

Erasmus School of Economics

Masterscriptie

De fiscale eenheid na het arrest SCA Group Holding e.a.

Een inventarisatie naar de mogelijkheden voor een fiscale eenheid in de *Nederlandse Papillon* situatie en de *zustersvennootschappen* situatie.

Naam: Tim Overgaauw

Studentnummer: 319348

Begeleider: drs. M. Nieuweboer

Plaats: Zuidland

Datum: Juni 2014

Voorwoord

Met het afronden van deze masterscriptie is voor mij een einde gekomen aan de studie Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Geen moment heb ik spijt gehad van de keuze om deze studie te gaan volgen na het behalen van mijn VWO-diploma.

Hoewel het gedurende mijn studie niet altijd vlekkeloos verliep, heb ik mij ten allen tijde gesteund gevoeld door mijn ouders. Jullie hebben mij de kans gegeven om een universitaire studie te gaan volgen. Ik ben blij dat ik, met het afronden van deze studie, jullie vertrouwen heb kunnen waarmaken. Ook wil ik mijn lieve vriendin Heleen bedanken voor de belangrijke rol die zij heeft gespeeld door mij te ondersteunen en te inspireren op de momenten waar dit nodig was.

Dit voorwoord biedt mij tevens de plaats om mijn begeleider Mark Nieuweboer te danken voor zijn geweldige begeleiding bij het schrijven van deze masterscriptie.

Vanaf het moment dat ik u benaderde om mij te begeleiden bij het schrijven van mijn masterscriptie merkte ik uw interesse voor het onderwerp dat in deze masterscriptie centraal staat. Dit kwam ook tot uitdrukking tijdens onze eerste ontmoeting waarin u uw enthousiasme en passie voor dit onderwerp direct op mij over wist te brengen. Genoten heb ik dan ook van onze ontmoetingen, waarin u mij heeft geleerd om op een wetenschappelijke manier op zoek te gaan naar oplossingen voor de problematiek in deze scriptie.

Geregeld trof ik u tijdens onze ontmoetingen op de universiteit aan tussen een stapel tentamens of andere scripties. Des te groter is dan ook mijn waardering en dank dat u altijd de tijd heeft kunnen vrij maken om mijn vragen te beantwoorden.

Mede door uw inspirerende begeleiding heb ik deze periode waarin ik mijn masterscriptie heb geschreven, als enorm leerzaam, maar bovenal zeer prettig ervaren. Dank!

Na deze dankwoorden wil ik dit voorwoord afsluiten door u als lezer veel leesplezier te wensen!

Zuidland, juni 2014.

Tim Overgaauw

Inhoudsopgave

1	Inleiding	1
1.1	Inleiding en probleemstelling	1
1.2	Opzet	4
1.3	Afbakening onderwerp	5
2	De fiscale eenheid	7
2.1	Kern van de fiscale eenheid	7
2.1.1	Fictieve toerekening	7
2.1.2	Impliciet vereiste van de fiscale eenheidsregeling	8
2.2	Vereisten fiscale eenheid	9
2.2.1	Eisen aan de rechtsvorm	9
2.2.2	Eisen aan de vestigingsplaats	10
2.2.3	Bezitseis	11
2.2.4	Overige wettelijke vereisten	13
2.3	Begrenzing fiscale eenheid tot het Nederlandse territoir	13
2.3.1	Fiscale territorialiteitsbeginsel	13
2.3.2	Algemene bepalingen	15
2.3.3	Fiscale eenheid met een buitenlandse moedermaatschappij	16
2.3.4	Fiscale eenheid met een buitenlandse dochtermaatschappij	18
2.3.5	Impliciet vereiste van de fiscale eenheidsregeling	23
2.3.6	Impliciet vereiste van de fiscale eenheidsregeling	24
2.3.7	Hoofdelijke aansprakelijkheid buitenlands belastingplichtige maatschappij	24
2.3.8	Impliciet vereiste van de fiscale eenheidsregeling	25
2.4	Tussenconclusie	26
3	Vereisten fiscale eenheid onder Europese druk	28
3.1	Onmogelijkheden volgend uit de huidige vereisten	28
3.2	Arrest Société Papillon	31
3.3	Infractieprocedure tegen Nederland	33
3.4	Nederlandse jurisprudentie inzake de <i>Nederlandse Papillon</i> situatie	35
3.5	Auteurs over de <i>Nederlandse Papillon</i> situatie	36
3.6	Conclusie AG Kokott	38
3.7	Uitspraak Europese Hof van Justitie inzake de <i>Nederlandse Papillon</i> situatie	40
3.8	Nederlandse jurisprudentie inzake de <i>zustersvennootschappen</i> situatie	42
3.9	Auteurs over de <i>zustersvennootschappen</i> situatie	44
3.10	Conclusie AG Kokott	45
3.11	Uitspraak HvJ EU inzake de <i>zustersvennootschappen</i> situatie	46
3.12	Tussenconclusie	47

4	Verschillende opties om een fiscale eenheid mogelijk te maken in de <i>Nederlandse Papillon</i> situatie en de <i>zustersvennootschappen</i> situatie	48
4.1	Verschillende opties voor de <i>Nederlandse Papillon</i> situatie	49
4.1.1	Fiscale eenheid wordt gevormd door alle vennootschappen in het concern	49
4.1.2	Fiscale eenheid met een fictieve vaste inrichting	56
4.1.3	Fiscale eenheid tussen in Nederland gevestigde vennootschappen	61
4.2	Verschillende opties voor de <i>zustersvennootschappen</i> situatie	64
4.2.1	Fiscale eenheid wordt gevormd door alle vennootschappen in het concern	65
4.2.2	Fiscale eenheid met een fictieve vaste inrichting	70
4.2.3	Fiscale eenheid met een virtueel belastingplichtige vennootschap	74
4.2.4	Fiscale eenheid met de in Nederland gevestigde vennootschappen	77
4.3	Tussenconclusie	80
5	Conclusie	85
5.1	Samenvatting	85
5.2	Beantwoording probleemstelling	91
5.3	Aanbeveling	92
	Literatuurlijst	93

Lijst van gebruikte afkortingen

AG	Advocaat Generaal
Besluit WB	Besluit op de Winstbelasting 1940
BFE	Besluit fiscale eenheid 2003
BRK	Belastingregeling voor het Koninkrijk
BRN	Belastingregeling voor het land Nederland
EU	Europese Unie
FED	Fiscaal tijdschrift FED
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
NDFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NTFR	Nederlandse Documentatie Fiscaal Recht
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
r.o.	Rechtsoverweging
V-N	Vakstudie Nieuws
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wet Vpb	Wet op de vennootschapsbelasting 1969

1 Inleiding

1.1 Inleiding en probleemstelling

Binnen de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb) wordt uitgegaan van de zelfstandige belastingplicht van een rechtspersoon. De zelfstandige belastingplicht van rechtspersonen komt tot uiting in artikel 2 en 3 Wet Vpb waarin de subjectief belastingplichtige entiteiten genoemd worden. Hier is echter geen rekening gehouden met concerns, aangezien het begrip concern niet is opgenomen in deze lijst van belastingplichtigen. Een concern is opgebouwd uit juridisch zelfstandige entiteiten die zijn aaneengesmeed tot een economische en organisatorische eenheid.^{1,2} De zelfstandige benadering in de Wet Vpb kan tot gevolg hebben dat een concern als geheel verlies maakt, maar dat er binnen het concern toch vennootschapsbelasting is verschuldigd doordat een winstgevende vennootschap onderdeel van het concern is.³ Dit werd als onwenselijk ervaren en om die reden zijn er regelingen in de wet opgenomen waarbij rekening wordt gehouden met mogelijke verbondenheid tussen lichamen. De fiscale eenheid en de deelnemingsvrijstelling zijn voorbeelden van deze regelingen en worden gezien als de belangrijkste regelingen voor het fiscale concernrecht. De fiscale eenheid is opgenomen in artikel 15 tot en met artikel 15a Wet Vpb en het Besluit fiscale eenheid 2003 (hierna: BFE). De essentie van de fiscale eenheid is gevat in artikel 15, eerste lid, Wet Vpb. Het houdt kort gezegd in dat, indien voldaan aan de voorwaarden, de belasting van een groep belastingplichtigen wordt geheven alsof er één belastingplichtige is. Als gevolg hiervan kunnen verliezen binnen de groep horizontaal verrekend worden en blijven interne transacties onbelast.

Voor de vorming en instandhouding van de fiscale eenheid zijn in de Wet Vpb en het BFE verschillende vereisten opgenomen waaraan de belastingplichtige lichamen moeten voldoen. Zo is met betrekking tot de vestigingsplaats van een vennootschap vereist dat een vennootschap enkel in de fiscale eenheid kan worden opgenomen indien deze in Nederland is gevestigd en ingeval er tevens een regeling⁴ of een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing is, de vennootschap ook volgens die regeling of dat verdrag geacht wordt in Nederland te zijn gevestigd.⁵ Een uitzondering op dit vereiste is dat, onder voorwaarden, een niet in Nederland gevestigd lichaam toch deel kan uitmaken van een fiscale eenheid indien dit lichaam een onderneming drijft met behulp van een in Nederland aanwezige vaste inrichting. Het buitenlands belastingplichtige lichaam kan dan, voor zover het de vaste inrichting betreft, deel uitmaken van de fiscale eenheid.^{6,7} Voor een niet in Nederland gevestigd lichaam, zonder vaste inrichting in Nederland, is dus geen voeging in de fiscale eenheid mogelijk.

¹ Q.W.J.C.H. Kok, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Den Haag: SDU Fiscale en Financiële Uitgevers 2005, p. 21

² Er zijn verschillende definities en omschrijvingen van het begrip concern. Zie bijvoorbeeld Q.W.J.C.H. Kok, t.a.p., p. 25

³ Verliezen zijn onder voorwaarden verrekenbaar met positieve resultaten uit het voorafgaande jaar, of de negen jaren volgend op het jaar waarin het verlies is ontstaan. Zie hoofdstuk IV Wet Vpb.

⁴ Het betreft hier de Belastingregeling voor het Koninkrijk en de Belastingregeling voor het land Nederland.

⁵ Dit vereiste is opgenomen in artikel 15, derde lid, onderdeel c, Wet Vpb.

⁶ Artikel 15, vierde lid, tweede volzin, Wet Vpb.

⁷ In paragraaf 2.3 wordt nader ingegaan op deze voorwaarden.

In het arrest *X-Holding*⁸ heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) geoordeeld dat Nederland er ook niet toe verplicht is om een buitenlandse vennootschap, zonder vaste inrichting in Nederland, toegang te verlenen tot het fiscale eenheidsregime in Nederland.

Een ander vereiste voor de vorming en instandhouding van een fiscale eenheid is het bezitsvereiste van artikel 15, eerste lid, Wet Vpb. Dit houdt kort gezegd in dat een belastingplichtige 95% van (onder andere) de juridische en economische eigendom van de aandelen⁹ in de dochtermaatschappij bezit om in aanmerking te komen voor de fiscale eenheid. Onder het bezit wordt mede verstaan een middellijk bezit van aandelen, mits deze onmiddellijk worden gehouden door één of meer belastingplichtigen die deel uit maken van de fiscale eenheid. Er moet onder de huidige vereisten dus sprake zijn van een verticale ononderbroken keten. De combinatie van het vestigingsplaatsvereiste en deze verticale ononderbroken keten kan er toe leiden dat er geen fiscale eenheid kan worden gevormd indien er een in Nederland gevestigde moedermaatschappij met een Nederlandse kleindochter is, die wordt gehouden door een niet in Nederland gevestigde tussenhoudster. Doordat de niet in Nederland gevestigde tussenhoudster, op grond van artikel 15, derde lid, onderdeel c, Wet Vpb, niet in de fiscale eenheid kan worden opgenomen is er geen sprake van een verticale ononderbroken keten.

Daarnaast is het niet mogelijk onder deze vereisten om een fiscale eenheid te vormen tussen twee in Nederland gevestigde dochtervennootschappen van een niet in Nederland gevestigde moedervennootschap. In deze situatie geldt wederom dat de niet in Nederland gevestigde moedervennootschap, op grond van artikel 15, derde lid, onderdeel c, Wet Vpb, niet in de fiscale eenheid kan worden opgenomen. Wegens het ontbreken van een verticale ononderbroken keten is het onder de huidige wet niet mogelijk om een fiscale eenheid aan te gaan in de situatie van een buitenlandse moedervennootschap en twee Nederlandse dochtervennootschappen.

Hoewel bij de huidige stand van het Europese recht de heffing van directe belastingen niet tot de bevoegdheidssfeer van de Europese Unie behoort maar tot die van de lidstaten, heeft het Europese recht toch invloed op de stelsels van directe belastingen van lidstaten.¹⁰ Deze invloed manifesteert zich onder andere door de verkeersvrijheden¹¹ in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU) die fiscale belemmeringen in de interne markt niet toestaan, tenzij er sprake is van een rechtvaardiging en deze rechtvaardiging proportioneel is. Indien er geen rechtvaardiging voor de belemmering is dient de lidstaat de wet- of regelgeving aan te passen.

⁸ HvJ EU 25 februari 2010, C-337/08 (*X-Holding*)

⁹ Dit bezit moet tevens 95% van de statutaire stemrechten vertegenwoordigen en recht geven op ten minste 95% van de winst en het vermogen van de dochtermaatschappij.

¹⁰ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars, A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht* (FED Fiscale Studiereserie nr. 39), Deventer: Kluwer 2012

¹¹ Vrijheid van goederenverkeer (art. 28 VwEU), vrij werknemersverkeer (art. 45 VwEU), vrij vestigingsrecht (art. 49 VwEU), vrij verkeer van diensten (art. 56 VwEU) en vrij kapitaalverkeer (art. 63 VwEU).

In het arrest *Société Papillon*¹² heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie geoordeeld dat een Franse moedermaatschappij en een Franse kleindochtermaatschappij, die wordt gehouden door een Nederlandse tussenhoudster, toch een fiscale eenheid mogen vormen, ondanks dat er vanwege het niet opnemen van de in het buitenland gevestigde tussenhoudster geen sprake is van een verticale ononderbroken keten. Deze verticale ononderbroken keten was wel vereist onder de toenmalige Franse wetgeving.

Frankrijk kent een systeem dat vergelijkbaar is met het Nederlandse systeem van de fiscale eenheid. Net als in Nederland was er geen opname in de fiscale eenheid mogelijk voor niet in het binnenland gevestigde lichamen.

Na het verschijnen van het arrest *Société Papillon* is de vraag opgekomen of de door Nederland gestelde wet- en regelgeving voor vorming en instandhouding van een fiscale eenheid wel in overeenstemming is met het Europese recht.¹³ Op 16 juni 2011 is Nederland door de Europese Commissie verzocht om een aantal van de huidige vereisten voor de vorming en instandhouding van de fiscale eenheid te wijzigen.¹⁴ Nederland heeft als reactie op de infractieprocedure aangegeven dat het de wet- en regelgeving niet aan zal passen.¹⁵ Wel was de verwachting dat de Nederlandse wet- en regelgeving zal worden getoetst aan het Europese recht.

Deze verwachting is uitgekomen, aangezien door Hof Amsterdam op 17 januari 2013 prejudiciële vragen zijn gesteld aan het Europese Hof van Justitie over de geoorloofdheid van het weigeren van de fiscale eenheid in drie zaken.

In de eerste twee zaken^{16,17} betreft het een verzoek om een fiscale eenheid te vormen tussen een Nederlandse moederverenootschap en Nederlandse kleindochterverenootschappen die worden gehouden door een (of meer) in een andere lidstaat gevestigde tussenhoudsterverenootschap(pen). Deze zaken vertonen beide overeenkomsten met het arrest *Société Papillon* en zullen in het vervolg van deze scriptie tezamen worden behandeld als de *Nederlandse Papillon* zaak.

Daarnaast heeft Hof Amsterdam in de derde zaak¹⁸ prejudiciële vragen gesteld over een verzoek om een fiscale eenheid te vormen tussen Nederlandse zusterverenootschappen die dochter- en kleindochterverenootschappen zijn van een gemeenschappelijke Duitse (groot)moederverenootschap.

¹² HvJ EU 27 november 2008, C-418/07 (*Société Papillon*)

¹³ Onder andere:

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

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*

D.S. Smit, 'Prejudiciële vragen aan het HvJ over een 'Papillon-achtige' zaak I & II', *Commentaar NTFR 2013/256*

¹⁴ European Commission Press Release, 16 juni 2011, IP/11/719

¹⁵ Brief Ministerie van Financiën, 17 april 2012, DB/2012/163 U, V-N 2012/21.23

¹⁶ Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr.11/00824, NTFR 2013/526

¹⁷ Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr.11/00587, V-N 2013/14.14

¹⁸ Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr.11/00180, V-N Vandaag 2013/120

Onder de huidige vereisten is het eveneens niet mogelijk om een fiscale eenheid aan te gaan tussen de zustervennootschappen indien de moedervennootschap niet in Nederland is gevestigd en voorts een vaste inrichting in Nederland ontbeert. Deze zaak zal in het vervolg van deze scriptie worden aangemerkt als de *zustervennootschappen* zaak.

Alvorens het HvJ EU zich heeft uitgesproken, heeft AG Kokott op 27 februari 2014 een conclusie¹⁹ uitgebracht waarin zij ingaat op de prejudiciële vragen met betrekking tot de houdbaarheid van een aantal vereisten voor de vorming en instandhouding van de fiscale eenheid. Zij is in haar conclusie van mening dat het weigeren van een fiscale eenheid met een buitenlandse tussenhoudstervenootschap en aan Nederlandse zustermaatschappijen met buitenlandse moedervennootschap in strijd is met de vrijheid van vestiging.

Op 12 juni 2014 is door het HvJ EU bevestigd dat een aantal van de huidige vereisten voor de vorming en instandhouding van de fiscale eenheid in strijd is met het Europese recht. Als gevolg van deze uitspraak dient Nederland een fiscale eenheid mogelijk te maken in de *Nederlandse Papillon* situatie alsmede de *zustervennootschappen* situatie.²⁰

In deze masterscriptie zal worden onderzocht op welke wijze er binnen het Nederlandse fiscale eenheidsregime invulling kan worden gegeven aan een fiscale eenheid tussen een in Nederland gevestigde moedermaatschappij en kleindochtermaatschappij, die wordt gehouden door een (of meer) in het buitenland gevestigde dochtermaatschappij(en), zonder vaste inrichting in Nederland²¹ en op welke wijze er invulling gegeven kan worden aan een fiscale eenheid tussen twee in Nederland gevestigde zustervennootschappen, die al dan niet gehouden worden door een niet in Nederland gevestigde moedermaatschappij zonder vaste inrichting in Nederland.²²

In deze masterscriptie wordt antwoord gegeven op de volgende probleemstelling:

Op welke wijze kan Nederland invulling geven in de wet- en regelgeving aan de Nederlandse Papillon zaak en de zustervennootschappen zaak en voorts voldoen aan de impliciete vereisten van het huidige fiscale eenheidsregime?

1.2 Opzet

Teneinde een antwoord te geven op de probleemstelling zal in hoofdstuk twee allereerst het fiscale eenheidsregime in Nederland besproken worden. Het hoofdstuk vangt aan met een beschrijving van de kern van de fiscale eenheidsregeling. Vervolgens komen de wettelijke vereisten voor de voeging en instandhouding van de fiscale eenheid aan bod. Daarnaast zal in dit hoofdstuk worden ingegaan op de

¹⁹ Conclusie AG Kokott, 27 februari 2014, C-39/13, C-40/13, C-41/13 (SCA Holding, MSA International Holdings en X1 Holding GmbH)

²⁰ Hierbij wordt de aanname gemaakt dat fiscale eenheidsregeling blijft bestaan.

²¹ De *Nederlandse Papillon* zaak.

²² De *zustervennootschappen* zaak

wijze waarop de wetgever de fiscale eenheidsregeling heeft beperkt tot de Nederlandse fiscale jurisdictie. Naast deze wettelijke vereisten, waaraan de fiscale eenheid eveneens in de *Nederlandse Papillon* situatie alsmede de *zustersvennootschappen* situatie moet voldoen, volgen er uit deze wettelijke vereisten ook een aantal impliciete vereisten. Dit zijn vereisten die niet letterlijk in de wet- en regelgeving zijn opgenomen, maar volgen uit (een combinatie van) de wettelijke vereisten. Gedurende de beschrijving van de huidige fiscale eenheidsregeling zullen deze impliciete vereisten naar voren komen. Het hoofdstuk eindigt met een conclusie waarin de impliciete vereisten waaraan de fiscale eenheidsregeling moet voldoen nogmaals worden besproken.

Daarna zal in hoofdstuk drie worden ingegaan op de huidige vereisten voor de vorming en instandhouding van een fiscale eenheid en de onmogelijkheden die het met zich meebrengt. Vervolgens zal via het arrest *Société Papillon*²³ en de infractieprocedure²⁴ die de Europese Commissie tegen Nederland is gestart een koppeling worden gemaakt naar de Nederlandse zaken die tot prejudiciële vragen hebben geleid op 17 januari 2013²⁵. Zoals in de inleiding naar voren is gekomen is op 27 februari 2014 de conclusie van AG Kokott²⁶ verschenen, deze wordt eveneens in dit hoofdstuk besproken. Als sluitstuk van dit hoofdstuk wordt de op 12 juni 2014 verschenen uitspraak van het HvJ EU²⁷ besproken. Dit hoofdstuk beoogt aan te geven op welke wijze de huidige vereisten voor de vorming en instandhouding van de fiscale eenheid onder druk zijn komen te staan en hoe dit er uiteindelijk toe heeft geleid dat Nederland een fiscale eenheid mogelijk moet maken in de *Nederlandse Papillon* situatie alsmede de *zustersvennootschappen* situatie.

In hoofdstuk vier zal invulling worden gegeven aan mogelijke oplossingen voor zowel de *Nederlandse Papillon* situatie als de *zustersvennootschappen* situatie. Aan de hand van een stappenplan zal in dit hoofdstuk worden onderzocht op welke wijze de optie onder de huidige vereisten niet mogelijk is, welke aanpassingen er benodigd zijn om de optie in de huidige vereisten mogelijk te maken en of er in die optie kan worden voldaan aan de impliciete vereisten van de fiscale eenheid. Het doel van het stappenplan is te onderzoeken op welke wijze Nederland invulling kan geven aan de *Nederlandse Papillon* zaak en de *zustersvennootschappen* zaak en hiermee kan blijven voldoen aan de impliciete vereisten van de fiscale eenheidsregeling.

Het onderzoek eindigt in hoofdstuk 5 met een conclusie. In deze conclusie wordt het onderzoek samengevat en wordt de probleemstelling beantwoord.

²³ HvJ EU 27 november 2008, C-418/07 (*Société Papillon*)

²⁴ European Commission Press Release, 16 juni 2011, IP/11/719

²⁵ Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr.11/00180, V-N Vandaag 2013/120, Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr.11/00824, NTFR 2013/526, Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr.11/00587, V-N 2013/14.14

²⁶ Conclusie AG Kokott, 27 februari 2014, C-39/13, C-40/13, C-41/13 (*SCA Holding, MSA International Holdings en X1 Holding GmbH*)

²⁷ HvJ EU 12 juni 2014, C-39/13 (*SCA Holding*), HvJ EU 12 juni 2014, C-41/13 (*MSA International Holdings*), HvJ EU 12 juni 2014, C-40/13 (*X1 Holding GmbH*)

1.3 Afbakening onderwerp

De nadruk van deze masterscriptie ligt met name op de oplossingen voor het Nederlandse regime van de fiscale eenheid.

De nadruk in hoofdstuk twee ligt op het achterhalen van de impliciete vereisten van de fiscale eenheid. Er wordt wat betreft de inhoud van de fiscale eenheidsregeling slechts algemeen ingegaan op de gevolgen die het gevoegd zijn in een fiscale eenheid met zich meebrengt. Een specifieke behandeling van deze gevolgen dient naar mijn mening geen doel ter beantwoording van de probleemstelling. Wegens gebrek aan relevantie voor dit onderzoek wordt er nauwelijks aandacht besteed aan de gevolgen van (ont)voeging van maatschappijen. Eveneens wordende bepalingen voor verliesverrekening over het (ont)voegingstijdstip niet behandeld.

Tevens wordt in deze masterscriptie enkel ingegaan op situaties waarin de niet in Nederland gevestigde vennootschap een in een andere lidstaat van de Europese Unie gevestigde vennootschap is. De uitspraak van het HvJ EU ziet immers op Europees recht. Hiermee is niet gezegd dat Nederland tevens een fiscale eenheid mogelijk moet maken indien er een tussenhoudstervenootschap is die in een land is gevestigd dat geen deel uitmaakt van de Europese Unie.²⁸

In hoofdstuk vier wordt ingegaan op deze wijze waarop Nederland een fiscale eenheid mogelijk kan maken in zowel de *Nederlandse Papillon* situatie alsmede de *zustervennootschappen* situatie. In verband met de beperkte omvang van een masterscriptie wordt enkel ingegaan op de gevolgen van de verschillende opties vanuit Nederlands perspectief. Derhalve wordt er niet ingegaan op de wijze waarop de verschillende opties gevolgen kunnen hebben vanuit een verdragstechnisch perspectief. Ook wordt er geen onderzoek gedaan naar de wenselijkheid van de opties vanuit het perspectief van de wetgever. Hiervoor spelen ook andere aspecten een rol die niet in deze masterscriptie worden meegenomen.

Deze masterscriptie beoogt enkel opties te geven op welke wijze een fiscale eenheid mogelijk gemaakt kan worden in de *Nederlandse Papillon* situatie en de *zustervennootschappen* situatie. In verband met de beperkte omvang van de masterscriptie is het voor mij niet mogelijk om alle potentiële gevolgen van de voorgestelde opties te overzien.

²⁸ Of dat er een in een land dat geen lid is van de Europese Unie een vennootschap is gevestigd die optreedt als moedervernootschap van in Nederland gevestigde zustervennootschappen.

2 De fiscale eenheid

In dit hoofdstuk wordt het Nederlandse regime van de fiscale eenheid, dat is opgenomen in de Wet Vpb en het BFE, besproken. Aan de hand van het huidige fiscale eenheidsregime wordt een aantal impliciete vereisten achterhaald. De impliciete vereisten zijn vereisten die niet letterlijk in de wettekst zijn opgenomen, maar die volgen uit (een combinatie van) de wettelijke vereisten. Deze impliciete vereisten zijn van belang omdat deze weergeven waaraan de opties om een fiscale eenheid te vormen in de *Nederlandse Papillon* situatie en de *zustersvennootschappen* situatie moeten voldoen.²⁹

Het huidige fiscale eenheidsregime wordt beschreven door in paragraaf 2.1 aan te vangen met de kern van de fiscale eenheidsregeling. Daarna wordt in paragraaf 2.2 ingegaan op de wettelijke vereisten voor de vorming en instandhouding van de fiscale eenheid.

Vervolgens wordt in paragraaf 2.3 ingegaan op de wijze waarop de wetgever de Nederlandse fiscale eenheidsregeling slechts van toepassing heeft willen laten zijn op vermogen en werkzaamheden die binnen de fiscale jurisdictie van Nederland zijn ontstaan.

Het hoofdstuk eindigt in paragraaf 2.4 met een tussenconclusie waarin de impliciete vereisten van de huidige fiscale eenheidsregeling nogmaals worden weergegeven.

2.1 Kern van de fiscale eenheid

2.1.1 Fictieve toerekening

In deze paragraaf wordt de kern van de fiscale eenheidsregeling behandeld. De fiscale eenheid heeft zijn bestaan te danken aan de wens om de belastingheffing binnen een concern te laten baseren op de verzamelbalans van de gehele onderneming.³⁰ Dit is tot uitdrukking gekomen in het Besluit op de Winstbelasting 1940, door de mogelijkheid te bieden aan partijen in een concern om op verzoek en onder voorwaarden de belastingheffing plaats te laten vinden alsof de dochtervennootschappen zijn opgegaan in de moedervennootschap. Bij deze ‘opgaan in-benadering’ bestond er onduidelijkheid over de subjectieve belastingplicht van de gevoegde dochtermaatschappijen.³¹ Teneinde deze onduidelijkheid weg te nemen is er bij de herziening van het regime van de fiscale eenheid in 2003 gekozen voor een fictieve toerekening van de werkzaamheden en het vermogen van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij. Deze wijziging is ingevoerd om de subjectieve belastingplicht van de dochtermaatschappij veilig te stellen, verder is er geen inhoudelijke wijziging mee bedoeld. De jurisprudentie die gold onder de ‘opgaan in- benadering’ blijft derhalve van toepassing.

De kern van de fiscale eenheidsregeling is te vinden in de volgende zinsnede uit artikel 15, eerste lid, Wet Vpb:

²⁹ In hoofdstuk 4 zal worden beoordeeld of de opties kunnen voldoen aan de impliciete vereisten. Indien dat niet het geval is zal worden onderzocht of de opties, door het invoeren van nadere bepalingen, alsnog kunnen voldoen aan de impliciete vereisten.

³⁰ Aantekening 1.4 Doel en strekking bij: Wet op de vennootschapsbelasting 1969, artikel 15, *Vakstudie Vennootschapsbelasting* bij: Wet op de vennootschapsbelasting 1969

³¹ Dit speelde met name in internationale verhoudingen.

Ingeval (...) wordt op verzoek van beide belastingplichtigen de belasting van hen geheven alsof er één belastingplichtige is, in die zin dat de werkzaamheden en het vermogen van de dochtermaatschappij deel uitmaken van de werkzaamheden en het vermogen van de moedermaatschappij.

Het eerste lid van artikel 15 Wet Vpb leidt er toe dat alle activa en passiva van de gevoegde maatschappijen worden geconsolideerd en worden toegerekend aan de moedermaatschappij. Op deze wijze wordt het concern fiscaal gezien zoveel mogelijk gelijk gesteld met een afzonderlijke onderneming.³² De moedermaatschappij zal alle vermogensbestanddelen in één verzamelbalans opnemen. Dit betekent dat onderlinge vermogensverhoudingen binnen de fiscale eenheid onzichtbaar worden, met als gevolg dat, indien er binnen een concern voor de productie van goederen door de ene maatschappij goederen worden geleverd aan een andere maatschappij, er geen tussentijdse winstneming plaats zal vinden bij de verstrekker van de goederen. De winstneming komt pas tot uitdrukking zodra de goederen het concern verlaten.

Een ander gevolg van de fiscale toerekening is dat de resultaten van alle maatschappijen binnen het concern gesaldeerd worden. Het uiteindelijke saldo van resultaten zal bij de moedermaatschappij van de fiscale eenheid belast worden. Verder brengt het met zich mee dat alle feiten en omstandigheden die gelden voor een zelfstandig belastingplichtig lichaam, na opname in de fiscale eenheid eveneens relevant worden voor de moedermaatschappij.

De fiscale toerekening aan de moedermaatschappij heeft tot gevolg dat er door de fiscale eenheid maar één keer aangifte hoeft te worden gedaan. De belasting wordt geheven bij de moedermaatschappij.

2.1.2 Impliciet vereiste van de fiscale eenheidsregeling

Uit de voorgaande subparagraaf is het eerste impliciete vereiste waaraan de fiscale eenheidsregeling moet voldoen te achterhalen. Aangezien de kern van de fiscale eenheid is dat het vermogen fictief wordt toegerekend, dient er voor de vorming van een fiscale eenheid een maatschappij te zijn aan wie het vermogen kan worden toegerekend. De maatschappij waaraan het vermogen zal worden toegerekend krijgt tevens de verplichting om aangifte voor de fiscale eenheid te doen.

Om die reden zal als eerste impliciete vereiste waaraan de fiscale eenheidsregeling moet voldoen worden gebruikt:

Er dient een belastingplichtige te zijn aan wie de werkzaamheden en het vermogen van de andere maatschappijen kan worden toegerekend.

Om een fiscale eenheid te vormen en in stand te houden dienen de vennootschappen, die deel wensen uit te maken van deze fiscale eenheid, te voldoen aan een aantal wettelijke vereisten. Deze vereisten worden in de volgende subparagraaf behandeld.

³² Dit wordt in het arrest *Société Papillon* alsmede het arrest *X-Holding* als doelstelling aangemerkt. Ook AG Kokott verwijst in haar conclusie van 27 februari 2014 naar deze doelstelling.

2.2 Vereisten fiscale eenheid

De wettelijke eisen voor de vorming en instandhouding van de fiscale eenheid zijn opgenomen in artikel 15 Wet Vpb en worden in de volgende subparagrafen besproken.

2.2.1 Eisen aan de rechtsvorm

Een van de vereisten voor de vorming en instandhouding van de fiscale eenheid is opgenomen in artikel 15, derde lid, onderdeel d en e, Wet Vpb. Hierin staat opgenomen welke rechtspersonen in aanmerking komen voor opname in een fiscale eenheid.

Naast de NV, de BV en de SE³³ kan inmiddels ook een coöperatie, een onderlinge waarborgmaatschappij en een vereniging of stichting die op grond van de Woningwet bij koninklijk besluit is toegelaten als instelling die in het belang van de volkshuisvesting werkzaam is³⁴, optreden als moedermaatschappij in de fiscale eenheid.³⁵ Naast deze mogelijkheid voor naar Nederlands³⁶ recht opgerichte binnenlands belastingplichtigen is het eveneens mogelijk voor binnenlandse belastingplichtigen die naar buitenlands recht³⁷ zijn opgericht om als moedermaatschappij deel uit te maken van de fiscale eenheid.³⁸ Dit geldt voor de vier categorieën van lichamen die in Nederland zijn gevestigd en die zijn opgenomen in artikel 15, derde lid, onderdeel d, Wet Vpb.

Deze lichamen dienen voorts naar aard en inrichting vergelijkbaar te zijn met naar Nederlands recht opgerichte lichamen. Het naar buitenlands recht opgerichte lichaam wordt naar aard en inrichting als vergelijkbaar gezien indien cumulatief wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 3 BFE. Deze voorwaarden houden kort gezegd in dat het lichaam een in aandelen verdeeld kapitaal dient te hebben en tevens als subject in het land van oprichting onderworpen is aan een belasting naar de winst. Verder dient de behaalde winst niet rechtstreeks aan de kapitaalverschaffers toegerekend te worden, maar moet dit hen toekomen via een uitdelingsbesluit. Ook mogen de kapitaalverschaffers niet verder aansprakelijk worden gesteld dan tot het bedrag dat op aandelen is gestort. Tot slot dienen kapitaalverschaffers in beginsel stemrecht te hebben overeenkomstig hun aandeel in het kapitaal van het lichaam.

Op grond van artikel 15, derde lid, onderdeel e, Wet Vpb, is het voor de volgende lichamen mogelijk om als dochtermaatschappij deel uit te maken van een fiscale eenheid: een NV, een BV of een daarmee naar aard en inrichting vergelijkbaar lichaam dat is opgericht naar het recht van één van de categorieën die hierboven in de opsomming is genoemd. Voor de vergelijkbare aard en inrichting wordt eveneens getoetst aan de criteria van artikel 3 BFE.

³³ Societas Europaea, dit is de Europese vennootschap. Ik ga hier verder niet op in.

³⁴ Deze zijn belastingplichtig op grond van artikel 2, eerste lid, onderdeel d, Wet Vpb

³⁵ S.A.W.J. Strik e.a., *Vpb 2.9.2., Cursus Belastingrecht 2014, Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2014

³⁶ De SE maakt sinds 8 oktober 2004 deel uit van het Nederlandse recht. Dit is opgenomen in S.A.W.J. Strik e.a., t.a.p., *Vpb.2.9.2.B.a*

³⁷ Dit zijn naar buitenlands recht opgerichte lichamen die feitelijk in Nederland zijn gevestigd.

³⁸ Dit volgt uit artikel 15, derde lid, onderdeel d en is als opsomming opgenomen in: S.A.W.J. Strik e.a., t.a.p., *Vpb 2.9.2.B.d3*

2.2.2 Eisen aan de vestigingsplaats

In artikel 15, derde lid, onderdeel c, Wet Vpb, is het vereiste voor de vestigingsplaats opgenomen voor lichamen die deel wensen uit te maken van de fiscale eenheid. Dit vereiste houdt in dat alle belastingplichtigen, die als maatschappij in de fiscale eenheid gevoegd wensen te worden, in Nederland zijn gevestigd en in geval op een belastingplichtige de BRK, de Belastingregeling voor het land Nederland (hierna: BRN) dan wel een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing is, de belastingplichtige tevens volgens die regeling onderscheidenlijk dat verdrag geacht wordt in Nederland te zijn gevestigd of is voldaan aan de in de krachtens het vierde lid, tweede volzin, gestelde voorwaarden.³⁹

Voor de herziening van het regime van de fiscale eenheid op 1 januari 2003 was de vestigingsplaatsfictie van artikel 2, vierde lid, Wet Vpb, op grond van BNB 1988/331⁴⁰ ook van toepassing op het fiscale eenheidsregime. Dit had tot gevolg dat naar Nederlands recht opgerichte lichamen, die feitelijk in het buitenland gevestigd waren, op basis van deze fictie geacht werden in Nederland te zijn gevestigd en als gevolg daarvan opgenomen konden worden in een fiscale eenheid.⁴¹ De Staatssecretaris van Financiën heeft aangegeven dat het ongewenst is dat lichamen, waarvan de werkelijke leiding en feitelijke werkzaamheden in het buitenland plaatsvinden, in de fiscale eenheid worden opgenomen. Dit stond volgens hem op gespannen voet met de afbakening van de fiscale jurisdictie tussen betrokken landen en maakte verliesimport mogelijk.^{42,43}

De fiscale eenheidsregeling vindt, op grond van de laatste zinsnede van artikel 15, derde lid, onderdeel c, Wet Vpb, ook plaats indien de belastingplichtige niet in Nederland is gevestigd, maar wel voldoet aan de in artikel 15, vierde lid, tweede volzin, Wet Vpb, genoemde voorwaarden. Deze volzin luidt als volgt:

Voorts kan een belastingplichtige die op grond van de nationale wet of op grond van de BRK dan wel een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting niet in Nederland is gevestigd maar wel een onderneming drijft met behulp van een in Nederland aanwezige vaste inrichting, onder bij algemene maatregel van bestuur te stellen voorwaarden, deel uitmaken van een fiscale eenheid voor zover het heffingsrecht over de uit die onderneming genoten winst ingevolge de BRK, de BRN dan wel een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting aan Nederland is toegewezen indien:

Deze bepaling is een uitzondering op de hoofdregel van artikel 15, derde lid, onderdeel c, Wet Vpb, dat belastingplichtigen in Nederland dienen te zijn gevestigd en, in geval van toepassing, tevens volgens de BRK, BRN of een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting geacht worden in

³⁹ Artikel 15, derde lid, onderdeel c Wet Vpb. Artikel 15, vierde lid, tweede volzin, Wet Vpb wordt hierna besproken.

⁴⁰ Hoge Raad 29 juni 1988, nr. 24783, BNB 1988/331

⁴¹ Mits ook aan de overige voorwaarden is voldaan.

⁴² *Kamerstukken II* 1999/2000, 26854, nr. 3, paragraaf 5.1.

⁴³ In paragraaf 2.3 wordt nader ingegaan op de afbakening van de fiscale jurisdictie.

Nederland te zijn gevestigd.

Indien lichamen niet aan deze vestigingsplaatseis voldoen kunnen ze toch deelnemen aan een fiscale eenheid. Wel dient er dan, naast de overige vereisten van de fiscale eenheid, te worden voldaan aan de cumulatieve vereisten die zijn opgenomen in de tweede volzin van artikel 15, vierde lid, Wet Vpb en in de onderdelen a en b van het vierde lid van dit artikel.

In artikel 1, onderdeel d, BFE, wordt voorgeschreven dat een buitenlands belastingplichtig lichaam slechts als maatschappij kan worden aangemerkt voor zover deze op grond van artikel 15, vierde lid, tweede volzin, Wet Vpb, deel uitmaakt van een fiscale eenheid. Deze ‘voor zover’-benadering in combinatie met het vereiste dat het heffingsrecht over de winst van de vaste inrichting op grond van de BRK, BRN of een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, aan Nederland is toegewezen, leidt er toe dat de fiscale eenheid voor het in het buitenland gevestigde lichaam slechts van toepassing is op:

- (1) De winst die afkomstig is uit de Nederlandse vaste inrichting en welke winst daadwerkelijk in Nederland kan worden belast, en
- (2) De vermogensbestanddelen die op basis van een functionele analyse aan de Nederlandse vaste inrichting kunnen worden toegerekend.⁴⁴

Het niet in Nederland gevestigde lichaam gaat dus nadrukkelijk niet volledig tot de fiscale eenheid behoren. De fiscale eenheid vindt enkel plaats binnen de fiscale jurisdictie van Nederland.

Dit is in beginsel gerechtvaardigd op grond van het fiscale territorialiteitsbeginsel.⁴⁵ In paragraaf 2.3 wordt nader ingegaan op de wijze waarop Nederland in het BFE⁴⁶ de toepassing van de fiscale eenheid beperkt tot in het Nederlandse territorium opgekomen winsten en verliezen.

2.2.3 **Bezit**

De fiscale eenheidsregeling is algemeen erkend als concernbepaling. Hoewel het begrip ‘concern’ een materieel begrip is, is er vanwege rechtszekerheid gekozen om een formele bezit toe te passen.⁴⁷

Deze bezit is opgenomen in artikel 15, eerste lid, Wet Vpb, en luidt als volgt:

*In geval een belastingplichtige (moedermaatschappij) de juridische en economische eigendom bezit van ten minste 95% van de aandelen in het nominaal kapitaal van een andere belastingplichtige (dochtermaatschappij) (1) en dit bezit ten minste 95% van de statutaire stemrechten in de dochtermaatschappij vertegenwoordigt (2) en in alle gevallen recht geeft op ten minste 95% van de winst (3) en ten minste 95% van het vermogen van de dochtermaatschappij (4), (...)*⁴⁸

De wetgever is van mening dat een vergaande faciliteit als de fiscale eenheidsregeling enkel van toepassing is voor een groep maatschappijen die als een eenheid functioneert.⁴⁹ Hoewel in het verleden de fiscale eenheidsregeling enkel van toepassing was bij 100% aandelenbezit, is inmiddels om

⁴⁴ S.A.W.J. Strik e.a., t.a.p., *Vpb* 2.9.2.C.b2

⁴⁵ Het fiscale territorialiteitsbeginsel is voor het eerst als rechtvaardigingsgrond aangemerkt in HvJ EU 15 mei 1997, C-250/95 (Futura Participations SA)

⁴⁶ Artikel 29 tot en met 36 BFE.

⁴⁷ Q.W.J.C.H. Kok, t.a.p., p. 65

⁴⁸ Gemakshalve is de bezit verdelend in vier eisen, aangegeven door de getallen tussen haakjes.

⁴⁹ S.A.W.J. Strik e.a., t.a.p., *Vpb*.2.9.2.D

praktische redenen een 95% aandelenbelang, die verder voldoet aan de eisen van artikel 15, eerste lid, Wet Vpb, voldoende.

Op grond van artikel 15, tweede lid, Wet Vpb, wordt met het bezit mede bedoeld een middellijk bezit van aandelen, mits deze onmiddellijk worden gehouden door één of meer belastingplichtigen die van de fiscale eenheid deel uitmaken.

Op grond van deze bepaling is het mogelijk om (achter)kleindochtervennootschappen op te nemen in een fiscale eenheid. De voorwaarde is dat de aandelen in deze vennootschappen onmiddellijk worden gehouden door één of meer belastingplichtigen die deel uitmaken van de fiscale eenheid.

De moedermaatschappij moet dus via de dochtermaatschappij ten minste 95% van de aandelen in de kleindochtermaatschappij bezitten om deze in een fiscale eenheid op te nemen. Dit belang dient in de fiscale eenheid tot uitdrukking te komen. Om die reden is op dit moment een fiscale eenheid tussen een moedermaatschappij en een kleindochtermaatschappij, zonder voeging van de dochtermaatschappij, niet mogelijk. Er dient op basis van de beziteis sprake te zijn van een verticale ononderbroken keten. De aandelen moeten steeds onmiddellijk worden gehouden door een vennootschap die eveneens in de fiscale eenheid is gevoegd.

Bij de herziening van het regime van de fiscale eenheid zijn er vragen gesteld over het vereiste van een 'verticale ononderbroken keten'.⁵⁰ Gevraagd werd waarom een Nederlandse kleindochter van een Belgische dochter van een Nederlandse moedermaatschappij niet kan deelnemen aan een fiscale eenheid terwijl dit wel mogelijk zou zijn als de Belgische dochter een vaste inrichting in Nederland zou hebben. Het verschil tussen deze twee situaties was, naar de visie van de Staatssecretaris van Financiën, dat in het geval van de Belgische dochter met een vaste inrichting, er wel een direct economisch en juridisch belang is tussen de Nederlandse moedermaatschappij en de vaste inrichting. Het zou dan in lijn liggen met de fiscale eenheidsregeling om op grond van dit directe belang een fiscale eenheid te kunnen vormen.

Verder werd in dezelfde nota aangegeven dat, naar de mening van de Staatssecretaris van Financiën, een fiscale eenheid tussen zustermaatschappijen niet past binnen het fiscale eenheidsregime. Bij een fiscale eenheid vindt, naar de mening van de toenmalige Staatssecretaris, altijd een verticale consolidatie plaats.

Het is de bezitseis in combinatie met het vestigingsplaatsvereiste die een fiscale eenheid in een *Nederlandse Papillon* situatie en in een *zustersvennootschappen* situatie onmogelijk maakt.⁵¹

Eén van de prejudiciële vragen die Hof Amsterdam aan het HvJ EU heeft gesteld ziet ook op het vereiste van de verticale ononderbroken keten.

Op 12 juni 2014 is door het HvJ EU uitgesproken dat Nederland een fiscale eenheid mogelijk moet maken in de *Nederlandse Papillon* situatie en de *zustersvennootschappen* situatie. Dit zal tot gevolg hebben dat Nederland mogelijk niet langer een verticale ononderbroken keten als vereiste kan stellen,

⁵⁰ *Kamerstukken II 1999/2000*, 26854, nr. 6, p. 22-25

⁵¹ Dit komt in hoofdstuk 3 nader naar voren.

indien daardoor een fiscale eenheid in de *Nederlandse Papillon* situatie en de *zustersvennootschappen* situatie onmogelijk wordt gemaakt.⁵²

2.2.4 Overige wettelijke vereisten

Naast de zojuist besproken wettelijke vereisten is er nog een aantal wettelijke vereisten waar de fiscale eenheid aan moet voldoen. Deze wettelijke vereisten zijn voor het onderzoek in deze masterscriptie niet van belang. Derhalve volstaat het naar mijn mening om deze enkel te vermelden. Het betreft de volgende vereisten:

- Om een fiscale eenheid te vormen moet een verzoek worden ingediend⁵³,
- De deelnemende vennootschappen dienen gelijklopende tijdvakken te hebben⁵⁴,
- Voor de winstbepaling van de deelnemende vennootschappen is dezelfde winstbepaling vereist⁵⁵,
- De moedervenootschap mag de aandelen in de dochtervenootschap niet als voorraad houden.⁵⁶

2.3 Begrenzing fiscale eenheid tot het Nederlandse territorium

In deze paragraaf wordt ingegaan op de wijze waarop de wetgever, naast de eisen die in paragraaf 2.2 zijn besproken, met specifieke bepalingen de fiscale eenheid heeft begrensd tot het Nederlandse fiscale territorium.

2.3.1 Fiscale territorialiteitsbeginsel

Het fiscale territorialiteitsbeginsel is een in het internationaal belastingrecht aanvaard beginsel ter verdeling van heffingsrechten.⁵⁷ Het houdt in dat het voor een lidstaat mogelijk is om belasting te heffen op resultaten die voldoende binding hebben met het territorium van de lidstaat waarin deze resultaten zijn opgekomen.⁵⁸ Deze binding kan ontstaan omdat een lichaam is gevestigd in de lidstaat of omdat een lichaam door middel van een vaste inrichting inkomsten geniet uit het territorium van de lidstaat.

Met het in subparagraaf 2.2.2 besproken vestigingsplaatsvereiste heeft de wetgever invulling gegeven aan het fiscale territorialiteitsbeginsel door enkel het fiscale eenheidsregime toepassing te laten vinden voor maatschappijen die voldoende binding hebben met het Nederlandse territorium.

Allereerst is deze binding er vanwege de vestigingsplaatsvereiste. Op grond van artikel 15, derde lid, onderdeel c, Wet Vpb, is vereist dat het lichaam in Nederland is gevestigd en, indien van toepassing, op grond van het BRK, de BRN dan wel een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting in

⁵² In hoofdstuk 4 zal worden ingegaan op de opties om een fiscale eenheid mogelijk te maken in deze situaties. In deze opties wordt ook stil gestaan bij de gevolgen voor de verticale ononderbroken keten.

⁵³ Dit volgt uit artikel 15, eerste lid Wet Vpb.

⁵⁴ Artikel 15, derde lid, onderdeel a Wet Vpb.

⁵⁵ Artikel 15, derde lid, onderdeel b Wet Vpb.

⁵⁶ Artikel 15, derde lid, onderdeel f Wet Vpb.

⁵⁷ Q.W.J.C.H. Kok, t.a.p., p. 114

⁵⁸ HvJ EU 15 mei 1997, C-250/95 (*Futura Participations SA*)

Nederland is gevestigd. Dit vereiste bewerkstelligt dat maatschappijen die in de fiscale eenheid gevoegd willen worden, binding met Nederland hebben op basis van de vestigingsplaats.

In artikel 15, derde lid, onderdeel c, Wet Vpb, is tevens een bepaling opgenomen voor lichamen die niet in Nederland zijn gevestigd, maar wel binding met het Nederlandse territoir hebben door middel van een vaste inrichting.⁵⁹ Deze buitenlands belastingplichtige maatschappijen⁶⁰ kunnen voor het vermogen en de werkzaamheden die aan de vaste inrichting toerekenbaar zijn, deel uitmaken van een Nederlandse fiscale eenheid. Dit leidt er toe dat de fiscale eenheid voor de buitenlands belastingplichtige slechts van toepassing is op:

- (1) De winst die afkomstig is uit de Nederlandse vaste inrichting en welke winst daadwerkelijk in Nederland kan worden belast, en
- (2) De vermogensbestanddelen die op basis van een functionele analyse aan de Nederlandse vaste inrichting kunnen worden toegerekend.⁶¹

Door de eis te stellen in artikel 15, vierde lid, Wet Vpb, dat het heffingsrecht over de uit de vaste inrichting gekomen winst is toegewezen aan Nederland, in combinatie met de bij algemene maatregel van bestuur te stellen voorwaarden⁶², heeft de wetgever bewerkstelligd dat de fiscale eenheid, conform het fiscale territorialiteitsbeginsel, enkel van toepassing is op vermogen en werkzaamheden binnen het Nederlandse territoir.

Het is dus mogelijk dat een fiscale eenheid wordt gevormd met een buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij of een buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij. Het is zelfs mogelijk om een fiscale eenheid aan te gaan tussen een buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij en een buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij.⁶³

Om te voorkomen dat de voeging van een in het buitenland gevestigd lichaam er toe leidt dat Nederlandse winst naar het buitenland toe 'lekt' of dat Nederland de belastingheffing over in het buitenland opgekomen winst naar zich toe trekt, is het van belang om regelgeving op te nemen teneinde de belastingheffing binnen het fiscale territoir waarin de winsten zijn ontstaan te houden. Deze regelgeving is opgenomen in artikel 29 tot en met 36 van het BFE. Deze artikelen worden besproken aan de hand van de situatie van een fiscale eenheid met een buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij en in de situatie met een fiscale eenheid met een buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij. Allereerst wordt ingegaan op enkele algemene bepalingen die een rol spelen bij een fiscale eenheid met een buitenlandse belastingplichtige.

⁵⁹ Indien voldaan aan de voorwaarden in artikel 15, vierde lid, Wet Vpb.

⁶⁰ Artikel 29, eerste lid, onderdeel a, BFE

⁶¹ S.A.W.J. Strik e.a., t.a.p. *Vpb.2.9.2.C.b2*

⁶² Dit zijn de voorwaarden die in artikel 29 t/m 36 BFE zijn opgenomen.

⁶³ Nogmaals: de buitenlands belastingplichtige maatschappij kan enkel in de fiscale eenheid worden gevoegd voor het deel van de vaste inrichting.

2.3.2 Algemene bepalingen

In artikel 15, vierde lid, Wet Vpb, is opgenomen dat onder bij algemene maatregel van bestuur te stellen voorwaarden, het mogelijk is voor een in Nederland gevestigde vaste inrichting van een in het buitenland gevestigd lichaam deel kan uitmaken van een fiscale eenheid.⁶⁴ De onder bij algemene maatregel van bestuur te stellen voorwaarden zijn opgenomen in het BFE.

In artikel 29 BFE zijn de definities opgenomen. In artikel 29, eerste lid, onderdeel a, BFE, is de definitie van een buitenlands belastingplichtige maatschappij als volgt weergegeven: *een buitenlands belastingplichtige voor zover die op grond van artikel 15, vierde lid, tweede volzin, van de wet deel uitmaakt van de fiscale eenheid*. Deze definitie geeft weer dat enkel de vermogensbestanddelen die aan de vaste inrichting in Nederland zijn toe te rekenen, onderdeel kunnen uitmaken van de fiscale eenheid. Vermogensbestanddelen die niet zijn toe te rekenen aan de vaste inrichting, blijven tot het hoofdhuis behoren. Onder het hoofdhuis wordt op grond van artikel 29, eerste lid, onderdeel g, BFE, verstaan: *een buitenlands belastingplichtige als bedoeld in artikel 15, vierde lid, tweede volzin, van de wet, voor zover die op grond van die volzin geen deel uitmaakt van een fiscale eenheid*.

De overige definities zien op een buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij, een buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij, een binnenlands belastingplichtige maatschappij, een binnenlands belastingplichtige moedermaatschappij en een binnenlands belastingplichtige dochtermaatschappij. Deze definities spreken naar mijn mening voor zich en behoeven geen verdere toelichting.

Het tweede lid van artikel 29 BFE bewerkstelligt dat een naar Nederlands recht opgerichte BV of NV die feitelijk in het buitenland is gevestigd, met een vaste inrichting in Nederland, als buitenlands belastingplichtige wordt aangemerkt. Met dit artikel wordt voorkomen dat deze lichamen zich onttrekken aan de speciale voorschriften van artikel 29 tot en met 36 BFE.

In artikel 30, eerste lid BFE, is geregeld dat, voor artikel 15, tweede lid, Wet Vpb, de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van een belastingplichtige die behoren tot het vermogen van een hoofdhuis buiten beschouwing blijven. Dit heeft tot gevolg dat het aandelenbezit van een buitenlands belastingplichtige maatschappij in een dochtermaatschappij enkel meetelt voor zover het aan de vaste inrichting van de buitenlands belastingplichtige maatschappij is toe te rekenen.

Met dit artikel wordt recht gedaan aan artikel 15, vierde lid, onderdeel c, Wet Vpb, en de omstandigheid dat de resultaten- en vermogensconsolidatie van het fiscale eenheidsregime niet meer dan de vaste inrichting van de buitenlands belastingplichtige dochter omvat.⁶⁵

Artikel 31, eerste lid, BFE, bewerkstelligt dat het fiscale eenheidsregime zich strekt tot de vaste inrichting in Nederland waarvan het heffingsrecht op grond van het nationale en internationale

⁶⁴ Indien het lichaam tevens voldoet aan de overige eisen, zie paragraaf 2.2.2.

⁶⁵ S.A.W.J. Strik e.a., t.a.p. *Vpb.2.9.7.B.b.*

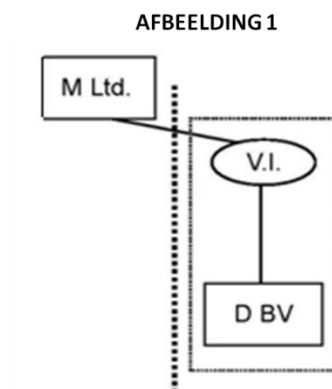
belastingrecht aan Nederland toekomt. Voor de artikelen 15aa, 15ab, tweede tot en met zesde lid, 15ac, 15ae tot en met 15aj, Wet Vpb, wordt een buitenlands belastingplichtige enkel voor zover het de vaste inrichting betreft als maatschappij aangemerkt. De wettelijke bepalingen die optreden als gevolg van de voeging in de fiscale eenheid zijn logischerwijs enkel van toepassing op de vermogensbestanddelen van de in Nederland gevestigde vaste inrichting. Het hoofdhuis van het in het buitenland gevestigde lichaam is geen onderdeel van de fiscale eenheid en er is dan ook geen argument om het hoofdhuis in aanraking te laten komen met de bepalingen van de fiscale eenheid.⁶⁶

Deze bepalingen⁶⁷ staan er borg voor dat het Nederlandse fiscale eenheidsregime zich ten aanzien van de buitenlands belastingplichtige maatschappijen slechts uitstrekt tot de Nederlandse vaste inrichting. Dit is conform het fiscale territorialiteitsbeginsel.

In de navolgende paragrafen worden de specifieke bepalingen die van toepassing zijn voor een fiscale eenheid met een buitenlandse belastingplichtige moedermaatschappij en een fiscale eenheid met een buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij behandeld.

2.3.3 Fiscale eenheid met een buitenlandse moedermaatschappij

De eerste situatie die zal worden behandeld is de situatie waarin een fiscale eenheid kan worden gevormd tussen een in het buitenland gevestigde moedermaatschappij met een vaste inrichting in Nederland en een in het binnenland gevestigde dochtermaatschappij. Dit is opgenomen in afbeelding 1^{68,69}.



De vaste inrichting en D BV zijn feitelijk in Nederland gevestigd en de aandelen van BV D zijn toe te rekenen aan de vaste inrichting van de buitenlandse moedermaatschappij.⁷⁰ Verder is voldaan aan de overige voorwaarden voor voeging in de fiscale eenheid.

⁶⁶ S.A.W.J. Strik e.a., t.a.p, *Vpb.2.9.7.B.c2*

⁶⁷ De artikelen 29 tot en met 31 BFE, niet alle onderdelen van deze artikelen zijn behandeld.

⁶⁸ Afbeelding is ontleend aan: E. Nijkeuter, 'Commentaar artikel 15 Wet Vpb Totstandkoming en beëindiging van een fiscale eenheid', *NDFR Deel Venootschapsbelasting*, paragraaf 9.6.

⁶⁹ De fiscale eenheid in deze afbeelding is weergegeven door middel van het gestreepte vierkant om de vaste inrichting en D BV.

⁷⁰ Deze eis wordt gesteld in artikel 15, vierde lid, onderdeel c, Wet Vpb.

De vennootschapsbelasting van een buitenlandse belastingplichtige wordt op grond van artikel 17, eerste lid, Wet Vpb, geheven naar het Nederlandse belastbare bedrag. Dit is, op grond van artikel 32, eerste lid, BFE, eveneens het geval in deze situatie van een fiscale eenheid met een buitenlandse moedermaatschappij. Door het karakter van de fiscale eenheid worden alle werkzaamheden en het gehele vermogen van de binnenlandse dochtermaatschappij toegerekend aan de vaste inrichting van de buitenlandse moedermaatschappij.⁷¹ Dit betekent dat de winst van de in Nederland gevestigde dochtermaatschappijen als gevolg van de voeging in de fiscale eenheid behandeld wordt als winst van een vaste inrichting van de buitenlandse moedermaatschappij.⁷²

Zonder fiscale eenheid zou de binnenlands belastingplichtige dochtermaatschappij in de belastingheffing worden betrokken volgens de regels van hoofdstuk II van de Wet Vpb. Voeging in de fiscale eenheid met een buitenlandse moedermaatschappij zal, zonder nadere regeling, tot gevolg hebben dat niet langer hoofdstuk II van de Wet Vpb van toepassing is op de binnenlandse dochtermaatschappij, maar dat de winst wordt bepaald op grond van hoofdstuk III van de Wet Vpb. Het winstobject dat op grond van hoofdstuk III van de Wet Vpb in de Nederlandse heffing wordt betrokken is beperkter dan de winst op grond van hoofdstuk II van de wet. Een voorbeeld hiervan is de rente op overtollige liquiditeiten. Deze behoren niet tot het Nederlandse inkomen van een buitenlands belastingplichtig lichaam op grond van artikel 17, derde lid, Wet Vpb. Voor een binnenlands belastingplichtig lichaam wordt deze rente wel tot de winst van artikel 3.8 Wet Inkomstenbelasting 2001 jo. artikel 8 Wet Vpb gerekend.

In de nota van toelichting bij het BFE⁷³ is aangegeven dat het regime van de fiscale eenheid geen heffingsrechten beoogt uit te breiden of te beperken en het om die reden niet de bedoeling is dat hoofdstuk III van de Wet Vpb wordt toegepast op de binnenlandse dochtermaatschappij die is gevoegd in een fiscale eenheid met een buitenlandse moedermaatschappij. Op grond van artikel 32, tweede lid, BFE, blijft hoofdstuk II van de Wet Vpb dan ook van toepassing op de binnenlands belastingplichtige dochtermaatschappij.

Verder is met artikel 33 BFE een artikel opgenomen dat ziet op de rechtsverhoudingen tussen het hoofdhuis van de buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij en een dochtermaatschappij. Op grond van artikel 33 BFE worden rechtsverhoudingen tussen een dochtermaatschappij en het hoofdhuis van een buitenlandse belastingplichtige die als moedermaatschappij deel uitmaakt van de fiscale eenheid en uit die rechtsverhoudingen voortvloeiende betalingen, bij het bepalen van de winst van de fiscale eenheid in aanmerking genomen als ware er geen fiscale eenheid.

Dit artikel is van belang omdat op grond van artikel 32, tweede lid, BFE, alle werkzaamheden en het gehele vermogen van de dochtermaatschappij geacht worden deel uit te maken van de werkzaamheden

⁷¹ Dit vloeit voort uit artikel 15, eerste lid, Wet Vpb, maar is tevens opgenomen in artikel 32, tweede lid, eerste volzin, BFE.

⁷² E. Nijkeuter, t.a.p., paragraaf 9.6.

⁷³ Staatsblad 2002, nr. 646

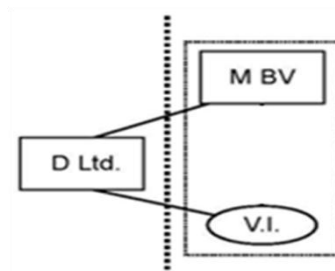
en het vermogen van de vaste inrichting van het in het buitenland gevestigde lichaam. Dit heeft gevolgen voor de rechtsverhoudingen tussen de dochtermaatschappij en het hoofdhuis van de moedermaatschappij.

Een schuld aan het hoofdhuis van de binnenlandse dochtermaatschappij - twee zelfstandige rechtspersonen - wordt door de vermogenstoerekening van de dochtermaatschappij aan de vaste inrichting, voor de heffing van de vennootschapsbelasting, zonder nadere bepalingen, getransformeerd in een 'interne schuld' van de vaste inrichting aan het hoofdhuis van de moedermaatschappij. Dit kan tot gevolg hebben dat het Nederlandse belastbare bedrag wordt verhoogd. Doordat de rente op interne schulden van een vaste inrichting aan het hoofdhuis niet aftrekbaar is⁷⁴, zou de rente die de dochtermaatschappij aan het hoofdhuis diende te betalen, na voeging in de fiscale eenheid en daarmee de transformatie naar 'interne schuld', niet langer aftrekbaar zijn van de winst van de fiscale eenheid. Artikel 33 BFE bewerkstelligt dat bedragen die voortkomen uit onderlinge rechtsverhoudingen tussen juridisch zelfstandige entiteiten, hun invloed behouden op het belastbare vaste inrichtingsresultaat in Nederland van de buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij, ondanks de voeging van de dochtermaatschappij in de fiscale eenheid. Deze bedragen zouden zonder het bestaan van de fiscale eenheid het Nederlandse resultaat ook beïnvloeden.⁷⁵

2.3.4 Fiscale eenheid met een buitenlandse dochtermaatschappij

De tweede situatie die wordt behandeld is de situatie waarin een fiscale eenheid kan worden gevormd tussen een in Nederland gevestigde moedermaatschappij met een in het buitenland gevestigde dochtermaatschappij met een vaste inrichting in Nederland. Dit is opgenomen in afbeelding 2⁷⁶.

AFBEELDING 2



M BV en de vaste inrichting zijn feitelijk in Nederland gevestigd. Verder wordt voldaan aan de overige vereisten voor de vorming van de fiscale eenheid.

Net als in de situatie met een buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij zijn ook in deze situatie nadere regels opgesteld over de bepaling van het voorwerp van de belasting van de fiscale eenheid.

Op grond van artikel 34, eerste lid, BFE, wordt de winst van de fiscale eenheid met een binnenlands

⁷⁴ Staatsblad 2002, nr. 646

⁷⁵ S.A.W.J. Strik e.a., t.a.p. *Vpb.2.9.7.C.b*

⁷⁶ Afbeelding is ontleend aan: E. Nijkeuter, t.a.p. paragraaf 9.6.

belastingplichtige moedermaatschappij geheven naar het belastbare bedrag. Het belastbare bedrag wordt bepaald op grond van hoofdstuk II Wet Vpb. Voor de buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij zou dit betekenen dat de winst van de vaste inrichting, na voeging in de fiscale eenheid, wordt bepaald op grond van hoofdstuk II Wet Vpb in plaats van hoofdstuk III Wet Vpb. Zoals in de vorige paragraaf naar voren is gekomen, kent hoofdstuk II Wet Vpb een breder winstbegrip dan hoofdstuk III Wet Vpb.

In artikel 34, tweede lid, BFE, wordt echter een uitzondering gemaakt op het eerste lid van dit artikel. Op grond van het tweede lid wordt het voorwerp van belasting van de buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij opgevat op voet van hoofdstuk III van de wet. Het fiscale resultaat van de binnenlands belastingplichtige moedermaatschappij wordt dus bepaald overeenkomstig hoofdstuk II van de Wet Vpb 1969. Het fiscale resultaat van het vermogen en de werkzaamheden die zien op de gevoegde vaste inrichting van de buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij, wordt op grond van hoofdstuk III van de wet bepaald.⁷⁷

Doordat de buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij slechts deel van de fiscale eenheid uitmaakt voor zover het de vaste inrichting in Nederland betreft, blijft er sprake van een deelneming in de dochtervennootschap. In artikel 35 BFE zijn bepalingen opgenomen voor de fiscale eenheid met een buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij waarop de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Wet Vpb van toepassing is.

Het uitgangspunt is opgenomen in artikel 35, eerste lid, BFE. Het eerste lid van artikel 35 BFE bepaalt dat met betrekking tot de deelneming van een maatschappij in een buitenlands belastingplichtige die als dochtermaatschappij deel uitmaakt van de fiscale eenheid, voor het gehele belang sprake blijft van een deelneming waarop de regelingen inzake de deelnemingsvrijstelling, uitsluitingen en alle daarmee verband houdende regelingen onverminderd van toepassing zijn als ware er geen fiscale eenheid.

De aandelen in de belastingplichtige blijven volledig kwalificeren als een deelneming en niet voor een evenredig gedeelte.⁷⁸ Dit in tegenstelling tot een fiscale eenheid tussen twee in Nederland gevestigde maatschappijen. Vanwege de fiscale toerekening van het gehele vermogen en de werkzaamheden aan een moedermaatschappij verdwijnt dan de deelnemingsverhouding.

Hierna volgt een voorbeeld om de werking van artikel 35, eerste lid BFE aan te tonen.

Voorbeeld

Een in Nederland gevestigde moedermaatschappij (M BV) heeft een deelneming in de in Duitsland gevestigde D GmbH, D GmbH heeft een vaste inrichting in Nederland. M BV en de vaste inrichting van D GmbH vormen een fiscale eenheid. De vaste inrichting behaalt een winst van 250. Verder behaalt D GmbH een winst van 100. De gehele winst van D GmbH wordt uitgekeerd aan M BV.

⁷⁷ E. Nijkeuter, t.a.p, paragraaf 9.6.3.

⁷⁸ Staatsblad 2002, nr. 646

Uitwerking

De fictieve toerekening van het vermogen en de werkzaamheden van de vaste inrichting aan M BV heeft tot gevolg dat het resultaat van 250 van de vaste inrichting bij M BV in de heffing wordt betrokken. Op grond van artikel 35, eerste lid BFE blijft de deelnemingsverhouding tussen M BV en D GmbH volledig bestaan. Om die reden blijven ook de bepalingen inzake de deelnemingsvrijstelling van toepassing. De dividenduitkering van 350 aan M BV wordt op grond van artikel 13 Wet Vpb vrijgesteld.

Ondanks het uitgangspunt in het eerste lid van artikel 35 BFE dat voor de bepalingen inzake de deelnemingsvrijstelling er wordt gedaan alsof er geen fiscale eenheid is, gaat dit uitgangspunt niet zover dat de schuldverhoudingen binnen de fiscale eenheid zichtbaar worden. In artikel 35, tweede lid, BFE, is daarom opgenomen dat onverminderd het eerste lid, artikel 15 van de wet onverkort van toepassing blijft op schuldverhoudingen tussen een buitenlands belastingplichtige maatschappij en een andere maatschappij die deel uitmaakt van dezelfde fiscale eenheid. Op deze wijze is bewerkstelligd dat schuldverhoudingen tussen de vaste inrichting en een andere maatschappij in de fiscale eenheid geacht worden onder het regime van de fiscale eenheid niet te bestaan.⁷⁹ Indien de schuld tot het hoofdhuis van de buitenlands belastingplichtige behoort is deze schuld fiscaal wel zichtbaar en vinden de bepalingen van artikel 10, eerste lid, onderdeel d, artikel 13b en artikel 13ba van de Wet Vpb wel toepassing.

Het derde tot en met het zevende lid van artikel 35 BFE hangen onderling met elkaar samen. In de nota van toelichting⁸⁰ van het BFE staat over deze bepalingen dat deze als doel hebben om dubbele verliesneming te voorkomen in de situatie met buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappijen. Deze unilaterale dubbele verliesneming kan, zonder nadere regelgeving, ontstaan doordat een verlies van de in Nederland gevestigde onderneming de winst van de fiscale eenheid vermindert. Daarnaast kan op grond van artikel 13d Wet Vpb een liquidatieverlies, dat (mede) veroorzaakt kan zijn door de Nederlandse vaste inrichting, in aftrek worden gebracht.⁸¹

Teneinde dubbele verliesneming te voorkomen is in het tweede lid van artikel 35 BFE opgenomen dat het opgeofferde bedrag⁸² voor een deelneming slechts in aanmerking wordt genomen voor zover de belastingplichtige aannemelijk maakt dat dit bedrag in absolute zin uitgaat boven de aan de buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij sinds de voeging toe te rekenen winst van de fiscale eenheid, indien die per saldo uitkomt op een negatief bedrag. Dit komt er op neer dat het opgeofferde bedrag van de buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij wordt verlaagd voor

⁷⁹ Staatsblad 2002, nr. 646

⁸⁰ Staatsblad 2002, nr. 646

⁸¹ De liquidatieverliesregeling is opgenomen in artikel 13d Wet Vpb. Zeer kort gezegd houdt de regeling in dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op een verlies op een deelneming dat tot uitdrukking komt nadat het lichaam waarin de belastingplichtige deelneemt is ontbonden. Het verschil tussen het opgeofferde bedrag en de liquidatie-uitkering is onder voorwaarden aftrekbaar.

⁸² Het opgeofferde bedrag wordt bepaald op grond van artikel 13d, tweede lid, Wet Vpb.

zover er sinds het moment van voeging in de fiscale eenheid, per saldo een verlies van de vaste inrichting bij de fiscale eenheid tot uitdrukking is gekomen.

In tegenstelling tot bij binnenlands belastingplichtige dochtermaatschappijen blijft er bij buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappijen in een fiscale eenheid wel een opgeofferd bedrag bestaan. Voor binnenlands belastingplichtige dochtermaatschappijen wordt op grond van artikel 13d, achtste lid, Wet Vpb, het opgeofferde bedrag na ontvoeging gesteld op het eigen vermogen verminderd met de toelaatbare reserves. Het vierde lid van artikel 35 BFE stelt artikel 13d, achtste lid, Wet Vpb, buiten toepassing voor het moment na ontvoeging van een buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij. Het opgeofferde bedrag voor een buitenlands belastingplichtige maatschappij zoals bepaald op grond van artikel 35, derde lid, BFE, zal ook na ontvoeging onverkort van toepassing blijven.

Naast het opgeofferde bedrag dient ook de hoogte van de liquidatie-uitkering berekend te worden. In artikel 13d, derde lid, Wet Vpb is opgenomen wat ten minste tot de liquidatie-uitkering wordt gerekend en hiermee de aftrek van het liquidatieverlies verminderd. Hiertoe worden onder andere de positieve voordelen uit hoofde van de deelneming die zijn genoten in het jaar waarin het ontbonden lichaam zijn onderneming geheel of nagenoeg geheel heeft gestaakt, in de vijf daaraan voorafgaande jaren en in de daaropvolgende jaren gerekend.⁸³

Het vaststellen van dit bedrag voor de buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij is vrij lastig omdat er binnen de fiscale eenheid onzakelijke transacties kunnen hebben plaatsgevonden. Daarom is in het vijfde lid van artikel 35 BFE bepaald dat de aan een buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij toe te rekenen winst van de fiscale eenheid tot de positieve voordelen⁸⁴ wordt gerekend, tenzij de belastingplichtige aannemelijk maakt dat hij deze winst niet als positief voordeel uit hoofde van de deelneming heeft genoten.

Bij de toerekening van de winst van de fiscale eenheid aan de buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij is artikel 15ah Wet Vpb van toepassing.⁸⁵ Deze winsttoerekening is van belang voor het bepalen van het opgeofferde bedrag of voor het vaststellen van de positieve voordelen.⁸⁶

Met artikel 35 BFE is bewerkstelligd dat Nederland haar heffingsrecht niet beperkt dan wel uitbreidt indien er een fiscale eenheid is met een buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. De deelnemingsvrijstelling is echter niet in alle deelnemingsituaties van toepassing.

In het negende tot en met het dertiende lid van artikel 13 Wet Vpb is opgenomen dat

⁸³ Artikel 13d, derde lid, onderdeel a, Wet Vpb.

⁸⁴ Voor het bepalen van de hoogte van de liquidatie-uitkering.

⁸⁵ Op grond van artikel 35, zesde lid, Wet Vpb.

⁸⁶ Het zevende lid van dit artikel zal wegens gebrek aan relevantie niet besproken worden.

deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is indien er sprake is van een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming.⁸⁷ Een beleggingsdeelneming wordt echter niet uitgesloten van deelname aan de fiscale eenheid. Teneinde de belastingheffing conform het fiscale territorialiteitsbeginsel te handhaven zijn er ook in de situatie van een buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij waarop de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is, nadere regels opgesteld. Deze regels zijn gegeven in artikel 36 BFE en zullen nu worden behandeld.

Gelijk aan de situatie met een buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, blijft op grond van artikel 36, eerste lid, tweede volzin, Wet Vpb, voor het gehele belang sprake van een deelneming. Het eerste en tweede lid van artikel 35 Wet Vpb zijn immers van overeenkomstige toepassing.

Aangezien de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is en de deelnemingsverhouding volledig blijft bestaan, kunnen er, zonder nadere regelgeving, dubbeltellingen ontstaan binnen de fiscale eenheid. Indien een gevoegde vaste inrichting een verlies lijdt, kan dit verlies allereerst binnen de fiscale eenheid ten laste van de winst worden gebracht. Daarnaast kan dit verlies ook in de vorm van een afwaardering van de deelneming ten laste van de winst van de fiscale eenheid worden gebracht. De dubbeltellingen binnen de fiscale eenheid dienen te worden voorkomen. Resultaten van niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen buiten de fiscale eenheid worden juist wel dubbel in aanmerking genomen.⁸⁸

Deze dubbeltellingen komen voort uit het uitgangspunt dat voor het gehele belang sprake blijft van een deelneming. Met artikel 36 BFE is beoogd te bereiken dat voordelen waarop de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is, slechts in aanmerking worden genomen als zij samenhangen met werkzaamheden of met het vermogen van het hoofdhuis.⁸⁹

In het eerste lid van artikel 36 BFE is opgenomen dat de buitenlands belastingplichtige (niet-kwalificerende) beleggingsdeelneming voor het moment van voeging in de fiscale eenheid haar activa en passiva op de waarde in het economisch verkeer stelt en de eventuele fiscale reserves tot de winst rekent. Op deze wijze wordt het dubbele heffingsrecht dat Nederland heeft, zowel bij realisatie van de stille reserve bij de buitenlands belastingplichtige als bij uitdeling van de winst bij de aandeelhouder, niet gewijzigd tot enkel een heffingsrecht binnen de fiscale eenheid.

Op grond van het tweede lid van artikel 36 kan de claim die volgt na de herwaardering uit het eerste lid, op verzoek van de moedermaatschappij en de buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij worden doorgeschoven. De claim kan dan worden 'ingehaald' door daadwerkelijk behaalde positieve voordelen.

Het derde lid van artikel 36 BFE regelt dat positieve resultaten uit hoofde van het belang in de niet-kwalificerende beleggingsdeelneming, bij de bepaling van de winst van de fiscale eenheid niet in

⁸⁷ Wegens gebrek aan relevantie zal niet worden ingegaan op dit begrip, er wordt naar mijn mening volstaan met het gegeven dat de deelnemingsvrijstelling niet altijd van toepassing is in deelnemingsituaties.

⁸⁸ E. Nijkeuter, t.a.p., paragraaf 9.9.9

⁸⁹ Staatsblad 2002, nr. 646

aanmerking worden genomen, voor zover aannemelijk is dat deze voordelen samenhangen met, of voortvloeien uit, aan de buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij toe te rekenen winst van de fiscale eenheid. Op deze wijze wordt de winst van de vaste inrichting binnen de fiscale eenheid eenmalig belast.

Op grond van het zesde lid van artikel 36 BFE wordt de aan de buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij toe te rekenen winst, voor toepassing van het derde lid van artikel 36 BFE, berekend alsof zij geen deel uitmaakt van de fiscale eenheid. Winsten en verliezen van voor het voegingstijdstip blijven buiten aanmerking. Het verband tussen de winst van de vaste inrichting en het voordeel uit hoofde van de deelneming zal in de praktijk vaak lastig zijn om aan te tonen. De bewijslast ligt bij de belastingplichtige. Wel is het mogelijk om vooraf afspraken te maken hierover.⁹⁰

Voor negatieve voordelen uit hoofde van het belang in de niet-kwalificerende beleggingsdeelneming geldt, op grond van het vierde lid van artikel 36 BFE, dat deze bij het bepalen van de winst van de fiscale eenheid slechts in aanmerking worden genomen voor zover aannemelijk is dat deze samenhangen met, of voortvloeien uit, werkzaamheden of vermogen van het hoofdhuis. Met deze bepaling wordt, net als bij positieve resultaten, bewerkstelligd dat na voeging in de fiscale eenheid, de negatieve resultaten slechts één keer in aanmerking worden genomen.⁹¹ De negatieve resultaten, die zijn toe te rekenen aan de vaste inrichting, komen op deze wijze eenmalig binnen de fiscale eenheid tot uitdrukking.

Het vijfde lid van artikel 36 BFE beoogt te voorkomen dat de belastingplichtige eenvoudig aan de aftrekbeperking van het vierde lid van dit artikel kan ontkomen door een ontvoeging voor het moment van een afwaardering of een vervreemding van het belang waarop een verlies zou worden geleden. Op grond van artikel 36, vijfde lid, BFE, dient bij ontvoeging een latent verlies op de deelneming nog tijdens de fiscale eenheid te worden genomen, zodat deze nog onder de aftrekbeperking van het vierde lid valt.⁹²

Door middel van de vereisten voor de in Nederland gevestigde vaste inrichting van een buitenlands belastingplichtige maatschappij in de wet en de bepalingen in het BFE heeft de wetgever bewerkstelligd dat Nederland het heffingsrecht over de in Nederland opgekomen winsten van de vaste inrichting conform het fiscale territorialiteitsbeginsel naar zich toe trekt.

2.3.5 Impliciet vereiste van de fiscale eenheidsregeling

Zoals in subparagraaf 2.2.3 en het voorgaande deel van deze paragraaf naar voren is gekomen heeft de wetgever de fiscale eenheidsregeling enkel van toepassing willen verklaren voor werkzaamheden en

⁹⁰ E. Nijkeuter, t.a.p, paragraaf 9.9.9

⁹¹ E. Nijkeuter, t.a.p, paragraaf 9.9.9

⁹² Staatsblad 2002, nr. 646

vermogen dat voldoende binding heeft met het fiscale territoir van Nederland. Hier is invulling aan gegeven door de fiscale eenheid van toepassing te verklaren voor in Nederland gevestigde maatschappijen die, indien van toepassing, volgens het BRK, BRN of een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, eveneens in Nederland zijn gevestigd. Een uitzondering wordt gemaakt voor een in het buitenland gevestigd lichaam die in Nederland een onderneming drijft met behulp van een vaste inrichting⁹³.

Om te voorkomen dat het Nederlandse heffingsrecht wordt beperkt dan wel uitgebreid vanwege heffingslekken zijn er in het BFE nadere bepalingen opgenomen. Vanuit de bepalingen in de Wet Vpb en het BFE in onderlinge samenhang is het volgende impliciete vereiste waaraan de fiscale eenheidsregeling in de *Nederlandse Papillon* situatie en de *zustersvennootschappen* situatie achterhaald:

De fiscale eenheid strekt enkel tot het vermogen en de werkzaamheden van belastingplichtigen die zijn genoemd in artikel 2 en 3 Wet Vpb, die conform het fiscale territorialiteitsbeginsel aan Nederland zijn toegewezen.

2.3.6 Impliciet vereiste van de fiscale eenheidsregeling

In paragraaf 2.3.4 is onder andere nader ingegaan op de bepalingen die zijn opgenomen in artikel 35, derde tot en met het zevende lid, BFE. Deze leden hangen onderling met elkaar samen en bewerkstelligen dat unilaterale dubbele verliesneming wordt voorkomen. Deze dubbele verliesneming kan, zonder nadere bepalingen, zich voor doen in geval verliezen die (deels) zijn veroorzaakt door de vaste inrichting van de buitenlandse tussenhoudster tot uitdrukking komen bij de moedermaatschappij door middel van de door haar in de buitenlandse tussenhoudster gehouden aandelen.⁹⁴ Dit terwijl die verliezen binnen de fiscale eenheid rechtstreeks worden verrekend met de winsten van de moedermaatschappij.⁹⁵ Teneinde deze unilaterale dubbele verliesneming te voorkomen zijn er nadere regels opgesteld in het BFE.

Vanuit deze bepalingen is het volgende impliciete vereiste waaraan de fiscale eenheid dient te voldoen achterhaald:

Het voorkomen van unilaterale dubbele verliesverrekening.

2.3.7 Hoofdelijke aansprakelijkheid buitenlands belastingplichtige maatschappij

Eén van de nadelen van de fiscale eenheid is de hoofdelijke aansprakelijkheid voor alle dochtermaatschappijen die deel uit maken van de fiscale eenheid in het tijdvak waarin de

⁹³ Er moet ook voldaan worden aan de overige vereisten voor de vorming van de fiscale eenheid.

⁹⁴ Dit kan tot uitdrukking komen door een liquidatieverlies.

⁹⁵ G.C.F. van Gelder, 'Papillon, Philips, rechtbankuitspraken, infractieprocedure hoe nu verder met de grensoverschrijdende fiscale eenheid?', *MBB 2012/10*

vennootschapsbelastingsschuld is opgekomen.⁹⁶ Bij een fiscale eenheid met enkel in Nederland gevestigde maatschappijen zal de invordering normaliter niet op veel problemen stuiten. Alle maatschappijen zijn immers hoofdelijk aansprakelijk voor de vennootschapsbelastingsschuld en de fiscus heeft voldoende zicht op de maatschappijen die in Nederland zijn gevestigd.

In de situatie dat een buitenlands belastingplichtige maatschappij met een vaste inrichting in Nederland deel uitmaakt van een fiscale eenheid kan de invordering tot meer problemen leiden.⁹⁷ Voor deze maatschappij geldt eveneens hoofdelijke aansprakelijkheid op grond van artikel 39 Invorderingswet 1990. Echter, de ontvanger van belastingsschulden kan problemen ondervinden indien het totaal van het vermogen en de werkzaamheden van de vaste inrichting onvoldoende is om de belastingsschuld van de fiscale eenheid te kunnen dragen. Het is, in het algemeen, lastiger om bij een niet in Nederland gevestigd lichaam belastingsschulden te innen dan bij een in Nederland gevestigd lichaam. Overigens is het sinds 15 juni 2001 aanzienlijk vereenvoudigd om belastingsschulden te innen van lichamen die zijn gevestigd in de Europese Unie. Op 15 juni 2001 is immers de Richtlijn betreffende wederzijdse bijstand (hierna: wederzijdse bijstandsrichtlijn) bij de invordering van EU-middelen uitgebreid met onder andere directe belastingen.⁹⁸ Op grond van deze richtlijn moeten nationale ambtenaren handelingsbevoegdheid hebben op grondgebieden van andere lidstaten. Als gevolg van deze richtlijn beperkt het aansprakelijkheidsprobleem zich met name tot de situaties met maatschappijen buiten de Europese Unie.

2.3.8 **Impliciet vereiste van de fiscale eenheidsregeling**

Het is voor de fiscus van belang om de belastingsschulden van de fiscale eenheid op een zo eenvoudig mogelijke wijze te kunnen invorderen. Om die reden is het van belang dat de fiscus voldoende mogelijkheden heeft om over te gaan tot invordering. In de situatie van een fiscale eenheid met enkel in Nederland gevestigde lichamen zal de invordering in het algemeen geen groot probleem opleveren. Het kan lastiger worden indien een in het buitenland gevestigd lichaam met een vaste inrichting in Nederland, deel gaat uitmaken van een fiscale eenheid. Als gevolg van de wederzijdse bijstandsrichtlijn is het voor de fiscus eenvoudiger geworden om de belastingsschulden te innen bij maatschappijen die zijn gevestigd binnen de Europese Unie.

Het is ongewenst voor de fiscus indien er moeilijkheden ontstaan bij de invordering van belastingsschulden en het is daarom van belang dat de fiscus voldoende verhaalmogelijkheden heeft op de belastingsschulden van de fiscale eenheid.

Als vierde impliciete vereiste waaraan de fiscale eenheidsregeling moet voldoen wordt gebruikt:

De belastingsschuld van de fiscale eenheid die op grond van de hoofdelijke aansprakelijkheid in theorie bij iedere maatschappij ingevorderd kan worden, dient in de praktijk ook invorderbaar te zijn.

⁹⁶ Artikel 39 Invorderingswet 1990

⁹⁷ Met name indien de in Nederland gevestigde maatschappijen onvoldoende verhaalmogelijkheden bieden.

⁹⁸ Aantekening 1.8 Internationale aspecten bij: Invorderingswet 1990, artikel 39, *Vakstudie Invorderingswet* bij: Invorderingswet 1990.

2.4 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk heeft het fiscale eenheidsregime in Nederland centraal gestaan. Vanuit de behandeling van het fiscale eenheidsregime zijn een viertal impliciete vereisten achterhaald waaraan de fiscale eenheidsregeling in de verschillende opties om een fiscale eenheid mogelijk te maken in de *Nederlandse Papillon* situatie alsmede de *zustersvennootschappen* situatie moet voldoen.

De fiscale eenheidsregeling is een regeling die het mogelijk maakt om, indien voldaan aan de voorwaarden, de belasting van een groep belastingplichtigen te heffen alsof er één belastingplichtige is. Op deze wijze wordt het concern fiscaal gezien zoveel mogelijk gelijk gesteld met een afzonderlijke onderneming.⁹⁹

De kern van de fiscale eenheidsregeling is gevat in het eerste lid van artikel 15 Wet Vpb en houdt in dat het vermogen fictief wordt toegerekend aan de belastingplichtige die optreedt als moedervenootschap van de fiscale eenheid. Voor de vorming van de fiscale eenheid dient er dus een maatschappij te zijn aan wie het vermogen kan worden toegerekend. De maatschappij aan wie dit vermogen wordt toegerekend krijgt tevens de verplichting om aangifte te doen voor de fiscale eenheid. Hieruit volgt het eerste impliciete vereiste waaraan de fiscale eenheidsregeling moet voldoen: *Er dient een belastingplichtige te zijn aan wie de werkzaamheden en het vermogen van de andere maatschappijen kan worden toegerekend.*

Zoals in paragraaf 2.2 en 2.3 naar voren is gekomen heeft de wetgever de fiscale eenheidsregeling enkel van toepassing willen verklaren voor werkzaamheden en vermogen dat voldoende binding heeft met het fiscale territorium van Nederland. Hier is invulling aan gegeven door de fiscale eenheid van toepassing te verklaren voor in Nederland gevestigde maatschappijen die, indien van toepassing, volgens het BRK, BRN of een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, eveneens in Nederland zijn gevestigd. Een uitzondering wordt gemaakt voor een in het buitenland gevestigd lichaam die in Nederland een onderneming drijft met behulp van een vaste inrichting¹⁰⁰.

Om te voorkomen dat het Nederlandse heffingsrecht wordt beperkt dan wel uitgebreid vanwege heffingslekken, zijn er in het BFE nadere bepalingen opgenomen. Vanuit deze bepalingen in de Wet Vpb en het BFE, in onderlinge samenhang, is het tweede impliciete vereiste waaraan de fiscale eenheidsregeling moet voldoen achterhaald:

De fiscale eenheid strekt zich enkel tot het vermogen en de werkzaamheden van belastingplichtigen die zijn genoemd in artikel 2 en 3 Wet Vpb, die conform het fiscale territorialiteitsbeginsel aan Nederland zijn toegewezen.

In het derde tot en met het zevende lid van artikel 35 BFE zijn bepalingen opgenomen die voorkomen dat een verlies van een vaste inrichting twee keer in aftrek wordt gebracht. Dit kan ontstaan doordat

⁹⁹ Dit wordt in het arrest *Société Papillon* alsmede het arrest *X-Holding* als doelstelling aangemerkt. Ook AG Kokott verwijst in haar conclusie van 27 februari 2014 naar deze doelstelling.

¹⁰⁰ Er moet ook voldaan worden aan de overige vereisten voor de vorming van de fiscale eenheid.

het verlies binnen de fiscale eenheid bij de moedermaatschappij verrekend kan worden, terwijl dit verlies daarnaast ook tot uitdrukking kan komen bij de buitenlandse tussenhoudster.

Het is ongewenst indien een verlies in zo'n situatie dubbel verrekend kan worden. Uit deze bepalingen in het BFE, die zien op de liquidatieverliesregeling, is het derde impliciete vereiste waaraan de fiscale eenheid moet voldoen achterhaald:

Het voorkomen van unilaterale dubbele verliesverrekening.

Het is voor de fiscus van belang om de belastingschulden van de fiscale eenheid op een zo eenvoudig mogelijke wijze te kunnen invorderen. Om die reden is het van belang dat de fiscus voldoende mogelijkheden heeft om over te gaan tot invordering. In de situatie van een fiscale eenheid met enkel in Nederland gevestigde lichamen zal de invordering in het algemeen geen groot probleem opleveren. Het kan lastiger worden indien een in het buitenland gevestigd lichaam met een vaste inrichting in Nederland deel gaat uitmaken van een fiscale eenheid. Als gevolg van de wederzijdse bijstandsrichtlijn is het voor de fiscus eenvoudiger geworden om de belastingschulden te innen bij maatschappijen die zijn gevestigd binnen de Europese Unie. Het is ongewenst voor de fiscus om de belastingschulden niet te kunnen invorderen en het is daarom van belang dat de fiscus voldoende verhaalmogelijkheden heeft op de belastingschulden van de fiscale eenheid.

Als vierde impliciete vereiste waaraan de fiscale eenheidsregeling moet voldoen wordt gebruikt:

De belastingschuld van de fiscale eenheid die op grond van de hoofdelijke aansprakelijkheid in theorie bij iedere maatschappij ingevorderd kan worden, dient in de praktijk ook invorderbaar te zijn.

3 Vereisten fiscale eenheid onder Europese druk

In het vorige hoofdstuk is onder andere het vereiste van de verticale ononderbroken keten en het vestigingsplaatsvereiste besproken. Deze vereisten gecombineerd maken het op dit moment onmogelijk om een fiscale eenheid te vormen in een *Nederlandse Papillon* situatie en een *zustersvennootschappen* situatie. Zoals in de inleiding reeds naar voren is gekomen staan deze vereisten al geruime tijd onder druk en zijn er zelfs prejudiciële vragen gesteld over de houdbaarheid van deze eisen onder het Europese recht. Op 12 juni 2014 is door het HvJ EU¹⁰¹ uitgesproken dat het in strijd is met het Europese recht om een fiscale eenheid te weigeren in zaken die qua problematiek vergelijkbaar zijn met de *Nederlandse Papillon* situatie alsmede de *zustersvennootschappen* situatie. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de wijze waarop (een aantal van) de huidige vereisten voor de vorming en instandhouding van de fiscale eenheid onder druk is komen te staan.

Om te beginnen wordt ingegaan op het arrest *Société Papillon*¹⁰². De Franse regeling voor de fiscale eenheid vertoont overeenkomsten met de Nederlandse regeling. Na deze uitspraak van het HvJ EU is de discussie over het toestaan van een fiscale eenheid in een *Nederlandse Papillon* situatie opgelaaid. Deze discussie is ook de Europese Commissie niet ontgaan. Zij is een infractieprocedure¹⁰³ tegen Nederland gestart. Deze procedure wordt eveneens in dit hoofdstuk besproken.

Op 17 januari 2013 heeft Hof Amsterdam¹⁰⁴ prejudiciële vragen gesteld over de houdbaarheid van de huidige vereisten voor de fiscale eenheid met het Europese recht. Deze prejudiciële vragen worden in dit hoofdstuk besproken. Vervolgens wordt kort ingegaan op de visie van een aantal auteurs.

Op 27 februari 2014 is de conclusie¹⁰⁵ van AG Kokott verschenen en gaat zij in op de door Hof Amsterdam gestelde prejudiciële vragen. Dit is tevens gedaan door het HvJ EU op 12 juni 2014. De uitspraak van het HvJ EU wordt eveneens in dit hoofdstuk besproken.

3.1 Onmogelijkheden volgend uit de huidige vereisten

Artikel 15, derde lid, onderdeel c, Wet Vpb, sluit een niet in Nederland gevestigd lichaam, zonder vaste inrichting in Nederland, uit van deelname aan een fiscale eenheid. Zoals in paragraaf 2.2.2 is aangegeven, is de achtergrond van deze uitsluiting dat het ongewenst is dat lichamen waarvan de werkelijke leiding en feitelijke werkzaamheden in het buitenland plaatsvinden in de fiscale eenheid worden opgenomen. Dit stond volgens de Staatssecretaris van Financiën op gespannen voet met de afbakening van de fiscale jurisdictie tussen betrokken landen en maakte verliesimport mogelijk.^{106,107} Buitenlandse vennootschappen met een vaste inrichting in Nederland kunnen deel uitmaken van de

¹⁰¹ HvJ EU 12 juni 2014, C-39/13 (SCA Holding), HvJ EU 12 juni 2014, C-41/13 (MSA International Holdings), HvJ EU 12 juni 2014, C-40/13 (X1 Holding GmbH)

¹⁰² HvJ EU 27 november 2008, C-418/07 (Société Papillon)

¹⁰³ European Commission Press Release, 16 juni 2011, IP/11/719

¹⁰⁴ Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr.11/00180, V-N Vandaag 2013/120, Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr.11/00824, NTFR 2013/526, Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr.11/00587, V-N 2013/14.14

¹⁰⁵ Conclusie AG Kokott, 27 februari 2014, C-39/13, C-40/13, C-41/13 (SCA Holding, MSA International Holdings en X1 Holding GmbH)

¹⁰⁶ *Kamerstukken II* 1999/2000, 26854, nr. 3, paragraaf 5.1

¹⁰⁷ In paragraaf 2.3 wordt nader ingegaan op de afbakening van de fiscale jurisdictie.

fiscale eenheid, terwijl buitenlandse vennootschappen zonder een vaste inrichting in Nederland dit niet kunnen. Aangezien een buitenlandse vennootschap beperkt wordt is de vraag aan het HvJ EU voorgelegd of dit vereiste verenigbaar is met de vrijheid van vestiging.

Het HvJ EU heeft in het arrest *X-Holding*¹⁰⁸ hierover geoordeeld dat de beperkte werking wordt gerechtvaardigd vanwege de noodzaak om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de verschillende EU-lidstaten te handhaven. Verder gaf het HvJ EU aan dat indien een dergelijke grensoverschrijdende fiscale eenheid, tussen een Nederlandse moedervenootschap en een buitenlandse dochtervenootschap, zonder vaste inrichting in Nederland, zou worden toegestaan, moedervenootschappen vrij zijn om te kiezen in welk land zij de eventuele verliezen van een dochtervenootschap tot uitdrukking zal laten brengen.

Deze uitspraak komt dus overeen met de toelichting van de Staatssecretaris van Financiën op het vestigingsplaatsvereiste.

Nederland is dus niet verplicht om de grensoverschrijdende fiscale eenheid toe te staan.

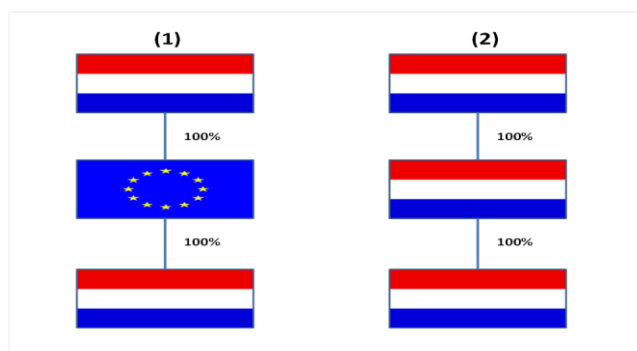
Een andere onmogelijkheid van de uitsluiting van een niet in Nederland gevestigd lichaam voor de fiscale eenheid doet zich voor in combinatie met het vereiste van de verticale ononderbroken keten. Dit vereiste volgt uit artikel 15, tweede lid, Wet Vpb. Dit tweede lid schrijft immers voor dat onder het bezit van aandelen¹⁰⁹ mede het middellijk bezit van aandelen wordt verstaan, mits deze onmiddellijk gehouden wordt door één of meer belastingplichtigen die deel uitmaakt van de fiscale eenheid. In situatie¹¹⁰ (1) in afbeelding 3 is het onder de huidige vereisten niet mogelijk om een fiscale eenheid te vormen. Immers, de buitenlandse tussenhoudster kan op grond van artikel 15, derde lid, onderdeel c, Wet Vpb, geen deel uitmaken van een fiscale eenheid. In het arrest *X-Holding* is naar voren gekomen dat Nederland er niet toe verplicht is om toegang te verlenen tot de fiscale eenheidsregeling voor een in het buitenland gevestigd lichaam zonder vaste inrichting in Nederland. Als gevolg van het weigeren van de in het buitenland gevestigde tussenhoudster is het op basis van de huidige vereisten voor de vorming van een fiscale eenheid niet mogelijk om het vermogen en de werkzaamheden van de Nederlandse lichamen te consolideren. In situatie (2) is het wel mogelijk om een fiscale eenheid te vormen tussen de Nederlandse lichamen. Wel is van belang dat in deze situatie het, op basis van de huidige vereisten, alleen mogelijk is om het vermogen en de werkzaamheden van de Nederlandse kleindochtermaatschappij te consolideren met de moedermaatschappij indien de Nederlandse tussenhoudstermaatschappij tevens in de fiscale eenheid wordt opgenomen.

¹⁰⁸ HvJ EU 25 februari 2010, C-337/08 (*X-Holding*)

¹⁰⁹ Een belastingplichtige moet ten minste 95% van de aandelen in het nominaal kapitaal van een andere belastingplichtige hebben. Voor de overige vereisten aan dit bezit, zie subparagraaf 2.2.1

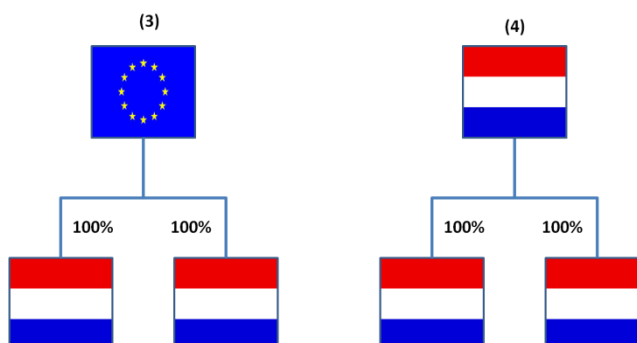
¹¹⁰ De lichamen in de afbeeldingen zijn lichamen die voldoen aan de eisen van de rechtsvorm die gesteld worden aan de moeder- en dochtermaatschappij in respectievelijk onderdeel d en e van artikel 15, derde lid Wet Vpb.

AFBEELDING 3



Daarnaast is het onder de huidige vereisten niet mogelijk om een fiscale eenheid te vormen in de onderstaande situatie (3) in afbeelding 4. De buitenlandse moederverenootschap kan immers op grond van artikel 15, derde lid, onderdeel c, Wet Vpb, geen deel uitmaken van de fiscale eenheid. Ook hier kan er geen verticale ononderbroken keten gevormd worden door de maatschappijen in een fiscale eenheid. In deze situatie is Nederland op grond van het arrest *X-Holding* eveneens niet verplicht om de buitenlandse moederverenootschap toegang te verlenen tot de fiscale eenheidsregeling. Als gevolg van de weigering van de buitenlandse moederverenootschap is in deze situatie geen enkele fiscale eenheid mogelijk op basis van de huidige vereisten. Het is immers niet mogelijk om een fiscale eenheid aan te gaan tussen zustermaatschappijen. In de situatie (4) is het wel mogelijk een fiscale eenheid aan te gaan. Wel is van belang dat een fiscale eenheid wordt aangegaan met de moedermaatschappij. Het is in deze situatie eveneens niet mogelijk om een fiscale eenheid aan te gaan tussen enkel de zusterverenootschappen. Het verschil met situatie (3) is dat er in deze situatie wel een mogelijkheid bestaat om het vermogen en de werkzaamheden van (één of meer) dochterverenootschappen te consolideren met de moederverenootschap.

AFBEELDING 4



Zowel in de eerste en de derde situatie kan er geen fiscale eenheid worden aangegaan, terwijl dit in de tweede en vierde situatie wel mogelijk is. Het verschil in behandeling vindt zijn oorsprong in het niet kunnen opnemen van een niet in Nederland gevestigde verenootschap.

In de volgende paragraaf wordt nader ingegaan op het arrest *Société Papillon*. In Frankrijk was het ten

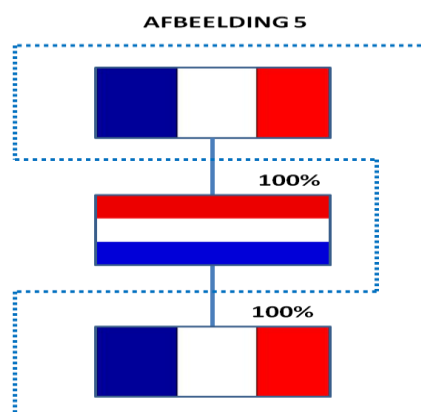
tijde van dit arrest eveneens niet mogelijk om de Franse fiscale integratieregeling toe te passen indien er geen verticale ononderbroken keten kon worden gevormd. Doordat in Frankrijk de fiscale integratieregeling enkel van toepassing was voor vennootschappen die onderworpen waren aan de Franse vennootschapsbelasting was de toepassing van de fiscale integratieregeling eveneens niet mogelijk in bovenstaande situatie (1).

3.2 Arrest Société Papillon

De casus in het arrest *Société Papillon* was als volgt. De Franse moedervernootschap wilde haar resultaten verrekenen met de resultaten van haar Franse kleindochter. De aandelen in deze Franse kleindochter werden gehouden door een Nederlandse tussenhouster, die niet was onderworpen aan de Franse vennootschapsbelasting. Voor de verrekening van de resultaten tussen vennootschappen en het neutraliseren¹¹¹ van de onderlinge transacties kent de Franse wetgeving de *intégration fiscale*. Onder deze regeling vindt er op verzoek een consolidatie plaats.

Eén van de vereisten voor opname in de *intégration fiscale* was dat het lichaam aan de Franse vennootschapsbelasting is onderworpen.¹¹² Verder schreef de Franse wetgeving voor dat de moedervernootschap een andere vennootschap van de groep evenwel indirect mag houden via een vennootschap die zelf ook lid is van de geïntegreerde groep.¹¹³

De Franse moedervernootschap heeft verzocht om toepassing van *intégration fiscale* met haar Franse kleindochter. Het is niet de bedoeling geweest om de Nederlandse tussenhouster eveneens in deze regeling op te nemen, zoals in afbeelding 5 is weergegeven.



De Franse fiscus heeft dit verzoek afgewezen. Aangezien de Nederlandse tussenhouster niet aan de Franse vennootschapsbelasting is onderworpen, kan deze niet in de *intégration fiscale* worden opgenomen. Wegens het ontbreken van de tussenhouster vormen de Franse moedervernootschap en de kleindochter geen verticale ononderbroken keten. Aangezien dit een vereiste is onder de Franse

¹¹¹ Artikel 223B, 223D en 223F, Code général des impôts.

¹¹² Artikel 223A, Code général des impôts.

¹¹³ HvJ EU 27 november 2008, C-418/07 (*Société Papillon*), r.o. 4

wetgeving werd in deze zaak geen toegang tot de *intégration fiscale* verleend. De Franse moedervennootschap was het niet eens met de afwijzing en heeft hiertegen beroep aangetekend. Uiteindelijk heeft de Franse rechter prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU. De eerste vraag die werd gesteld is of er sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging, indien de Franse moedermaatschappij de *intégration fiscale* niet wordt toegestaan met haar in Frankrijk gevestigde kleindochtermaatschappij, die gehouden wordt door een niet in Frankrijk gevestigde tussenhoudster. Indien er sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging, dan wordt vervolgens afgevraagd of deze beperking gerechtvaardigd kan worden door de noodzaak om de samenhang van het stelsel van de *intégration fiscale* te waarborgen of door een andere dwingende reden van algemeen belang.¹¹⁴ Een *intégration fiscale* zou wel zijn toegestaan indien de tussenhoudster was onderworpen aan de Franse vennootschapsbelasting. De verschillende behandeling werd dus veroorzaakt op grond van de vestigingsplaats van de in Nederland gevestigde tussenhoudster. Er was zodoende sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging.

Deze beperking kan worden gerechtvaardigd indien de beperking van belang is om de samenhang van het stelsel van de *intégration fiscale* te handhaven. De samenhang van het stelsel kan worden aangetast indien verliezen bij ingezetene vennootschappen dubbel verrekend kunnen worden. In

rechtsoverweging 47 en 48 van dit arrest is deze dubbele verliesverrekening als volgt omschreven:

“47 Immers, ingeval een kleindochtervennootschap verlies maakt, zal de dochtervennootschap normaal gesproken voorzieningen aanleggen voor de waardevermindering van haar participatie in de kleindochtervennootschap. Om deze reden zal ook de moedervennootschap voorzieningen aanleggen voor de waardevermindering van haar participatie in de dochtervennootschap. Nu het om één en hetzelfde verlies gaat, dat bij de kleindochtervennootschap is ontstaan, zullen, als al deze ondernemingen onder de fiscale-integratieregeling vallen, als gevolg van het neutralisatiemechanisme de voorzieningen voor de waardevermindering bij de dochtervennootschap en de moedervennootschap buiten beschouwing worden gelaten.

48 Wanneer echter de dochtervennootschap een niet-ingezetene vennootschap is, zal dubbel rekening worden gehouden met de bij de kleindochtervennootschap geboekte verliezen, namelijk een eerste keer in de vorm van directe verliezen bij deze laatste en nog een keer in de vorm van een voorziening die door de moedervennootschap wordt aangelegd voor de waardevermindering van haar participatie in die dochtervennootschap, aangezien de interne operaties niet zullen worden geneutraliseerd nu de niet-ingezetene dochtervennootschap niet onder de fiscale-integratieregeling valt”.

Door de *intégration fiscale* te weigeren voor een moedervennootschap met een ingezetene kleindochtervennootschap, die wordt gehouden door een niet-ingezetene dochtervennootschap, wordt de samenhang van de regeling gewaarborgd.¹¹⁵

¹¹⁴ HvJ EU 27 november 2008, C-418/07 (Société Papillon), r.o. 13

¹¹⁵ HvJ EU 27 november 2008, C-418/07 (Société Papillon), r.o. 51

Het HvJ EU gaat vervolgens verder door te toetsen of de huidige vereisten proportioneel zijn. De Franse regering betoogt dat er praktische moeilijkheden zijn om te beoordelen of er sprake is van dubbele verliesneming wanneer een niet-ingezeten dochtervennootschap de tussenschakel vormt. Het HvJ EU is van mening dat praktische moeilijkheden op zich niet volstaan om een beperking van de vrijheid te rechtvaardigen.¹¹⁶ Verder geeft het HvJ EU aan dat de wederzijdse bijstandsrichtlijn, de lidstaten de mogelijkheid biedt om van de bevoegde autoriteiten van de andere lidstaten alle inlichtingen te verlangen die relevant kunnen zijn voor de vaststelling van het precieze bedrag van de vennootschapsbelasting.¹¹⁷

De rechtvaardiging van de beperking van de vrijheid van vestiging gaat dus verder dan noodzakelijk. De vereisten voor de Franse *intégration fiscale* zijn in strijd met het Europese recht, aangezien het HvJ EU van mening is dat er minder vergaande bepalingen zijn die de samenhang van het stelsel kunnen waarborgen.

De Nederlandse fiscale eenheid kent soortgelijke eisen als de Franse *intégration fiscale*. De discussie laaide dan ook op na arrest *Société Papillon* of de Nederlandse eisen wel in overeenstemming zijn met het Europese recht. In de navolgende paragraaf zal worden ingegaan op de infractieprocedure die de Europese Commissie is gestart tegen Nederland.

3.3 Infractieprocedure tegen Nederland

Nederland kent de verplichting om de nakoming van het Europese recht te verzekeren. Indien de Europese Commissie van mening is dat een lidstaat deze verplichting niet nakomt, kan de Europese Commissie op grond van artikel 258 VwEU een infractieprocedure starten tegen deze lidstaat. Met een infractieprocedure wordt een lidstaat verzocht om de regelgeving te wijzigen. Indien een lidstaat dit verzoek niet honoreert heeft de Europese Commissie de mogelijkheid om de regeling van de lidstaat aan het HvJ EU voor te leggen.¹¹⁸

Op 16 juni 2011 heeft de Europese Commissie van deze mogelijkheid gebruik gemaakt en is er een infractieprocedure¹¹⁹ tegen Nederland gestart. De Europese Commissie heeft in deze procedure Nederland verzocht om het regime voor de fiscale eenheid te wijzigen, aangezien het niet mogelijk is een fiscale eenheid te vormen tussen twee Nederlandse zustervennootschappen die worden gehouden door een niet in Nederland gevestigde moedermaatschappij. Zie afbeelding 6.

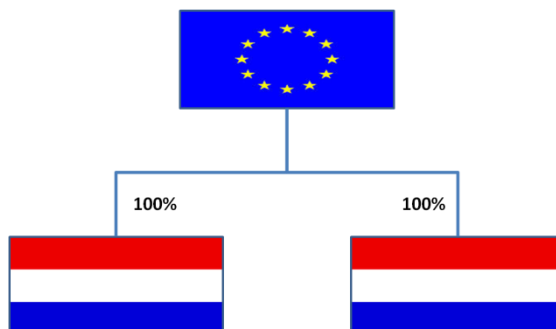
¹¹⁶ HvJ EU 27 november 2008, C-418/07 (*Société Papillon*), r.o. 54

¹¹⁷ HvJ EU 27 november 2008, C-418/07 (*Société Papillon*), r.o. 55

¹¹⁸ <http://www.minbuza.nl/ecer/eu-essentieel/inbreukprocedures>

¹¹⁹ European Commission Press Release, 16 juni 2011, IP/11/719

AFBEELDING 6



De Europese Commissie is van mening dat de huidige wetgeving betreffende de fiscale eenheid in strijd is met de vrijheid van vestiging van de artikelen 49 en 54 VwEU. Verder geeft de Europese Commissie aan dat er geen rechtvaardiging is voor deze beperking.

De infractieprocedure richt zich dus enkel op de *zustervennootschappen* situatie en niet op de *Nederlandse Papillon* situatie. Wel geeft de Europese Commissie aan dat het HvJ EU zich al eerder duidelijk heeft uitgesproken over dergelijke discriminerende belastingregimes. Ze verwijst daarin naar het arrest *Société Papillon*, waarin het HvJ EU heeft geoordeeld dat een Franse moedermaatschappij een fiscale eenheid met haar Franse kleindochter moet kunnen vormen, ook indien de tussenliggende dochteronderneming in een andere lidstaat is gevestigd.¹²⁰

*Van Gelder*¹²¹ is van mening dat het daarom niet vreemd is dat de Europese Commissie zich niet op de *Nederlandse Papillon* situatie richt. Uit de jurisprudentie van het HvJ EU valt immers af te leiden dat indien de opgeworpen vraag zakelijk gelijk is aan een gelijksoortige prejudiciële vraag waarop het HvJ EU een antwoord heeft gegeven, het HvJ EU niet nogmaals een beslissing hoeft te nemen.¹²²

De Staatssecretaris van Financiën heeft op 17 april 2012¹²³ laten weten dat de wetgeving niet zal worden aangepast. Wel achtte de Staatssecretaris van Financiën de kans reëel dat de houdbaarheid van de huidige wet- en regelgeving met betrekking tot de fiscale eenheid aan het HvJ EU zal worden voorgelegd. Enerzijds is dit mogelijk doordat de Europese Commissie het HvJ EU om een oordeel vraagt. Anderzijds is het mogelijk dat de wet- en regelgeving via prejudiciële vragen van Nederlandse rechters wordt voorgelegd aan het HvJ EU. De verwachting van de Staatssecretaris van Financiën is uitgekomen, want op 17 januari 2013 heeft Hof Amsterdam prejudiciële vragen gesteld over de geoorlooftheid van het weigeren van een fiscale eenheid in drie zaken.¹²⁴

¹²⁰ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-719_nl.htm

¹²¹ G.C.F. van Gelder, 'Papillon, Philips, rechtbankuitspraken, infractieprocedure hoe nu verder met de grensoverschrijdende fiscale eenheid?', *MBB 2012/10*

¹²² HvJ EU 6 oktober 1982, C-283/81 (Cifit)

¹²³ Brief Ministerie van Financiën, 17 april 2012, DB/2012/163 U

¹²⁴ Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr.11/00180, V-N Vandaag 2013/120, Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr.11/00824, NTFR 2013/526, Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr.11/00587, V-N 2013/14.14

3.4 Nederlandse jurisprudentie inzake de *Nederlandse Papillon* situatie

Alvorens het HvJ EU zich heeft gebogen over de houdbaarheid van een aantal van de huidige vereisten voor de vorming en de instandhouding van de fiscale eenheid, is er door Nederlandse rechtbanken en gerechtshoven al ingegaan op verzoeken om een fiscale eenheid te vormen in de *Nederlandse Papillon* situatie. Opmerkelijk is dat er geen eensgezindheid bestaat in de uitspraken. Door Rechtbank Haarlem is zowel op 9 juni 2011¹²⁵ als op 14 september 2011¹²⁶ geconcludeerd dat Nederland een fiscale eenheid moet toestaan in een *Nederlandse Papillon* situatie.

Rechtbank Den Haag¹²⁷ was daarentegen op 30 december 2011 van mening dat het verzoek om een fiscale eenheid in een *Nederlandse Papillon* situatie terecht is afgewezen. Als rechtvaardigingsgrond voor de beperking wordt aangemerkt het voorkomen van bilaterale dubbele verliesverrekening.¹²⁸

De inspecteur heeft hoger beroep aangetekend tegen de uitspraken van Rechtbank Haarlem van 9 juni 2011 en 14 september 2011. Op 17 januari 2013 heeft Hof Amsterdam een voorlopige uitspraak gedaan in deze zaken.^{129,130} Hof Amsterdam heeft prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU¹³¹. De eerste vraag ziet op de vraag of er sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging. Om dit te beoordelen dient eerst te worden gekeken naar de vergelijkbaarheid van nationale en grensoverschrijdende situaties. Hof Amsterdam vraagt zich af met welke nationale situatie de *Nederlandse Papillon* situatie kan worden vergeleken. Voor deze vergelijking wenst Hof Amsterdam te vernemen of de verticale ononderbroken keten een zodanig wezenlijk kenmerk van het fiscale eenheidsregime is, dat bij de vergelijking moet worden uitgegaan van een situatie waarin de keten van aandelenbezit ononderbroken is.¹³²

De tweede vraag die Hof Amsterdam stelt in de zaak met nr.11/00587 is of het verschil uitmaakt of de binnenlandse (achter)kleindochtervennootschappen worden gehouden door één of meer tussenhoudsters.

In de zaak met nr. 11/00824 is de tweede vraag van Hof Amsterdam of het verschil uitmaakt of de betrokken buitenlandse tussenhoudstervennootschap, 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 moedervennootschap een fiscale eenheid te vormen?

Vervolgens vraagt Hof Amsterdam zich in beide zaken af of, indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, een dergelijke beperking kan worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, meer in het bijzonder door de noodzaak tot behoud van de fiscale coherentie,

¹²⁵ Rechtbank Haarlem 9 juni 2011, nr. 10/02288, NTFR 2011/1478

¹²⁶ Rechtbank Haarlem 14 september 2011, nr. 10/03865, V-N Vandaag 2011/2347

¹²⁷ Rechtbank Den Haag 30 december 2011, nr. 11/01084, V-N 2012/21.18

¹²⁸ Rechtbank Den Haag 30 december 2011, nr. 11/01084, V-N 2012/21.18, r.o. 2.19 t/m 2.21

¹²⁹ Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr.11/00587, V-N 2013/14.14 Dit betreft het hoger beroep na de uitspraak van rechtbank Haarlem op 9 juni 2011.

¹³⁰ Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr.11/00824, NTFR 2013/526. Dit betreft het hoger beroep na de uitspraak van rechtbank Haarlem op 14 september 2011.

¹³¹ Ik behandel de prejudiciële vragen van deze zaken tegelijk, op de tweede vraag na zijn de vragen gelijk van aard.

¹³² Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr.11/00587, V-N 2013/14.14, r.o. 4.13.11

daaronder begrepen de voorkoming van unilaterale en van bilaterale dubbele verliesverrekening. Indien het antwoord op deze vraag bevestigend is, vraagt Hof Amsterdam in de vierde vraag of een dergelijke beperking proportioneel is.

Ook in de zaak van rechtbank Den Haag op 30 december 2011 is hoger beroep aangetekend. In tegenstelling tot Hof Amsterdam, die in een soortgelijke kwestie uitgebreid op de problematiek is ingegaan en prejudiciële vragen heeft gesteld aan het HvJ EU, wijst Hof Den Haag de fiscale eenheid af in twee zinnen. Zo stelt Hof Den Haag dat er sprake is van een interne aangelegenheid en is er om die reden geen toegang tot het Europese recht.

3.5 Auteurs over de Nederlandse Papillon situatie

Het wel of niet toestaan van een fiscale eenheid in de *Nederlandse Papillon* situatie heeft al vele pennen in beweging gebracht.¹³³ De overheersende mening in de fiscale literatuur is dat vanwege de grote gelijkenissen tussen het Nederlandse fiscale eenheidsregime en het Franse groepsregime de Nederlandse wetgeving op dit punt moet worden aangepast.¹³⁴

Voor de beoordeling of er sprake is van een belemmering moet de vergelijkbaarheid van een communautaire situatie met een zuiver interne situatie worden onderzocht.¹³⁵ Hof Amsterdam twijfelt over de objectieve vergelijkbaarheid in de situatie dat een fiscale eenheid wordt gevormd zonder voeging van de tussenhoudsters. Er is immers ook geen fiscale eenheid mogelijk tussen een Nederlandse moedervenootschap en een, door een Nederlandse tussenhoudster gehouden, Nederlandse kleindochtervenootschap, indien deze tussenhoudster niet wordt opgenomen in de fiscale eenheid. Dan wordt immers niet voldaan aan de verticale ononderbroken keten. In het arrest *Société Papillon* was in een vergelijkbare situatie eveneens een verticale ononderbroken keten vereist. In de noot van VN 2013/14.14¹³⁶ is aangegeven dat in het arrest *Société Papillon* het HvJ EU over deze vraag van de objectieve vergelijkbaarheid heen is gestapt.

*Smit*¹³⁷ stelt dat het inderdaad de vraag is of er technisch gezien sprake is van discriminatie. De vraag is volgens *Smit* echter hoe reëel de door Hof Amsterdam genoemde vergelijkingsmaatstaf is. In een binnenlandse situatie kan de tussenhoudster *wel* in de fiscale eenheid worden opgenomen. Uiteindelijk is het doel van belanghebbenden om de Nederlandse resultaten te poolen en in een puur binnenlandse situatie zouden zij dit naar alle waarschijnlijkheid hebben bereikt door integraal te voegen.

¹³³ Zie onder andere: W.F.E.M. Egelie, t.a.p., F.A. Engelen, t.a.p., G.C.F. van Gelder, t.a.p.

¹³⁴ Redactie V-N, 'Fiscale eenheid met kleindochtermaatschappijen die via Spaanse en Griekse vennootschappen worden gehouden niet mogelijk', *V-N 2013/60.12*.

¹³⁵ HvJ EU 27 november 2008, C-418/07 (*Société Papillon*), r.o.27

¹³⁶ Redactie V-N, 'Mogen via Duitse tussenhouding gehouden (achter) kleindochtervenootschappen in f.e. worden gevoegd? Prejudiciële vragen HvJ EU', *V-N 2013/14.14*

¹³⁷ D.S. Smit, t.a.p.

Smit haalt verder het arrest *Société Papillon* aan. Aangezien het HvJ EU zonder enige moeite oordeelde dat er sprake was van een belemmering is zijn de verwachting dat in de *Nederlandse Papillon* situatie er niet anders zal worden besloten.

Zoals in de vorige paragraaf naar voren is gekomen hanteert Hof Den Haag een andere vergelijkingsmaatstaf. Zij beoordeelt het als een puur binnenlandse aangelegenheid omdat het alleen binnenlandse vennootschappen betreft en als gevolg daarvan heeft belanghebbende geen toegang tot het Europese recht. In het commentaar bij deze uitspraak in V-N 2013/60.12¹³⁸ komt naar voren dat het op zijn zachtst gezegd opvallend is te noemen dat Hof Den Haag van mening is dat het een interne situatie betreft, aangezien het standaard jurisprudentie van het HvJ EU is om dit niet als een interne situatie aan te merken.

De vervolgvraag is of er sprake is van een rechtvaardiging voor de belemmering. In de (lagere) rechtspraak zijn een aantal rechtvaardigingsgronden opgevoerd.

Als rechtvaardigingsgrond werd onder andere aangemerkt de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid.¹³⁹ Deze rechtvaardigingsgrond zal niet stand houden indien de gewenste fiscale eenheid enkel de in Nederland gevestigde vennootschappen omvat.

De belemmering kan in beginsel wel worden gerechtvaardigd omdat een fiscale eenheid in de *Nederlandse Papillon* situatie het risico van unilaterale dubbele verliesverrekening oproept.

*Nieuweboer*¹⁴⁰ geeft echter aan dat er minder vergaande mogelijkheden zijn om binnenlandse dubbele verliesverrekening te voorkomen. Hij verwijst hiervoor naar de bepalingen in artikel 33 e.v. van het BFE.¹⁴¹

*Engelen*¹⁴² stelt dat het gevaar van dubbele verliesneming zich eveneens voordoet in de situatie van een Nederlandse moedervenootschap die een fiscale eenheid vormt met de Nederlandse vaste inrichting van een buitenlandse dochtervenootschap. Hij verwijst eveneens naar de bepalingen in het BFE die dubbele verliesneming in deze situatie voorkomen. Met overeenkomstige toepassing van deze bepalingen, is hij van mening dat een fiscale eenheid in de *Nederlandse Papillon* situatie moet worden toegestaan.

Een andere rechtvaardigingsgrond die in de rechtspraak is aangehaald is het voorkomen van bilaterale dubbele verliesverrekening. Rechtbank Den Haag¹⁴³ merkte dit aan als een rechtvaardigingsgrond om de voorgestelde fiscale eenheid te weigeren. Na het verschijnen van deze uitspraak is in de noot¹⁴⁴ op deze rechtvaardigingsgrond ingegaan door een parallel te trekken met de conclusie van AG Kokott in

¹³⁸ Redactie V-N, t.a.p., VN 2013/60.12

¹³⁹ Rechtbank Den Haag 30 december 2011, nr. 11/01084, V-N 2012/21.18

¹⁴⁰ M. Nieuweboer, 'Regeling fiscale eenheid leidt tot beperking vestigingsvrijheid in geval van EU-tussenhoudster', *Commentaar NTFR 2011-2319*

¹⁴¹ Zie paragraaf 2.3.

¹⁴² F.A. Engelen, t.a.p.

¹⁴³ Rechtbank Den Haag 30 december 2011, nr. 11/01084, V-N 2012/21.18

¹⁴⁴ Redactie V-N, t.a.p., V-N 2013/60.12

het arrest *Philips Electronics*¹⁴⁵. Na de definitieve uitspraak van het HvJ EU in het arrest *Philips Electronics* is duidelijk geworden dat het voorkomen van bilaterale dubbele verliesverrekening niet langer een zelfstandige rechtvaardigingsgrond vormt. Het HvJ EU overwoog in deze zaak dat de heffingsbevoegdheid van de lidstaat van ontvangst niet wordt aangetast doordat de verliezen eveneens in een andere lidstaat in aanmerking konden worden genomen.¹⁴⁶ In de zaken bij Hof Amsterdam heeft de inspecteur dan ook aangegeven niet langer een beroep te doen op deze rechtvaardigingsgrond.¹⁴⁷

Bij gebrek aan een rechtvaardiging van de beperking van de vrijheid van vestiging, is de verwachting geweest dat de categorische uitsluiting van een fiscale eenheid in een *Nederlandse Papillon* situatie als strijdig met de vrijheid van vestiging wordt beoordeeld.¹⁴⁸ In de aantekeningen van *Vakstudie Nieuws* is deze verwachting steeds uitgesproken en dit is na lezing van de uitspraak van Hof Amsterdam niet veranderd. *Van Gelder*¹⁴⁹ is eveneens van mening dat een aantal van de huidige vereisten voor de fiscale eenheid niet ‘EU-proof’ is.

3.6 Conclusie AG Kokott

Op 27 februari 2014 is de conclusie van AG Kokott verschenen waarin zij ingaat op de door Hof Amsterdam gestelde prejudiciële vragen over de *Nederlandse Papillon* situatie en de *zustersvennootschappen* situatie. In deze paragraaf wordt de visie van AG Kokott gegeven over de twee zaken die qua problematiek vergelijkbaar zijn met de *Nederlandse Papillon* situatie.^{150,151} In paragraaf 3.10 zal ik ingaan op haar visie op de *zustersvennootschappen* situatie.

AG Kokott behandelt de zaken *SCA Holding* en *MSA International Holdings* gezamenlijk. Deze zaken betreffen een verzoek om een fiscale eenheid in een *Nederlandse Papillon* situatie. In de zaak *SCA Holding* betreft het een verzoek om een fiscale eenheid te vormen met de in Nederland gevestigde achterkleindochtervennootschappen, waar de in Nederland gevestigde moedervennootschap haar deelneming niet via één, maar twee niveaus van Duitse tussenhoudsters controleert.^{152,153}

Om tot beantwoording van de prejudiciële vragen te komen, gaat AG Kokott allereerst in op de vraag of er sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging. Om te kunnen spreken over een beperking van de vrijheid van vestiging is volgens het hof vereist dat er ‘*een nadelig verschil in behandeling is van een vestiging in een andere lidstaat in vergelijking met een zuiver binnenlandse vestiging*’.¹⁵⁴ Vervolgens overweegt AG Kokott dat een beperking van de vrijheid van vestiging op

¹⁴⁵ HvJ EU 6 september 2012, C-18/11 (Philips Electronics)

¹⁴⁶ HvJ EU 6 september 2012, C-18/11 (Philips Electronics), r.o. 30 t/m 34

¹⁴⁷ Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr.11/00824, NTFR 2013/526, r.o. 4.14.6

¹⁴⁸ Redactie V-N, t.a.p, V-N 2013/14.14

¹⁴⁹ G.C.F. van Gelder, t.a.p.

¹⁵⁰ HvJ EU 12 juni 2014, C-39/13 (SCA Holding)

¹⁵¹ HvJ EU 12 juni 2014, C-41/13 (MSA International Holdings)

¹⁵² HvJ EU 12 juni 2014, C-39/13 (SCA Holding), r.o. 9

¹⁵³ Dit verzoek wijkt dus iets af van de ‘standaard’ *Nederlandse Papillon* situatie.

¹⁵⁴ Conclusie AG Kokott, t.a.p, r.o. 21

grond van dit nadelige verschil enkel bestaat indien er sprake is van objectief vergelijkbare situaties.¹⁵⁵ AG Kokott komt tot de conclusie dat er sprake is van een nadelig verschil in behandeling¹⁵⁶:

‘Bepalend is echter dat volgens de Nederlandse regeling een moedervennootschap met een buitenlandse tussenhoudstervennootschap in het geheel geen mogelijkheid heeft met haar binnenlandse kleindochtervennootschappen een fiscale eenheid te vormen, omdat de buitenlandse dochtervennootschap geen deel van de fiscale eenheid kan uitmaken. Deze mogelijkheid bestaat daarentegen wel voor een moedervennootschap met een binnenlandse dochtervennootschap. Het Hof vond deze verschillende mogelijkheden al in het arrest Papillon relevant. Zij vormen een nadelig verschil in behandeling van een moedervennootschap die gebruikmaakt van haar vrijheid van vestiging door de oprichting van een dochtervennootschap in een andere lidstaat.’

Met verwijzing naar de arresten *X Holding* en *Société Papillon* komt AG Kokott tot de conclusie dat:

‘de situatie van een binnenlandse moedervennootschap met binnenlandse kleindochtervennootschappen en een buitenlandse tussenhoudster, objectief vergelijkbaar is met een binnenlandse moedervennootschap met een binnenlandse dochtervennootschap.’¹⁵⁷

In het arrest *Société Papillon* heeft het Hof bij de beoordeling van de objectieve vergelijkbaarheid rekening gehouden met de doelstelling van de bepaling, die inhield dat het concern fiscaal zoveel mogelijk gelijk gesteld werd met een afzonderlijke onderneming. Deze doelstelling, die ook wordt nagestreefd in Nederland, kon ook worden behaald wanneer alleen de moeder- en kleindochtervennootschap in het binnenland waren gevestigd.¹⁵⁸

Op basis van het nadelige verschil in behandeling en de objectieve vergelijkbaarheid van de situatie komt AG Kokott tot de conclusie dat er sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging. Nu er een beperking van de vrijheid van vestiging is geconstateerd is de volgende stap om te beoordelen of deze beperking kan worden gerechtvaardigd uit hoofde van de noodzaak tot behoud van de fiscale coherentie, daaronder begrepen de voorkoming van unilaterale en bilaterale dubbele verliesverrekening.¹⁵⁹

Met betrekking tot de unilaterale dubbele verliesverrekening is AG Kokott van mening dat *‘het aan de lidstaat zelf is om dit te verhinderen door zijn belastingstelsel zonder beperkingen in te richten en daarin zo nodig speciale voorschriften ter voorkoming van dubbele verliesverrekening te voorkomen.’¹⁶⁰*

Met betrekking tot de bilaterale dubbele verliesverrekening is AG Kokott van mening dat dit geen rechtvaardiging kan vormen voor de beperking die hier aan de orde is, omdat: *‘het verbod om een*

¹⁵⁵ Conclusie AG Kokott, t.a.p, r.o. 31

¹⁵⁶ Conclusie AG Kokott, t.a.p, r.o. 25

¹⁵⁷ Conclusie AG Kokott, t.a.p, r.o. 35

¹⁵⁸ Conclusie AG Kokott, t.a.p, r.o. 34

¹⁵⁹ Conclusie AG Kokott, t.a.p, r.o. 46

¹⁶⁰ Conclusie AG Kokott, t.a.p, r.o. 49

*fiscale eenheid te vormen tussen een Nederlandse moeder vennootschap en haar Nederlandse kleindochtervennootschappen in het geheel niet geschikt is om deze te voorkomen.*¹⁶¹ Verder geeft AG Kokott aan dat het een zaak van de Nederlandse wetgeving is om dubbele verliesverrekening te voorkomen, zoals dit ook gebeurt voor het geval van een buitenlandse tussenhoudster vennootschap met een binnenlandse vaste inrichting.¹⁶²

AG Kokott komt tot de conclusie dat in de *Nederlandse Papillon* situatie¹⁶³ moet worden vastgesteld het in strijd is met de vrijheid van vestiging, dat er geen fiscale eenheid kan worden gevormd in de *Nederlandse Papillon* situatie.

Na de conclusie van AG Kokott was het wachten op de uitspraak van het HvJ EU. Deze is op 12 juni 2014 verschenen en wordt in de volgende paragraaf behandeld.

3.7 Uitspraak Europese Hof van Justitie inzake de *Nederlandse Papillon* situatie

Op 12 juni 2014 heeft het HvJ EU uitspraak gedaan in de samen gevoegde arresten.^{164,165,166}

Allereerst is het HvJ EU ingegaan op de arresten inzake de *Nederlandse Papillon* situatie¹⁶⁷. De eerste vraag die door het HvJ EU is beantwoord is of er sprake is van een beperking in de situatie dat de in Nederland gevestigde moeder vennootschap geen fiscale eenheid kan vormen met haar tevens in Nederland gevestigde kleindochtervennootschap, indien deze wordt gehouden door een niet in Nederland gevestigde tussenhoudster vennootschap. Het HvJ EU overwoog¹⁶⁸:

‘Anders dan een aantal partijen stellen, is het in dit opzicht van geen belang dat zelfs in een zuiver binnenlandse situatie een moeder vennootschap geen fiscale eenheid met haar kleindochterondernemingen kan vormen zonder ook de tussenliggende dochteronderneming in deze eenheid op te nemen. Hoewel een Nederlandse moeder vennootschap die via een niet-ingezeten dochteronderneming Nederlandse kleindochterondernemingen bezit, in geen geval een fiscale eenheid met deze kleindochterondernemingen kan vormen, staat de mogelijkheid van fiscale integratie immers daarentegen wel open voor een Nederlandse moeder vennootschap die Nederlandse kleindochterondernemingen bezit via een ingezeten dochteronderneming.’

Het HvJ EU is van mening dat er een nadelige behandeling is van grensoverschrijdende situaties ten opzichte van binnenlandse situaties en komt derhalve tot de conclusie dat er sprake is van een beperking.¹⁶⁹ De vervolgvraag is of deze beperking kan worden gerechtvaardigd. De beperking is slechts gerechtvaardigd indien het betrekking heeft op situaties die niet objectief vergelijkbaar zijn. Deze objectieve vergelijkbaarheid moet worden onderzocht op basis van het nagestreefde doel van de

¹⁶¹ Conclusie AG Kokott, t.a.p, r.o. 54

¹⁶² Conclusie AG Kokott, t.a.p, r.o. 56

¹⁶³ De ‘standaard’ situatie waarin er één tussenhoudster vennootschap is, alsmede de situatie waarin er meerdere in een andere lidstaat gevestigde tussenhoudster vennootschappen zijn, waardoor de Nederlandse moeder vennootschap haar deelneming in de Nederlandse kleindochtervennootschap beheerst.

¹⁶⁴ HvJ EU 12 juni 2014, C-39/13 (SCA Holding)

¹⁶⁵ HvJ EU 12 juni 2014, C-40/13 (X1 Holding GmbH)

¹⁶⁶ HvJ EU 12 juni 2014, C-41/13 (MSA International Holdings)

¹⁶⁷ In het arrest SCA Holding is er sprake van twee tussenhoudster vennootschappen.

¹⁶⁸ HvJ EU 12 juni 2014, t.a.p, r.o. 25

¹⁶⁹ HvJ EU 12 juni 2014, t.a.p, r.o. 27

fiscale eenheidsregeling, of worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang.¹⁷⁰

Het HvJ EU beschrijft de doelstelling van de fiscale eenheidsregeling als volgt¹⁷¹: *‘een groep bestaande uit een moedervennootschap met haar dochterondernemingen en kleindochterondernemingen zoveel mogelijk gelijk te stellen met een onderneming met verschillende vestigingen, door fiscale consolidatie van de resultaten van al deze vennootschappen mogelijk te maken.’*

Vervolgens overweegt het HvJ EU met verwijzing naar het arrest *Société Papillon* het volgende¹⁷²: *‘Die doelstelling kan zowel worden bereikt in de situatie van een in een lidstaat ingezeten moedervennootschap die ook in die lidstaat ingezeten kleindochtervennootschappen via een eveneens ingezeten dochtervennootschap houdt, als in de situatie van een in diezelfde lidstaat ingezeten moedervennootschap die daar eveneens ingezeten kleindochtervennootschappen houdt, maar via een in een andere lidstaat gevestigde dochtervennootschap.’*

De twee situaties zijn aldus objectief vergelijkbaar en dus zal moeten worden beoordeeld of er sprake is van een rechtvaardiging van de beperking. De beperking kan worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang die verband houdt met de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel. De samenhang van het belastingstelsel kan als rechtvaardiging gelden indien er sprake is van het aantasten van een rechtstreeks verband tussen de toekenning van een belastingvoordeel en de compensatie van dat voordeel door een bepaalde belastingheffing.

In het arrest *Société Papillon* is door het HvJ EU erkend dat er sprake was van een rechtstreeks verband tussen de mogelijkheid van verliesoverdracht tussen vennootschappen van een groep en de neutralisatie van bepaalde transacties tussen deze vennootschappen. De neutralisatie strekte tot voorkoming van dubbele verliesverrekening bij de in Frankrijk gevestigde vennootschappen en hiermee werd de samenhang van het fiscale stelsel behouden.

Het toepassen van de fiscale integratieregeling in het arrest *Société Papillon* kon er in beginsel toe leiden dat dit rechtstreekse verband werd aangetast, aangezien de tussenhoudster geen deel kon uitmaken van de fiscale integratieregeling. Hierdoor zou het mogelijk zijn dat een verlies van de ingezeten kleindochtervennootschap zowel binnen de fiscale eenheidsregeling wordt verrekend bij de moedervennootschap en voor de tweede maal kon worden verrekend bij de niet-ingezeten dochtervennootschap, als gevolg van een waardevermindering van de aandelen in de kleindochtervennootschap. Deze waardevermindering kan niet worden geneutraliseerd omdat de dochtervennootschap geen deel kan uitmaken van de fiscale eenheidsregeling.

De Franse situatie moet echter worden onderscheiden van de Nederlandse situatie, zo overweegt het

¹⁷⁰ HvJ EU 12 juni 2014, t.a.p, r.o. 28

¹⁷¹ HvJ EU 12 juni 2014, t.a.p, r.o. 29

¹⁷² HvJ EU 12 juni 2014, t.a.p, r.o. 30

HvJ EU. In Nederland is in de wetgeving de deelnemingsvrijstelling opgenomen. Door deze deelnemingsvrijstelling wordt bij het bepalen van de winst van de fiscale eenheid geen rekening gehouden met eventuele verliezen uit het aandelenbezit. Er is in deze situatie dus geen neutralisatie nodig van het resultaat van de niet-ingezeten dochtervennootschap. Derhalve komt het HvJ EU tot de conclusie dat er geen rechtstreeks verband bestaat tussen de toekenning van het belastingvoordeel als gevolg van de voeging in de fiscale eenheid en de compensatie van dat voordeel door een bepaalde belastingheffing.¹⁷³

Het HvJ EU komt tot de conclusie dat er sprake is van een beperking en er is geen rechtvaardiging voor deze beperking, derhalve is er sprake van strijdigheid met het Europese recht in de *Nederlandse Papillon* situatie.¹⁷⁴

3.8 Nederlandse jurisprudentie inzake de *zustersvennootschappen* situatie

Zowel Rechtbank Haarlem op 25 januari 2011¹⁷⁵ als Rechtbank Den Haag op 14 februari 2013¹⁷⁶ hebben het verzoek om een fiscale eenheid in een *zustersvennootschappen* situatie afgewezen. Voor Rechtbank Haarlem zijn er twee verzoeken gedaan om een fiscale eenheid te vormen. Belanghebbende heeft een verzoek gedaan om een fiscale eenheid te vormen. Dit verzoek was primair om een fiscale eenheid te vormen tussen de moedervennootschap en de zustersvennootschappen, dan wel subsidiair om een fiscale eenheid te vormen tussen uitsluitend de zustersvennootschappen.¹⁷⁷ Met betrekking tot het verzoek voor de vorming van de fiscale eenheid tussen de zustersvennootschappen komt de rechtbank niet verder dan de beantwoording van de voorvraag of belanghebbende toegang heeft tot het EU-Verdrag. Rechtbank Haarlem stelt: *'dat er geen toegang is aangezien deze situatie met enkel binnenlandse dochtermaatschappijen een geheel interne aangelegenheid betreft.'*¹⁷⁸

Bij de beoordeling van het verzoek voor de fiscale eenheid met een buitenlandse moedermaatschappij komt de rechtbank tot de conclusie dat belanghebbende hier wel toegang heeft tot het EU-Verdrag. Op de vervolgvraag of er sprake is van een belemmering luidt het antwoord van de rechtbank dat er geen sprake is van een belemmering. Er is, naar het oordeel van de rechtbank: *'geen sprake van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen, aangezien de Duitse moedermaatschappij, wegens het ontberen van een vaste inrichting in Nederland, niet belastingplichtig is in Nederland. De belastingplicht is in het Nederlandse recht een wezensvoorwaarde voor de vorming van een fiscale eenheid.'*¹⁷⁹ Dit verzoek werd door de rechtbank eveneens afgewezen.

In tegenstelling tot Rechtbank Haarlem is Rechtbank Den Haag van mening dat er geen sprake is van een louter interne aangelegenheid, aangezien de aandelen gehouden worden door een buiten

¹⁷³ HvJ EU 12 juni 2014, t.a.p, r.o. 40

¹⁷⁴ Ook indien er meerdere tussenhoudstervenootschappen zijn.

¹⁷⁵ Rechtbank Haarlem 25 januari 2011, t.a.p.

¹⁷⁶ Rechtbank Den Haag 14 februari 2013, nr.11/9824, V-N 2013/60.13

¹⁷⁷ Rechtbank Haarlem 25 januari 2011, t.a.p, r.o. 1.1

¹⁷⁸ Rechtbank Haarlem 25 januari 2011, t.a.p, r.o. 4.4

¹⁷⁹ Rechtbank Haarlem 25 januari 2011, t.a.p, r.o. 4.6

Nederland gevestigde vennootschap. De vervolgvraag is of er sprake is van discriminatie. Om dit vast te stellen moet volgens de rechtbank ‘de vergelijkbaarheid van een communautaire situatie met een zuiver interne situatie worden onderzocht, daarbij rekening houdend met de door de betrokken nationale bepalingen nagestreefde doeleinden.’¹⁸⁰

Aangezien bij een fiscale eenheid de dochtermaatschappijen door voeging geacht worden op te gaan in de moedermaatschappij, is het volgens Rechtbank Den Haag een wezensvoorwaarde voor de vorming van de fiscale eenheid dat één van de maatschappijen de moedermaatschappij is van de andere tot de fiscale eenheid behorende vennootschap(pen).¹⁸¹ Belanghebbende heeft met het verzoek voorgesteld om de dochtervennootschap fictief aan te merken als moedermaatschappij van de kleindochtermaatschappij. Dit wordt afgewezen omdat hier geen nationale wettelijke grondslag voor bestaat. Aangezien er in een zuivere interne situatie ook geen fiscale eenheid kan worden gevormd tussen zustervennootschappen, zonder deelname van de moedervennootschap, is het oordeel van Rechtbank Den Haag dat er geen sprake is van een verboden discriminatie.

Verder stelt Rechtbank Den Haag dat er geen vergelijkbare situatie is als in het arrest *Société Papillon*.¹⁸² Om die reden faalt ook dit argument van belanghebbende. Het verzoek is, aldus Rechtbank Den Haag, terecht afgewezen.

Tegen de uitspraak van Rechtbank Haarlem op 25 januari 2011 is hoger beroep aangetekend. Hof Amsterdam heeft prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU.¹⁸³

Gelijk aan de in paragraaf 3.4 besproken situatie is de eerste vraag die Hof Amsterdam stelt of er sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging. Om te beoordelen of hier sprake van is dient allereerst te worden beoordeeld met welke binnenlandse situatie de *zustervennootschappen* situatie kan worden vergeleken. Hof Amsterdam wenst voor de objectieve vergelijkbaarheid ook hier te vernemen of de ‘verticale consolidatiegedachte’ een wezenlijk kenmerk is van het fiscale eenheidsregime.^{184,185}

De tweede vraag die Hof Amsterdam stelt is of het nog verschil maakt dat, in casu, de Nederlandse dochtermaatschappijen verschillende (rechtstreekse) moedermaatschappijen hebben in de andere lidstaat.

Vervolgens vraagt Hof Amsterdam zich af of, indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, een dergelijke beperking kan 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. Indien het antwoord op deze

¹⁸⁰ Rechtbank Den Haag 14 februari 2013, t.a.p, r.o. 11

¹⁸¹ Rechtbank Den Haag 14 februari 2013, t.a.p, r.o. 13

¹⁸² Rechtbank Den Haag 14 februari 2013, t.a.p, r.o. 14

¹⁸³ Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr.11/00180, V-N Vandaag 2013/120

¹⁸⁴ Gerechtshof Amsterdam 17 januari 2013, nr.11/00180, t.a.p, r.o. 4.13.11

¹⁸⁵ Indien dit geen wezenlijk kenmerk van het fiscale eenheidsregime is, dan is er sprake van een vergelijkbare binnenlandse situatie, met als gevolg dat er een beperking van de vrijheid van vestiging kan worden geconstateerd.

vraag bevestigend is, vraagt Hof Amsterdam in de vierde vraag of een dergelijke beperking proportioneel is.

3.9 Auteurs over de *zustersvennootschappen* situatie

Na het verschijnen van het arrest *Société Papillon* kwam direct de vraag op wat de gevolgen van dit arrest kunnen zijn voor Nederland voor een aantal van de vereisten voor de vorming van een fiscale eenheid.

In de noot¹⁸⁶ bij het arrest *Société Papillon* werd direct al aangegeven dat het er op lijkt dat Nederland in de *zustersvennootschappen* situatie de Nederlandse vennootschappen toegang moet verlenen tot het fiscale eenheidsregime. In de aantekeningen van *Vakstudie Nieuws*¹⁸⁷ is vervolgens steeds de verwachting uitgesproken dat de categorische uitsluiting van een fiscale eenheid in de *zustersvennootschappen* situatie in strijd is met het Europese recht en Nederland een fiscale eenheid in deze situatie in de wet zal moeten faciliteren. De Europese Commissie is dezelfde mening toegedaan en heeft dit kenbaar gemaakt door middel van een infractieprocedure tegen Nederland.¹⁸⁸

In de literatuur wordt niet zo diep ingegaan op de *zustersvennootschappen* situatie als op de *Papillon* situatie. Naar mijn mening volgt dit uit het feit dat de *zustersvennootschappen* situatie wat betreft houdbaarheid voor het EU-recht veel overeenkomsten kent met de *Nederlandse Papillon* situatie. In beide situaties is het de vestigingsplaats van een in het buitenland gevestigde vennootschap die er toe leidt dat niet aan de bezitsei kan worden voldaan, waardoor er geen fiscale eenheid kan worden gevormd. Dit terwijl de mogelijkheid voor het vormen van een fiscale eenheid er wel is in de situatie dat de vennootschap in Nederland is gevestigd.

Steun in deze visie komt van AG Kokott die de *zustersvennootschappen* zaak en de *Nederlandse Papillon* zaak in één conclusie weergeeft. Hier wordt nader op ingegaan in paragraaf 3.10.

Hoewel er veel overeenkomsten zijn tussen de *zustersvennootschappen* zaak en de *Nederlandse Papillon* zaak, is er wel een belangrijk verschil. Zoals in de jurisprudentie naar voren is gekomen, is het in de *zustersvennootschappen* situatie op voorhand niet duidelijk welke partij als moedermaatschappij kan optreden. Het verzoek bij Rechtbank Haarlem richt zich er primair op om de in het buitenland gevestigde moedermaatschappij als moedermaatschappij van de fiscale eenheid aan te merken. Subsidiair wordt verzocht om een fiscale eenheid tussen de in Nederland gevestigde *zustersvennootschappen*. In de zaak bij Rechtbank Den Haag wordt voorgesteld om één van de zustermaatschappijen bij wijze van fictie als moedervennootschap voor de fiscale eenheid aan te merken.

Het probleem dat niet duidelijk is welke vennootschap als moedermaatschappij kan worden aangemerkt wordt in de noot van VN 2013/14.14¹⁸⁹ aangemerkt als ‘extra complicatie’. Hoewel er

¹⁸⁶ Redactie V-N, ‘Regels Franse fiscale integratie in strijd met het EU-recht.’, V-N 2008/59.20

¹⁸⁷ Redactie V-N, t.a.p., V-N 2013/14.14

¹⁸⁸ Zie paragraaf 3.3.

¹⁸⁹ Redactie V-N, t.a.p., V-N 2013/14.14

hier in de literatuur, voor zover mij bekend, nauwelijks op in wordt gegaan heeft AG Kokott dit wel meegenomen in haar conclusie. Haar visie zal in de volgende paragraaf worden besproken.

3.10 Conclusie AG Kokott

Op 27 februari 2014 is de conclusie van AG Kokott verschenen waarin zij ingaat op de door Hof Amsterdam gestelde prejudiciële vragen over de *Nederlandse Papillon* situatie en de *zustersvennootschappen* situatie. In deze paragraaf zal de visie van AG Kokott worden gegeven over de *zustersvennootschappen* situatie.

AG Kokott begint het deel van haar conclusie over de *zustersvennootschappen* situatie door in te gaan op de vraag of er sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging. Met verwijzing naar rechtsoverweging 28, die ziet op het deel van de conclusie dat betrekking heeft op de *Nederlandse Papillon* situatie, is er in deze situatie volgens AG Kokott sprake van: *‘een nadelig verschil in behandeling dat eruit bestaat dat een buitenlandse moedervernootschap, in tegenstelling tot een binnenlandse moeder, geen fiscale eenheid kan vormen met haar dochters.’*

Als gevolg van het verbod op voeging, ontstaat volgens AG Kokott tevens een nadeel voor de buitenlandse moedervernootschap, aangezien zij niet het voordeel kan genieten dat ten minste haar Nederlandse dochtervennootschappen kunnen worden opgenomen in een fiscale eenheid.¹⁹⁰

Vervolgens is AG Kokott ingegaan op de vraag of de binnenlandse en buitenlandse moedervernootschap zich voor de fiscale eenheidsregeling in een objectief vergelijkbare situatie bevinden.¹⁹¹ Met verwijzing naar het arrest *Société Papillon*, is AG Kokott van mening dat: *‘de doelstelling van de fiscale eenheid, namelijk de behandeling van een concern als één enkele onderneming, in de zustersvennootschappen situatie ook gedeeltelijk kan worden verwezenlijkt indien alleen de in Nederland gevestigde dochters worden gevoegd.’*¹⁹²

Hoewel door Duitsland is aangegeven dat een consolidatie op het niveau van een dochtervennootschap niet mogelijk is, heeft de Europese Commissie tijdens de mondelinge behandeling naar de visie van AG Kokott terecht uiteengezet dat de vraag bij wie er geconsolideerd wordt louter een technische vraag is en niet van belang is voor de verwezenlijking van de doelstelling van de fiscale eenheidsregeling.¹⁹³ AG Kokott komt tot de conclusie dat er sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging. Voor de vraag of er sprake is van een rechtvaardiging voor deze beperking verwijst ze naar haar eerdere rechtsoverwegingen die betrekking hebben op de *Nederlandse Papillon* situatie. Er lijkt dus geen rechtvaardiging voor de beperking te bestaan.¹⁹⁴

Ook in de *zustersvennootschappen* situatie is er, naar de mening van AG Kokott, sprake van strijdigheid met het Europese recht.

¹⁹⁰ Conclusie AG Kokott, t.a.p, r.o. 73

¹⁹¹ Conclusie AG Kokott, t.a.p, r.o. 74

¹⁹² Conclusie AG Kokott, t.a.p, r.o. 75

¹⁹³ Conclusie AG Kokott, t.a.p, r.o. 77

¹⁹⁴ Conclusie AG Kokott, t.a.p, r.o. 81

3.11 Uitspraak HvJ EU inzake de *zustersvennootschappen* situatie

Op 12 juni 2014 is door het HvJ EU uitspraak gedaan inzake de *zustersvennootschappen* situatie.¹⁹⁵

Allereerst is beoordeeld of er sprake is van een beperking indien toepassing van de fiscale eenheidsregeling wordt onthouden aan ingezetene zustersvennootschappen waarvan de gemeenschappelijke moedervennootschap in een andere lidstaat is gevestigd en niet over een vaste inrichting in Nederland beschikt. Aangezien het in deze situatie niet mogelijk is om van de voordelen van de fiscale eenheidsregeling gebruik te maken, terwijl dit wel mogelijk is in de situatie dat de moedervennootschap een in Nederland gevestigde vennootschap is, komt het HvJ EU tot de conclusie dat er een verschil van behandeling is tussen grensoverschrijdende situaties en binnenlandse situaties en er dus sprake is van een beperking.¹⁹⁶

Vervolgens is onderzocht of er sprake is van een rechtvaardiging voor deze beperking. Allereerst is voor de rechtvaardiging bekeken of er sprake is van objectieve vergelijkbaarheid. Het HvJ EU heeft het volgende overwogen¹⁹⁷:

‘De doelstelling van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling van de fiscale eenheid, die erin bestaat het mogelijk te maken dat vennootschappen van een zelfde groep fiscaal worden behandeld alsof zij slechts één en dezelfde belastingplichtige vormen, kan even goed worden bereikt door een groep waarvan de moedervennootschap ingezetene is als door een groep waarvan de moedervennootschap niet-ingezetene is, althans wat betreft de belasting van uitsluitend de in Nederland belastingplichtige zustersvennootschappen.’

Derhalve komt het HvJ EU tot de conclusie dat de beperking niet kan worden gerechtvaardigd door een objectief situatieverschil. Tevens is de beperking niet te rechtvaardigen door een dwingende reden van algemeen belang die verband houdt met de samenhang van het belastingstelsel. Het HvJ EU overweegt¹⁹⁸:

‘Uit de verwijzingsbeslissing noch uit de bij het Hof ingediende opmerkingen blijkt, en evenmin is ter terechtzitting verklaard, dat met de toekenning van het voordeel van de fiscale eenheid aan zustersvennootschappen enig rechtstreeks verband tussen dat belastingvoordeel en een bepaalde belastingheffing in de zin van de in de punten 34 en 35 van dit arrest aangehaalde rechtspraak zou worden verbroken.’

Aangezien er sprake is van een beperking en deze beperking niet kan worden gerechtvaardigd komt het HvJ EU tot de conclusie dat er sprake is van strijdigheid met het Europese recht. Nederland dient als gevolg van deze uitspraak een fiscale eenheid mogelijk te maken in de *zustersvennootschappen* situatie.

¹⁹⁵ HvJ EU 12 juni 2014, C-40/13 (X1 Holding GmbH)

¹⁹⁶ HvJ EU 12 juni 2014, t.a.p., r.o. 48

¹⁹⁷ HvJ EU 12 juni 2014, t.a.p., r.o. 51

¹⁹⁸ HvJ EU 12 juni 2014, t.a.p., r.o. 54

3.12 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is allereerst ingegaan op de onmogelijkheden om een fiscale eenheid te vormen die voortvloeien uit een aantal vereisten voor de vorming en instandhouding van de fiscale eenheid. Na het verschijnen van het arrest *Société Papillon* zijn deze vereisten onder een vergrootglas komen te liggen. Het Franse regime voor de fiscale eenheid vertoonde veel overeenkomsten met het Nederlandse fiscale eenheidsregime. Na het verschijnen van het arrest *Société Papillon* is in de literatuur de vraag opgekomen of de vereisten die Nederland stelt voor de vorming en instandhouding van de fiscale eenheid wel in overeenstemming zijn met het Europese recht. In zowel de *Nederlandse Papillon* situatie als de *zustersvennootschappen* situatie is het op dit moment niet mogelijk een fiscale eenheid te vormen.

De Europese Commissie heeft op 16 juni 2011 Nederland kenbaar gemaakt een infractieprocedure te starten. De procedure zag op de *zustersvennootschappen* situatie. In een reactie per brief heeft de toenmalig Staatssecretaris van Financiën laten weten dat het de wetgeving niet zal aanpassen. Wel achtte hij de kans reëel dat de regeling zal worden voorgelegd aan het HvJ EU. Deze verwachting is uitgekomen. Op 17 januari 2013 heeft Hof Amsterdam prejudiciële vragen gesteld over de houdbaarheid van een aantal vereisten van het Nederlandse fiscale eenheidsregime. Voordat het Hof Amsterdam deze vragen heeft gesteld, hebben verscheidene rechtbanken zich uitgelaten over het wel of niet kunnen vormen van een fiscale eenheid in zowel de *Nederlandse Papillon* situatie als in de *zustersvennootschappen* situatie. Opmerkelijk is dat er veel verschil in de uitspraken van de rechtbank zit. In de literatuur lijkt er meer overeenstemming te bestaan en is de algemene verwachting steeds geweest dat er sprake was van strijdigheid met het Europese recht.

Op 27 februari 2014 heeft AG Kokott in een conclusie gepoogd antwoord te geven op de prejudiciële vragen die zijn gesteld door Hof Amsterdam. In lijn met de algemeen uitgesproken verwachting in de literatuur, heeft zij geoordeeld dat naar haar mening Nederland in strijd handelt met het Europese recht door geen fiscale eenheid toe te staan in zowel de *Nederlandse Papillon* situatie als de *zustersvennootschappen* situatie.

Op 12 juni 2014 is de uitspraak van het HvJ EU verschenen en heeft het HvJ EU kenbaar gemaakt dat het niet toestaan van een fiscale eenheid in zowel de *Nederlandse Papillon* situatie als de *zustersvennootschappen* situatie strijdig is met het Europese recht. In het volgende hoofdstuk wordt ingegaan op de wijze waarop Nederland een fiscale eenheid mogelijk kan maken in deze situaties en daarmee voorts kan blijven voldoen aan de impliciete vereisten van de huidige fiscale eenheidsregeling.

4 Verschillende opties om een fiscale eenheid mogelijk te maken in de *Nederlandse Papillon* situatie en de *zustersvennootschappen* situatie

In dit hoofdstuk wordt in gegaan op verschillende opties om een fiscale eenheid mogelijk te maken in de *Nederlandse Papillon* situatie en de *zustersvennootschappen* situatie. Onder de huidige vereisten voor de vorming- en instandhouding van de fiscale eenheid dient er een verticale ononderbroken keten te zijn van vennootschappen die deel uitmaken van de fiscale eenheid. Als gevolg van de uitspraak van het HvJ EU mag dit vereiste van de verticale ononderbroken keten er niet toe leiden dat er geen fiscale eenheid kan worden gevormd in de *Nederlandse Papillon* situatie en de *zustersvennootschappen* situatie. Om een fiscale eenheid mogelijk te maken in deze situaties zijn er opties die tot gevolg hebben dat er een inbreuk wordt gemaakt in de verticale ononderbroken keten.

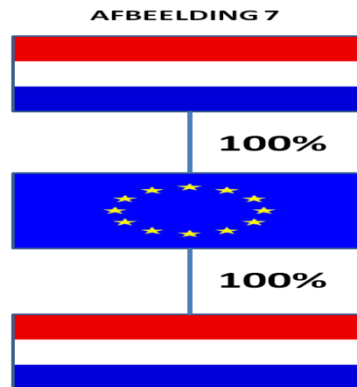
In dit hoofdstuk wordt gekeken naar opties om een fiscale eenheid mogelijk te maken in de *Nederlandse Papillon* situatie en de *zustersvennootschappen* situatie waarbij als uitgangspunt wordt genomen dat er sprake is van één in een andere lidstaat gevestigde vennootschap die deel uitmaakt van het concern, waardoor er op grond van de huidige vereisten geen fiscale eenheid kan worden gevormd. In de samengevoegde arresten¹⁹⁹ die op 12 juni 2014 zijn verschenen is door het HvJ EU geoordeeld dat er ook sprake is van strijdigheid met het EU-recht indien er meerdere, in een andere lidstaat gevestigde, vennootschappen zijn die het vormen van een fiscale eenheid voorkomen. Hoewel het niet van belang is voor de vraag of er kan worden voldaan aan de impliciete vereisten van de huidige fiscale eenheidsregeling, is het naar mijn mening wel van belang om te bekijken hoe de optie er uit komt te zien indien er sprake is van meerdere in, een andere lidstaat gevestigde, vennootschappen. Per optie wordt ingegaan op de wijze waarop de huidige vereisten het onmogelijk maken om een fiscale eenheid te vormen in deze optie. Vervolgens wordt onderzocht op welke wijze de fiscale eenheid in deze optie kan worden ingevoerd in de Nederlandse wetgeving en of er als gevolg van het invoeren van een fiscale eenheid in die optie kan worden voldaan aan de vereisten die impliciet volgen uit de wet- en regelgeving van de huidige fiscale eenheidsregeling. Indien het invoeren van de optie er toe leidt dat er niet kan worden voldaan aan deze impliciete vereisten wordt onderzocht of, en zo ja op welke wijze, het mogelijk is om door middel van aanvullende bepalingen de optie te laten voldoen de impliciete vereisten. Tot slot wordt bekeken wat de gevolgen zijn indien er meerdere vennootschappen in het concern zitten tussen de in Nederland gevestigde vennootschappen.

Het doel van dit hoofdstuk is om na het doorlopen van het stappenplan aan te geven welke opties er zijn voor de wetgever om een fiscale eenheid mogelijk te maken in de *Nederlandse Papillon* situatie en de *zustersvennootschappen* situatie en te kijken welke aanvullende bepalingen er eventueel benodigd zijn om te kunnen voldoen aan de impliciete vereisten van de huidige fiscale eenheidsregeling.

¹⁹⁹ HvJ EU 12 juni 2014, C-39/13 (SCA Holding), HvJ EU 12 juni 2014, C-41/13 (MSA International Holdings), HvJ EU 12 juni 2014, C-40/13 (X1 Holding GmbH)

4.1 Verschillende opties voor de *Nederlandse Papillon* situatie

In deze paragraaf wordt ingegaan op de verschillende opties die er bestaan om een fiscale eenheid mogelijk te maken in de *Nederlandse Papillon* situatie. Het uitgangspunt is weergegeven in onderstaande afbeelding 7:



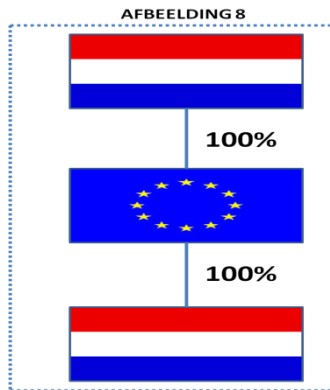
Onder de huidige vereisten voor de vorming en instandhouding van de fiscale eenheid is het niet mogelijk om in deze situatie een fiscale eenheid te maken. Er kan immers geen fiscale eenheid worden gevormd tussen vennootschappen die een verticale ononderbroken keten vormen. Als gevolg van de uitspraak van het HvJ EU is het in strijd met het Europese recht om in deze situatie geen fiscale eenheid mogelijk te maken. Het is daarom van belang om te kijken naar de wijze waarop Nederland in deze situatie een fiscale eenheid mogelijk kan maken.

Er zijn in deze situatie verschillende manieren om dit te doen. Deze opties worden in de komende paragrafen behandeld.

4.1.1 Fiscale eenheid wordt gevormd door alle vennootschappen in het concern

De eerste optie die zal worden behandeld om een fiscale eenheid mogelijk te maken in de *Nederlandse Papillon* situatie is de optie waarin alle vennootschappen, dus ook de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, in de fiscale eenheid worden opgenomen. Op deze wijze blijft het vereiste van de verticale ononderbroken keten overeind. In het arrest X-Holding is door het HvJ EU geoordeeld dat Nederland niet verplicht is om een grensoverschrijdende fiscale eenheid toe te staan, aangezien hiermee de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid wordt aangetast. Door het alsnog toestaan van een grensoverschrijdende fiscale eenheid wordt, zonder nadere bepalingen, een inbreuk gemaakt op het internationaal aanvaarde fiscale territorialiteitsbeginsel.

In afbeelding 8 ziet deze optie er als volgt uit:



Stap 1 – Door welke bepaling(en) in de huidige wet- en regelgeving wordt de fiscale eenheid in deze optie onmogelijk gemaakt?

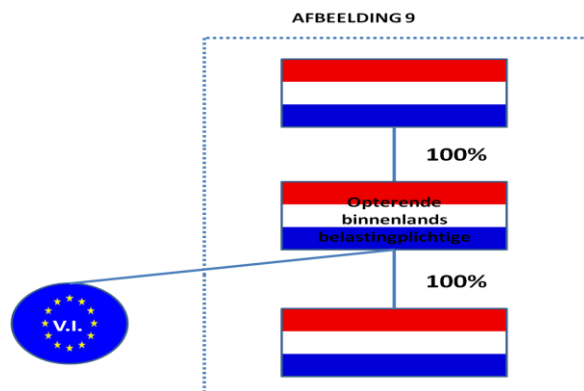
Deze fiscale eenheid is onder de huidige vereisten voor de vorming en instandhouding van de fiscale eenheid niet mogelijk, aangezien op grond van artikel 15, derde lid, onderdeel c, Wet Vpb, vereist is dat alle belastingplichtigen die deel uitmaken van de fiscale eenheid, in Nederland zijn gevestigd.²⁰⁰

Stap 2 – Op welke wijze dient de bepaling uit stap 1 te worden aangepast zodat de fiscale eenheid in deze optie mogelijk wordt gemaakt?

Om deze fiscale eenheid mogelijk te maken is het van belang dat de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, vanuit Nederlands perspectief, kan worden aangemerkt als binnenlands belastingplichtig lichaam. Dit kan door een mogelijkheid aan te bieden voor een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap om, vanuit Nederlands fiscaal perspectief, te opteren voor binnenlandse belastingplicht. Indien er wordt geopteerd voor binnenlandse belastingplicht is het mogelijk voor deze vennootschap om deel uit te maken van de fiscale eenheid.

Indien de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap opteert voor binnenlandse belastingplicht en er een fiscale eenheid wordt gevormd heeft dit tot gevolg dat het volledige vermogen en de werkzaamheden van deze vennootschap voor de fiscale eenheidsregeling worden toegerekend aan de Nederlandse moedervenootschap. De opterende binnenlandse belastingplichtige is immers belast voor het wereldinkomen. Het vermogen en de werkzaamheden van de opterende binnenlands belastingplichtige is echter in een andere lidstaat gevestigd. Vanuit het perspectief van de opterende binnenlands belastingplichtige vennootschap wordt dit vermogen en deze werkzaamheden, dat in een andere lidstaat is gevestigd, aangemerkt als een vaste inrichting in deze andere lidstaat, waarop de Nederlandse regels ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing zijn. In afbeelding 9 ziet de voeging in de fiscale eenheid met een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, die opteert voor binnenlandse belastingplicht, er als volgt uit:

²⁰⁰ Onder voorwaarden kan een niet in Nederland gevestigd lichaam worden opgenomen in de fiscale eenheid, voor zover het de vaste inrichting betreft. Daar ga ik nu niet verder op in.



Stap 3 – Voldoet de fiscale eenheid in deze optie aan de impliciete vereisten van de fiscale eenheidsregeling?

Impliciet vereiste: *Er dient een belastingplichtige te zijn aan wie de werkzaamheden en het vermogen van de andere maatschappijen kan worden toegerekend.*

In deze situatie kan het vermogen en de werkzaamheden van zowel de tussenhoudstervenootschap als de kleindochtervennootschap aan de moedervennootschap worden toegerekend. De optie voldoet aan dit vereiste.

Impliciet vereiste: *De fiscale eenheid strekt zich enkel tot het vermogen en de werkzaamheden van belastingplichtigen die zijn genoemd in artikel 2 en 3 Wet Vpb, die conform het fiscale territorialiteitsbeginsel aan Nederland zijn toegewezen.*

Zoals in stap 2 is aangegeven, is het gevolg van het opteren voor binnenlandse belastingplicht van de tussenhoudster, dat deze vennootschap, vanuit Nederlandse perspectief, belastingplichtig wordt in Nederland voor het wereldinkomen. Daarnaast wordt het vermogen en de werkzaamheden dat in de andere lidstaat achterblijft, aangemerkt als een vaste inrichting.

Het vermogen en de werkzaamheden van de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap zijn conform het fiscale territorialiteitsbeginsel toegewezen aan de andere lidstaat. Vanuit Nederlands perspectief wordt dit echter toegerekend aan de belastinggrondslag van de fiscale eenheid. Zonder nadere bepalingen wordt op deze wijze een inbreuk gemaakt op het internationaal aanvaarde fiscale territorialiteitsbeginsel. Derhalve moet worden voorkomen dat door de voeging van de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap in de fiscale eenheid, Nederland haar heffingsobject uitbreidt met vermogen en werkzaamheden dat conform het fiscale territorialiteitsbeginsel niet aan Nederland is toegewezen. Het object van de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap dient derhalve weer uit de belastinggrondslag van de fiscale eenheid te worden gehaald.

Binnenlands belastingplichtige lichamen zijn belastingplichtig over de wereldwinst. Aangezien Nederland door het opteren van de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap voor binnenlandse

belastingplicht, met als gevolg voeging in de fiscale eenheidsregeling, het wereldinkomen van deze vennootschap in de belastinggrondslag van de moedervereniging betreft, terwijl het heffingsrecht conform het fiscale territorialiteitsbeginsel niet aan Nederland is toegewezen, dient Nederland ter voorkoming van dubbele belasting het gehele object vrij te stellen.

In Nederland wordt door middel van de objectvrijstelling de winst²⁰¹ van een binnenlands belastingplichtig lichaam verminderd met de positieve en negatieve bedragen van (onder andere) een vaste inrichting uit een andere staat.²⁰² Op deze wijze beoogt Nederland te voorkomen dat het resultaten van bijvoorbeeld een vaste inrichting in een andere lidstaat, die conform het fiscale territorialiteitsbeginsel niet aan Nederland zijn toegewezen, in de heffing betreft.

Het object dat wordt vrijgesteld op grond van de objectvrijstelling is opgenomen in onderdeel a van het tweede lid van artikel 15e, Wet Vpb²⁰³ en is het gezamenlijke bedrag van:

1°. *De winst die toerekenbaar is aan een buitenlandse onderneming in die staat, zijnde een onderneming die, of een gedeelte van een onderneming dat, wordt gedreven met behulp van een vaste inrichting binnen het gebied van die staat;*

2°. *De in de winst begrepen opbrengsten, verminderd met de daarmee verband houdende kosten, uit de in die staat gelegen onroerende zaken, en*

3°. *De in de winst begrepen overige voordelen, verminderd met de daarmee verband houdende kosten, uit die staat die op grond van dat verdrag, onderscheidenlijk die regeling, ter heffing aan die staat zijn toegewezen;*

Voor zover Nederland op grond van dat verdrag, onderscheidenlijk die regeling, voor de winst uit een dergelijke onderneming, voor de opbrengsten uit dergelijke onroerende zaken en voor dergelijke overige voordelen, zo deze winsten, opbrengsten en voordelen positief zouden zijn, een vrijstelling ter voorkoming van dubbele belasting dient te verlenen.

Hoewel het volledige vermogen en de werkzaamheden van de opterende binnenlands belastingplichtige vennootschap, dat conform het fiscale territorialiteitsbeginsel aan een andere lidstaat is toegewezen, in de Nederlandse belastinggrondslag van de fiscale eenheid wordt betrokken, dient dit object door middel van de objectvrijstelling volledig uit de belastinggrondslag van de fiscale eenheid te worden gehaald. Hierna wordt bekeken of de huidige objectvrijstelling hier volledig in slaagt.

Vanuit Nederlands perspectief heeft de opterende binnenlands belastingplichtige vennootschap een

²⁰¹ Met winst wordt de wereldwinst bedoeld.

²⁰² De objectvrijstelling is opgenomen in artikel 15e e.v. Wet Vpb.

²⁰³ Artikel 15e, tweede lid, onderdeel a, Wet Vpb bepaalt wat er onder winst uit een andere staat wordt verstaan, voor zover er een verdrag van kracht is die voorziet in een regeling voor de heffing over de bestanddelen van de winst van de belastingplichtige. Aangezien in deze scriptie enkel wordt gekeken naar EU-lidstaten, is dit onderdeel van het artikel van toepassing. Nederland heeft immers met de EU-lidstaten een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting afgesloten. Derhalve blijft artikel 15e, tweede lid, onderdeel b, Wet Vpb buiten beschouwing.

vaste inrichting in de andere lidstaat.²⁰⁴ De winstbepaling van de vaste inrichting is beperkter dan het object van de opterende binnenlands belastingplichtige vennootschap, dat als gevolg van de voeging in de fiscale eenheid in de Nederlandse belastinggrondslag van de fiscale eenheid wordt opgenomen. Indien er, vanuit Nederlands perspectief, in de andere lidstaat een vaste inrichting is aangemerkt, dient te worden bekeken welk deel van het vermogen en de werkzaamheden aan de vaste inrichting kan worden toegerekend. Nederland verleent een vrijstelling voor het deel dat aan de vaste inrichting in de andere lidstaat kan worden toegerekend op grond van artikel 15e, tweede lid, onderdeel a, sub 1, Wet Vpb. Het is denkbaar dat het vermogen en de werkzaamheden, dat aan de vaste inrichting is toe te rekenen, niet het gehele vermogen en de werkzaamheden van de opterende binnenlands belastingplichtige vennootschap omvat. Aangezien er op basis van het OESO-Modelverdrag geen ‘force of attraction’ bestaat²⁰⁵, zal het deel van het vermogen en de werkzaamheden dat niet aan de vaste inrichting kan worden toegerekend, niet worden vrijgesteld op grond van artikel 15e, tweede lid, onderdeel a, sub 1, Wet Vpb.

Een voorbeeld van vermogen en/of werkzaamheden dat als gevolg van de voeging in de fiscale eenheidsregeling in de Nederlandse belastinggrondslag wordt getrokken, maar in beginsel niet wordt vrijgesteld op grond van artikel 15e, tweede lid, onderdeel a, sub 1, Wet Vpb is beleggingen van de tussenhoudstervenootschap die niet kunnen worden toegerekend aan de vaste inrichting. Hoewel deze beleggingen worden toegerekend aan de andere lidstaat, daar is immers de vennootschap gevestigd, en het heffingsrecht over deze beleggingen, conform het fiscale territorialiteitsbeginsel, is toegewezen aan deze andere lidstaat, zijn deze beleggingen als gevolg van het opteren voor binnenlandse belastingplicht, vanuit Nederlands perspectief toegerekend, aan Nederland. Voor deze beleggingen is sub 3 van artikel 15e, lid 2, onderdeel a, Wet Vpb van toepassing. Het betreft dan voordelen die, op grond van het verdrag tussen Nederland en die lidstaat, ter heffing zijn toegewezen aan die lidstaat. Nederland verleent op grond van deze bepaling dan een vrijstelling voor het resultaat dat volgt uit de beleggingen.

Het gehele vermogen en de werkzaamheden van de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap die als gevolg van de voeging in de fiscale eenheid, in beginsel, in de Nederlandse belastinggrondslag van de fiscale eenheid wordt genomen, wordt door middel van de objectvrijstelling uit de Nederlandse grondslag gehaald. Op deze wijze wordt voorkomen dat Nederland als gevolg van de opname van de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap in de fiscale eenheid, haar heffingsrecht uitbreidt tot vermogen en werkzaamheden die conform het fiscale territorialiteitsbeginsel niet aan Nederland zijn toegewezen.

Hoewel de objectvrijstelling er toe leidt dat het vermogen en de werkzaamheden van de

²⁰⁴ In artikel 5 OESO-Modelverdrag is opgenomen wat er onder een vaste inrichting wordt verstaan.

²⁰⁵ OESO Commentaar bij artikel 7, paragraaf 10.

tussenhoudstervennootschap niet in de belastinggrondslag van de moedervennootschap wordt opgenomen, kan het Nederlandse heffingsrecht ook op een andere wijze worden uitgebreid. In de uitgangssituatie is opgenomen dat de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap geen vaste inrichting in Nederland heeft. Van een vaste inrichting is pas sprake wanneer de activiteiten in de andere verdragsstaat een zekere omvang en duurzaamheid hebben bereikt.²⁰⁶ In deze optie is er blijkbaar geen sprake van een zekere omvang en duurzaamheid van de activiteiten van de in het buitenland gevestigde vennootschap in Nederland, aangezien er geen sprake is van een vaste inrichting in Nederland. Indien de in het buitenland gevestigde vennootschap wel activiteiten verricht in Nederland, maar deze activiteiten niet kunnen worden aangemerkt als een vaste inrichting, is de heffingsbevoegdheid over deze activiteiten toegewezen aan het land waarin de vennootschap is gevestigd. Door het opteren voor binnenlandse belastingplicht worden de activiteiten in Nederland, die geen zekere omvang en duurzaamheid hebben om als vaste inrichting te worden aangemerkt, toegerekend aan de opterende binnenlandse belastingplichtige. Deze opbrengsten kunnen niet worden vrijgesteld door middel van de objectvrijstelling aangezien artikel 15e, tweede lid, onderdeel a, sub 3, Wet Vpb van toepassing is op overige voordelen *uit die staat*. De voordelen komen in dit geval voort uit Nederland, maar aangezien de activiteiten van een beperkte omvang en duurzaamheid zijn en er geen vaste inrichting kan worden aangemerkt is het heffingsrecht over deze voordelen toegewezen aan de lidstaat waarin de vennootschap is gevestigd. Derhalve zijn er aanvullende bepalingen benodigd om deze ongewenste uitbreiding van het heffingsrecht als gevolg van het opteren voor binnenlandse belastingplicht te voorkomen.

Impliciet vereiste: *Het voorkomen van unilaterale dubbele verliesverrekening.*

Unilaterale dubbele verliesverrekening kan ontstaan doordat een verlies enerzijds binnen de fiscale eenheid bij de moedervennootschap tot uitdrukking komt, terwijl dit anderzijds door middel van een waardedaling in de tussenhouster bij de moedervennootschap tot uitdrukking kan komen. In deze situatie wordt het vermogen en de werkzaamheden van zowel de tussenhoudstervennootschap alsmede de kleindochtervennootschap toegerekend aan de moedervennootschap. Een verlies kan op deze wijze enkel binnen de fiscale eenheid tot uitdrukking komen. Unilaterale dubbele verliesverrekening is in deze situatie niet mogelijk. Deze optie voldoet aan dit vereiste.

Impliciet vereiste: *De belastingschuld van de fiscale eenheid die op grond van de hoofdelijke aansprakelijkheid in theorie bij iedere maatschappij ingevorderd kan worden, dient in de praktijk ook invorderbaar te zijn.*

Iedere vennootschap die deel uitmaakt van de fiscale eenheid is op grond van artikel 39 Invorderingswet hoofdelijk aansprakelijk voor de belastingschuld van de fiscale eenheid.

²⁰⁶ Dit is het uitgangspunt van Nederland dat is opgenomen in: Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p. 39

In theorie is dit duidelijk, echter in de praktijk zal het lastiger zijn om van een in het buitenland gevestigd lichaam, zonder enige binding met Nederland, belastingschulden te innen dan van een in Nederland gevestigd lichaam. Als gevolg van de wederzijdse bijstandsrichtlijn is het voor de fiscus er wel wat eenvoudiger op geworden om de belastingschulden te innen bij maatschappijen die zijn gevestigd binnen de Europese Unie.

Een niet in Nederland gevestigd lichaam, die weliswaar deel uitmaakt van de fiscale eenheid, maar waarvan op grond van de objectvrijstelling het vermogen en de werkzaamheden dat conform het fiscale territorialiteitsbeginsel niet aan Nederland is toegewezen, uit de Nederlandse belastinggrondslag wordt gehaald, is op basis van artikel 39 Invorderingswet hoofdelijk aansprakelijk voor de vennootschapsbelastingsschuld van de fiscale eenheid. Dit is ook het geval in de situatie dat er effectief geen mutatie optreedt in de belastinggrondslag van de fiscale eenheid, als gevolg van het toepassen van de objectvrijstelling op het volledige vermogen en de werkzaamheden van de opterende binnenlands belastingplichtige vennootschap.

Dit is naar mijn mening een ongewenst gevolg van deze optie. Teneinde dit te voorkomen zijn er naar mijn mening aanvullende bepalingen benodigd die dit ongewenste effect tegengaan.

Stap 4 – Indien er niet aan alle vereisten wordt voldaan, op welke wijze kan er door middel van de aanvullende bepalingen aan de vereisten worden voldaan?

Als gevolg van het opteren voor binnenlandse belastingplicht, wordt vanuit Nederlands perspectief het vermogen en de werkzaamheden van de in een andere lidstaat gevestigde tussenhoudstervenootschaps aan de moedervenootschap van de fiscale eenheid toegerekend. Dit terwijl Nederland, conform het fiscale territorialiteitsbeginsel, geen heffingsrecht heeft op het vermogen en de werkzaamheden van deze vennootschap. Door middel van de objectvrijstelling wordt echter grotendeels voorkomen dat het vermogen en de werkzaamheden dat conform het fiscale territorialiteitsbeginsel niet aan Nederland is toegewezen, toch in de belastinggrondslag van de fiscale eenheid tot uitdrukking komt.

De objectvrijstelling slaagt er echter niet volledig in om het gehele object vrij te stellen. Derhalve zijn er aanvullende bepalingen benodigd om het heffingsrecht van Nederland niet uit te breiden als gevolg van de voeging in de fiscale eenheid.

De objectvrijstelling moet naar mijn mening worden uitgebreid door in artikel 15e, tweede lid, onderdeel a, Wet Vpb een aanvulling te maken waarin dit deel van de activiteiten waarover Nederland geen heffingsrecht heeft, uit de Nederlandse belastinggrondslag wordt gehaald.

Een naar mijn mening ongewenst gevolg van de voeging van de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap in de fiscale eenheid is de hoofdelijke aansprakelijkheid voor deze vennootschap op grond van artikel 39 Invorderingswet. Door de objectvrijstelling wordt het volledige vermogen en de

werkzaamheden uit de belastinggrondslag van de fiscale eenheid gehaald. Effectief maakt de tussenhoudster enkel deel uit van de fiscale eenheid als een ‘lege huls’ om de verticale ononderbroken keten in stand te houden. Door middel van een bepaling in artikel 39 Invorderingswet die de hoofdelijke aansprakelijkheid voorkomt voor vennootschappen die weliswaar deel uitmaken van de fiscale eenheid, maar die geen invloed hebben op de belastinggrondslag van de fiscale eenheid, kan dit ongewenste gevolg worden voorkomen.

Stap 5: Hoe ziet deze optie eruit indien er meerdere tussenhoudstervenootschappen deel uitmaken van het concern?

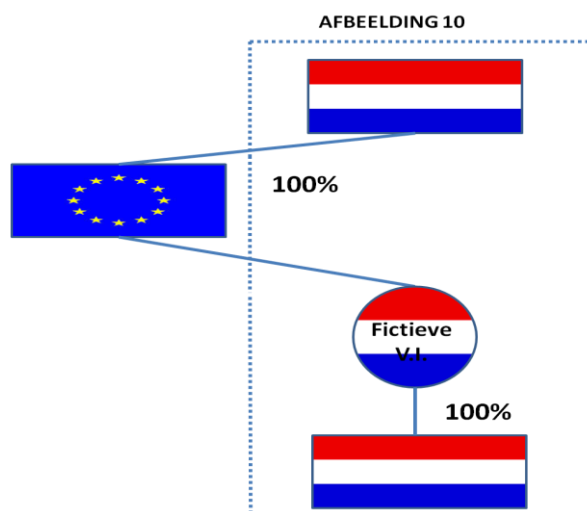
In het arrest *SCA Holding* werd de in Nederland gevestigde kleindochtervennootschap niet gehouden door één tussenhoudster, maar werd deze vennootschap gehouden door twee tussenhoudstervenootschappen die in een andere lidstaat zijn gevestigd. Ook voor deze situatie heeft het HvJ EU geoordeeld dat er sprake is van strijdigheid met het EU-recht. Derhalve wordt, naast de uitgangssituatie, ingegaan op de gevolgen voor deze optie indien er niet één, maar twee²⁰⁷, tussenhoudstervenootschappen zijn.

In deze optie heeft het tot gevolg dat er meerdere in een andere lidstaat gevestigde tussenhoudstervenootschappen zijn die moeten opteren voor binnenlandse belastingplicht. Voor deze in een andere lidstaat gevestigde vennootschappen, zal als gevolg van het opteren voor binnenlandse belastingplicht, vanuit Nederlands perspectief een vaste inrichting in de andere lidstaat aanwezig worden geacht. De situatie verschilt niet van de situatie waarin er slechts één tussenhoudstervenootschap is. Wel is het denkbaar dat in een omvangrijke fiscale eenheid waarin een groot aantal tussenhoudstervenootschappen zijn opgenomen, het een complexe situatie kan worden. Vanuit Nederlands perspectief veranderen deze vennootschappen immers in binnenlandse belastingplichtige lichamen, maar deze lichamen blijven op grond van het verdrag in de andere lidstaat gevestigd. Hierdoor wordt er, vanuit Nederlands perspectief, een situatie gecreëerd die niet overeenkomt met de werkelijkheid. Met name in grote concerns kan dit een tamelijk onoverzichtelijk geheel worden en komt dit naar mijn mening de eenvoud niet ten goede.

4.1.2 Fiscale eenheid met een fictieve vaste inrichting

De tweede optie waarvan wordt onderzocht of deze kan voldoen aan de vereisten van de fiscale eenheidsregeling, is de optie waarin de in het buitenland gevestigde vennootschap, bij wijze van fictie, een vaste inrichting in Nederland heeft waaraan het vermogen van de Nederlandse kleindochtervennootschap kan worden toegerekend. In afbeelding 10 ziet deze situatie er als volgt uit:

²⁰⁷ Het is overigens niet beperkt tot twee tussenhoudstervenootschappen. In het arrest lag de vraag voor of het voor de beantwoording van de eerste prejudiciële vraag nog uitmaakt of de vennootschap gehouden wordt door twee of meer tussenhoudstervenootschappen.



Stap 1 – Door welke bepaling(en) in de huidige wet- en regelgeving wordt de fiscale eenheid in deze optie onmogelijk gemaakt?

Deze optie heeft veel weg van een fiscale eenheid die onder de huidige vereisten wel mogelijk is. Op grond van artikel 15, vierde lid, Wet Vpb is het immers onder voorwaarden mogelijk een fiscale eenheid te vormen met een in het buitenland gevestigde vennootschap, voor zover het de vaste inrichting in Nederland van deze vennootschap betreft. Er dient dan echter wel sprake te zijn van activiteiten in Nederland van de in het buitenland gevestigde vennootschap die van een zekere omvang en duurzaamheid zijn, dat deze worden aangemerkt als een vaste inrichting. In de voorgestelde optie is hier geen sprake van.

Stap 2 – Op welke wijze dient de wet- en regelgeving te worden aangepast zodat de fiscale eenheid in deze optie mogelijk wordt gemaakt?

Om deze optie mogelijk te maken in de wet- en regelgeving dient er een aanvulling te komen op de bestaande wettekst. Het moet immers mogelijk worden gemaakt om bij fictie een vaste inrichting aan te merken indien er geen (of onvoldoende) activiteiten in Nederland worden verricht door de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap. Te denken valt aan een fictie waarbij de in het buitenland gevestigde vennootschap die optreedt als tussenhoudster, voor de fiscale eenheid geacht wordt een vaste inrichting in Nederland te hebben.

Stap 3 – Voldoet de fiscale eenheid in deze optie aan de impliciete vereisten van de fiscale eenheidsregeling?

Impliciet vereiste: *Er dient een belastingplichtige te zijn aan wie de werkzaamheden en het vermogen van de andere maatschappijen kan worden toegerekend.*

In deze situatie kan het vermogen en de werkzaamheden van de kleindochtervennootschap aan de moedervernootschap worden toegerekend. Deze optie voldoet perfect aan dit vereiste.

Impliciet vereiste: *De fiscale eenheid strekt zich enkel tot het vermogen en de werkzaamheden van belastingplichtigen die zijn genoemd in artikel 2 en 3 Wet Vpb, die conform het fiscale territorialiteitsbeginsel aan Nederland zijn toegewezen.*

De fiscale eenheid wordt in deze situatie gevormd tussen de in Nederland gevestigde moedervenootschap, de fictieve vaste inrichting van de in het buitenland gevestigde vennootschap en de in Nederland gevestigde kleindochtervennootschap. De optie lijkt hiermee perfect te voldoen aan dit vereiste. Desondanks is het van belang om te beoordelen of het tussenvoegen van de fictieve vaste inrichting er toe kan leiden dat niet aan dit vereiste wordt voldaan. Om die reden zal de rol van de fictieve vaste inrichting in deze optie nader worden bekeken.

Van een vaste inrichting is pas sprake wanneer de activiteiten in de andere verdragsstaat een zekere omvang en duurzaamheid hebben bereikt.²⁰⁸ In deze optie is er blijkbaar geen sprake van een zekere omvang en duurzaamheid van de activiteiten van de in het buitenland gevestigde vennootschap in Nederland, aangezien er geen sprake is van een ‘echte’ vaste inrichting. Indien de in het buitenland gevestigde vennootschap wel activiteiten verricht in Nederland, maar deze activiteiten niet kunnen worden aangemerkt als een vaste inrichting, is de heffingsbevoegdheid over deze activiteiten toegewezen aan het land waarin de vennootschap is gevestigd.

De tussenvoeging van de fictieve vaste inrichting zou er toe kunnen leiden dat activiteiten die op zich niet van een dergelijke omvang en duurzaamheid zijn dat zij zelfstandig kwalificeren, worden toegerekend aan de fictieve vaste inrichting. Op deze wijze wordt de Nederlandse heffingsbevoegdheid uitgebreid als gevolg van de fictieve vaste inrichting. Dit is het geval als er sprake is van een ‘force of attraction’. Dit houdt in dat, indien er sprake is van een vaste inrichting, alle in het land behaalde winsten worden toegerekend aan deze vaste inrichting.²⁰⁹

In het OESO-modelverdrag is echter opgenomen dat het niet is toegestaan dat winst, dat is behaald door in een andere lidstaat gevestigde vennootschap in Nederland en dat niet is toe te rekenen aan de vaste inrichting in Nederland, door Nederland mag worden belast.²¹⁰

In de Wet Vpb is het voorwerp van de buitenlandse belastingplicht opgenomen in artikel 17. Hoewel het niet zo letterlijk is opgenomen, volgt uit de opbouw van dit artikel dat Nederland geen ‘force of attraction’ hanteert.

Terugkomend op de fictieve vaste inrichting in deze optie, zal het opnemen van een fictieve vaste inrichting er niet toe kunnen leiden dat activiteiten, die zelfstandig niet voldoende omvang en/of duurzaamheid hebben om aangemerkt te worden als een ‘echte’ vaste inrichting, zullen worden toegerekend aan de fictieve vaste inrichting, met als gevolg dat Nederland haar heffingsbevoegdheid

²⁰⁸ Dit is het uitgangspunt van Nederland dat is opgenomen in: Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p. 39

²⁰⁹ C. van Raad, F.P.G. Pötgens, G.T.W. Janssen, paragraaf 3.4.2.A.a.2, *Cursus Belastingrecht 2014, Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2014,

²¹⁰ Zie paragraaf 12 van het OESO Commentaar op artikel 7.

uitbreidt.

De fiscale eenheid in deze optie zal zich dus enkel strekken tot het vermogen en de werkzaamheden dat conform het fiscale territorialiteitsbeginsel aan Nederland is toegewezen. De optie voldoet dus aan dit vereiste.

Impliciet vereiste: *Het voorkomen van unilaterale dubbele verliesverrekening.*

Aangezien de in het buitenland gevestigde tussenhoudstervennootschap niet in de fiscale eenheid is opgenomen blijft de deelnemingsverhouding bestaan tussen de moedervennootschap en de tussenhoudstervennootschap, alsmede met de kleindochtervennootschap. Op deze wijze kan een verlies unilateraal dubbel verrekend worden. Dit is het geval indien een verlies van de kleindochtervennootschap binnen de fiscale eenheid tussen de moeder- en kleindochtervennootschap tot uitdrukking komt, terwijl dit verlies daarnaast tot uitdrukking kan komen bij de moedervennootschap in geval van liquidatie van de in het buitenland gevestigde dochtermaatschappij via artikel 13d Wet Vpb.

De optie voldoet op dit moment niet aan dit vereiste. In stap 4 wordt beoordeeld of er door middel van aanvullende bepalingen kan worden voldaan aan dit vereiste.

Impliciet vereiste: *De belastingschuld van de fiscale eenheid die op grond van de hoofdelijke aansprakelijkheid in theorie bij iedere maatschappij ingevorderd kan worden, dient in de praktijk ook invorderbaar te zijn.*

In deze situatie wordt een fictieve vaste inrichting gecreëerd waardoor de in het buitenland gevestigde vennootschap, voor zover het de vaste inrichting betreft, deel uitmaakt van de fiscale eenheid. De in het buitenland gevestigde vennootschap is op grond van artikel 39 Invorderingswet dan ook hoofdelijk aansprakelijk voor de belastingschuld van de fiscale eenheid.

Als gevolg van de wederzijdse bijstandsrichtlijn is het voor de fiscus eenvoudiger geworden om de belastingschulden te innen bij maatschappijen die zijn gevestigd binnen de Europese Unie.

Een niet in Nederland gevestigd lichaam, die deel uitmaakt van de fiscale eenheid voor zover het de fictieve vaste inrichting betreft en om die reden geen vermogen en/of werkzaamheden heeft dat kan worden toegerekend aan de moedervennootschap binnen de fiscale eenheid, zal op basis van artikel 39 Invorderingswet wel hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de vennootschapsbelastingsschuld van de fiscale eenheid. Dus zonder daadwerkelijk iets in te brengen in de fiscale eenheid ontstaat er toch hoofdelijke aansprakelijkheid.

Dit is naar mijn mening een ongewenst gevolg van deze optie. Teneinde dit te voorkomen zijn er naar mijn mening aanvullende bepalingen benodigd die dit ongewenste effect tegengaan.

Stap 4 – Indien er niet aan alle impliciete vereisten wordt voldaan, op welke wijze kan er door middel van de aanvullende bepalingen aan de impliciete vereisten worden voldaan?

In stap 3 is beoordeeld of de optie voldoet aan de vereisten. Zonder aanvullende bepalingen voldoet deze optie niet aan het vereiste dat unilaterale dubbele verliesverrekening moet worden voorkomen. In stap 3 is toegelicht op welke wijze er binnen deze optie unilaterale dubbele verliesverrekening kan optreden.

Deze optie met een fictieve vaste inrichting verschilt niet veel van een al bestaande mogelijkheid voor de vorming van een fiscale eenheid, namelijk de situatie waarin er een fiscale eenheid wordt gevormd met een ‘echte’ vaste inrichting van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap. Het enige verschil hiertussen is dat onder de huidige vereisten er sprake moet zijn van een ‘echte’ vaste inrichting, terwijl in deze optie bij wijze van fictie een vaste inrichting wordt aangemerkt.

Het probleem van de unilaterale dubbele verliesverrekening is echter niet afhankelijk van de vraag of er een ‘echte’ of fictieve vaste inrichting is. In beide situaties doet het risico zich, zonder nadere bepalingen, voor. Immers, tussen de moedervenootschap en de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap blijft de deelnemingsverhouding bestaan. Dit geldt eveneens voor de verhouding tussen de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap en de kleindochtervennootschap.

Voor de fiscale eenheid met een ‘echte’ vaste inrichting zijn in het BFE bepalingen opgenomen teneinde de unilaterale dubbele verliesverrekening te voorkomen. Deze bepalingen komen er kort gezegd op neer dat het opgeofferde bedrag, als bedoeld in artikel 13d, achtste lid, Wet Vpb, in aanmerking kan worden genomen voor zover het hoger is dan het sinds de voeging aan de dochtermaatschappij toe te rekenen verlies van de fiscale eenheid. Op deze wijze wordt voorkomen dat het verlies dubbel bij de moedervenootschap tot uitdrukking komt.²¹¹ Indien deze bepalingen ook van toepassing worden verklaard op een fiscale eenheid met een fictieve vaste inrichting kan op dezelfde wijze de unilaterale dubbele verliesverrekening worden voorkomen en voldoet deze optie aan dit vereiste.

Een naar mijn mening ongewenst gevolg van het opnemen van een fictieve vaste inrichting in de fiscale eenheid is dat de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, als gevolg van deze voeging, hoofdelijk aansprakelijk is voor de belastingschuld van de fiscale eenheid, terwijl de fictieve vaste inrichting niets meer is dan een ‘lege huls’ die het mogelijk maakt om een fiscale eenheid te vormen in deze situatie.

Dit kan worden voorkomen door de hoofdelijke aansprakelijkheid die is opgenomen in artikel 39 Invorderingswet uit te sluiten voor de vennootschap die door middel van een fictieve vaste inrichting deel uitmaakt van de fiscale eenheid. Op deze wijze zijn enkel de vennootschappen die daadwerkelijk

²¹¹ Zie paragraaf 2.3 voor een nadere uitleg over de wijze waarop de unilaterale dubbele verliesverrekening kan worden voorkomen.

vermogen en werkzaamheden hebben dat wordt toegerekend aan de moedermaatschappij van de fiscale eenheid, hoofdelijk aansprakelijk voor de belastingschuld.

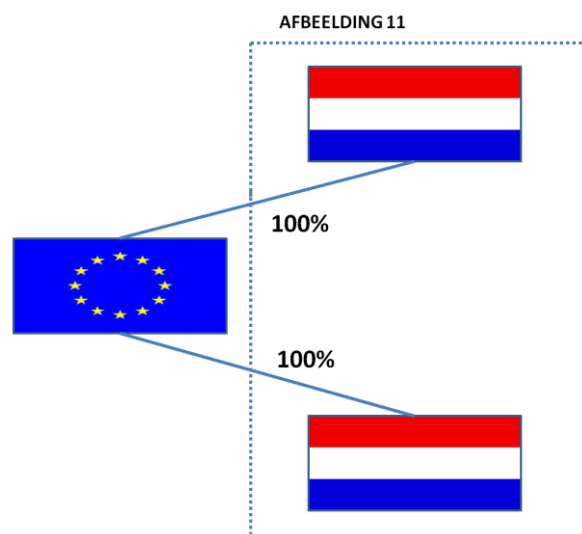
Stap 5: Hoe ziet deze optie eruit indien er meerdere tussenhoudstervenootschappen deel uitmaken van het concern?

Indien er meerdere in een andere lidstaat gevestigde tussenhoudstervenootschappen zijn heeft dat in deze optie tot gevolg dat voor al deze tussenhoudstervenootschappen een fictieve vaste inrichting moet worden aangemerkt. Deze fictieve vaste inrichtingen zullen dan tevens in de fiscale eenheid worden opgenomen.

De situatie waarin er meerdere tussenhoudstervenootschappen in het concern zijn, verschilt met betrekking tot de impliciete vereisten van de huidige fiscale eenheidsregeling niet van de situatie waarin er slechts één tussenhoudstervenootschap is. Net als in de zojuist besproken uitgangssituatie kan in deze optie met meerdere tussenhoudstervenootschappen, zonder nadere bepalingen, unilaterale dubbele verliesverrekening optreden. Dit probleem kan echter op dezelfde wijze worden opgelost. Derhalve is het enige verschil dat er bij meerdere tussenhoudstervenootschappen ook meerdere fictieve vaste inrichtingen dienen te worden aangemerkt.

4.1.3 Fiscale eenheid tussen in Nederland gevestigde vennootschappen

De derde optie waarvan wordt onderzocht of deze kan voldoen aan de vereisten van de fiscale eenheidsregeling is de optie waarin de fiscale eenheid enkel wordt gevormd door de in Nederland gevestigde vennootschappen. De in een andere lidstaat gevestigde tussenhoudster maakt geen deel uit van de fiscale eenheid. In afbeelding 11 ziet dit er als volgt uit:



Stap 1 – Door welke bepaling(en) in de huidige wet- en regelgeving wordt de fiscale eenheid in deze optie onmogelijk gemaakt?

In het eerste lid van artikel 15 Wet Vpb is opgenomen wanneer er wordt voldaan aan het bezitsvereiste. Hieraan wordt niet alleen voldaan indien er sprake is van een onmiddellijk bezit van ten minste 95% van (onder andere) de aandelen²¹² van de dochtermaatschappij, maar ook indien dit bezit middellijk ten minste 95% omvat. Wel is er in het tweede lid van artikel 15 Wet Vpb opgenomen dat dit middellijke bezit, enkel kan worden meegeteld indien deze onmiddellijk wordt gehouden door één of meer belastingplichtigen die van de fiscale eenheid deel uitmaken. Op deze wijze is bewerkstelligd dat er enkel een fiscale eenheid kan worden gevormd indien er sprake is van een verticale ononderbroken keten van vennootschappen die deel uitmaken van de fiscale eenheid.

In deze optie wordt hier niet aan voldaan. Derhalve is er geen fiscale eenheid mogelijk op basis van de huidige wet- en regelgeving tussen de in Nederland gevestigde vennootschappen.

Stap 2 – Op welke wijze dient de wet- en regelgeving te worden aangepast zodat de fiscale eenheid in deze optie mogelijk wordt gemaakt?

Om een fiscale eenheid mogelijk te maken in deze optie moet er afstand worden gedaan van het vereiste dat is opgenomen in artikel 15, tweede lid, Wet Vpb, dat onder het bezit mede wordt verstaan het middellijke bezit, *mits deze onmiddellijk worden gehouden door één of meer belastingplichtigen die deel uitmaken van de fiscale eenheid*. Indien het (door mij) gecursiveerde deel van dit artikellid wordt verwijderd is het mogelijk om een fiscale eenheid aan te gaan tussen de in Nederland gevestigde vennootschappen. In dat geval wordt er wel voldaan aan het bezitsvereiste. De moedervernootschap heeft immers middellijk ten minste 95% van (onder andere) het aandelenbezit in de kleindochtervennootschap.

Stap 3 – Voldoet de fiscale eenheid in deze optie aan de impliciete vereisten van de fiscale eenheidsregeling?

Impliciet vereiste: *Er dient een belastingplichtige te zijn aan wie de werkzaamheden en het vermogen van de andere maatschappijen kan worden toegerekend.*

In deze situatie kan het vermogen en de werkzaamheden van de kleindochtervennootschap aan de moedervernootschap worden toegerekend. Deze optie voldoet aan dit vereiste.

Impliciet vereiste: *De fiscale eenheid strekt zich enkel tot het vermogen en de werkzaamheden van belastingplichtigen die zijn genoemd in artikel 2 en 3 Wet Vpb, die conform het fiscale territorialiteitsbeginsel aan Nederland zijn toegewezen.*

De fiscale eenheid in deze optie wordt gevormd tussen de in Nederland gevestigde vennootschappen. Op deze wijze wordt enkel het vermogen en de werkzaamheden die conform het fiscale

²¹² Zie voor een uitwerking van het bezitsvereiste paragraaf 2.2.3.

territorialiteitsbeginsel aan Nederland zijn toegewezen in de fiscale eenheid betrokken.

Deze optie voldoet aan dit vereiste.

Impliciet vereiste: *Het voorkomen van unilaterale dubbele verliesverrekening.*

Aangezien de in het buitenland gevestigde tussenhoudstervennootschap niet in de fiscale eenheid is opgenomen blijft de deelnemingsverhouding bestaan tussen de tussenhoudster met de moedervennootschap alsmede met de kleindochtervennootschap. Op deze wijze kan een verlies unilateraal dubbel verrekend worden. Dit is het geval indien een verlies van de kleindochtervennootschap binnen de fiscale eenheid tussen de moeder- en kleindochtervennootschap tot uitdrukking komt, terwijl dit verlies daarnaast tot uitdrukking kan komen bij de moedervennootschap in geval van liquidatie van de in het buitenland gevestigde dochtermaatschappij via artikel 13d Wet Vpb.

De optie voldoet op dit moment niet aan dit vereiste. In stap 4 wordt beoordeeld of er door middel van aanvullende bepalingen kan worden voldaan aan dit vereiste.

Impliciet vereiste: *De belastingschuld van de fiscale eenheid die op grond van de hoofdelijke aansprakelijkheid in theorie bij iedere maatschappij ingevorderd kan worden, dient in de praktijk ook invorderbaar te zijn.*

De fiscale eenheid wordt in deze optie gevormd door de in Nederland gevestigde vennootschappen. Deze vennootschappen zijn op grond van artikel 39 Invorderingswet hoofdelijk aansprakelijk voor de belastingschuld. Daar het enkel in Nederland gevestigde vennootschappen betreft, zal het naar mijn mening eenvoudig zijn om de belastingschulden te kunnen innen.

Stap 4 – Indien er niet aan alle impliciete vereisten wordt voldaan, op welke wijze kan er door middel van de aanvullende bepalingen aan de impliciete vereisten worden voldaan?

In stap 3 is beoordeeld of de optie voldoet aan de vereisten. Hier is uitgekomen dat, zonder aanvullende bepalingen, deze optie niet voldoet aan het vereiste dat unilaterale dubbele verliesverrekening moet worden voorkomen. In stap 3 is toegelicht op welke wijze er binnen deze optie unilaterale dubbele verliesverrekening kan optreden.

Door het niet opnemen van de in een andere lidstaat gevestigde tussenhoudstervennootschap blijft er een deelnemingsverhouding bestaan tussen de moedervennootschap en de tussenhoudster alsmede tussen de tussenhoudster en de kleindochtervennootschap.

In het BFE is in artikel 35 en 36 opgenomen op welke wijze dubbele verliesverrekening kan worden voorkomen in de situatie dat er een vaste inrichting van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap in de fiscale eenheid is opgenomen. Deze bepalingen zien echter niet op de verhouding tussen de Nederlandse vennootschappen en de vaste inrichting, maar op de deelnemingsverhouding

die blijft bestaan tussen de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap en de in Nederland gevestigde vennootschappen.

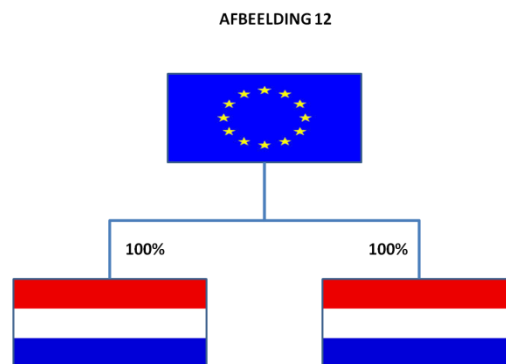
In deze optie blijft diezelfde deelnemingsverhouding bestaan. Derhalve kan in deze optie de unilaterale dubbele verliesverrekening ook worden voorkomen door de bepalingen in artikel 35 en 36 BFE van overeenkomstige toepassing te verklaren op deze situatie.

Stap 5: Hoe ziet deze optie eruit indien er meerdere tussenhoudstervenootschappen deel uitmaken van het concern?

Indien er in deze situatie meerdere, in een andere lidstaat gevestigde tussenhoudstervenootschappen, deel uitmaken van het concern verandert er niets aan de fiscale eenheid in deze situatie. De fiscale eenheid wordt gevormd door de in Nederland gevestigde vennootschappen. Verder blijft de deelnemingsverhouding in stand tussen de vennootschappen die zijn opgenomen in de fiscale eenheid en de in een andere lidstaat gevestigde vennootschappen die niet in de fiscale eenheid zijn opgenomen. De omvang van het concern is niet van belang voor de complexiteit, aangezien enkel de in Nederland gevestigde vennootschappen deel gaan uitmaken van de fiscale eenheid en er verder geen wijzigingen optreden.

4.2 Verschillende opties voor de *zustersvennootschappen* situatie

In deze paragraaf wordt ingegaan op verschillende opties die er bestaan om een fiscale eenheid mogelijk te maken in de *zustersvennootschappen* situatie. Het uitgangspunt is weergegeven in onderstaande afbeelding 12:



Onder de huidige vereisten voor de vorming en instandhouding van de fiscale eenheid is het niet mogelijk om in deze situatie een fiscale eenheid te maken, aangezien er geen verticale ononderbroken keten van in Nederland gevestigde vennootschappen kan worden gevormd. Het HvJ EU heeft op 12 juni 2014 geoordeeld dat het in strijd is met het EU-recht om geen fiscale eenheid mogelijk te maken in een vergelijkbare zaak als in de *zustersvennootschappen* situatie.²¹³

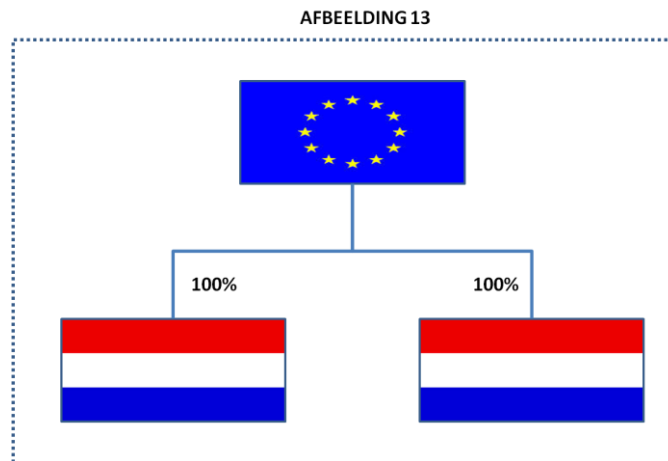
²¹³ In het arrest X1 Holding GmbH was er sprake van een gemeenschappelijke (middellijke) moedervernootschap op een hoger niveau binnen de concernstructuur. In stap 5 zal per optie worden ingegaan op de mogelijke gevolgen die er kunnen optreden indien er een middellijk bezit is in de dochtervennootschappen.

Er zijn in deze situatie verschillende mogelijkheden om een fiscale eenheid mogelijk te maken. Deze mogelijkheden worden in de volgende subparagrafen behandeld. Per mogelijkheid wordt beoordeeld of deze kan voldoen aan de impliciete vereisten van de fiscale eenheidsregeling.

4.2.1 Fiscale eenheid wordt gevormd door alle vennootschappen in het concern

De eerste optie die wordt behandeld om een fiscale eenheid mogelijk te maken in de *zustersvennootschappen* situatie is de optie waarin alle vennootschappen, dus ook de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, in de fiscale eenheid worden opgenomen. Op deze wijze blijft het vereiste van de verticale ononderbroken keten overeind. In het arrest *X-Holding* is door het HvJ EU geoordeeld dat Nederland niet verplicht is om een grensoverschrijdende fiscale eenheid toe te staan, aangezien hiermee de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid wordt aangetast. Door het alsnog toestaan van een grensoverschrijdende fiscale eenheid wordt, zonder nadere bepalingen, een inbreuk gemaakt op het internationaal aanvaarde fiscale territorialiteitsbeginsel.

In afbeelding 13 ziet dit er als volgt uit:



Stap 1 – Door welke bepaling(en) in de huidige wet- en regelgeving wordt de fiscale eenheid in deze optie onmogelijk gemaakt?

Deze fiscale eenheid is onder de huidige vereisten voor de vorming en instandhouding van de fiscale eenheid niet mogelijk, aangezien op grond van artikel 15, derde lid, onderdeel c, Wet Vpb, vereist is dat alle belastingplichtigen, die deel uitmaken van de fiscale eenheid in Nederland zijn gevestigd.²¹⁴

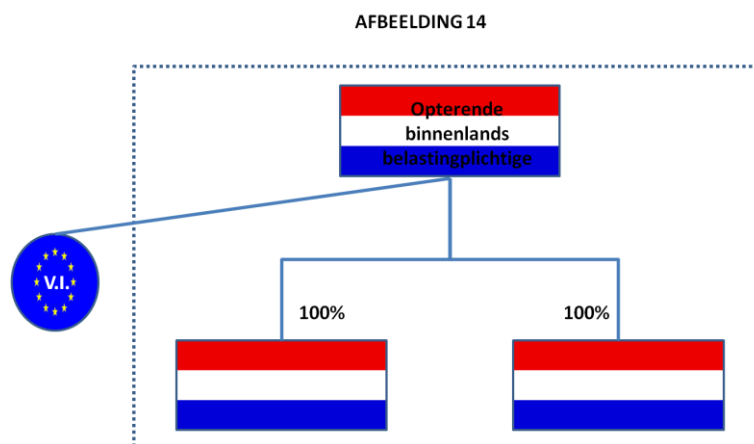
Stap 2 – Op welke wijze dient de bepaling uit stap 1 te worden aangepast zodat de fiscale eenheid in deze optie mogelijk wordt gemaakt?

Om deze fiscale eenheid mogelijk te maken is het van belang dat de in een andere lidstaat gevestigde moedervenootschap vanuit Nederlands perspectief kan worden aangemerkt als binnenlands

²¹⁴ Onder voorwaarden kan een niet in Nederland gevestigd lichaam worden opgenomen in de fiscale eenheid, voor zover het de vaste inrichting betreft. Daar ga ik nu niet verder op in.

belastingplichtig lichaam. Dit kan door een mogelijkheid aan te bieden voor een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap om vanuit Nederlands fiscaal perspectief te opteren voor binnenlandse belastingplicht. Indien er wordt gekozen voor binnenlandse belastingplicht is het mogelijk voor deze vennootschap om als moedervernootschap deel uit te maken van de fiscale eenheid.

Indien de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap opteert voor binnenlandse belastingplicht en er een fiscale eenheid wordt gevormd, heeft dit tot gevolg dat deze vennootschap in beginsel in Nederland belast wordt over het wereldinkomen. Dit heeft tot gevolg dat het vermogen en de werkzaamheden dat de moedervernootschap in de andere lidstaat heeft, in de belastinggrondslag van de fiscale eenheid zal worden opgenomen. Aangezien de opterende binnenlands belastingplichtige vennootschap als moedervernootschap zal optreden, wordt tevens het vermogen en de werkzaamheden van de in Nederland gevestigde zuster-vennootschappen toegerekend aan deze vennootschap. Het vermogen en de werkzaamheden van de opterende binnenlands belastingplichtige is echter in een andere lidstaat gevestigd. Vanuit het perspectief van de opterende binnenlands belastingplichtige vennootschap wordt dit vermogen en de werkzaamheden dat in een andere lidstaat is gevestigd, aangemerkt als een vaste inrichting in deze andere lidstaat, waarop de Nederlandse regels ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing zijn. In afbeelding 14 ziet de voeging in de fiscale eenheid met een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap die opteert voor binnenlandse belastingplicht, er als volgt uit:



Stap 3 – Voldoet de fiscale eenheid in deze optie aan de impliciete vereisten van de fiscale eenheidsregeling?

Impliciet vereiste: *Er dient een belastingplichtige te zijn aan wie de werkzaamheden en het vermogen van de andere maatschappijen kan worden toegerekend.*

Door het opteren van de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap voor binnenlandse belastingplicht kan deze vennootschap optreden als moedervernootschap van de fiscale eenheid. Het vermogen en de werkzaamheden van de in Nederland gevestigde vennootschappen kan worden toegerekend aan de opterende binnenlands belastingplichtige moedervernootschap. Aan dit vereiste

wordt dus voldaan.

Impliciet vereiste: De fiscale eenheid strekt zich enkel tot het vermogen en de werkzaamheden van belastingplichtigen die zijn genoemd in artikel 2 en 3 Wet Vpb, die conform het fiscale territorialiteitsbeginsel aan Nederland zijn toegewezen.

Zoals in stap 2 is aangegeven, is het gevolg van het opteren voor binnenlandse belastingplicht van de moederverenootschap, dat deze verenootschap, vanuit Nederlandse perspectief, belastingplichtig is in Nederland over het wereldinkomen. Daarnaast wordt het vermogen en de werkzaamheden dat in de andere lidstaat achterblijft, aangemerkt als een vaste inrichting. Het vermogen en de werkzaamheden van de in Nederland gevestigde zusterverenootschappen wordt toegerekend aan de opterende binnenlands belastingplichtige verenootschap.

In paragraaf 4.1.1 is ingegaan op de gevolgen van het opteren voor binnenlandse belastingplicht en de wijze waarop de objectvrijstelling voorkomt dat Nederland vermogen en werkzaamheden in de belastinggrondslag opneemt die conform het fiscale territorialiteitsbeginsel niet aan Nederland zijn toegewezen.

De objectvrijstelling is eveneens van toepassing op het vermogen en de werkzaamheden dat in de andere lidstaat is gevestigd, indien de in een andere lidstaat gevestigde verenootschap, de moederverenootschap is van de in Nederland gevestigde zusterverenootschappen.

Aangezien er geen verschillen bestaan met betrekking tot de uitwerking van de gevolgen van het opteren voor de binnenlandse belastingplicht en de wijze waarop wordt voorkomen dat Nederland haar heffingsrecht uitbreidt tot vermogen en werkzaamheden die conform het fiscale territorialiteitsbeginsel niet aan Nederland zijn toegewezen, verwijs ik naar paragraaf 4.1.1 voor een uitgebreide beschrijving hiervan.

Het probleem dat er een uitbreiding van het heffingsrecht van Nederland kan ontstaan als gevolg van activiteiten die weliswaar in Nederland worden geëxploiteerd, maar niet van dien aard en omvang zijn dat zij een vaste inrichting vormen, kan zich ook in deze situatie voordoen.²¹⁵ Voor dit probleem zijn, evenals in paragraaf 4.1.1, aanvullende bepalingen benodigd.

Impliciet vereiste: Het voorkomen van unilaterale dubbele verliesverrekening.

Unilaterale dubbele verliesverrekening kan zich voordoen indien een verlies van een Nederlandse zusterverenootschap enerzijds binnen de fiscale eenheid tot uitdrukking komt en dit verlies anderzijds buiten de fiscale eenheid tot uitdrukking komt bij de andere Nederlandse zusterverenootschap. In deze situatie wordt het vermogen en de werkzaamheden van alle verenootschappen toegerekend aan de niet in Nederland gevestigde moederverenootschap. Een verlies kan op deze wijze enkel binnen de fiscale eenheid tot uitdrukking komen. Unilaterale dubbele verliesverrekening is in deze situatie niet mogelijk. De optie voldoet aan dit vereiste.

²¹⁵ Zie stap 3 in paragraaf 4.1.1, hier wordt nader ingegaan op deze potentiële uitbreiding van het Nederlandse heffingsrecht.

Impliciet vereiste: *De belastingschuld van de fiscale eenheid die op grond van de hoofdelijke aansprakelijkheid in theorie bij iedere maatschappij ingevorderd kan worden, dient in de praktijk ook invorderbaar te zijn.*

Iedere vennootschap die deel uitmaakt van de fiscale eenheid is op grond van artikel 39

Invorderingswet hoofdelijk aansprakelijk voor de belastingschuld van de fiscale eenheid.

In theorie is dit duidelijk, echter in de praktijk zal het lastiger zijn om van een in het buitenland gevestigd lichaam, zonder enige binding met Nederland, belastingschulden te innen dan van een in Nederland gevestigd lichaam. Als gevolg van de wederzijdse bijstandsrichtlijn is het voor de fiscus er eenvoudiger op geworden om de belastingschulden te innen bij maatschappijen die zijn gevestigd binnen de Europese Unie.

Als gevolg van het opteren voor binnenlandse belastingplicht kan de in een andere lidstaat gevestigde moederverenootschap, deel uitmaken van de fiscale eenheid. Het vermogen en de werkzaamheden van deze vennootschap maken in beginsel deel uit van de Nederlandse belastinggrondslag, echter op grond van de objectvrijstelling wordt het vermogen en de werkzaamheden dat conform het fiscale territorialiteitsbeginsel niet aan Nederland is toegewezen, uit de Nederlandse belastinggrondslag gehaald. Derhalve wordt het vermogen en de werkzaamheden dat deel uit van de Nederlandse belastinggrondslag, effectief enkel gevormd door het vermogen en de werkzaamheden van de in Nederland gevestigde zusterverenootschappen. Het wordt weliswaar toegerekend aan de opterende binnenlands belastingplichtige vennootschap, maar verder brengt de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap geen mutatie in de Nederlandse belastinggrondslag met zich mee. Het is naar mijn mening een ongewenst gevolg dat deze vennootschap, zonder vermogen en werkzaamheden in de fiscale eenheid, op grond van artikel 39 Invorderingswet hoofdelijk aansprakelijk is. Er zijn naar mijn mening aanvullende bepalingen benodigd teneinde dit te voorkomen.

Stap 4 – Indien er niet aan alle impliciete vereisten wordt voldaan, op welke wijze kan er door middel van de aanvullende bepalingen aan de impliciete vereisten worden voldaan?

Als gevolg van het opteren voor binnenlandse belastingplicht wordt, vanuit Nederlands perspectief, het vermogen en de werkzaamheden van de in een andere lidstaat gevestigde moederverenootschap in de Nederlandse belastinggrondslag getrokken. Dit terwijl Nederland conform het fiscale territorialiteitsbeginsel geen heffingsrecht heeft op het vermogen en de werkzaamheden van deze vennootschap. Door middel van de objectvrijstelling wordt echter grotendeels voorkomen dat het vermogen en de werkzaamheden dat conform het fiscale territorialiteitsbeginsel niet aan Nederland is toegewezen, toch in de belastinggrondslag van de fiscale eenheid tot uitdrukking komt.

De objectvrijstelling slaagt er echter niet volledig in om het gehele object vrij te stellen. Derhalve zijn er aanvullende bepalingen benodigd om het heffingsrecht van Nederland niet uit te breiden als gevolg

van de voeging in de fiscale eenheid.

De uitbreiding van het heffingsrecht doet zich, zonder nadere bepalingen, voor met betrekking tot activiteiten die weliswaar in Nederland plaatsvinden, maar die niet van dien aard en omvang zijn dat zij aangemerkt worden als een vaste inrichting. Derhalve blijft het heffingsrecht toegewezen aan de lidstaat waarin de vennootschap is gevestigd. Als gevolg van het opteren voor binnenlandse belastingplicht wordt de moedervenootschap belastingplichtig over deze activiteiten. De objectvrijstelling slaagt er op dit moment niet in om deze activiteiten, waarover Nederland geen heffingsrecht heeft, uit de Nederlandse belastinggrondslag te halen.

De objectvrijstelling moet worden uitgebreid door in artikel 15e, tweede lid, onderdeel a, Wet Vpb, een aanvulling te maken waarin dit deel van de activiteiten waarover Nederland geen heffingsrecht heeft, uit de Nederlandse belastinggrondslag wordt gehaald.

Een naar mijn mening ongewenst gevolg van de voeging van de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap in de fiscale eenheid is de hoofdelijke aansprakelijkheid voor deze vennootschap op grond van artikel 39 Invorderingswet. Door de objectvrijstelling wordt het volledige vermogen en de werkzaamheden uit de belastinggrondslag van de fiscale eenheid gehaald. Effectief maakt de moedervenootschap enkel deel uit van de fiscale eenheid als een vennootschap aan wie het vermogen en de werkzaamheden van de in Nederland gevestigde zustervennootschappen kan worden toegerekend, zodat op deze wijze de verticale ononderbroken keten in stand kan worden gehouden. Door middel van een bepaling in artikel 39 Invorderingswet die de hoofdelijke aansprakelijkheid voorkomt voor vennootschappen die weliswaar deel uitmaken van de fiscale eenheid, maar die geen invloed hebben op de belastinggrondslag van de fiscale eenheid, kan dit ongewenste gevolg worden voorkomen.

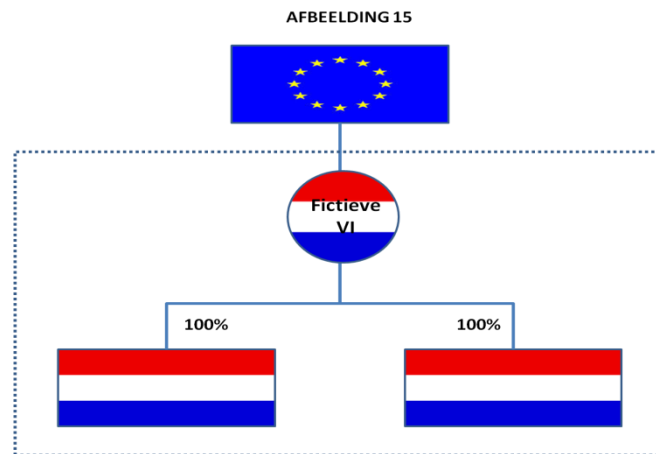
Stap 5: Hoe ziet deze optie eruit indien er pas op een hoger niveau in het concern sprake is van een gemeenschappelijke (middellijke) moedervenootschap?

Indien in deze optie de in Nederland gevestigde vennootschappen pas op een hoger niveau in het concern een gemeenschappelijke moedervenootschap hebben, betekent dit dat er voor de tussenliggende niet in Nederland gevestigde vennootschappen, tevens zal moeten worden geopteerd voor binnenlandse belastingplicht. In deze optie blijft er immers sprake van een verticale ononderbroken keten. Zoals hierboven is besproken, treden er de nodige wijzigingen op vanuit Nederlands perspectief als gevolg van het opteren voor binnenlandse belastingplicht. Deze wijzigingen zullen optreden voor al de niet in Nederland gevestigde vennootschappen die opteren voor Nederlandse belastingplicht. Het is denkbaar dat in een fiscale eenheid waarin een groot aantal vennootschappen zijn opgenomen, het een complexe situatie kan worden. Immers, vanuit Nederlands perspectief veranderen deze vennootschappen in binnenlandse belastingplichtige lichamen, maar deze lichamen blijven op grond van het verdrag in de andere lidstaat gevestigd. Hierdoor wordt er vanuit

Nederlands perspectief een situatie gecreëerd die niet overeenkomt met de werkelijkheid. Met name in grote fiscale eenheden met veel niet in Nederland gevestigde vennootschappen kan dit een tamelijk onoverzichtelijk geheel worden en komt dit naar mijn mening de eenvoud niet ten goede.

4.2.2 Fiscale eenheid met een fictieve vaste inrichting

De tweede mogelijkheid om een fiscale eenheid te vormen in de *zustersvennootschappen* situatie is de mogelijkheid waarbij een fiscale eenheid wordt gevormd tussen een fictieve vaste inrichting van de in het buitenland gevestigde moedermaatschappij, tezamen met de in Nederland gevestigde zustersvennootschappen. In afbeelding 15 ziet dit er als volgt uit:



Stap 1 – Door welke bepaling(en) in de huidige wet- en regelgeving wordt de fiscale eenheid in deze optie onmogelijk gemaakt?

Deze optie heeft veel weg van een fiscale eenheid die onder de huidige vereisten wel mogelijk is. Op grond van artikel 15, vierde lid, Wet Vpb is het immers onder voorwaarden mogelijk een fiscale eenheid te vormen met een in het buitenland gevestigde vennootschap, voor zover het de vaste inrichting in Nederland van deze vennootschap betreft. Er dient dan echter wel sprake te zijn van activiteiten in Nederland van de in het buitenland gevestigde vennootschap die van een zekere omvang en duurzaamheid zijn, dat deze worden aangemerkt als een vaste inrichting. In de voorgestelde optie is hier geen sprake van.

Verder dient op grond van artikel 15, vierde lid, onderdeel c, Wet Vpb, het aandelenbezit in de dochtervennootschappen tot het vermogen en de werkzaamheden van de vaste inrichting te behoren.

Stap 2 – Op welke wijze dient de bepaling uit stap 1 te worden aangepast zodat de fiscale eenheid in deze optie mogelijk wordt gemaakt?

Om deze optie mogelijk te maken in de wet- en regelgeving dient er een aanvulling te komen op de bestaande wettekst. Het moet immers mogelijk worden gemaakt om bij fictie een vaste inrichting aan te merken indien er geen (of onvoldoende) activiteiten in Nederland worden verricht door de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap. Te denken valt aan een fictie waarbij de in het buitenland gevestigde vennootschap die optreedt als moedervernootschap, voor de fiscale eenheid geacht wordt

een vaste inrichting in Nederland te hebben waaraan het vermogen en de werkzaamheden van de in Nederland gevestigde zustervennootschappen kan worden toegerekend.

Met betrekking tot de bepaling die is opgenomen in artikel 15, vierde lid, onderdeel c, Wet Vpb, zijn er naar mijn mening twee opties. Allereerst kan er voor worden gekozen om niet langer te eisen dat het aandelenbezit in de dochtervennootschappen tot het vermogen en de werkzaamheden van de vaste inrichting wordt gerekend. Een andere optie is om, bij wijze van fictie, het aandelenbezit toe te rekenen aan de vaste inrichting.

Stap 3 – Voldoet de fiscale eenheid in deze optie aan de impliciete vereisten van de fiscale eenheidsregeling?

Impliciet vereiste: *Er dient een belastingplichtige te zijn aan wie de werkzaamheden en het vermogen van de andere maatschappijen kan worden toegerekend.*

Zoals in stap 1 en 2 naar voren is gekomen is het onder de huidige vereisten niet mogelijk om een fiscale eenheid tot stand te brengen en dient er in de wet- en regelgeving een mogelijkheid te worden geboden om bij wijze van fictie een vaste inrichting aan te merken. Indien deze fictieve vaste inrichting in de wetgeving is gefaciliteerd, kan de in het buitenland gevestigde moedervennootschap als moedermaatschappij optreden. Het vermogen en de werkzaamheden van de in Nederland gevestigde zustervennootschappen wordt dan toegerekend aan de fictieve vaste inrichting.

In dat geval voldoet deze optie aan dit vereiste.

Impliciet vereiste: *De fiscale eenheid strekt zich enkel tot het vermogen en de werkzaamheden van belastingplichtigen die zijn genoemd in artikel 2 en 3 Wet Vpb, die conform het fiscale territorialiteitsbeginsel aan Nederland zijn toegewezen.*

Deze optie verschilt niet veel van een optie die onder de huidige vereisten voor de vorming en instandhouding van de fiscale eenheid wel mogelijk is. In de situatie dat de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap in Nederland een vaste inrichting drijft is het immers mogelijk dat de in het buitenland gevestigde vennootschap optreedt als moedermaatschappij van de fiscale eenheid. Het vermogen en de werkzaamheden van de in Nederland gevestigde zustervennootschappen wordt dan toegerekend aan de vaste inrichting.

In paragraaf 4.1.2 is nader ingegaan op de gevolgen van het creëren van een fictieve vaste inrichting in de *Nederlandse Papillon* situatie, terwijl er onvoldoende activiteiten zijn om een ‘echte’ vaste inrichting aan te merken. Aangezien er in Nederland geen ‘force of attraction’ bestaat, leidt dit er in de *Nederlandse Papillon* situatie met een fictieve vaste inrichting niet toe dat Nederland haar heffingsrecht uitbreidt. Dit geldt ook voor de fictieve vaste inrichting in deze optie.

In tegenstelling tot de optie met de fictieve vaste inrichting in de *Nederlandse Papillon* situatie kan in deze optie het heffingsrecht van Nederland wel worden beperkt. Aangezien de fictieve vaste inrichting van de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap als moedermaatschappij van de fiscale eenheid

zal gaan optreden, wordt het vermogen en de werkzaamheden van de in Nederland gevestigde vennootschappen toegerekend aan deze fictieve vaste inrichting.

Voor het bepalen het belastbare bedrag van de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap is hoofdstuk III van de Wet Vpb van toepassing, terwijl voor de in Nederland gevestigde vennootschappen hoofdstuk II van de Wet Vpb van toepassing is. Het belastbare bedrag dat wordt berekend in hoofdstuk II van de Wet Vpb is ruimer dan de berekening van het belastbare bedrag in hoofdstuk III. Door de toerekening van het vermogen en de werkzaamheden van de in Nederland gevestigde vennootschappen aan de fictieve vaste inrichting zal hoofdstuk III van de Wet Vpb van toepassing worden in plaats van hoofdstuk II voor het vermogen en de werkzaamheden van de in Nederland gevestigde vennootschappen. Op deze wijze wordt, zonder nadere bepaling, het Nederlandse heffingsobject beperkt.

Impliciet vereiste: *Het voorkomen van unilaterale dubbele verliesverrekening.*

Unilaterale dubbele verliesverrekening kan zich voordoen indien een verlies van een Nederlandse zustervennootschap enerzijds binnen de fiscale eenheid tot uitdrukking komt en dit verlies anderzijds buiten de fiscale eenheid tot uitdrukking komt bij de andere Nederlandse zustervennootschap.

Unilaterale dubbele verliesverrekening is in deze situatie niet mogelijk, aangezien een verlies van een zustervennootschap enkel binnen de fiscale eenheid tot uitdrukking kan komen bij de andere zustervennootschap. Het is niet mogelijk dat dit verlies op andere wijze buiten de fiscale eenheid om bij de andere zustervennootschap tot uitdrukking kan komen.

Impliciet vereiste: *De belastingschuld van de fiscale eenheid die op grond van de hoofdelijke aansprakelijkheid in theorie bij iedere maatschappij ingevorderd kan worden, dient in de praktijk ook invorderbaar te zijn.*

In deze situatie wordt een fictieve vaste inrichting gecreëerd waardoor de in het buitenland gevestigde vennootschap, voor zover het de vaste inrichting betreft, deel uitmaakt van de fiscale eenheid. De in het buitenland gevestigde vennootschap is op grond van artikel 39 Invorderingswet dan ook hoofdelijk aansprakelijk voor de belastingschuld van de fiscale eenheid.

Als gevolg van de wederzijdse bijstandsrichtlijn is het voor de fiscus eenvoudiger geworden om de belastingschulden te innen bij maatschappijen die zijn gevestigd binnen de Europese Unie.

Een niet in Nederland gevestigd lichaam, die deel uitmaakt van de fiscale eenheid voor zover het de fictieve vaste inrichting betreft en om die reden geen vermogen en/of werkzaamheden heeft dat kan worden toegerekend aan de moedervernootschap binnen de fiscale eenheid, zal op basis van artikel 39 Invorderingswet hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de vennootschapsbelastingsschuld van de fiscale eenheid. Dus zonder daadwerkelijk iets in te brengen in de fiscale eenheid ontstaat er toch hoofdelijke aansprakelijkheid.

Dit is naar mijn mening een ongewenst gevolg van deze optie. Teneinde dit te voorkomen zijn er naar mijn mening aanvullende bepalingen benodigd die dit ongewenste effect tegengaan.

Stap 4 – Indien er niet aan impliciete alle vereisten wordt voldaan, op welke wijze kan er door middel van de aanvullende bepalingen aan de impliciete vereisten worden voldaan?

In stap 3 is beoordeeld of deze optie voldoet aan de vereisten. Hieruit is naar voren gekomen dat er nadere bepalingen benodigd zijn om te voorkomen dat het heffingsrecht wordt beperkt als gevolg van de voeging in de fiscale eenheid.

Onder de huidige vereisten van de fiscale eenheid is het mogelijk om een fiscale eenheid te vormen met een buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij, voor zover het de vaste inrichting betreft, en de in Nederland gevestigde zustervennootschappen. In deze situatie betreft het een ‘echte’ vaste inrichting die als moedermaatschappij van de fiscale eenheid optreedt. Het belastbare bedrag van de vaste inrichting wordt bepaald op grond van hoofdstuk III Wet Vpb. Door toepassing van de fiscale eenheidsregeling wordt het vermogen en de werkzaamheden van de in Nederland gevestigde vennootschappen toegerekend aan de vaste inrichting. Teneinde te voorkomen dat het belastbare bedrag van de in Nederland gevestigde zustervennootschappen niet langer wordt bepaald op grond van hoofdstuk II van de Wet Vpb maar op grond van hoofdstuk III Wet Vpb zijn er in het BFE bepalingen opgenomen.

Het eerste lid van artikel 32 BFE bewerkstelligt dat de belasting van de fiscale eenheid wordt geheven naar het belastbare Nederlandse bedrag. Het belastbare Nederlandse bedrag is gedefinieerd in artikel 17, tweede lid, Wet Vpb en is beperkter dan het voorwerp van de belasting voor binnenlands belastingplichtige vennootschappen.

In het tweede lid van artikel 32 BFE is geregeld dat voor de binnenlands belastingplichtige vennootschappen, die deel uitmaken van een fiscale eenheid met een buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij, het voorwerp van de belasting wordt opgevat op voet van hoofdstuk II van de Wet Vpb. Op deze wijze wordt voorkomen dat het heffingsrecht wordt beperkt doordat het voorwerp van de belasting van de Nederlandse vennootschappen wordt bepaald op grond van hoofdstuk III in plaats van hoofdstuk II.

Deze bepalingen kunnen ook toegepast worden op de fiscale eenheid waarin de buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij deel uitmaakt van de fiscale eenheid voor zover het de in Nederland gevestigde fictieve vaste inrichting betreft. Op deze wijze zal voor deze optie het voorwerp van de belasting voor wat betreft het vermogen en de werkzaamheden van de in Nederland gevestigde vennootschappen worden opgevat op grond van hoofdstuk II van de Wet Vpb. De optie voldoet in dat geval aan het vereiste.

Een naar mijn mening ongewenst gevolg van het opnemen van een fictieve vaste inrichting in de fiscale eenheid is dat de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, als gevolg van deze voeging,

hoofdelijk aansprakelijk is voor de belastingschuld van de fiscale eenheid. Hoewel de fictieve vaste inrichting in deze optie weliswaar de functie van moedermaatschappij op zich neemt, is de fictieve vaste inrichting wat betreft object niets meer dan een ‘lege huls’ die het mogelijk maakt om een fiscale eenheid te vormen in deze situatie.

Dit kan worden voorkomen door de hoofdelijke aansprakelijkheid die is opgenomen in artikel 39 Invorderingswet uit te sluiten voor de vennootschap die door middel van een fictieve vaste inrichting deel uitmaakt van de fiscale eenheid. Op deze wijze zijn enkel de vennootschappen die daadwerkelijk vermogen en werkzaamheden hebben die worden toegerekend aan de moedermaatschappij van de fiscale eenheid hoofdelijk aansprakelijk voor de belastingschuld.

Stap 5: Hoe ziet deze optie eruit indien er pas op een hoger niveau in het concern sprake is van een gemeenschappelijke (middellijke) moedervernootschap?

Indien er pas op een hoger niveau in het concern sprake is van een gemeenschappelijke moedervernootschap van de in Nederland gevestigde zusterovernootschappen, dient voor de tussenliggende vennootschappen tevens een fictieve vaste inrichting te worden aangemerkt in Nederland. Deze vennootschappen maken dan deel uit van de fiscale eenheid voor zover het de fictieve vaste inrichting betreft.

De situatie waarin er meerdere fictieve vaste inrichtingen deel uitmaken van de fiscale eenheid, verschilt met betrekking tot de impliciete vereisten van de huidige fiscale eenheidsregeling niet van de situatie waarin er slechts één fictieve vaste inrichting is.

Derhalve is het enige verschil dat er bij meerdere tussenliggende vennootschappen, waardoor er een gemeenschappelijke middellijke moedervernootschap is, in deze situatie ook meerdere fictieve vaste inrichtingen dienen te worden aangemerkt.

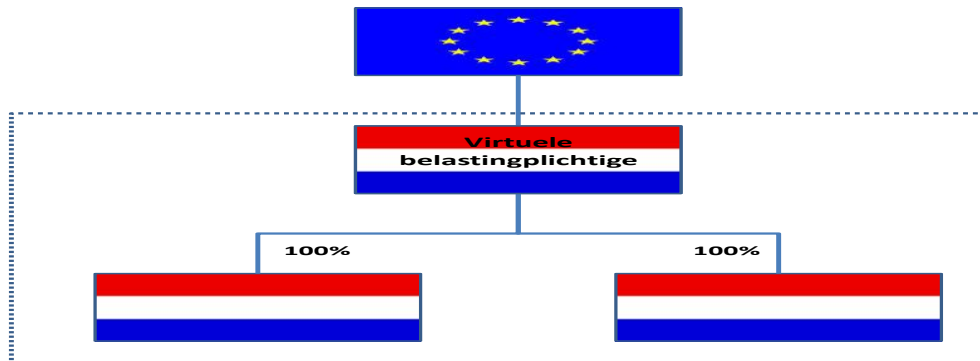
4.2.3 Fiscale eenheid met een virtueel belastingplichtige vennootschap

Een andere optie om een fiscale eenheid mogelijk te maken in de *zusterovernootschappen* situatie is de optie waarin het vermogen en de werkzaamheden van de in Nederland gevestigde zusterovernootschappen wordt toegerekend aan een virtueel belastingplichtige vennootschap.

Omdat een virtueel belastingplichtige vennootschap iets is dat tot op heden niet bestaat in het fiscale recht, wordt dit hier nader toegelicht.

Een virtueel belastingplichtige vennootschap is een vennootschap die juridisch niet bestaat. Het is een vennootschap die enkel voor de fiscale eenheidsregeling in de Wet Vpb bestaat. De huidige systematiek van de fiscale eenheid kenmerkt zich door het toerekenen van vermogen en werkzaamheden aan een moedervernootschap. Deze moedervernootschap moet een in Nederland gevestigd lichaam zijn, of een in Nederland gevestigde vaste inrichting van een buitenlands belastingplichtig lichaam. Hierdoor is het in de uitgangssituatie niet mogelijk om een fiscale eenheid te vormen.

In deze optie wordt dit probleem verholpen door het tussenvoegen van een virtueel belastingplichtige vennootschap. De virtueel belastingplichtige vennootschap treedt enkel op als het lichaam waaraan al het vermogen en de werkzaamheden van de deelnemende vennootschappen kan worden toegerekend. In een afbeelding ziet dit er als volgt uit:



Stap 1 – Door welke bepaling(en) in de huidige wet- en regelgeving wordt de fiscale eenheid in deze optie onmogelijk gemaakt?

Deze optie is onder de huidige wet- en regelgeving niet mogelijk, aangezien er in de Wet Vpb geen virtueel belastingplichtige vennootschap bestaat.

Stap 2 – Op welke wijze dient de bepaling uit stap 1 te worden aangepast zodat de fiscale eenheid in deze optie mogelijk wordt gemaakt?

Om een fiscale eenheid mogelijk te maken in deze optie zijn er de nodige wijzigingen in de wet- en regelgeving benodigd. Ten eerste dient de lijst met subjectieve binnenlandse belastingplichtigen in artikel 2 Wet Vpb te worden uitgebreid met een virtueel belastingplichtige vennootschap.

Vervolgens dient in artikel 15 Wet Vpb een aanvulling te worden geplaatst die het mogelijk maakt om het vermogen en de werkzaamheden van de in Nederland gevestigde vennootschappen toe te rekenen aan deze virtueel belastingplichtige vennootschap.

Stap 3 – Voldoet de fiscale eenheid in deze optie aan de impliciete vereisten van de fiscale eenheidsregeling?

Impliciet vereiste: *Er dient een belastingplichtige te zijn aan wie de werkzaamheden en het vermogen van de andere maatschappijen kan worden toegerekend.*

In deze optie kan het vermogen en de werkzaamheden van de twee in Nederland gevestigde zuster-vennootschappen worden toegerekend aan de virtueel belastingplichtige vennootschap. Deze virtueel belastingplichtige vennootschap treedt op als moedermaatschappij van de fiscale eenheid.

Impliciet vereiste: *De fiscale eenheid strekt zich enkel tot het vermogen en de werkzaamheden van belastingplichtigen die zijn genoemd in artikel 2 en 3 Wet Vpb, die conform het fiscale*

territorialiteitsbeginsel aan Nederland zijn toegewezen.

In deze optie worden enkel de in Nederland gevestigde vennootschappen opgenomen in de fiscale eenheid. De fiscale eenheid strekt zich in deze optie enkel uit tot de in Nederland gevestigde vennootschappen.

Impliciet vereiste: *Het voorkomen van unilaterale dubbele verliesverrekening.*

Unilaterale dubbele verliesverrekening kan zich voordoen indien een verlies van een Nederlandse zustervennootschap enerzijds binnen de fiscale eenheid tot uitdrukking komt en dit verlies anderzijds buiten de fiscale eenheid tot uitdrukking komt bij de andere Nederlandse zustervennootschap.

Unilaterale dubbele verliesverrekening is in deze situatie niet mogelijk, aangezien een verlies van een zustervennootschap enkel binnen de fiscale eenheid tot uitdrukking kan komen bij de andere zustervennootschap. Het is niet mogelijk dat dit verlies op andere wijze buiten de fiscale eenheid om bij de andere zustervennootschap tot uitdrukking kan komen. Optie 1 voldoet derhalve perfect aan deze doelstelling.

Impliciet vereiste: *De belastingschuld van de fiscale eenheid die op grond van de hoofdelijke aansprakelijkheid in theorie bij iedere maatschappij ingevorderd kan worden, dient in de praktijk ook invorderbaar te zijn.*

De consolidatie van het vermogen en de werkzaamheden van de zustervennootschappen vindt plaats bij de virtueel belastingplichtige vennootschap. Aangezien deze virtueel belastingplichtige vennootschap juridisch geen betekenis heeft en enkel van toepassing is voor de Wet Vpb zal voor de invordering van de belastingschuld moeten worden gekeken naar de vennootschappen waarvan het vermogen en de werkzaamheden worden toegerekend aan de virtueel belastingplichtige vennootschap. In deze optie betreft dit enkel de in Nederland gevestigde vennootschappen en zal de invordering in beginsel geen problemen opleveren.

Stap 4 – Indien er niet aan alle impliciete vereisten wordt voldaan, op welke wijze kan er door middel van de aanvullende bepalingen aan de impliciete vereisten worden voldaan?

De grootste uitdaging bij deze optie is naar mijn mening dat de virtueel belastingplichtige vennootschap op de juiste wijze geïmplementeerd dient te worden binnen de Nederlandse wetgeving. Aangezien er tot op heden iets soortgelijks niet bestaat in de Nederlandse fiscale wetgeving zal er allereerst grondig onderzoek moeten worden gedaan naar de mogelijke gevolgen van een virtueel belastingplichtige vennootschap. Voor deze optie wordt er echter vanuit gegaan dat de virtueel belastingplichtige vennootschap kan worden geïmplementeerd in de wetgeving. Vanuit deze aanname is in stap 3 gekeken of er kan worden voldaan aan de impliciete vereisten of dat er eventueel nog aanvullende bepalingen benodigd zijn. In stap 3 is naar voren gekomen dat deze optie, mits de virtueel belastingplichtige vennootschap op de juiste wijze is geïmplementeerd, voldoet aan de impliciete

vereisten van de huidige fiscale eenheidsregeling. In dat geval zijn er geen aanvullende bepalingen benodigd.

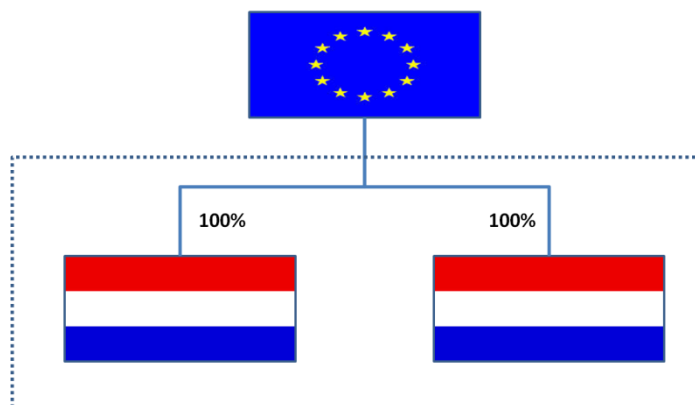
Stap 5: Hoe ziet deze optie eruit indien er pas op een hoger niveau in het concern sprake is van een gemeenschappelijke (middellijke) moedervernootschap?

Indien er in deze optie pas op een hoger niveau in het concern sprake is van een gemeenschappelijke (middellijke) moedervernootschap heeft dit geen gevolgen voor de fiscale eenheid. Zoals in stap 2 naar voren is gekomen, dient in artikel 15 Wet Vpb een aanvulling te worden geplaatst die het mogelijk maakt om het vermogen en de werkzaamheden van de in Nederland gevestigde vennootschappen toe te rekenen aan de virtueel belastingplichtige vennootschap. Het vermogen en de werkzaamheden van de in Nederland gevestigde vennootschappen wordt opgenomen in de fiscale eenheid. Het vermogen en de werkzaamheden van de niet in Nederland gevestigde tussenliggende vennootschappen zal niet in de fiscale eenheid worden opgenomen. Verder blijft de deelnemingsverhouding in stand tussen de vennootschappen die zijn opgenomen in de fiscale eenheid en de in een andere lidstaat gevestigde vennootschappen die niet in de fiscale eenheid zijn opgenomen. De omvang van het concern is niet van belang voor de complexiteit, aangezien enkel de in Nederland gevestigde vennootschappen deel gaan uitmaken van de fiscale eenheid en er verder geen wijzigingen optreden.

4.2.4 Fiscale eenheid met de in Nederland gevestigde vennootschappen

De laatste optie om een fiscale eenheid mogelijk te maken in de *zustersvennootschappen* situatie is de optie waarin een fiscale eenheid wordt gevormd tussen enkel de in Nederland gevestigde vennootschappen. In afbeelding 17 ziet dit er als volgt uit:

AFBEELDING 17



Stap 1 – Door welke bepaling(en) in de huidige wet- en regelgeving wordt de fiscale eenheid in deze optie onmogelijk gemaakt?

Deze fiscale eenheid is onder de huidige vereisten van de fiscale eenheidsregeling niet mogelijk omdat er geen sprake is van een verticale ononderbroken keten van in Nederland gevestigde

vennootschappen die voldoen aan het bezitsvereiste van artikel 15, eerste lid, Wet Vpb. De zustervennootschappen zijn weliswaar beide in Nederland gevestigd, maar door het ontbreken van aandelenbezit van de ene zustervennootschap in de andere zustervennootschap kan er geen fiscale eenheid worden gevormd, aangezien onder de huidige vereisten er een moedervernootschap dient te zijn aan wie het vermogen kan worden toegerekend en deze moedervernootschap een in Nederland gevestigd lichaam dient te zijn is een fiscale eenheid tussen de in Nederland gevestigde zustervennootschappen niet mogelijk.

Stap 2 – Op welke wijze dient de bepaling uit stap 1 te worden aangepast zodat de fiscale eenheid in deze optie mogelijk wordt gemaakt?

Om een fiscale eenheid tussen enkel de in Nederland gevestigde zustervennootschappen mogelijk te maken dient er in de wetgeving een aanvulling te worden gemaakt op de opsomming van vennootschappen die als moedervernootschap kunnen optreden van de fiscale eenheid. Als gevolg van deze wijziging dient het voor één van de zustervennootschappen in deze situatie mogelijk te zijn om te worden aangemerkt als moedervernootschap. Deze vennootschap treedt dan, voor de fiscale eenheidsregeling, op als moedermaatschappij van de fiscale eenheid. De bepalingen die onder de huidige vereisten aan toepassing zijn op de moedermaatschappij van een fiscale eenheid, worden dan eveneens van toepassing op de zustervennootschap die optreedt als moedervernootschap van de fiscale eenheid.

Op deze wijze wordt een inbreuk gemaakt op de consolidatie van vermogen en werkzaamheden van vennootschappen die een verticale ononderbroken keten. Tijdens de mondelinge behandeling van de prejudiciële vragen heeft de Europese Commissie naar de visie van AG Kokott terecht uiteengezet dat de vraag bij wie er geconsolideerd wordt louter een technische vraag is en niet van belang is voor de verwezenlijking van de doelstelling van de fiscale eenheidsregeling.²¹⁶

Stap 3 – Voldoet de fiscale eenheid in deze optie aan de impliciete vereisten van de fiscale eenheidsregeling?

Impliciet vereiste: *Er dient een belastingplichtige te zijn aan wie de werkzaamheden en het vermogen van de andere maatschappijen kan worden toegerekend.*

Zoals in stap 2 naar voren is gekomen is er in de wetgeving een aanvulling benodigd die het mogelijk maakt voor één van de zustervennootschappen om als moedervernootschap van de fiscale eenheid op te treden in de situatie van zustervennootschappen die geen fiscale eenheid kunnen vormen met de gemeenschappelijke moedervernootschap omdat deze niet in Nederland is gevestigd, voor de fiscale eenheidsregeling aangemerkt kunnen worden als de moedervernootschap.

Het vermogen en de werkzaamheden van de overige zustervennootschappen kan dan worden toegerekend aan deze vennootschap.

²¹⁶ Conclusie AG Kokott, t.a.p., r.o. 77

Derhalve zal deze optie, na het invoeren van de aanvulling van de vennootschap die als moedervenootschap kan optreden, voldoen aan dit vereiste.

Impliciet vereiste: *De fiscale eenheid strekt zich enkel tot het vermogen en de werkzaamheden van belastingplichtigen die zijn genoemd in artikel 2 en 3 Wet Vpb, die conform het fiscale territorialiteitsbeginsel aan Nederland zijn toegewezen.*

In deze optie worden enkel de in Nederland gevestigde vennootschappen opgenomen in de fiscale eenheidsregeling. Derhalve strekt de fiscale eenheid zich enkel tot het vermogen en de werkzaamheden dat conform het fiscale territorialiteitsbeginsel aan Nederland is toegewezen.

Deze optie voldoet aan dit vereiste.

Impliciet vereiste: *Het voorkomen van unilaterale dubbele verliesverrekening.*

Unilaterale dubbele verliesverrekening kan zich voordoen indien een verlies van een Nederlandse zustervenootschap enerzijds binnen de fiscale eenheid tot uitdrukking komt en dit verlies anderzijds buiten de fiscale eenheid tot uitdrukking komt bij de andere Nederlandse zustervenootschap.

Unilaterale dubbele verliesverrekening is in deze situatie niet mogelijk, aangezien een verlies van een zustervenootschap enkel binnen de fiscale eenheid tot uitdrukking kan komen bij de andere zustervenootschap. Het is niet mogelijk dat dit verlies op andere wijze buiten de fiscale eenheid om bij de andere zustervenootschap tot uitdrukking kan komen.

Impliciet vereiste: *De belastingschuld van de fiscale eenheid die op grond van de hoofdelijke aansprakelijkheid in theorie bij iedere maatschappij ingevorderd kan worden, dient in de praktijk ook invorderbaar te zijn.*

In deze optie wordt een fiscale eenheid gevormd tussen de in Nederland gevestigde vennootschappen. Op grond van artikel 39 Invorderingswet zijn alle deelnemende vennootschappen hoofdelijk aansprakelijk voor de vennootschapsbelastingsschuld van de fiscale eenheid. Aangezien het enkel in Nederland gevestigde vennootschappen betreft, zal het in de praktijk eenvoudig zijn voor de Belastingdienst om met de vennootschappen in contact te komen met betrekking tot de invordering van de belastingschulden.

Stap 4 – Indien er niet aan alle vereisten wordt voldaan, op welke wijze kan er door middel van de aanvullende bepalingen aan de vereisten worden voldaan?

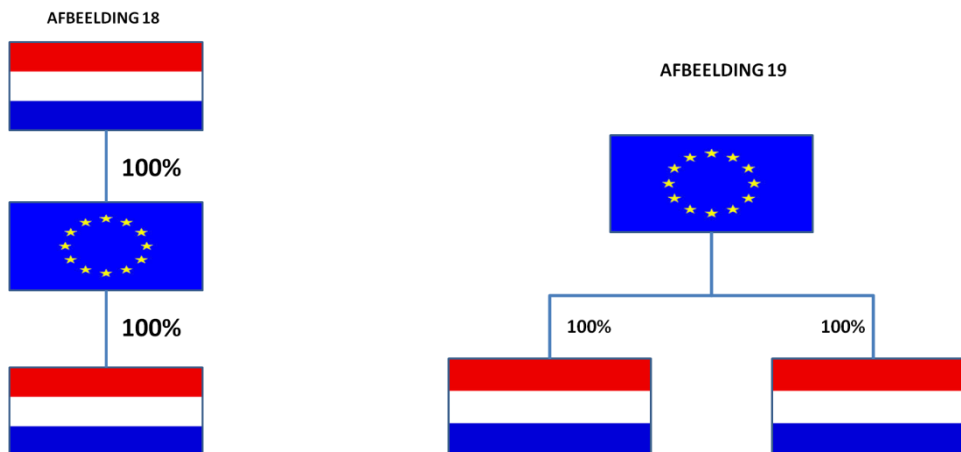
In stap 3 is naar voren gekomen dat, indien het mogelijk wordt gemaakt om een zustervenootschap aan te merken als moedervenootschap voor de fiscale eenheid, er verder geen aanvullende bepalingen benodigd zijn teneinde te voldoen aan de impliciete vereisten van de fiscale eenheid.

Stap 5: Hoe ziet deze optie eruit indien er pas op een hoger niveau in het concern sprake is van een gemeenschappelijke (middellijke) moedervenootschap?

Indien er in deze optie pas op een hoger niveau in het concern sprake is van een gemeenschappelijke (middellijke) moedervernootschap heeft dit geen gevolgen voor de fiscale eenheid. De tussenliggende, niet in Nederland gevestigde vennootschappen, worden immers niet opgenomen in de fiscale eenheid. Verder blijft de deelnemingsverhouding in stand tussen de vennootschappen die zijn opgenomen in de fiscale eenheid en de in een andere lidstaat gevestigde vennootschappen die niet in de fiscale eenheid zijn opgenomen. De omvang van het concern is niet van belang voor de complexiteit, aangezien enkel de in Nederland gevestigde vennootschappen deel gaan uitmaken van de fiscale eenheid en er verder geen wijzigingen optreden.

4.3 Tussenconclusie

Op 12 juni 2014 heeft het HvJ EU uitspraak gedaan in de arresten met betrekking tot de Nederlandse Papillon situatie en de zustervennootschappen situatie. Het HvJ EU heeft geoordeeld dat het in strijd is met het Europese recht om geen fiscale eenheid te kunnen vormen in de onderstaande situaties²¹⁷, weergegeven in afbeelding 18 en 19:



In dit hoofdstuk is voor een aantal opties om in de *Nederlandse Papillon* situatie en de *zustervennootschappen* een fiscale eenheid mogelijk te maken, onderzocht of deze kunnen voldoen aan de impliciete vereisten van de huidige fiscale eenheidsregeling. Voor dit onderzoek is gebruik gemaakt van onderstaand stappenplan:

1. Door welke bepaling(en) in de huidige wet- en regelgeving wordt de fiscale eenheid in deze optie onmogelijk gemaakt?
2. Op welke wijze dient de bepaling uit stap 1 te worden aangepast zodat de fiscale eenheid in deze optie mogelijk wordt gemaakt?
3. Voldoet de fiscale eenheid in deze optie aan de impliciete vereisten van de fiscale eenheidsregeling?

²¹⁷ Terwijl er in de situatie dat al deze vennootschappen in Nederland waren gevestigd, wel een mogelijkheid was tot het vormen van een fiscale eenheid.

4. Indien er niet aan alle impliciete vereisten wordt voldaan, op welke wijze kan er door middel van aanvullende bepalingen aan de impliciete vereisten worden voldaan?
5. Hoe ziet deze optie eruit indien er pas op een hoger niveau in het concern sprake is van een gemeenschappelijke (middellijke) moedervenootschap? ²¹⁸ / Hoe ziet deze optie eruit indien er meerdere tussenhoudstervenootschappen deel uitmaken van het concern? ²¹⁹

Naar aanleiding van dit stappenplan kan voor iedere optie worden geconcludeerd dat deze kan voldoen aan de impliciete vereisten van de fiscale eenheidsregeling en dienen deze opties naar mijn mening allen te worden meegenomen in de keuze van de wetgever om een fiscale eenheid mogelijk te maken in de *Nederlandse Papillon* situatie en de *zustervenootschappen* situatie. De opties zullen hierna kort worden besproken.

De eerste optie die is onderzocht voor de *Nederlandse Papillon* situatie is de optie waarin de verticale ononderbroken keten volledig in stand blijft, dit is mogelijk door de in een andere lidstaat gevestigde tussenhoudstervenootschap op te nemen in de fiscale eenheid. Om dit mogelijk te maken is in deze optie van belang dat de tussenhoudstervenootschap opteert voor binnenlandse belastingplicht. Door het opnemen van de opterende binnenlands belastingplichtige vennootschap in de fiscale eenheid wordt in beginsel niet langer voldaan aan het impliciete vereiste dat de fiscale eenheid zich enkel strekt tot vermogen en werkzaamheden dat conform het fiscale territorialiteitsbeginsel aan Nederland is toegewezen. Derhalve moet het object van deze vennootschap weer uit het vermogen van de fiscale eenheid worden gehaald. Nederland heeft in de fiscale wetgeving de objectvrijstelling opgenomen. Door middel van de objectvrijstelling wordt het object van de opterende binnenlands belastingplichtige vennootschap grotendeels vrijgesteld. De objectvrijstelling slaagt er op dit moment niet in om het gehele object vrij te stellen, derhalve zijn er aanvullende bepalingen benodigd die de objectvrijstelling uitbreiden om te kunnen voldoen aan dit impliciete vereiste. Na het uitbreiden van de objectvrijstelling, maakt de tussenhoudster effectief dan nog enkel deel uit van de fiscale eenheid als een 'lege huls' om de verticale ononderbroken keten in stand te houden.

Doordat de tussenhoudstervenootschap geen vermogen en of werkzaamheden in de fiscale eenheid heeft, is het naar mijn mening een ongewenst gevolg dat deze vennootschap toch hoofdelijk aansprakelijk is voor de vennootschapsbelasting van de fiscale eenheid. Dit kan worden verholpen door een uitzondering op te nemen in artikel 39 Invorderingswet, die de hoofdelijke aansprakelijkheid niet van toepassing verklaart op vennootschappen die geen vermogen en/of werkzaamheden in de fiscale eenheid brengen, maar enkel zijn opgenomen om de verticale ononderbroken keten in stand te houden.

²¹⁸ Dit is stap 5 voor de *Nederlandse Papillon* situatie. Deze stap verschilt van de *zustervenootschappen* situatie.

²¹⁹ Dit is stap 5 voor de *zustervenootschappen* situatie. Deze stap verschilt van de *Nederlandse Papillon* situatie.

Een andere optie om een fiscale eenheid mogelijk te maken in de *Nederlandse Papillon* situatie is de optie waarin de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, bij wijze van fictie, een vaste inrichting in Nederland heeft. Op deze wijze is er eveneens een verticale ononderbroken keten. Deze optie voldoet, zonder nadere bepalingen, niet aan het impliciete vereiste dat unilaterale dubbele verliesverrekening moet worden voorkomen. De unilaterale dubbele verliesverrekening kan zich voordoen omdat, door het niet opnemen van de tussenhoudstervenootschap in de fiscale eenheid, er een deelnemingsverhouding blijft bestaan tussen de moedervernootschap en de tussenhoudstervenootschap, alsmede met de kleindochtervennootschap. Een verlies van de kleindochtervennootschap komt allereerst binnen de fiscale eenheid bij de moedervernootschap tot uitdrukking, maar kan daarnaast nogmaals tot uitdrukking komen bij de moedervernootschap. Dit kan zich voordoen in geval van liquidatie van de tussenhoudster, via artikel 13d Wet Vpb. Derhalve is onderzocht welke aanvullende bepalingen er benodigd zijn om deze unilaterale dubbele verliesverrekening te voorkomen. Onder de huidige vereisten van de fiscale eenheidsregeling is er een situatie waarin deze unilaterale dubbele verliesverrekening zich ook kan voordoen, namelijk de situatie waarin de in een andere lidstaat gevestigde tussenhoudstervenootschap een ‘echte’ vaste inrichting in Nederland heeft. In het BFE zijn bepalingen opgenomen die deze unilaterale dubbele verliesverrekening in deze situatie voorkomen. Deze bepalingen komen er kort gezegd op neer dat het opgeofferde bedrag als bedoeld in artikel 13d, achtste lid, Wet Vpb, in aanmerking kan worden genomen voor zover het hoger is dan het sinds de voeging aan de dochtermaatschappij toe te rekenen verlies van de fiscale eenheid. Op deze wijze wordt voorkomen dat het verlies dubbel bij de moedervernootschap tot uitdrukking komt. Indien deze bepalingen ook van toepassing worden verklaard voor deze optie, kan deze optie voldoen aan dit impliciete vereiste.

Voor deze optie geldt eveneens dat het naar mijn mening ongewenste gevolg van hoofdelijke aansprakelijkheid voor de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap zich kan voordoen. Dit probleem kan eveneens verholpen worden door de toevoeging in artikel 39 Invorderingswet.

De derde optie die is onderzocht is de optie waarin alleen de in Nederland gevestigde vennootschappen worden opgenomen in de fiscale eenheid. In deze optie wordt er dus niet langer voldaan aan het vereiste van een verticale ononderbroken keten. Bij deze optie kan, net als bij de optie met de fictieve vaste inrichting, unilaterale dubbele verliesverrekening optreden. Op dezelfde wijze als bij de vorige optie kan dit worden voorkomen door de bepalingen in het BFE ook in deze situatie van toepassing te verklaren. Verder voldoet deze optie aan de impliciete vereisten van de huidige fiscale eenheidsregeling.

Voor de *zustersvennootschappen* situatie zijn er vier opties onderzocht. In de *zustersvennootschappen* situatie is het niet vanzelfsprekend dat er wordt voldaan aan het impliciete vereiste dat er een belastingplichtige is aan wie het vermogen en de werkzaamheden kan worden toegerekend.

De eerste optie die is onderzocht is de optie waarin alle vennootschappen deel uitmaken van de fiscale eenheid. De in een andere lidstaat gevestigde moedervenootschap dient te opteren voor binnenlandse belastingplicht. Door het opnemen van de opterende binnenlands belastingplichtige vennootschap in de fiscale eenheid wordt in beginsel niet langer voldaan aan het impliciete vereiste dat de fiscale eenheid zich enkel strekt tot vermogen en werkzaamheden dat conform het fiscale territorialiteitsbeginsel aan Nederland is toegewezen. Derhalve moet het object van deze vennootschap weer uit het vermogen van de fiscale eenheid worden gehaald. Dit kan op dezelfde wijze als in de optie voor de *Nederlandse Papillon* situatie waarin de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap opteert voor binnenlandse belastingplicht.

Vervolgens speelt hier eveneens het naar mijn mening ongewenste gevolg van hoofdelijke aansprakelijkheid. Dit kan worden verholpen door de aanvulling in artikel 39 Invorderingswet.

De tweede optie is de optie waarin de in een andere lidstaat gevestigde moedervenootschap een fictieve vaste inrichting in Nederland heeft. Deze fictieve vaste inrichting maakt deel uit van de fiscale eenheid en hieraan wordt het vermogen en de werkzaamheden van de zustervennootschappen toegerekend. Het belastbare bedrag van een vaste inrichting wordt bepaald op grond van hoofdstuk III Wet Vpb. Teneinde te voorkomen dat het belastbare bedrag van de in Nederland gevestigde zustervennootschappen niet langer wordt bepaald op grond van hoofdstuk II Wet Vpb maar op grond van hoofdstuk III Wet Vpb zijn er in het BFE bepalingen opgenomen. In het tweede lid van artikel 32 BFE is opgenomen dat voor binnenlandse belastingplichtige vennootschappen die deel uitmaken van een fiscale eenheid met een buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij, het voorwerp van de belasting wordt opgevat op voet van hoofdstuk II Wet Vpb. Door deze bepalingen ook van toepassing te verklaren in de situatie met een fictieve vaste inrichting kan dit probleem worden verholpen.

Ook in deze situatie speelt het naar mijn mening ongewenste gevolg van de hoofdelijke aansprakelijkheid, dit kan eveneens worden voorkomen door de uitbreiding in artikel 39 Invorderingswet.

De derde optie die is onderzocht is de optie waarin er een virtueel belastingplichtige vennootschap wordt gecreëerd waaraan het vermogen en de werkzaamheden van de zustervennootschappen kan worden toegerekend. De virtueel belastingplichtige vennootschap is een vennootschap die juridisch niet bestaat, maar enkel voor de fiscale eenheidsregeling in de Wet Vpb van toepassing is. Een virtueel belastingplichtige vennootschap bestaat op dit moment niet in de Nederlandse wetgeving. De grootste uitdaging bij deze optie is naar mijn mening dat de virtueel belastingplichtige vennootschap op de juiste wijze geïmplementeerd dient te worden binnen de Nederlandse wetgeving. Aangezien er tot op heden iets soortgelijks niet bestaat in de Nederlandse fiscale wetgeving zal er allereerst grondig onderzoek moeten worden gedaan naar de mogelijke gevolgen van een virtueel belastingplichtige

vennootschap. Vanuit de aanname dat de virtueel belastingplichtige vennootschap op de juiste wijze is geïmplementeerd, voldoet deze optie aan de impliciete vereisten van de fiscale eenheidsregeling.

Dit geldt ook voor de vierde optie die is onderzocht voor de *zustersvennootschappen* situatie. Dit betreft de optie waarbij de fiscale eenheid kan worden gevormd tussen de in Nederland gevestigde zustersvennootschappen. Zonder aanvullende bepalingen kan niet worden voldaan aan het vereiste dat er een vennootschap is waaraan het vermogen en de werkzaamheden kan worden toegerekend.

Derhalve dient er in de wetgeving een mogelijkheid te worden gecreëerd voor één van de zustersvennootschappen om als moedervennootschap voor de fiscale eenheidsregeling op te treden.

Verder voldoet deze optie aan de impliciete vereisten van de fiscale eenheidsregeling.

Het is binnen het kader van deze masterscriptie niet mogelijk om te onderzoeken in hoeverre het vanuit het oogpunt van de wetgever wenselijk is om deze opties te implementeren in de wetgeving. In dit hoofdstuk is enkel gepoogd aan te geven op welke wijze er invulling kán worden gegeven aan een fiscale eenheid in de *Nederlandse Papillon* situatie en de *zustersvennootschappen* situatie.

Concluderend zijn al deze opties in staat om te voldoen aan de impliciete vereisten van de fiscale eenheidsregeling en kunnen naar mijn mening dan ook gebruikt worden als mogelijkheid voor een fiscale eenheid in de *Nederlandse Papillon* situatie en de *zustersvennootschappen* situatie. De wijze waarop er kan worden voldaan aan de impliciete vereisten verschilt echter enorm per optie. Zo zijn er grote verschillen in het aantal aanvullende bepalingen dat benodigd is om de fiscale eenheid te laten voldoen aan de impliciete vereisten. Uiteindelijk is het een taak voor de wetgever om een afweging te maken tussen deze opties.

5 Conclusie

5.1 Samenvatting

Vijf en een half jaar na de uitspraak van het HvJ EU in het arrest *Société Papillon* is bekend geworden wat de gevolgen hiervan zijn voor de Nederlandse fiscale eenheidsregeling. Op 12 juni 2014 heeft het HvJ EU in de samengevoegde arresten SCA Holding, MSA International en X1 Holding GmbH uitgesproken dat het in strijd met het Europese recht is dat er geen fiscale eenheid kan worden gevormd in zaken die wat betreft problematiek vergelijkbaar zijn met zowel de *Nederlandse Papillon* situatie als de *zustersvennootschappen* situatie. De *Nederlandse Papillon* situatie is de situatie waarin er een ingezet moedervernootschap is met een ingezeten kleindochtervennootschap, die wordt gehouden door een (of meer) niet-ingezeten tussenhoudstervennootschap(pen). De *zustersvennootschappen* situatie is de situatie waarin twee in Nederland gevestigde zustersvennootschappen een gemeenschappelijke niet-ingezeten moedervernootschap hebben.

Als gevolg van deze uitspraak is in deze masterscriptie onderzocht op welke wijze Nederland in zowel de *Nederlandse Papillon* situatie als in de *zustersvennootschappen* situatie een fiscale eenheid mogelijk kan maken, terwijl er nog steeds wordt voldaan aan de impliciete vereisten van de huidige fiscale eenheidsregeling. De probleemstelling die in deze masterscriptie centraal staat luidt als volgt:

Op welke wijze kan Nederland invulling geven in de wet- en regelgeving aan de Nederlandse Papillon zaak en de zustersvennootschappen zaak en voorts voldoen aan de impliciete vereisten van het huidige fiscale eenheidsregime?

Teneinde een antwoord te geven op deze probleemstelling is allereerst ingegaan op de huidige fiscale eenheidsregeling. Vanuit de behandeling van de huidige fiscale eenheidsregeling zijn een viertal impliciete vereisten achterhaald waaraan de fiscale eenheidsregeling in de verschillende opties om een fiscale eenheid mogelijk te maken in de *Nederlandse Papillon* situatie alsmede de *zustersvennootschappen* situatie moet voldoen.

De kern van de fiscale eenheidsregeling is gevat in het eerste lid van artikel 15 Wet Vpb en houdt in dat het vermogen fictief wordt toegerekend aan de belastingplichtige die optreedt als moedervernootschap van de fiscale eenheid. Voor de vorming van de fiscale eenheid dient er dus een maatschappij te zijn aan wie het vermogen kan worden toegerekend. De maatschappij aan wie dit vermogen wordt toegerekend krijgt tevens de verplichting om aangifte te doen voor de fiscale eenheid. Hieruit volgt het eerste impliciete vereiste waaraan de fiscale eenheidsregeling moet voldoen: *Er dient een belastingplichtige te zijn aan wie de werkzaamheden en het vermogen van de andere maatschappijen kan worden toegerekend.*

Om te voorkomen dat het Nederlandse heffingsrecht wordt beperkt dan wel uitgebreid vanwege

heffingslekken zijn er in het BFE nadere bepalingen opgenomen. Vanuit deze bepalingen in de Wet Vpb en het BFE in onderlinge samenhang is het tweede impliciete vereiste waaraan de fiscale eenheidsregeling moet voldoen te achterhalen:

De fiscale eenheid strekt zich enkel tot het vermogen en de werkzaamheden van belastingplichtigen die zijn genoemd in artikel 2 en 3 Wet Vpb, die conform het fiscale territorialiteitsbeginsel aan Nederland zijn toegewezen.

In het derde tot en met het zevende lid van artikel 35 BFE zijn bepalingen opgenomen die voorkomen dat een verlies van een vaste inrichting twee keer in aftrek wordt gebracht. Dit kan ontstaan doordat het verlies binnen de fiscale eenheid bij de moedermaatschappij verrekend kan worden. Daarnaast kan dit verlies ook tot uitdrukking komen bij de buitenlandse tussenhoudster.

Het is ongewenst indien een verlies in zo'n situatie dubbel verrekend kan worden. Uit deze bepalingen in het BFE, die zien op de liquidatieverliesregeling, is het derde impliciete vereiste waaraan de fiscale eenheid moet voldoen te achterhalen:

Het voorkomen van unilaterale dubbele verliesverrekening.

Het is voor de fiscus van belang om de belastingschulden van de fiscale eenheid op een zo eenvoudig mogelijke wijze te kunnen invorderen. Om die reden is het van belang dat de fiscus voldoende mogelijkheden heeft om over te gaan tot invordering.

Als vierde impliciete vereiste waaraan de fiscale eenheidsregeling moet voldoen zal worden gebruikt: *De belastingschuld van de fiscale eenheid die op grond van de hoofdelijke aansprakelijkheid in theorie bij iedere maatschappij ingevorderd kan worden, dient in de praktijk ook invorderbaar te zijn.*

Vervolgens is in hoofdstuk 3 gekeken naar de wijze waarop onder de huidige vereisten voor de vorming en instandhouding van de fiscale eenheid, het niet mogelijk is om een fiscale eenheid te vormen in de *Nederlandse Papillon* situatie en de *zustersvennootschappen* situatie. Dit is momenteel niet mogelijk door een combinatie van het vestigingsplaatsvereiste en het vereiste van de verticale ononderbroken keten dat volgt uit het bezitsvereiste. Door het niet kunnen opnemen van een vennootschap dat niet voldoet aan het vestigingsplaatsvereiste, is het niet mogelijk om een verticale ononderbroken keten te vormen. Derhalve kan er in zowel de *Nederlandse Papillon* situatie als in de *zustersvennootschappen* situatie geen fiscale eenheid worden gevormd.

Na het verschijnen van het arrest *Société Papillon* is deze combinatie van vereisten onder een vergrootglas komen te liggen. Het Franse regime voor de fiscale eenheid vertoonde veel overeenkomsten met het Nederlandse fiscale eenheidsregime.

Na het verschijnen van het arrest *Société Papillon* is de vraag opgekomen of de door Nederland gestelde wet- en regelgeving voor vorming en instandhouding van een fiscale eenheid wel in

overeenstemming is met het Europese recht.²²⁰ Op 16 juni 2011 is Nederland door de Europese Commissie verzocht om een aantal van de huidige vereisten voor de vorming en instandhouding van de fiscale eenheid te wijzigen.²²¹ Nederland heeft als reactie op de infractieprocedure aangegeven dat het de wet- en regelgeving niet aan zal passen.²²² Wel was de verwachting dat de Nederlandse wet- en regelgeving zal worden getoetst aan het Europese recht.

Deze verwachting is uitgekomen, aangezien door Hof Amsterdam op 17 januari 2013 prejudiciële vragen zijn gesteld aan het Europese Hof van Justitie over de geoorloofdheid van het weigeren van de fiscale eenheid in drie zaken.

Deze vragen zijn op 12 juni 2014²²³ door het HvJ EU beantwoord door te stellen dat een aantal van de huidige vereisten voor de vorming en instandhouding van de fiscale eenheid in strijd is met het Europese recht. Als gevolg van deze uitspraak dient Nederland een fiscale eenheid mogelijk te maken in de *Nederlandse Papillon* situatie alsmede de *zustersvennootschappen* situatie.²²⁴

Aan de hand van een stappenplan is voor een aantal opties bekeken of deze kunnen voldoen aan de impliciete vereisten van de huidige fiscale eenheidsregeling. In dit onderzoek is gebruik gemaakt van het volgende stappenplan:

1. Door welke bepaling(en) in de huidige wet- en regelgeving wordt de fiscale eenheid in deze optie onmogelijk gemaakt?
2. Op welke wijze dient de bepaling uit stap 1 te worden aangepast zodat de fiscale eenheid in deze optie mogelijk wordt gemaakt?
3. Voldoet de fiscale eenheid in deze optie aan de impliciete vereisten van de fiscale eenheidsregeling?
4. Indien er niet aan alle impliciete vereisten wordt voldaan, op welke wijze kan er door middel van aanvullende bepalingen aan de impliciete vereisten worden voldaan?
5. Hoe ziet deze optie eruit indien er pas op een hoger niveau in het concern sprake is van een gemeenschappelijke (middellijke) moedervernootschap? ²²⁵ / Hoe ziet deze optie eruit indien er meerdere tussenhoudstervernootschappen deel uitmaken van het concern? ²²⁶

Voor de *Nederlandse Papillon* situatie is voor een drietal opties door middel van dit stappenplan

²²⁰ Onder andere:

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

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*

D.S. Smit, 'Prejudiciële vragen aan het HvJ over een 'Papillon-achtige' zaak I & II', *Commentaar NTFR 2013/256*

²²¹ European Commission Press Release, 16 juni 2011, IP/11/719

²²² Brief Ministerie van Financiën, 17 april 2012, DB/2012/163 U, *V-N 2012/21.23*

²²³ Nadat op 27 februari 2014 de conclusie van AG Kokott is verschenen.

²²⁴ Hierbij wordt de aanneming gemaakt dat fiscale eenheidsregeling blijft bestaan.

²²⁵ Dit is stap 5 voor de *Nederlandse Papillon* situatie. Deze stap verschilt van de *zustersvennootschappen* situatie.

²²⁶ Dit is stap 5 voor de *zustersvennootschappen* situatie. Deze stap verschilt van de *Nederlandse Papillon* situatie.

onderzocht of deze in staat zijn om te voldoen aan de impliciete vereisten van de huidige fiscale eenheidsregeling. Het betreft de volgende opties:

- De fiscale eenheid wordt gevormd door alle vennootschappen in het concern;
- De fiscale eenheid wordt gevormd tussen de in Nederland gevestigde vennootschappen en een fictieve vaste inrichting van de in een andere lidstaat gevestigde tussenhoudstervennootschap;
- De fiscale eenheid wordt gevormd tussen de in Nederland gevestigde vennootschappen.

De eerste optie die is onderzocht voor de *Nederlandse Papillon* situatie is dus de optie waarin de verticale ononderbroken keten volledig in stand blijft, dit is mogelijk door de in een andere lidstaat gevestigde tussenhoudstervennootschap op te nemen in de fiscale eenheid. Om dit mogelijk te maken is in deze optie van belang dat de tussenhoudstervennootschap opteert voor binnenlandse belastingplicht. Door het opnemen van de opererende binnenlands belastingplichtige vennootschap in de fiscale eenheid wordt, in beginsel, niet langer voldaan aan het impliciete vereiste dat de fiscale eenheid zich enkel strekt tot vermogen en werkzaamheden dat conform het fiscale territorialiteitsbeginsel aan Nederland is toegewezen. Er dient derhalve een aanvulling in de objectvrijstelling te worden ingevoerd om in deze optie te voldoen aan dit impliciete vereiste. Daarnaast treedt in deze optie het ongewenste gevolg op dat er, op grond van artikel 39 Invorderingswet, hoofdelijke aansprakelijkheid ontstaat voor de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, terwijl deze effectief geen vermogen en of werkzaamheden in de fiscale eenheid heeft. Teneinde dit ongewenste effect te voorkomen dient er in artikel 39 Invorderingswet een uitzondering te worden opgenomen.

Een andere optie om een fiscale eenheid mogelijk te maken in de *Nederlandse Papillon* situatie is de optie waarin de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, bij wijze van fictie, een vaste inrichting in Nederland heeft. Deze optie voldoet, zonder nadere bepalingen, niet aan het impliciete vereiste dat unilaterale dubbele verliesverrekening moet worden voorkomen. Derhalve is onderzocht welke aanvullende bepalingen er benodigd zijn om unilaterale dubbele verliesverrekening te voorkomen. Door een koppeling te maken naar een vergelijkbare situatie²²⁷, die onder de huidige wetgeving wel mogelijk is, is gekeken naar bepalingen die de unilaterale dubbele verliesverrekening in deze situatie weten te voorkomen. Deze bepalingen komen er kort gezegd op neer dat het opgeofferde bedrag als bedoeld in artikel 13d, achtste lid, Wet Vpb, in aanmerking kan worden genomen voor zover het hoger is dan het sinds de voeging aan de dochtermaatschappij toe te rekenen verlies van de fiscale eenheid. Op deze wijze wordt voorkomen dat het verlies dubbel bij de moedervennootschap tot uitdrukking komt. Indien deze bepalingen ook van toepassing worden verklaard voor deze optie, kan deze optie tevens voldoen aan dit impliciete vereiste.

²²⁷ De fiscale eenheid met een 'echte' vaste inrichting van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap.

Voor deze optie geldt eveneens dat het naar mijn mening ongewenste gevolg van hoofdelijke aansprakelijkheid voor de in een andere lidstaat gevestigde vennootschap zich kan voordoen. Dit probleem kan eveneens verholpen worden door de toevoeging in artikel 39 Invorderingswet. Ook deze optie is in staat om te voldoen aan de impliciete vereisten van de fiscale eenheidsregeling.

De derde optie die is onderzocht is de optie waarin alleen de in Nederland gevestigde vennootschappen worden opgenomen in de fiscale eenheid. In deze optie wordt er dus niet langer voldaan aan het vereiste van een verticale ononderbroken keten. Bij deze optie kan, net als bij de optie met de fictieve vaste inrichting, unilaterale dubbele verliesverrekening optreden. Op dezelfde wijze als bij de vorige optie kan dit worden voorkomen door de bepalingen in het BFE ook in deze situatie van toepassing te verklaren. Verder voldoet deze optie aan de impliciete vereisten van de huidige fiscale eenheidsregeling.

Voor de *zustersvennootschappen* situatie is voor een viertal opties door middel van het stappenplan onderzocht of deze in staat zijn om te voldoen aan de impliciete vereisten van de huidige fiscale eenheidsregeling. Het betreft de volgende opties:

- De fiscale eenheid wordt gevormd door alle vennootschappen in het concern;
- De fiscale eenheid wordt gevormd tussen de in Nederland gevestigde zustersvennootschappen en een fictieve vaste inrichting van de in een andere lidstaat gevestigde moedervennootschap;
- De fiscale eenheid wordt gevormd door een virtueel belastingplichtige vennootschap, waaraan het vermogen en de werkzaamheden van de in Nederland gevestigde zustersvennootschappen kan worden toegerekend;
- De fiscale eenheid wordt gevormd door de in Nederland gevestigde zustersvennootschappen, waarbij één van de zustersvennootschappen als moedervennootschap van de fiscale eenheid wordt aangemerkt.

De eerste optie die is onderzocht voor de *zustersvennootschappen* situatie is de optie waarin alle vennootschappen deel uitmaken van de fiscale eenheid. De in een andere lidstaat gevestigde moedervennootschap dient te opteren voor binnenlandse belastingplicht. In deze optie speelt, net als in de optie voor de *Nederlandse Papillon* situatie waarin alle vennootschappen in de fiscale eenheid worden opgenomen, het probleem dat er, zonder nadere bepalingen, niet wordt voldaan aan het impliciete vereiste dat de fiscale eenheid zich strekt tot het vermogen dat, conform het fiscale territorialiteitsbeginsel, aan Nederland is toegewezen. Door middel van dezelfde oplossingen als in deze optie voor de *Nederlandse Papillon* situatie kan ook in deze optie worden voldaan aan dit impliciete vereiste.

Daarnaast speelt hier eveneens het naar mijn mening ongewenste gevolg van hoofdelijke aansprakelijkheid. Dit kan worden verholpen door de aanvulling in artikel 39 Invorderingswet.

Indien er in de wetgeving aanvullende bepalingen komen is deze optie in staat om te voldoen aan de impliciete vereisten van de fiscale eenheidsregeling.

De tweede optie is de optie waarin de in een andere lidstaat gevestigde moedervereniging een fictieve vaste inrichting in Nederland heeft. Deze fictieve vaste inrichting maakt deel uit van de fiscale eenheid en hieraan wordt het vermogen en de werkzaamheden van de zusterverenigingen toegerekend. Het belastbare bedrag van een vaste inrichting wordt bepaald op grond van hoofdstuk III Wet Vpb. Teneinde te voorkomen dat het belastbare bedrag van de in Nederland gevestigde zusterverenigingen niet langer wordt bepaald op grond van hoofdstuk II Wet Vpb maar op grond van hoofdstuk III Wet Vpb zijn er in het BFE bepalingen opgenomen. In het tweede lid van artikel 32 BFE is opgenomen dat voor binnenlandse belastingplichtige verenigingen die deel uitmaken van een fiscale eenheid met een buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij, het voorwerp van de belasting wordt opgevat op voet van hoofdstuk II Wet Vpb. Door deze bepalingen ook van toepassing te verklaren in de situatie met een fictieve vaste inrichting kan dit probleem worden verholpen. Ook in deze situatie speelt het naar mijn mening ongewenste gevolg van de hoofdelijke aansprakelijkheid, dit kan eveneens worden voorkomen door de uitbreiding in artikel 39 Invorderingswet. Deze optie is ook in staat om te voldoen aan de impliciete vereisten van de huidige fiscale eenheidsregeling.

De derde optie die is onderzocht is de optie waarin er een virtueel belastingplichtige vereniging wordt gecreëerd waaraan het vermogen en de werkzaamheden van de zusterverenigingen kan worden toegerekend. De virtueel belastingplichtige vereniging is een vereniging die juridisch niet bestaat, maar enkel voor de fiscale eenheidsregeling in de Wet Vpb van toepassing is. Een virtueel belastingplichtige vereniging bestaat op dit moment niet in de Nederlandse wetgeving. De grootste uitdaging bij deze optie is naar mijn mening dat de virtueel belastingplichtige vereniging op de juiste wijze geïmplementeerd dient te worden binnen de Nederlandse wetgeving. Aangezien er tot op heden iets soortgelijks niet bestaat in de Nederlandse fiscale wetgeving zal er allereerst grondig onderzoek moeten worden gedaan naar de mogelijke gevolgen van een virtueel belastingplichtige vereniging. Vanuit de aanname dat de virtueel belastingplichtige vereniging op de juiste wijze is geïmplementeerd, voldoet deze optie aan de impliciete vereisten van de fiscale eenheidsregeling.

Dit geldt ook voor de vierde optie die is onderzocht voor de *zusterverenigingen* situatie. Dit betreft de optie waarbij de fiscale eenheid kan worden gevormd tussen de in Nederland gevestigde zusterverenigingen. Zonder aanvullende bepalingen kan niet worden voldaan aan het vereiste dat er een vereniging is waaraan het vermogen en de werkzaamheden kan worden toegerekend. Derhalve dient er in de wetgeving een mogelijkheid te worden gecreëerd voor één van de

zustersvennootschappen om als moedervennootschap voor de fiscale eenheidsregeling op te treden. Verder voldoet deze optie aan de impliciete vereisten van de fiscale eenheidsregeling.

5.2 Beantwoording probleemstelling

In deze masterscriptie is onderzoek gedaan naar de opties om een fiscale eenheid mogelijk te maken in zowel de *Nederlandse Papillon* situatie als de *zustersvennootschappen* situatie. De probleemstelling die in deze masterscriptie centraal stond luidt als volgt:

Op welke wijze kan Nederland invulling geven in de wet- en regelgeving aan de Nederlandse Papillon zaak en de zustersvennootschappen zaak en voorts voldoen aan de impliciete vereisten van het huidige fiscale eenheidsregime?

Na het uitvoeren van het onderzoek luidt het antwoord op de probleemstelling:

Er zijn verschillende opties voor de Nederlandse wetgever om invulling te geven aan de *Nederlandse Papillon* zaak en de *zustersvennootschappen* zaak en voorts te blijven voldoen aan de impliciete vereisten van het huidige fiscale eenheidsregime. Voor al deze opties zijn er aanpassingen vereist in de bestaande wet- en regelgeving.

Voor de *Nederlandse Papillon* zaak zijn er de volgende drie opties die in staat zijn om te voldoen aan de impliciete vereisten van de fiscale eenheidsregeling. Het betreft de volgende opties:

- De fiscale eenheid wordt gevormd door alle vennootschappen in het concern;
- De fiscale eenheid wordt gevormd tussen de in Nederland gevestigde vennootschappen en een fictieve vaste inrichting van de in een andere lidstaat gevestigde tussenhoudstersvennootschap;
- De fiscale eenheid wordt gevormd tussen de in Nederland gevestigde vennootschappen.

Voor de *zustersvennootschappen* zaak zijn er de volgende vier opties die in staat zijn om te voldoen aan de impliciete vereisten van de fiscale eenheidsregeling. Het betreft de volgende opties:

- De fiscale eenheid wordt gevormd door alle vennootschappen in het concern;
- De fiscale eenheid wordt gevormd tussen de in Nederland gevestigde zustersvennootschappen en een fictieve vaste inrichting van de in een andere lidstaat gevestigde moedervennootschap;
- De fiscale eenheid wordt gevormd door een virtueel belastingplichtige vennootschap, waaraan het vermogen en de werkzaamheden van de in Nederland gevestigde zustersvennootschappen kan worden toegerekend;
- De fiscale eenheid wordt gevormd door de in Nederland gevestigde zustersvennootschappen, waarbij één van de zustersvennootschappen als moedervennootschap van de fiscale eenheid wordt aangemerkt.

5.3 Aanbeveling

In dit onderzoek is naar voren gekomen dat er verschillende opties zijn om een fiscale eenheid mogelijk te maken in zowel de *Nederlandse Papillon* situatie als de *zustersvennootschappen* situatie. Hoewel al deze opties in staat zijn om te voldoen aan de impliciete vereisten van de huidige fiscale eenheidsregeling, bestaan er grote verschillen in de wijze waarop het mogelijk wordt gemaakt dat zij aan deze vereisten voldoen. In het kader van een masterscriptie heb ik gepoogd om een eerste inventarisatie te maken naar de gevolgen van deze fiscale eenheden. Ik ben mij er van bewust dat dit onderzoek niet in staat is om alle gevolgen van de fiscale eenheid per optie te overzien. Voor de wetgever ligt, na het verschijnen van de uitspraak van het HvJ EU op 12 juni 2014, de taak om zowel de *Nederlandse Papillon* zaak als de *zustersvennootschappen* zaak mogelijk te maken binnen de fiscale eenheidsregeling. In deze scriptie is enkel gekeken naar de fiscaaltechnische gevolgen. Voor een wetgever spelen er meerdere aspecten een rol bij de implementatie van een fiscale eenheid in beide zaken. Zo dient een wetgever te kijken naar bijvoorbeeld de verdragsuitwerking van de verschillende opties, maar daarnaast dient ook rekening te worden gehouden met de mogelijke budgettaire gevolgen. Ook de mogelijkheid tot misbruik zal moeten worden meegenomen in de keuze van de wetgever. Om die reden zal er een grondig onderzoek dienen te worden gedaan door de wetgever waarin alle gevolgen van deze fiscale eenheden zullen worden overzien.

Uit deze eerste inventarisatie naar de mogelijkheden voor een fiscale eenheid in de *Nederlandse Papillon* zaak en de *zustersvennootschappen* zaak is naar voren gekomen dat een deel van de problematiek in deze zaken ook al speelt binnen het huidige fiscale eenheidsregime. Voor deze problemen, zoals bijvoorbeeld de unilaterale dubbele verliesverrekening, zijn al bepalingen opgenomen in de huidige wet- en regelgeving.

De aanbeveling die ik aan de wetgever wil meegeven is dan ook dat bij het onderzoek naar de wijze waarop een fiscale eenheid in de *Nederlandse Papillon* zaak en de *zustersvennootschappen* zaak mogelijk gemaakt kan worden, het naar mijn mening een goed startpunt is om te kijken naar de huidige bepalingen met betrekking tot de fiscale eenheid in zowel de Wet Vpb als het BFE.

Literatuurlijst

Boeken

- A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars, A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht* (FED Fiscale Studiereserie nr. 39), Deventer: Kluwer 2012
- Q.W.J.C.H. Kok, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Den Haag: SDU Fiscale en Financiële Uitgevers 2005
- C. van Raad, F.P.G. Pötgens, G.T.W. Janssen, *Cursus Belastingrecht 2014, Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2014
- S.A.W.J. Strik en N.H. de Vries e.a., *Cursus Belastingrecht 2014, Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2014
- *Vakstudie Invorderingswet bij: Invorderingswet 1990*
- *Vakstudie Vennootschapsbelasting bij: Wet op de vennootschapsbelasting 1969*

Tijdschriften

- W.F.E.M. Egelie, 'De zaak Papillon: typisch Frans?', *NTFR-B 2009/12*
- 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*
- M. Nieuweboer, 'Regeling fiscale eenheid leidt tot beperking vestigingsvrijheid in geval van EU-tussenhoudster', *Commentaar NTFR 2011-2319*
- E. Nijkeuter, 'Commentaar artikel 15 Wet Vpb Totstandkoming en beëindiging van een fiscale eenheid', *NDFR Deel Vennootschapsbelasting*
- Redactie V-N, 'Fiscale eenheid met kleindochtermaatschappijen die via Spaanse en Griekse vennootschappen worden gehouden niet mogelijk', *V-N 2013/60.12.*
- Redactie V-N, 'Mogen via Duitse tussenholding gehouden (achter) kleindochtervennootschappen in f.e. worden gevoegd? Prejudiciële vragen HvJ EU', *V-N 2013/14.14*
- Redactie V-N, 'Regels Franse fiscale integratie in strijd met het EU-recht.', *V-N 2008/59.20*
- D.S. Smit, Prejudiciële vragen aan het HvJ over een 'Papillon-achtige' zaak I & II, *Commentaar NTFR 2013/526*

Jurisprudentie Hof van Justitie EU

- Conclusie AG Kokott, 27 februari 2014, C-39/13, C-40/13, C-41/13 (SCA Holding, MSA International Holdings en X1 Holding GmbH)

- HvJ EU 6 oktober 1982, C-283/81 (Cifit)
- HvJ EU 15 mei 1997, C-250/95 (Futura Participations SA)
- HvJ EU 27 november 2008, C-418/07 (Société Papillon)
- HvJ EU 25 februari 2010, C-337/08 (X-Holding)
- HvJ EU 6 september 2012, C-18/11 (Philips Electronics)
- HvJ EU 12 juni 2014, C-39/13 (SCA Holding)
- HvJ EU 12 juni 2014, C-41/13 (MSA International Holdings)
- HvJ EU 12 juni 2014, C-40/13 (X1 Holding GmbH)

Jurisprudentie Nederlandse rechtscolleges

- Rechtbank Haarlem 25 januari 2011, nr. 08/7950, V-N 2011/47.2.3
- Rechtbank Haarlem 9 juni 2011, nr. 10/02288, NTFR 2011/1478
- Rechtbank Haarlem 14 september 2011, nr. 10/03865, V-N Vandaag 2011/2347
- Rechtbank Den Haag 30 december 2011, nr. 11/01084, V-N 2012/21.18
- Rechtbank Den Haag 14 februari 2013, nr.11/9824, V-N 2013/60.13

- Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr.11/00180, V-N Vandaag 2013/120
- Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr.11/00824, NTFR 2013/526
- Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr.11/00587, V-N 2013/14.14

- Hoge Raad 29 juni 1988, nr. 24783, BNB 1988/331

Kamerstukken en beleid

- *Kamerstukken II* 1999/2000, 26854, nr. 3
- *Kamerstukken II* 1999/2000, 26854, nr. 6
- Staatsblad 2002, nr. 646
- Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011
- Brief Ministerie van Financiën, 17 april 2012, DB/2012/163 U, V-N 2012/21.23

Overige

- <http://www.minbuza.nl/ecer/eu-essentieel/inbreukprocedures>
- European Commission Press Release, 16 juni 2011, IP/11/719
- OESO Commentaar bij artikel 7, paragraaf 10
- OESO Commentaar bij artikel 7, paragraaf 12