV, [X3] BV en [X4] BV een fiscale eenheid vormen. De achterkleindochtermaatschappijen worden allen indirect door de Duitse dochtermaatschappij [I] AG gehouden. Belanghebbende [X] BV verzoekt daarom om een fiscale eenheid te vormen. De fiscale eenheid zou er als volgt uitzien:



Figuur 2

⁴⁴ HvJ EG 27 november 2008, nr. C-418/07 (Papillon), V-N 2008/59.20, r.o. 47-48.

⁴⁵ HvJ EG 27 november 2008, nr. C-418/07 (Papillon), V-N 2008/59.20, r.o. 51-55.

⁴⁶ HvJ EG 27 november 2008, nr. C-418/07 (Papillon), V-N 2008/59.20, r.o. 58-63.

⁴⁷ Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaaknummer 11/587, V-N 2013/14.14.

Omdat de Duitse tussenhoudstervennootschappen geen deel uitmaken van de fiscale eenheid, wordt het verzoek door de inspecteur afgewezen. [X] BV gaat in beroep en beroept zich op het Papillon-arrest. [X] BV vindt namelijk dat er sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging, omdat de tussenhoudstervennootschap, volgens de Wet VPB 1969, ook deel moet uitmaken van de fiscale eenheid.

3.2.1. Uitspraak rechtbank Haarlem

De overweging van de rechtbank is als volgt:

“De rechtbank is van oordeel dat het toestaan van een fiscale eenheid als door eiseres voorgestaan, het gevaar van binnenlandse dubbele verliesverrekening met zich brengt.”⁴⁸

“Gelet op het hierboven geschetste gevaar van nationale dubbele verliesverrekening is de rechtbank van oordeel dat de weigering een fiscale eenheid toe te staan in situaties als de onderhavige de samenhang van de regeling van de fiscale eenheid waarborgt.”⁴⁹

Omdat de Europese regelgeving het mogelijk maakt om van de bevoegde autoriteiten van andere lidstaten alle informatie te verlangen die noodzakelijk kan zijn voor het vaststellen van de hoogte van de vennootschapsbelasting, kan het gevaar van dubbele verliesverrekening vermeden worden. Ook kan het gevaar van dubbele verliesverrekening vermeden worden als er een soortgelijke regeling zoals neergelegd in art. 34 BFE 2003, die geldt voor een in Nederland gevestigde vaste inrichting van een in het buitenland gevestigde dochtermaatschappij, ook zou gelden in deze situatie. De doelstelling⁵⁰ van de fiscale eenheidregeling kan dus bereikt worden met maatregelen die de vrijheid van vestiging minder beperken. Vandaar dat de rechtbank het beroep gegrond verklaart en dat de fiscale eenheid toegestaan is. De inspecteur is het niet eens met de beslissing van de rechtbank en gaat in hoger beroep bij het Hof Amsterdam.

3.2.2. Het Hof Amsterdam

De inspecteur stelt dat het gaat om een interne kwestie, omdat de maatschappijen [I] AG en [J] GmbH niet betrokken zijn bij het verzoek tot de fiscale eenheid. Vandaar dat belanghebbende zich dus niet zou kunnen beroepen op de vrijheid van vestiging. Het Hof kan zich niet met dit standpunt van de inspecteur verenigen en verwerpt daarom dit standpunt. Het feit dat de achterkleindochtermaatschappijen door niet-ingezeten tussenhoudstervennootschappen worden

⁴⁸ Rechtbank Haarlem, 9 juni 2011, zaaknummer 10/2288, LJN BQ7515, NTFR 2011//1478, punt 4.11.

⁴⁹ Rechtbank Haarlem, 9 juni 2011, zaaknummer 10/2288, LJN BQ7515, NTFR 2011//1478, punt 4.12.

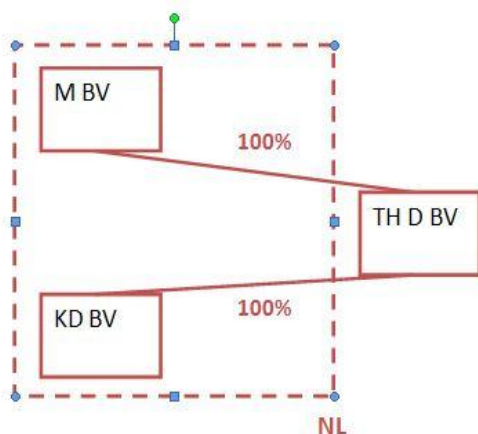
⁵⁰ De maatschappijen die tot een bepaalde groep behoren in een groep samenvoegen, zodat de werkzaamheden en het vermogen van de gevoegde maatschappijen deel uitmaken van de werkzaamheden en het vermogen van de moedermaatschappij (Rechtbank Haarlem, 9 juni 2011, zaaknummer 10/2288, LJN BQ7515, NTFR 2011//1478, punt 4.5).

gehouden zorgt er immers voor dat de achterkleindochtermaatschappijen voor de fiscale eenheidregeling anders worden behandeld dan wanneer de tussenhoudstervenootschappen in Nederland zouden zijn gevestigd. Aangezien bij een fiscale eenheid altijd verticale consolidatie optreedt, moet er dus sprake zijn van een ononderbroken keten van gevoegde maatschappijen. Vandaar dat het Hof constateert dat het ook in binnenlandse situaties niet mogelijk is om een fiscale eenheid tussen een moedermaatschappij en een kleindochtermaatschappij te vormen indien de dochtermaatschappij geen deel uitmaakt van deze fiscale eenheid. Het Hof beslist als volgt:

“Ofschoon hetgeen hiervoor is overwogen zou kunnen leiden tot het oordeel dat sprake is van een verboden beperking van de vrijheid van vestiging, acht het Hof, ruimte voor twijfel over deze kwestie aanwezig. Het zal dan ook het HvJ EU de in die onderdelen omschreven (en daaraan voorafgaand toegelichte) vragen voorleggen en de verdere behandeling en beslissing van de onderhavige zaak aanhouden totdat het HvJ EU naar aanleiding van dit verzoek uitspraak zal hebben gedaan.”⁵¹

3.2.3. De prejudiciële vragen

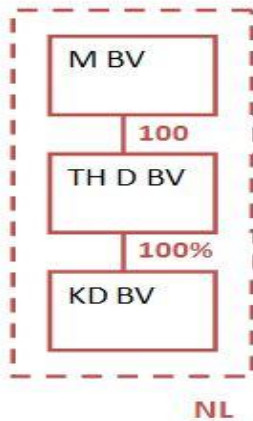
De eerste vraag is of er sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging is, doordat de in Nederland gevestigde achterkleindochtermaatschappijen geen toegang hebben tot de fiscale eenheidregeling en dus de regeling niet kunnen toepassen op hun werkzaamheden en hun vermogen. Verder zijn er twee situaties denkbaar waarmee de situatie van de achterkleindochtermaatschappijen objectief vergelijkbaar kan zijn. De eerste situatie ziet er als volgt uit:



Figuur 3: Situatie (i)

De tweede situatie ziet er zo uit:

⁵¹ Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaaknummer 11/587, V-N 2013/14.14.



Figuur 4: Situatie (ii)

Het Hof vraagt aan het HvJ EG met welke van de twee situaties de situatie van de achterkleindochtermaatschappijen [X2] BV, [X3] BV en [X4] BV objectief vergelijkbaar zijn. De tweede vraag is of het bij de beantwoording van de eerste vraag nog verschil uitmaakt of de binnenlandse maatschappijen door één tussenhoudstervenootschap wordt gehouden of door tussenkomst van meer niveaus tussenhoudstervenootschappen.⁵² Indien de eerste vraag bevestigend beantwoord is, is de derde vraag of de beperking van de vrijheid van vestiging gerechtvaardigd kan worden door dwingende redenen van algemeen belang, in dit geval door de noodzaak tot behoud van de fiscale coherentie. Hieronder valt ook de voorkoming van dubbele verliesverrekening. Verder vraagt het Hof zich af of het nog verschil uitmaakt dat er in dit geval geen gevaar van dubbele verliesverrekening is. De laatste vraag is, indien de derde vraag bevestigend beantwoord is, of de beperking van de vrijheid van vestiging als proportioneel aan te merken is.

3.3. Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaak 11/180

Belanghebbende [X] AG, die in Duitsland gevestigd is, wil samen met haar in Nederland gevestigde dochtermaatschappijen [D1] BV en [D2] BV een fiscale eenheid vormen (Verzoek 1). Ook wil belanghebbende [X3 Holding] BV een fiscale eenheid met zustermaatschappijen [D1] BV en [D2] BV vormen (Verzoek 2). [X3 Holding] BV wordt indirect door [X] AG gehouden.

Beide verzoeken worden door de inspecteur afgewezen. Verzoek 1 wordt afgewezen, omdat de moedermaatschappij [X] AG niet in Nederland gevestigd is en ook geen vaste inrichting in Nederland heeft. Verzoek 2 wordt afgewezen, omdat het niet mogelijk is om een fiscale eenheid te vormen tussen zustervenootschappen zonder de gezamenlijke moedermaatschappij. Beide belanghebbenden zijn in beroep gegaan bij rechtbank Haarlem. Omdat er in verzoek 2 sprake is van

⁵² In zaak 11/824 is de tweede vraag of het bij de beantwoording van de eerste vraag nog verschil uitmaakt of de buitenlandse tussenhoudstervenootschap er wel voor zou hebben kunnen kiezen om een fiscale eenheid te vormen met de moedervenootschap indien zij via een vaste inrichting zou opereren in plaats van via een dochtervenootschap.

een geheel interne aangelegenheid, is verzoek 2 volgens de rechtbank terecht afgewezen.⁵³ Voor verzoek 1 moet gekeken worden of de regeling van de fiscale eenheid objectief vergelijkbare gevallen ongelijk behandelt dan wel objectief onvergelijkbare gevallen gelijk behandelt om vast te kunnen stellen of de Nederlandse regeling van de fiscale eenheid discriminerend is dan wel belemmerend. Met betrekking tot verzoek 1 is de rechtbank tot het volgende oordeel gekomen:

“ Anders dan belanghebbende stelt, is in het onderhavige geval geen sprake van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen, aangezien naar Nederlands recht het immers een wezensvoorwaarde voor het kunnen vormen van een fiscale eenheid is dat de moedermaatschappij hetzij binnenlands, hetzij buitenlands belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting, teneinde haar en de met haar gevoegde vennootschappen in de belastingheffing te kunnen betrekken. Van een discriminerende behandeling is te dezen dan ook geen sprake.”⁵⁴

De rechtbank heeft het beroep van de belanghebbenden ongegrond verklaard, waardoor er toch geen fiscale eenheid gevormd kan worden. De belanghebbenden gaan in hoger beroep bij het Hof Amsterdam. Volgens het Hof zou er sprake kunnen zijn van een verboden beperking van de vrijheid van vestiging en vindt dat er ruimte voor twijfel is. Dit is de reden dat het Hof vier prejudiciële vragen⁵⁵ aan het HvJ EG stelt.⁵⁶ De eerste vraag is of er sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging is, doordat de in Nederland gevestigde zustermaatschappijen (verzoek 2) geen toegang hebben tot de fiscale eenheidregeling en dus de regeling niet kunnen toepassen op hun werkzaamheden en hun vermogen. Verder zijn er twee situaties denkbaar waarmee de situatie van de zustermaatschappijen objectief vergelijkbaar kan zijn. De eerste situatie is dat de in Nederland gevestigde zustermaatschappijen zonder hun gemeenschappelijke in Nederland gevestigde moedermaatschappij een fiscale eenheid willen vormen. De tweede situatie is dat de in Nederland gevestigde zustermaatschappijen samen hun gemeenschappelijke in Nederland gevestigde moedermaatschappij een fiscale eenheid willen vormen, zodat hun werkzaamheden en vermogen geconsolideerd worden. Het Hof vraagt met welke van deze twee situaties de situatie van de zustermaatschappijen objectief vergeleken moet worden. De tweede vraag is of het bij de beantwoording van de eerste vraag nog verschil uitmaakt of de betrokken vennootschappen

- (i) een gemeenschappelijke moedermaatschappij hebben die in een ander lidstaat is gevestigd (verzoek 1) dan wel

⁵³ Rechtbank Haarlem, 25 januari 2011, zaaknummer 08/7950, NTFR 2011/2135, punt 4.4.

⁵⁴ Rechtbank Haarlem, 25 januari 2011, zaaknummer 08/7950, NTFR 2011/2135, punt 4.6.

⁵⁵ De derde en vierde vraag zijn dezelfde vragen als gesteld in zaak 11/587. Zie paragraaf 3.2.3. De prejudiciële vragen.

⁵⁶ Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaaknummer 11/180, punt 4.15.

- (ii) verschillende moedermaatschappijen hebben die in een ander lidstaat zijn gevestigd en pas op een hoger niveau een gemeenschappelijke moedermaatschappij hebben (verzoek 2).⁵⁷

3.4. Beschouwing

Volgens de Franse wet CGI kan op grond van art. 223 A een maatschappij tot een groep behoren, indien de moedermaatschappij een participatie van ten minste 95% in het kapitaal van dat maatschappij heeft. Dit artikel komt sterk overeen met het eerste lid van art. 15, Wet VPB 1969, waarin is bepaald dat de moedermaatschappij ten minste 95% van de juridische en economische eigendom van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal moet bezitten. Verder staat in art. 223 A CGI dat de participatie in het kapitaal zowel op directe wijze als op indirecte wijze via een vennootschap van de groep gehouden kan worden, wat overeen komt met de bepaling in art. 15, lid 2, Wet VPB 1969. In art. 15, lid 1, Wet VPB 1969 staat dat de werkzaamheden en het vermogen van de dochtermaatschappijen geacht worden deel uit te maken van de werkzaamheden en het vermogen van de moedermaatschappij. Deze bepaling leidt tot volledige consolidatie⁵⁸. Op grond van de artikelen 223 B, 223 D en 223 F CGI worden de transacties binnen de groep geneutraliseerd door te consolideren. Ook op dit punt komt de Nederlandse Wet VPB in grote lijnen overeen met de Franse wet CGI. Uit de bepalingen van art. 15, lid 3, onderdeel c, art. 15, lid 4, Wet VPB 1969, art. 32 BFE 2003 en art. 34 BFE 2003 blijkt dat Nederland het heffingsrecht moet hebben over de resultaten van de maatschappijen die de fiscale eenheid vormen. Dit komt overeen met de voorwaarde dat de resultaten aan de Franse vennootschapsbelasting onderworpen moeten zijn die in art. 223 A CGI wordt gesteld aan de maatschappijen die de groep vormen.

In het Papillon-arrest kon de Nederlandse dochtermaatschappij APC BV niet in de groep, zoals bedoeld in art. 223 A CGI, worden opgenomen omdat zij niet onderworpen was aan de Franse vennootschapsbelasting. Op deze manier kon er geen groep worden gevormd tussen de moedermaatschappij en de kleindochtermaatschappijen. Het HvJ EG heeft beslist dat de bepalingen in de artikelen 223 A tot en met F CGI een beperking van de vrijheid van vestiging vormen, wat verboden is. Vandaar dat de Franse wet CGI op dit punt aangepast moet worden.⁵⁹ Frankrijk heeft de wet CGI dan ook aangepast. Nu is het ook mogelijk om een groep te vormen indien de moedermaatschappij indirect 95% of meer belang heeft in het kapitaal van een vennootschap die onderworpen is aan de Franse vennootschapsbelasting, terwijl deze vennootschap wordt gehouden door (een) tussenhoudstervenootschap(pen) die niet onderworpen is (zijn) aan de Franse

⁵⁷ Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaaknummer 11/180, punt 5.

⁵⁸ Rechtbank Haarlem, 9 juni 2011, zaaknummer 10/2288, LJN BQ7515, NTFR 2011//1478, punt 4.

⁵⁹ HvJ EG 27 november 2008, nr. C-418/07 (Papillon), V-N 2008/59.20.

vennootschapsbelasting.⁶⁰

De Europese Commissie heeft in 2011 aan Nederland gevraagd om de fiscale eenheidregeling aan te passen. De reden hiervoor is dat de Nederlandse fiscale eenheidregeling in strijd is met de vrijheid van vestiging. Nu kunnen twee zustermaatschappijen geen fiscale eenheid vormen als ze door een niet-ingezeten moedermaatschappij gehouden worden. Dit moet, volgens de Europese Commissie, wel mogelijk zijn, omdat in het Papillon-arrest door het HvJ EG geoordeeld is dat toch een groep voor de fiscale integratie gevormd kan worden tussen een moedermaatschappij en een kleindochtermaatschappij indien de tussenhoudstervenootschap in een ander lidstaat gevestigd is.⁶¹

Aangezien de regime van de fiscale eenheid erg veel op de Franse fiscale-integratieregeling lijkt en de Europese Commissie Nederland verzocht heeft om de fiscale eenheidregeling aan te passen, is de kans groot dat het HvJ EG de eerste prejudiciële vraag van het Hof Amsterdam⁶² bevestigend zal beantwoorden. Uit de aantekening bij de conclusie van A-G Kokott⁶³ en de aantekening bij het arrest Papillon⁶⁴ kwam al naar voren dat het arrest Papillon gevolgen kan hebben voor de Nederlandse fiscale eenheid. In de aantekeningen ging het om de situatie als in het arrest Papillon en om de situatie met twee zustermaatschappijen. In deze twee situaties zou een fiscale eenheid mogelijk moeten zijn. Smit vindt ook dat Nederland de fiscale eenheid niet mag weigeren. Volgens hem zou de tussenhoudstermaatschappij/gezamenlijke moedermaatschappij wel in de fiscale eenheid opgenomen worden als het een binnenlandse situatie was. De belanghebbenden willen de Nederlandse resultaten compenseren en in een binnenlandse situatie zouden zij dit bereikt hebben door een fiscale eenheid te vormen.⁶⁵ Immers, de zaken die aanhangig zijn bij het Hof Amsterdam⁶⁶ lijken veel op de zaak in het Papillon-arrest. Daarom zal, indien de prejudiciële vraag bevestigend beantwoord is en de overige drie prejudiciële vragen ontkennend, Nederland de huidige regime van de fiscale eenheid moeten wijzigen.

⁶⁰ Zie art. 223 A CGI, eerste alinea, slotzin,

http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=0CEEADAD1CEABD24E01A9ED20721DDEE5.tpdjo15v_1?idArticle=LEGIARTI000006303620&cidTexte=LEGITEXT000006069577&categorieLien=id&dateTexte=20080430.

⁶¹ Persmededelingen Europese Commissie van 16 juli 2011, nr. IP/11/719, *EC wil dat Nederland discriminerende regels fiscale eenheid wijzigt*, V-N 2011/31.19.

⁶² Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaaknummer 11/587, V-N 2013/14.14, punt 5,

⁶³ Conclusie A-G Kokott van HvJ EG, 4 september 2008, *Zaak Papillon. Franse regeling van de 'fiscale integratie' volgens A-G Kokott in strijd met EU-recht*, V-N 2008/49.13.

⁶⁴ HvJ EG 27 november 2008, nr. C-418/07 (Papillon), V-N 2008/59.20.

⁶⁵ D.S. Smit, *Prejudiciële vragen aan het HvJ over een 'Papillon-achtige' zaak I*, NTFR 2013/526.

⁶⁶ Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaaknummer 11/587, V-N 2013/14.14 en Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaaknummer 11/824.

3.5. Conclusie

Het HvJ EG heeft in het Papillon arrest geoordeeld dat de Franse fiscale-integratieregeling in strijd is met de vrijheid van vestiging. In deze zaak kon geen groep voor fiscale integratie gevormd worden tussen de moedermaatschappij en de kleindochtermaatschappij, omdat de tussenliggende dochtermaatschappij in een ander lidstaat gevestigd was. Het HvJ EG heeft beslist dat het wel mogelijk zou moeten zijn om een groep te kunnen vormen tussen de moedermaatschappij en de kleindochtermaatschappij, ondanks het feit dat de tussenliggende dochtermaatschappij in een ander lidstaat gevestigd is.⁶⁷ De Europese Commissie is van mening dat de Nederlandse regime van de fiscale eenheid in strijd is met de vrijheid van vestiging en heeft Nederland hier ook op gewezen.⁶⁸ Verder lijkt de fiscale eenheid ook veel op de Franse fiscale-integratieregeling. De aanhangige zaken bij het Hof Amsterdam⁶⁹ lijken veel op het arrest Papillon. In deze zaken is het niet mogelijk om een fiscale eenheid te vormen tussen de moedermaatschappij en de (achter)kleindochtermaatschappijen, omdat de tussenhoudstermaatschappij(en) in een ander lidstaat gevestigd is (zijn). Ook is het niet mogelijk om een fiscale eenheid tussen twee zustermaatschappijen te vormen.⁷⁰ Het Hof heeft aan HvJ EG prejudiciële vragen gesteld. De eerste prejudiciële vraag is of er sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging, doordat de (achter)kleindochtermaatschappijen respectievelijk moedermaatschappij geen toegang tot de regeling van de fiscale eenheid hebben.⁷¹ De kans dat het HvJ EG deze vraag bevestigend zal beantwoorden is groot. Dit zal tot gevolg hebben dat Nederland de regeling van de fiscale eenheid zal moeten aanpassen.

⁶⁷ HvJ EG 27 november 2008, nr. C-418/07 (Papillon), V-N 2008/59.20.

⁶⁸ Persmededelingen Europese Commissie van 16 juli 2011, nr. IP/11/719, *EC wil dat Nederland discriminerende regels fiscale eenheid wijzigt*, V-N 2011/31.19.

⁶⁹ Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaaknummer 11/587, V-N 2013/14.14 en Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaaknummer 11/824.

⁷⁰ Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaaknummer 11/180.

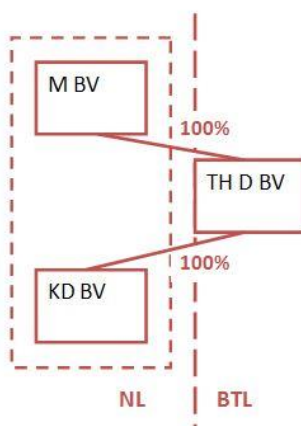
⁷¹ Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaaknummer 11/587, V-N 2013/14.14, Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaaknummer 11/824 en Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaaknummer 11/180.

4. Fiscale eenheid moeder- en kleindochtermaatschappij

Zoals in het vorig hoofdstuk al naar voren kwam, is de kans groot dat het HvJ EG zal beslissen dat de Nederlandse regime van de fiscale eenheid in strijd is met de vrijheid van vestiging. Dit zal betekenen dat Nederland de fiscale eenheid met een grensoverschrijdend element moet toestaan. Er kan op vier manieren zo'n fiscale eenheid gevormd worden.⁷² De eerste manier is een fiscale eenheid tussen een moedermaatschappij en een buitenlands dochtermaatschappij. Dit is een grensoverschrijdende fiscale eenheid en zal niet in deze scriptie behandeld worden. De tweede manier is een fiscale eenheid tussen een moedermaatschappij, de vaste inrichting in Nederland van een buitenlands dochtermaatschappij en de kleindochtermaatschappij, wier aandelen aan de vaste inrichting toe te rekenen zijn. Deze manier is al volgens de wet mogelijk op grond van art. 15, lid 4, Wet VPB 1969. In dit hoofdstuk zal onderzocht worden hoe een grensoverschrijdende fiscale eenheid tussen een moedermaatschappij en een kleindochtermaatschappij gevormd kan worden.

4.1. De casus

Nu is het op grond van art. 15, lid 2, Wet VPB 1969 niet mogelijk om een fiscale eenheid tussen een moedermaatschappij en een kleindochtermaatschappij te vormen, indien de kleindochtermaatschappij door een tussenliggende dochtermaatschappij wordt gehouden die in een ander lidstaat is gevestigd. Dit is alleen mogelijk indien de niet-ingezeten dochtermaatschappij een vaste inrichting in Nederland heeft en de aandelen van de kleindochtermaatschappij tot het vermogen van de vaste inrichting behoort (art. 15, lid 4, Wet VPB 1969 jo. art. 30, lid 1, BFE 2003).⁷³ Er wordt dan een fiscale eenheid gevormd tussen de moedermaatschappij, de vaste inrichting en de kleindochtermaatschappij. De fiscale eenheid die in dit hoofdstuk behandeld wordt, is de fiscale eenheid zonder de vaste inrichting. De fiscale eenheid zou er dan als volgt uitzien:



Figuur 5

⁷² W.F.E.M. Egelie, 6 maart 2009, *De zaak Papillon: typisch Frans?*, NTFR-B 2009/12.

⁷³ F.A. Engelen, 15 januari 2009, *De gevolgen van de zaak Papillon voor de Nederlandse fiscale eenheid*, NTFR 2009/73.

Deze fiscale eenheid kan mogelijk gemaakt worden door art. 15, lid 2, Wet VPB 1969 aan te passen. De aanpassing is: " 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 *dan wel mits deze onmiddellijk worden gehouden door één of meer belastingplichtigen die deel zou uitmaken van de fiscale eenheid indien zij niet was/ waren gevestigd in een ander lidstaat van de Europese Unie*".⁷⁴

4.2. Problemen

Indien deze fiscale eenheid wordt toegestaan, doen zich een aantal problemen voor. Het eerste probleem is hoe er geconsolideerd moet worden. De regeling van de fiscale eenheid past volledige consolidatie toe. Als de werkzaamheden en het vermogen van de kleindochtermaatschappij deel uitmaken van de werkzaamheden en vermogen van de moedermaatschappij, dan komen de werkzaamheden en het vermogen via volledige consolidatie bij de moedermaatschappij voor en ook een keer bij de dochtermaatschappij voor. Zou de dochtermaatschappij ook deel uitmaken van de fiscale eenheid, dan zou deze werkzaamheden en vermogen geëlimineerd worden. Door dit probleem van consolidatie kan er sprake zijn van dubbele verliesverrekening. Dit doet zich voor wanneer het verlies van de kleindochtermaatschappij enerzijds door consolidatie tot uitdrukking komt in het resultaat van de fiscale eenheid en anderzijds tot uitdrukking komt in de afwaardering van de buitenlandse deelneming.⁷⁵ Hoewel het op grond van Europese regelgeving mogelijk is te achterhalen of de afwaardering van de buitenlandse deelneming toegeschreven kan worden aan het verlies van de kleindochtermaatschappij⁷⁶, neemt dit niet weg dat er sprake is van dubbele verliesverrekening. Dit zorgt er juist voor dat de administratieve lasten van de Belastingdienst toeneemt. Een ander probleem doet zich voor wanneer de liquidatieverliesregeling (art. 13d, Wet VPB 1969) wordt toegepast. Dit is het geval wanneer er direct een onzakelijke transactie is tussen de kleindochtermaatschappij en de moedermaatschappij, terwijl er in feite sprake is van een verkapte dividenduitkering in de dochtermaatschappij en de dochtermaatschappij op haar beurt weer een verkapte dividenduitkering doet in de moedermaatschappij. De verkapte dividenduitkering aan de moedermaatschappij moet in bepaalde gevallen tot de liquidatie-uitkering behoren (art. 13d, lid 3 Wet VPB 1969). Alleen zijn onzakelijke transacties die aan de verkapte dividenduitkeringen ten grondslag liggen niet zichtbaar binnen de fiscale eenheid, waardoor het moeilijk controleerbaar is of

⁷⁴ Q.W.J.C.H. Kok, *De grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, WFR 2008/795

⁷⁵ Conclusie A-G Kokott van HvJ EG, 4 september 2008, *Zaak Papillon. Franse regeling van de 'fiscale integratie' volgens A-G Kokott in strijd met EU-recht*, V-N 2008/49.13

⁷⁶ Conclusie A-G Kokott van HvJ EG, 4 september 2008, *Zaak Papillon. Franse regeling van de 'fiscale integratie' volgens A-G Kokott in strijd met EU-recht*, V-N 2008/49.13, punt 66

de verkapte dividenduitkering tot de liquidatie-uitkering behoort. Dit kan ertoe leiden dat het liquidatieverlies hoger is dan het zou moeten zijn.⁷⁷

4.3. Oplossing

Het eerste probleem van consolidatie zou opgelost kunnen worden door ook de buitenlandse dochtermaatschappij mee te consolideren en vervolgens haar resultaat uit de het fiscale-eenheidsresultaat te halen.⁷⁸ Zo zal zij zelf in het land waar ze gevestigd is belastingplichtig blijven voor het resultaat dat zij daar behaald heeft en Nederland zal ook niet over dit resultaat heffen. Omdat zij meegeconsolideerd wordt, zullen de werkzaamheden en het vermogen die dubbel voor zouden komen geëlimineerd worden. Het ander probleem doet zich ook voor indien de dochtermaatschappij een vaste inrichting in Nederland heeft die deel uitmaakt van de fiscale eenheid. Voor deze situatie is in art. 35, BFE 2003, met name het vijfde lid, een regeling opgenomen voor de samenloop tussen de fiscale eenheid en de deelnemingsvrijstelling.⁷⁹ Wanneer soortgelijke bepaling ook zou gelden voor een fiscale eenheid tussen een moedermaatschappij en een kleindochtermaatschappij, kan de dubbele verliesverrekening voorkomen worden.⁸⁰ De bepaling zorgt ervoor dat de moedermaatschappij voor de buitenlandse dochtermaatschappij de regeling van de deelnemingsvrijstelling kan toepassen, terwijl er toch wordt geconsolideerd.⁸¹ De bepaling van art. 35, lid 5 BFE 2003 moet aangepast worden, zodat het bedrag dat uitgaat boven het verschil tussen de aan de kleindochtermaatschappij toe te rekenen winst en het resultaat van de buitenlandse dochtermaatschappij dat uit de fiscale-eenheidsresultaat wordt gehaald als een voordeel uit hoofde van een deelneming wordt aangemerkt voor de moedermaatschappij. Dit verschil is dan een verkapte dividenduitkering van de kleindochtermaatschappij in de dochtermaatschappij en de dochtermaatschappij in de moedermaatschappij.

4.4. Conclusie

Door art. 15, lid 2, Wet VPB 1969 aan te passen kan een fiscale eenheid tussen een moedermaatschappij en een kleindochtermaatschappij gevormd worden. Art. 15, lid 2 wordt op de volgende wijze aangepast: " 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 *dan wel mits deze onmiddellijk worden*

⁷⁷ F.A. Engelen, 15 januari 2009, *De gevolgen van de zaak Papillon voor de Nederlandse fiscale eenheid*, NTFR 2009/73.

⁷⁸ Q.W.J.C.H. Kok, *De grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, WFR 2008/795.

⁷⁹ J.N. Bouwman, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011 (twaalfde druk), p. 708.

⁸⁰ F.A. Engelen, 15 januari 2009, *De gevolgen van de zaak Papillon voor de Nederlandse fiscale eenheid*, NTFR 2009/73.

⁸¹ Aangenomen wordt dat de buitenlandse dochtermaatschappij wordt meegeconsolideerd.

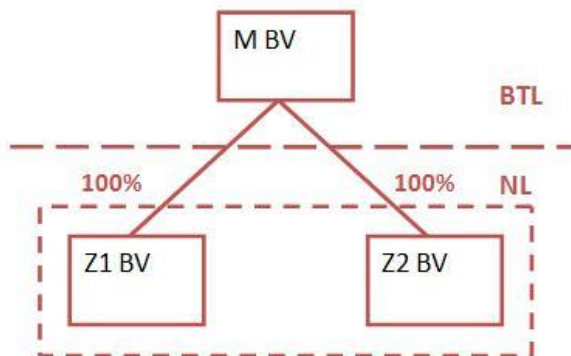
gehouden door één of meer belastingplichtigen die deel zou uitmaken van de fiscale eenheid indien zij niet was/ waren gevestigd in een ander lidstaat van de Europese Unie'. Het probleem van consolidatie kan opgelost worden door in eerste instantie de buitenlandse dochtermaatschappij mee te consolideren en daarna het resultaat van de buitenlandse dochtermaatschappij uit het fiscale-eenheidsresultaat te snijden. Voor het ander probleem moet een soortgelijke aangepaste bepaling als art. 35, lid 5, BFE 2003 opgenomen worden. In deze bepaling is opgenomen dat verschil tussen de aan de kleindochtermaatschappij toe te rekenen winst en het resultaat van de dochtermaatschappij dat uit de fiscale-eenheidsresultaat gesneden wordt, als voordeel uit hoofde van een deelneming voor de moedermaatschappij wordt aangemerkt.

5. Fiscale eenheid zustermaatschappijen

Zoals in het vorig hoofdstuk gezegd, is het op vier manieren mogelijk om een grensoverschrijdende fiscale eenheid te vormen. In dit hoofdstuk zal onderzocht worden hoe een grensoverschrijdende fiscale eenheid tussen twee (of meerdere) zustermaatschappijen gevormd kan worden, indien de moedermaatschappij van deze zustermaatschappijen niet in Nederland belastingplichtig is voor de Wet Vennootschapsbelasting 1969. Dit is de situatie die volgens de Europese Commissie toegestaan zou moeten worden.⁸²

5.1. De casus

Het is op grond van art. 15, lid 3, onderdeel c niet mogelijk om een fiscale eenheid te vormen tussen de moedermaatschappij en de twee zustermaatschappijen, aangezien de moedermaatschappij niet in Nederland gevestigd is, noch een vaste inrichting heeft in Nederland waaraan de aandelen in de dochtervennootschappen kunnen worden toegerekend. Ook is het voor de twee zustermaatschappijen niet mogelijk om samen een fiscale eenheid te vormen, omdat er geen gezamenlijke belastingplichtige moedermaatschappij in de fiscale eenheid is die 95% van het gestort aandelenkapitaal houdt (art. 15, lid 1, Wet VPB 1969). De fiscale eenheid die volgens de Europese Commissie in strijd is met de vrijheid van vestiging en dus toegestaan zou moeten worden, ziet er zo uit:



Figuur 6

Om zo'n fiscale eenheid mogelijk te maken, moet er in de wet een bepaling worden opgenomen waarin staat dat indien een moedermaatschappij in een lidstaat van de Europese Unie gevestigd is, de in Nederland gevestigde maatschappijen een fiscale eenheid kunnen vormen, maar slechts alleen als dit ook mogelijk zou zijn geweest indien de moedermaatschappij in Nederland was gevestigd.

Deze bepaling is een uitzondering op het bepaalde in art. 15, lid 3, onderdeel c.

⁸² Persmededelingen Europese Commissie van 16 juli 2011, nr. IP/11/719, *EC wil dat Nederland discriminerende regels fiscale eenheid wijzigt*, V-N 2011/31.19.

5.2. Problemen

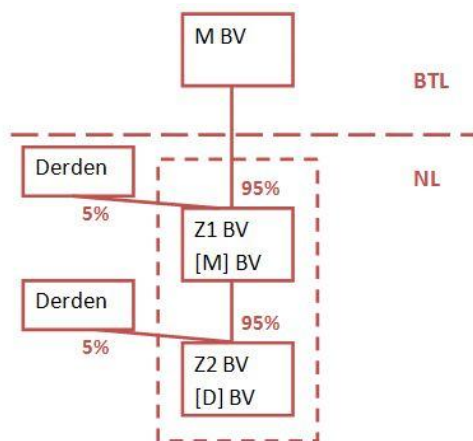
Het eerste probleem wat zich voordoet, wanneer deze fiscale eenheid wordt toegestaan, is welke van de twee zustervennootschappen als moedermaatschappij zal optreden.⁸³ Dat één van de twee zustermaatschappijen als moedermaatschappij zal moeten optreden, is noodzakelijk omdat de moedermaatschappij de aangifte voor de vennootschapsbelasting doet. Ook wordt geacht dat de werkzaamheden en het vermogen van de 'dochtermaatschappij' deel uitmaakt van de werkzaamheden en het vermogen van de moedermaatschappij. Zonder moedermaatschappij heeft het geen zin om een fiscale eenheid te vormen. Het is nu de vraag hoe bepaald wordt welke van de twee zustermaatschappijen als moedermaatschappij zal optreden, omdat het waarschijnlijk is dat beide zustermaatschappijen eerder als moedermaatschappij zou willen optreden dan als 'dochtermaatschappij', omdat de moedermaatschappij meer verantwoordelijkheid heeft. Dit probleem is er niet wanneer de buitenlandse moedermaatschappij als moedermaatschappij van de fiscale eenheid optreedt. In dit geval is de buitenlandse moedermaatschappij belastingplichtig voor het Nederlandse resultaat. Alle werkzaamheden en het vermogen van de zustermaatschappijen worden toegerekend aan de moedermaatschappij. Deze situatie komt overeen met de situatie dat de moedermaatschappij een vaste inrichting in Nederland heeft, waaraan de aandelen van de zustermaatschappijen toegerekend worden.⁸⁴

Een ander probleem doet zich voor wanneer er dividend wordt uitgekeerd en een van de zustermaatschappijen als moedermaatschappij van de fiscale eenheid optreedt. Als de niet-ingezeten moedermaatschappij 100% van de aandelen in beide zustermaatschappijen bezit, is het niet zo moeilijk om te consolideren, want dan worden alle vermogensbestanddelen en al het vermogen van de 'dochtermaatschappij' samengevoegd met de vermogensbestanddelen en het vermogen van de moedermaatschappij van de fiscale eenheid. Ook is het geen probleem als beide zustermaatschappijen dividend uitkeren, omdat al het uitgekeerde dividend uiteindelijk toch bij de niet-ingezeten moedermaatschappij terechtkomt. Het probleem doet zich voor wanneer de niet-ingezeten moedervenootschap zowel in zustermaatschappij 1 als in zustermaatschappij 2 95% van de aandelen bezit. Ook in deze situatie worden de vermogensbestanddelen en al het vermogen van de 'dochtermaatschappij' geacht deel uit te maken van de vermogensbestanddelen en het vermogen van de moedermaatschappij van de fiscale eenheid, dus volledige consolidatie. De moedermaatschappij bezit 95% van de aandelen in de 'dochtermaatschappij'. De 'dochtermaatschappij' doet een dividenuitkering en de moedermaatschappij van de fiscale eenheid keert de 5% dividend uit aan de overige aandeelhouders die de 5% van de aandelen bezitten (art. 10,

⁸³ R.P. van den Dool, E.J.W. Heithuis, G.W.J.M. Kampschöer & R.C. de Smit, *Compendium Vennootschapsbelasting: Inclusief hoofdstuk over Tax Accounting*, Deventer, Kluwer, 2012, p.323.

⁸⁴ F.H.I.J. Davits, *Art. 8- Algemene leerstukken-Commentaar, 2. De Europese aspecten van het Nederlandse fiscale-eenheidsregime*, NTFR.

lid 1, BFE 2003). 95% van de dividenduitkering komt bij de moedermaatschappij van de fiscale eenheid. Als deze moedermaatschappij van de fiscale eenheid ook een dividenduitkering⁸⁵ doet aan de niet-ingezeten moedermaatschappij, dan krijgt de niet-ingezeten moedermaatschappij maar 90,25%⁸⁶ van de dividenduitkering van de 'dochtermaatschappij'. Indien er tussen de zustermaatschappijen geen fiscale eenheid was, zou de niet-ingezeten moedermaatschappij 95% van de dividenduitkering krijgen. Door de fiscale eenheid krijgt de niet-ingezeten moedermaatschappij 4,75% minder van het dividend. Deze 4,75% is even groot als 5% van 95%, wat betekent dat de aandeelhouders die 5% in de moedermaatschappij van de fiscale eenheid houden ook genieten van 95% van het dividend die door de 'dochtermaatschappij' is uitgekeerd. Zie onderstaande figuur voor de beschreven situatie:



Figuur 7

Ook dit probleem doet zich niet voor wanneer de buitenlandse moedermaatschappij als moedermaatschappij van de fiscale eenheid optreedt, aangezien de ene zustermaatschappij niet onder de ander zustermaatschappij gehangen wordt (zoals in figuur 7).

5.3. Oplossing

Het eerste probleem, over de vraag wie als moedermaatschappij optreedt, kan makkelijk verholpen worden. Er moet, naast de bepaling die mogelijk maakt een fiscale eenheid te vormen, een bepaling komen die regelt wie als moedermaatschappij optreedt. In deze bepaling is neergelegd dat de maatschappij, waarin de niet-ingezeten moedermaatschappij het meeste belang heeft, als moedermaatschappij van de fiscale eenheid optreedt. Indien de niet-ingezeten moedermaatschappij een even groot belang in beide maatschappijen heeft, dan kiest zij de moedermaatschappij van de fiscale eenheid uit. Door deze bepaling kunnen de zustermaatschappijen niet onderling ruziën. Het tweede probleem met betrekking tot de dividenduitkering is ontstaan, doordat de

⁸⁵ Inclusief de dividenduitkering van de 'dochtermaatschappij'

⁸⁶ $95\% \times 95\% = 90,25\%$

moedermaatschappij van de fiscale eenheid niet de echte moedermaatschappij van de 'dochtermaatschappij' is, maar eigenlijk de zustermaatschappij is. Er zou een bepaling opgenomen kunnen worden die het mogelijk maakt om een soort reserve op de balans van de moedermaatschappij van de fiscale eenheid op te nemen voor de dividenduitkering van de 'dochtermaatschappij' die alleen uitgekeerd gekeerd kan worden aan de niet-ingezetenen moedermaatschappij. Op deze manier behoudt de niet-ingezetenen moedermaatschappij haar volledige recht op de dividenduitkering. Beide problemen doen zich niet voor indien de buitenlandse moedermaatschappij als moedermaatschappij van de fiscale eenheid optreedt. In dit geval worden de werkzaamheden en het vermogen van de zustermaatschappijen geacht deel uit te maken van de werkzaamheden en het vermogen van de buitenlandse moedermaatschappij. Het resultaat van de buitenlandse moedermaatschappij wordt gesneden uit het fiscale-eenheidsresultaat. Zo blijft alleen het resultaat van beide zustermaatschappijen over. Vandaar dat, indien de vorige twee problemen vermeden moeten worden, er een bepaling moet komen die het mogelijk maakt om de moedermaatschappij mee te consolideren en vervolgens het resultaat van de buitenlandse moedermaatschappij uit de fiscale-eenheidsresultaat te verwijderen.

5.4. Conclusie

Om een fiscale eenheid tussen twee zustermaatschappijen mogelijk te maken, is het noodzakelijk om een uitzondering op art. 15, lid 3, onderdeel c, Wet VPB 1969 te maken. In de bepaling die de uitzondering vormt, is opgenomen dat indien een moedermaatschappij in een lidstaat van de Europese Unie gevestigd is, de in Nederland gevestigde maatschappijen een fiscale eenheid kunnen vormen, maar slechts alleen dan als dit ook mogelijk zou zijn geweest indien de moedermaatschappij in Nederland was gevestigd. Naast deze bepaling moet ook een bepaling komen waarin staat dat de maatschappij, waarin de niet-ingezetenen moedermaatschappij het meeste belang heeft, als moedermaatschappij van de fiscale eenheid optreedt. Indien de niet-ingezetenen moedermaatschappij een even groot belang in beide maatschappijen heeft, dan kiest zij de moedermaatschappij van de fiscale eenheid uit. Dit is alleen nodig indien een zustermaatschappij als moedermaatschappij van de fiscale eenheid optreedt. Vervolgens moet een bepaling opgenomen worden die het mogelijk maakt om een reserve op de balans van de moedermaatschappij van de fiscale eenheid op te nemen voor de dividenduitkering van de 'dochtermaatschappij' die alleen uitgekeerd gekeerd kan worden aan de niet-ingezetenen moedermaatschappij. De laatste twee bepalingen zijn niet nodig als er een bepaling komt die het mogelijk maakt om de moedermaatschappij mee te consolideren en vervolgens het resultaat van de buitenlandse moedermaatschappij uit de fiscale-eenheidsresultaat te verwijderen. Zo treedt de buitenlandse moedermaatschappij als moedermaatschappij van de fiscale eenheid op.

6. Conclusie

De fiscale eenheid is een regeling die bepaald dat de vermogensbestanddelen en het vermogen van de dochtermaatschappij geacht worden deel uit te maken van de vermogensbestanddelen en het vermogen van de moedermaatschappij, zodat er één belastingplichtige voor de vennootschapsbelasting is. De moedermaatschappij is de belastingplichtige. (art. 15, lid 1, Wet VPB 1969). Alvorens een fiscale eenheid gevormd kan worden moet er aan 7 wettelijke vereisten voldaan worden. Verder moeten de voordelen en nadelen van de fiscale eenheid tegen elkaar afgewogen worden om te bepalen of het vormen van een fiscale eenheid wel zo verstandig is.

Op 16 april heeft de Europese Commissie Nederland verzocht om de huidige regeling van de fiscale eenheid aan te passen, omdat het volgens de Europese Commissie in strijd is met de vrijheid van vestiging. De Europese Commissie is van mening dat het voor twee zustermaatschappijen mogelijk moet zijn om een fiscale eenheid te vormen, indien de moedermaatschappij in een ander lidstaat gevestigd is. Het Hof Amsterdam over zo'n zaak met twee zustermaatschappijen prejudiciële vragen gesteld.⁸⁷ De Europese Commissie baseert zich op het oordeel van het HvJ EG in het Papillon-arrest.⁸⁸ In deze zaak heeft het HvJ EG geoordeeld dat het mogelijk is om een fiscale-integratiegroep te vormen tussen een moedermaatschappij en een kleindochtermaatschappij indien de tussenliggende dochtermaatschappij in een ander lidstaat gevestigd is. Het niet toestaan van deze fiscale-integratiegroep is in strijd met de vrijheid van vestiging.⁸⁹ In de aanhangige zaken bij het Hof Amsterdam zijn er een prejudiciële vragen aan het HvJ EG gesteld. Eén van deze vragen is of de huidige regeling van de fiscale eenheid een beperking van de vrijheid van vestiging oplevert, indien een moedermaatschappij en de (achter)kleindochtermaatschappijen geen fiscale eenheid kunnen vormen, omdat de tussenliggende maatschappij(en) in een ander lidstaat zijn gevestigd.⁹⁰ Aangezien deze zaken veel op de zaak in het Papillon-arrest lijken en de Franse fiscale integratie veel op de fiscale eenheid lijkt, is de kans groot dat het HvJ EG zal oordelen dat de regeling van de fiscale eenheid in strijd is met de vrijheid van vestiging. Dit zal ertoe leiden dat de Nederlandse Wet VPB 1969 op dit punt aangepast zal moeten worden. Dit betekent dat het mogelijk moet zijn om een fiscale eenheid te vormen tussen een moedermaatschappij en een (achter)kleindochtermaatschappij als de tussenliggende maatschappij(en) in een ander lidstaat zijn gevestigd dan wel tussen twee zustermaatschappijen, indien zij door een moedermaatschappij gehouden worden die in een ander lidstaat gevestigd is.

⁸⁷ Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaaknummer 11/180.

⁸⁸ Persmededelingen Europese Commissie van 16 juli 2011, nr. IP/11/719, *EC wil dat Nederland discriminerende regels fiscale eenheid wijzigt*, V-N 2011/31.19.

⁸⁹ HvJ EG 27 november 2008, nr. C-418/07 (Papillon), V-N 2008/59.20.

⁹⁰ Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaaknummer 11/587, V-N 2013/14.14 en Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaaknummer 11/824.

Door art. 15, lid 2, Wet VPB 1969 op de volgende manier aan te passen kan een fiscale eenheid tussen een moedermaatschappij en een kleindochtermaatschappij gevormd worden: “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 *dan wel mits deze onmiddellijk worden gehouden door één of meer belastingplichtigen die deel zou uitmaken van de fiscale eenheid indien zij niet was/ waren gevestigd in een ander lidstaat van de Europese Unie*”. Door de buitenlandse dochtermaatschappij in eerste instantie mee te consolideren en vervolgens het resultaat van de buitenlandse dochtermaatschappij te snijden uit het fiscale-eenheidsresultaat kan dubbele verliesverrekening voorkomen worden. Bovendien kunnen ook problemen die zich voordoen door het toepassen van de liquidatieverliesregeling door deze bepaling opgelost worden door een soortgelijke aangepaste bepaling als art 35, lid 5 BFE op te nemen.⁹¹

Om een fiscale eenheid tussen twee zustermaatschappijen die door een moedermaatschappij gehouden wordt mogelijk te maken, moet er een uitzondering op art. 15, lid 3, onderdeel, Wet VPB 1969 gemaakt worden. Verder zijn er een aantal bepalingen nodig die het mogelijk maakt om de fiscale eenheid te vormen en om problemen van een dergelijke fiscale eenheid op te lossen. De bepaling die het mogelijk maakt om de fiscale eenheid te vormen luidt als volgt: “Indien een moedermaatschappij in een lidstaat van de Europese Unie gevestigd is, is het voor de in Nederland gevestigde maatschappijen die door deze moedermaatschappij gehouden worden mogelijk een fiscale eenheid vormen, maar slechts alleen dan als dit ook mogelijk zou zijn geweest indien de moedermaatschappij in Nederland was gevestigd”. De bepaling die regelt wie als moedermaatschappij van de fiscale eenheid optreedt zegt: “De maatschappij, waar de moedermaatschappij die in een ander lidstaat van de Europese Unie het meeste belang in heeft, treedt als moedermaatschappij van de fiscale eenheid op. Indien de moedermaatschappij een even groot belang in beide maatschappijen heeft, dan kiest zij de moedermaatschappij van de fiscale eenheid uit”. Een andere bepaling die opgenomen wordt zorgt ervoor dat de dividenduitkering van de dochtermaatschappij van de fiscale eenheid in een reserve op de balans van de moedermaatschappij van de fiscale eenheid wordt opgenomen en alleen uitgekeerd kan worden aan de in een ander lidstaat gevestigde moedermaatschappij, die recht heeft op de dividenduitkering. De laatste twee bepalingen zijn niet nodig als er een bepaling komt waarin staat dat de buitenlandse moedermaatschappij als de moedermaatschappij van de fiscale eenheid optreedt en zij eerst meegeconsolideerd wordt en vervolgens haar resultaat uit de fiscale-eenheidsresultaat wordt gehaald .

⁹¹ F.A. Engelen, 15 januari 2009, *De gevolgen van de zaak Papillon voor de Nederlandse fiscale eenheid*, NTFR 2009/73.

Literatuurlijst

Jurisprudentie

Rechtbank Haarlem, 25 januari 2011, zaaknummer 08/7950, NTFR 2011/2135

Rechtbank Haarlem, 9 juni 2011, zaaknummer 10/2288, LJN BQ7515, NTFR 2011/1478

Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaaknummer 11/180

Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaaknummer 11/587, V-N 2013/14.147

Hof Amsterdam 17 januari 2013, zaaknummer 11/824

HvJ EG 27 november 2008, nr. C-418/07 (Papillon), V-N 2008/59.20

Conclusie A-G Kokott van HvJ EG, 4 september 2008, *Zaak Papillon. Franse regeling van de 'fiscale integratie' volgens A-G Kokott in strijd met EU-recht*, V-N 2008/49.13

Literatuur

Brief van de Tweede Kamer, 17 april 2012, nr. DB/2012/163 U, V-N 2012/21.23

NV, Kamerstukken II 2000/01, 26854, nr. 6

Persmededelingen Europese Commissie van 16 juli 2011, nr. IP/11/719, *EC wil dat Nederland discriminerende regels fiscale eenheid wijzigt*, V-N 2011/31.19

J .N. Bouwman, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011 (twaalfde druk),

F.H.I.J. Davits, *Art. 8- Algemene leerstukken-Commentaar, 2. De Europese aspecten van het Nederlandse fiscale-eenheidsregime*, NTFR

R.P. van den Dool, E.J.W. Heithuis, G.W.J.M. Kampschöer & R.C. de Smit, *Compendium Vennootschapsbelasting: Inclusief hoofdstuk over Tax Accounting*, Deventer, Kluwer, 2012

W.F.E.M. Egelie, 6 maart 2009, *De zaak Papillon: typisch Frans?*, NTFR-B 2009/12

F.A. Engelen, 15 januari 2009, *De gevolgen van de zaak Papillon voor de Nederlandse fiscale eenheid*, NTFR 2009/73

G.C.F. van Gelder, 10 oktober 2012, *Papillon, Philips, rechtbankuitspraken, infractieprocedure hoe nu verder met de grensoverschrijdende fiscale eenheid?*, MBB, nr. 10 (oktober 2012), pp. 357-363

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

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

J.L. van de Streek & S.A.W.J. Strik, *Cursus belastingrecht studenteneditie 2011-2012: Vennootschapsbelasting*, Deventer, Kluwer, 2012

Art. 223 A CGI,

http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=0CEEDAD1CEABD24E01A9ED20721DDEE5.tpdjo15v_1?idArticle=LEGIARTI000006303620&cidTexte=LEGITEXT000006069577&categorieLien=id&dateTexte=20080430