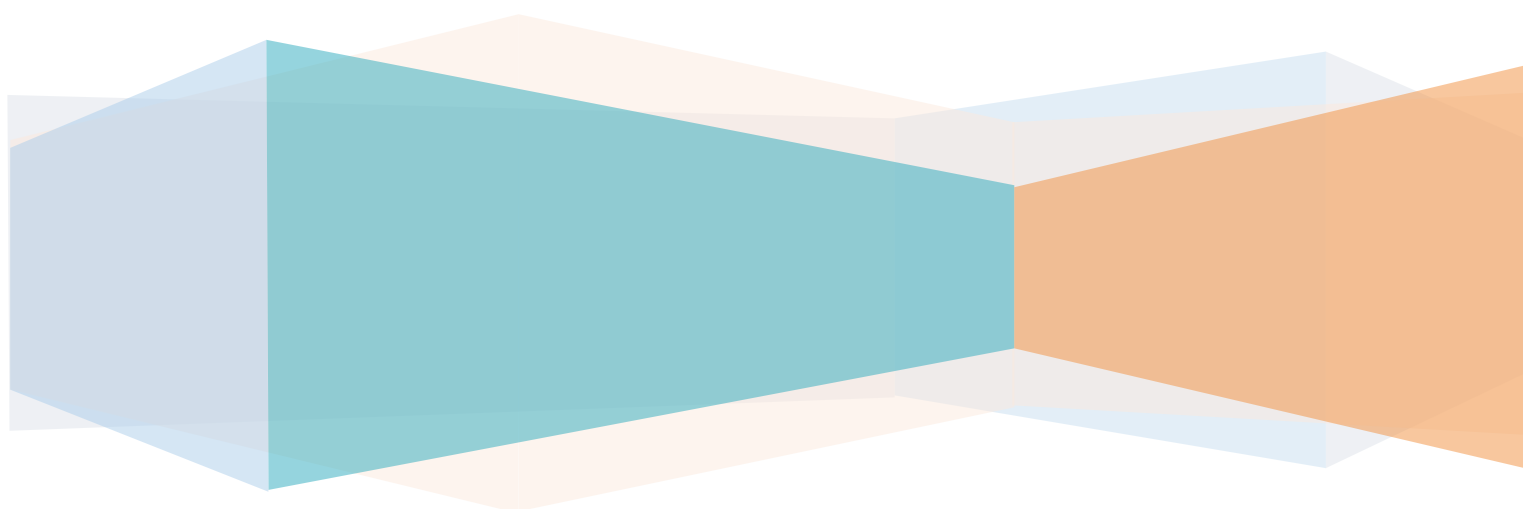


# Besluit BLK2014/2137M

## en de doelstellingen van de fiscale eenheidsregeling

Liwei Dai



Studentnummer: 354350  
Opleiding: Fiscale Economie  
Begeleider: drs. M. Nieuweboer  
Inleverdatum: 15 juli 2015

## Voorwoord

Voor u ligt de bachelorscriptie die geschreven is in het kader van de afronding van mijn studie Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit te Rotterdam. Het schrijven van deze scriptie heb ik als erg leerzaam en prettig ervaren, echter zal deze scriptie niet tot stand zijn gekomen zonder de hulp van een aantal personen. Hierbij wil ik deze geweldige personen graag bedanken.

Allereerst wil ik mijn begeleider Mark Nieuweboer hartelijk bedanken voor zijn tijd en inspanningen. Hij is, in mijn optiek, één van de weinige docenten die zijn passie en enthousiasme voor het vakgebied over kan brengen aan studenten. Hij voorzag mij steeds in nuttige feedback, dacht telkens met mij mee en gaf mij richtingen wanneer ik van de goede pad af dreigde te raken. Door zijn geweldige begeleiding heb ik het schrijven van mijn scriptie als erg vermakend ervaren.

Verder gaat mijn dank uit naar mijn ouders. Ik wil ze bedanken voor hun onvoorwaardelijke steun en liefde gedurende mijn gehele studie, in het bijzonder voor alle momenten waarop zij zich terug trokken naar hun slaapkamer of de burens zodat ik in onze woonkamer aan mijn scriptie kan werken. Ook wil ik mijn vrienden Danny en Stefan bedanken voor de dagen waarop zij speciaal voor mij van 9:00 tot 22:00 op de universiteitsbibliotheek hebben gezeten, zodat ik zonder enige afleiding aan mijn scriptie kan werken. Jullie zijn echte toppers! Als laatste, maar zeker niet de minste, wil ik mijn vriend Kai bedanken voor zijn liefde en steun in de afgelopen jaren, in het bijzonder voor de dagen waarop ik mijn hart bij hem kon luchten.

Mijn dank is groot!

Verder rest mij nog u als lezer veel leesplezier toe te wensen en hopelijk geniet u er net zo veel van als ik!

Liwei Dai

Rotterdam, juli 2015.

## Inhoudsopgave

<b>Voorwoord</b> .....	<b>2</b>
<b>Hoofdstuk 1: Inleiding</b> .....	<b>4</b>
Paragraaf 1.1 Keuze van het onderwerp .....	4
Paragraaf 1.2 De Probleemstelling .....	4
Paragraaf 1.3 Verantwoording van de opzet .....	5
<b>Hoofdstuk 2: De fiscale eenheid</b> .....	<b>6</b>
Paragraaf 2.1 De kern van de fiscale eenheid.....	6
Paragraaf 2.2 De vereisten .....	7
<i>Paragraaf 2.2.1 Bezitsvereiste</i> .....	8
<i>Paragraaf 2.2.2 Vestigingsplaats vereiste</i> .....	8
Paragraaf 2.3 Strekking huidige fiscale eenheidsregeling .....	10
<i>Paragraaf 2.3.1 Fiscale eenheid met een buitenlandse moedermaatschappij</i> .....	10
<i>Paragraaf 2.3.2 Fiscale eenheid met een buitenlandse dochtermaatschappij</i> .....	11
Paragraaf 2.4 Voor- en nadelen .....	12
<i>Paragraaf 2.4.1 Voordelen van de fiscale eenheid</i> .....	12
<i>Paragraaf 2.4.2 Nadelen van de fiscale eenheid</i> .....	13
Paragraaf 2.5 Conclusie .....	14
<b>Hoofdstuk 3: De totstandkoming van het Besluit BLKB2014/2137M</b> .....	<b>15</b>
Paragraaf 3.1 Arrest HvJ Société Papillon.....	15
Paragraaf 3.2 Infractieprocedure .....	17
Paragraaf 3.3 Arrest HvJ SCA Group Holding.....	18
Paragraaf 3.4 Arrest HvJ X AG e.a.....	19
Paragraaf 3.5 Uitspraak Gerechtshof Amsterdam .....	20
Paragraaf 3.6 Conclusie .....	21
<b>Hoofdstuk 4: Het Besluit BLKB2014/2137M</b> .....	<b>22</b>
Paragraaf 4.1 Besluit 16 december 2014 .....	22
Paragraaf 4.2 Definities .....	22
Paragraaf 4.3 Fiscale eenheid moeder/kleindochter .....	23
Paragraaf 4.4 Fiscale eenheid van zustermaatschappijen .....	24
Paragraaf 4.5 Conclusie .....	26
<b>Hoofdstuk 5: Het Besluit nader bekeken</b> .....	<b>27</b>
Paragraaf 5.1 Definities .....	27
Paragraaf 5.2 Fiscale eenheid tussen moeder- en kleindochtermaatschappij .....	28
Paragraaf 5.3 Fiscale eenheid tussen zustermaatschappijen .....	29
Paragraaf 5.4 Conclusie .....	31
<b>Hoofdstuk 6: Conclusie</b> .....	<b>32</b>
Paragraaf 6.1 Samenvatting .....	32
Paragraaf 6.2 Beantwoording van de probleemstelling .....	33
<b>Literatuurlijst</b> .....	<b>35</b>

## Hoofdstuk 1: Inleiding

### Paragraaf 1.1 Keuze van het onderwerp

De Europese interne markt wordt gekenmerkt door een vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal. De Europese Unie streeft naar een interne markt zonder fiscale belemmeringen waar grensoverschrijdende samenwerking wordt bevorderd. Deze markt is essentieel van belang voor de werkgelegenheid, welvaart en groei in de Europese Unie. Door de grote groei van de verschillende economieën in Europa, gaan landen steeds meer hechten aan hun concurrentiepositie ten opzichte van andere landen. Nederland probeert hoogwaardige werkgelegenheid aan te trekken, onder andere door meer financieringsactiviteiten van multinationals aan te trekken met een gunstig fiscaal klimaat<sup>1</sup>. De fiscale eenheidsregeling in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB) is een belangrijk voorbeeld van een belastingfaciliteit die gebruikt wordt. In een fiscale eenheid maken de werkzaamheden en het vermogen van een dochtermaatschappij deel uit van de werkzaamheden en het vermogen van de moedermaatschappij waardoor er vennootschapsbelasting van het concern geheven wordt alsof er één belastingplichtige is<sup>2</sup>. Een van de voordelen hiervan is dat de winsten en verliezen uit een jaar van de maatschappijen met elkaar worden verrekend. Om deel uit te maken van een fiscale eenheid moet een lichaam voldoen aan een aantal wettelijke vereisten. Een van de vereisten is dat beide belastingplichtige in Nederland zijn gevestigd. Voor een Europese maatschappij, die niet inwoner is van Nederland, kan alleen de vaste inrichting in Nederland tot de fiscale eenheid gevoegd worden. Een niet in Nederland gevestigd lichaam, zonder vaste inrichting in Nederland, kan echter niet in een fiscale eenheid worden gevoegd. De discussie hierbij is of de Nederlandse fiscale eenheidsregeling strijdig is met het Europese recht.

### Paragraaf 1.2 De Probleemstelling

Ook in de literatuur is de vraag opgekomen of de Nederlandse fiscale eenheid in overeenstemming is met het Europese recht<sup>3</sup>, zeker na het *Société Papillon*<sup>4</sup> arrest. Op 12 juni 2014 heeft het Hof van Justitie (hierna: HvJ) geoordeeld dat het Nederlandse fiscale eenheidsregime in de Wet VPB in strijd is met de Europese vrijheid van vestiging<sup>5</sup>. Dit komt doordat het Nederlandse fiscale eenheidsregime geen fiscale eenheid toestaat tussen een Nederlandse moedermaatschappij en een Nederlandse kleindochtermaatschappij die gehouden wordt door een tussenmaatschappij in een andere lidstaat van de Europese Unie. Deze situatie vertoont gelijkenissen met het *Société Papillon* arrest en wordt in deze scriptie derhalve aangemerkt als de *Papillon* situatie. Verder is een fiscale eenheid tussen Nederlandse zustermaatschappijen die gehouden worden door een moedermaatschappij in een andere lidstaat van de Europese Unie niet mogelijk. Deze situatie wordt in het gevolg aangemerkt als de zustervennootschappen situatie.

---

1 Stichting Onderzoek Multinationals Ondernemingen, 'Nederlandse belastingfaciliteiten voor concernfinanciering', 2008, pag. 1.

2 Art. 15 Wet VPB 1969.

<sup>3</sup> 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*,

B.J. Kiekebeld, 'Het Nederlandse deel van de fiscale eenheid verenigd', *NTFR Beschouwingen 2014/37*,

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

<sup>4</sup> HvJ EG 27 november 2008, C-418/07.

<sup>5</sup> HvJ EU 12 juni 2014, C-039/13.

Op 11 december 2014 heeft het gerechtshof Amsterdam een einduitspraak gedaan in drie zaken en hierbij het oordeel van het HvJ overgenomen. Op 16 december 2014 heeft de Staatssecretaris vooruitlopend op een wetsvoorstel hierop een beleidsbesluit bekendgemaakt<sup>6</sup>. Het lijkt mij interessant om te onderzoeken of het Besluit een volledige uitwerking biedt van de jurisprudentie en gerechtvaardigd is vanuit de doelstellingen van de fiscale eenheid in de Wet VPB. In deze bachelor scriptie wordt een antwoord gegeven op de volgende probleemstelling:

*‘Biedt het Besluit BLKB2014/2137M een volledige en precieze uitwerking van de arresten Papillon, SCA Group Holding en X AG e.a. volgens de doelstellingen van de fiscale eenheidsregeling van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, zo nee, wat moet er veranderd worden?’*

In deze scriptie wordt slechts algemeen ingegaan op het fiscale eenheidsregime van de Wet VPB en in het bijzonder de Papillon situatie en de zustervennootschappen situatie. In dit onderzoek wordt er beperkt gekeken naar internationale arresten. Verder wordt er in het onderzoek enkel ingegaan op de gevolgen van het Besluit vanuit Nederlands perspectief. Derhalve wordt er niet ingegaan op de gevolgen die voortkomen uit belastingverdragen tussen verschillende landen. Dit in verband met de beperkte omvang van de scriptie.

### **Paragraaf 1.3 Verantwoording van de opzet**

De scriptie begint in hoofdstuk twee met een beschrijving van de kern van het fiscale eenheidsregime in Nederland. Verder wordt de doelstelling van de fiscale eenheid besproken. Om een fiscale eenheid te vormen dienen belastingplichtigen aan een aantal vereisten te voldoen. Deze wettelijke vereisten van de fiscale eenheid worden behandeld en als laatst worden de voor- en nadelen van de fiscale eenheid besproken. Vervolgens wordt er in hoofdstuk drie naar de problematiek van de zustervennootschappen situatie en de Papillon situatie gekeken aan de hand van jurisprudentie. Allereerst wordt er ingegaan op het Société Papillon arrest. Dit arrest vormde de oorzaak voor de infractieprocedure die de Europese Commissie tegen Nederland gestart is. Verder worden de uitspraken van het HvJ in een Papillon situatie en een zustervennootschappen situatie besproken. Als laatst wordt de uitspraak van het gerechtshof Amsterdam besproken. De bedoeling van dit hoofdstuk is om aan te geven hoe de fiscale eenheidsregeling onder druk is komen te staan en uiteindelijk tot het Besluit heeft geleid.

Het Besluit dat op 16 december bekend is gemaakt wordt in hoofdstuk vier besproken. De definities die het Besluit hanteert worden nader bekeken en ook de mogelijkheden die het Besluit biedt voor de Papillon situatie en de zustervennootschappen situatie wordt besproken. In hoofdstuk vijf wordt gekeken in hoeverre het Besluit een invulling geeft op de besproken jurisprudentie en wordt er nagegaan of het Besluit gerechtvaardigd wordt vanuit de doelstellingen van de fiscale eenheid die in hoofdstuk twee zijn besproken. Ook wordt er gekeken in hoeverre puur binnenlandse situaties anders worden behandeld dan binnenlandse situaties met een grensoverschrijdend element. Eventuele aanpassingen van het Besluit wordt besproken zodat het Besluit beter overeenkomt met de doelstelling van het fiscale eenheidsregime. De scriptie eindigt in hoofdstuk vijf met de conclusie. Het onderzoek wordt in de conclusie kort samengevat en de probleemstelling wordt beantwoord.

---

<sup>6</sup> Besluit van 16 december 2014, nr. BLKB2014/2137M.

## Hoofdstuk 2: De fiscale eenheid

In dit hoofdstuk wordt de kern van de Nederlandse fiscale eenheidsregeling<sup>7</sup> besproken. Allereerst wordt er ingegaan op hoe de fiscale eenheid tot stand is gekomen. Daarna wordt er ingegaan op de wettelijke vereisten voor het vormen en tot stand houden van de fiscale eenheid. Deze vereisten zijn van belang voor de Papillon situatie en de zustervennootschappen situatie. Verder worden de voor- en nadelen van de fiscale eenheid besproken. Dit is van belang omdat deze voor- en nadelen aangeven waarom belastingplichtigen een fiscale eenheid aangaan. Als laatste wordt het hoofdstuk afgesloten met een conclusie, waarin dit hoofdstuk wordt samengevat.

### Paragraaf 2.1 De kern van de fiscale eenheid

Het Nederlandse fiscale eenheidsregime werd voor het eerst geïntroduceerd in het Besluit op de Winstbelasting in 1940. Ze heeft haar bestaan te danken aan de wens om binnen een concern te komen tot een belastingheffing, dat gebaseerd is op de verzamelbalans voor de gehele onderneming<sup>8</sup>. Deze wens was destijds de aanleiding om voor concerns de mogelijkheid te scheppen om belast te worden alsof zij één lichaam waren. De toenmalige fiscale eenheidsregeling biedt belastingplichtigen in een concern de mogelijkheid om belast te worden als één lichaam, alsof de dochtermaatschappijen opgaan in de moedermaatschappij. Een moedermaatschappij, die alle aandelen houdt in haar dochtermaatschappijen, dient voor de winstbelasting als een geheel met de dochterondernemingen te worden beschouwd<sup>9</sup>. De subjectieve belastingplicht van de dochtermaatschappijen in de fiscale eenheid werd onduidelijk door deze 'opgaan in' benadering. In de herziening van de fiscale eenheid in 2003 is deze onduidelijkheid weg genomen door de 'opgaan in' benadering te vervangen door een stelsel van volledige consolidatie. De werkzaamheden en het vermogen van de dochtermaatschappijen worden toegerekend aan de moedermaatschappij door de consolidatie. Hierdoor wordt bereikt dat de gevoegde dochtermaatschappijen hun subjectieve belastingplicht behouden.

Tijdens de herziening in 2003 heeft de wetgever besloten dat een fiscale eenheid met een naar Nederlands recht opgericht lichaam waarvan de feitelijke leiding en werkzaamheden in het buitenland gevestigd zijn niet meer gewenst is. Een dergelijk fiscale eenheid zal niet in lijn zijn met de verdeling van fiscale jurisdictie tussen de betrokken landen en zal tevens tot verliesimport leiden<sup>10</sup>. Om ervoor te zorgen dat de fiscale eenheidsregeling niet strijdig is met de non-discriminatiebepalingen uit het EG-Verdrag is de voeging van een vaste inrichting in de wet opgenomen<sup>11</sup>. Dit heeft geleid tot de fiscale eenheid die we nu kennen.

De kern van de huidige fiscale eenheid vinden we terug in het eerste lid van artikel 15 Wet VPB. Wanneer een belastingplichtige (de moedermaatschappij) de juridische en economische eigendom van een ander belastingplichtige (de dochtermaatschappij) heeft, wordt op verzoek van beide belastingplichtige belasting geheven alsof er sprake is van één belastingplichtige. De werkzaamheden en het vermogen van de dochtermaatschappij

---

<sup>7</sup> Wet VPB en het Besluit Fiscale Eenheid 2003

<sup>8</sup> Aantekening 1.4 Doel en strekking bij: Wet op de vennootschapsbelasting 1969, artikel 15, Vakstudie Vennootschapsbelasting bij: Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

<sup>9</sup> Q. W. J. C. H. Kok, 'De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting', Den Haag: SDU Fiscale en Financiële Uitgevers 2005, blz. 50.

<sup>10</sup> Kamerstukken II 2000/01, 26 854, nr. 6, p. 17.

<sup>11</sup> Kamerstukken, 26 854, nr. 3, p. 13.

worden dan fictief toegerekend aan de werkzaamheden en het vermogen van de moedermaatschappij<sup>12</sup>. Dit houdt in dat de resultaten van de maatschappijen binnen de fiscale eenheid gesaldeerd en met elkaar verrekend worden. Door de fiscale eenheid wordt het uiteindelijke saldo bij de moedermaatschappij belast. De dochtermaatschappij behaalt fiscaal geen wist meer, noch lijdt zij verlies. Het object van de dochtermaatschappij is hierbij niet meer zelfstandig belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting. De moedermaatschappij heeft de verplichting om voor de gehele fiscale eenheid aangifte te doen. In de fiscale eenheid dient er om die reden een maatschappij te zijn waar al de werkzaamheden en vermogens aan toegerekend kunnen worden. Alle activa en passiva van de gevoegde dochtermaatschappijen worden aan de moedermaatschappij toegerekend en is er sprake van één verzamelbalans. Dit zorgt ervoor dat onderlinge overgangen van vermogensbestanddelen binnen de fiscale eenheid onzichtbaar zijn. Er wordt geen onderlinge winst genomen over interne prestaties waardoor ze ook niet belast worden. Om misbruik van de fiscale eenheid te voorkomen, is er een aantal regelingen ingevoerd zoals regelingen over verliescompensatie en voorvoegingsverliezen. Deze worden in paragraaf 2.4.2 besproken.

### **Paragraaf 2.2 De vereisten**

Lichamen die een fiscale eenheid willen vormen of in stand willen houden hebben te maken met een aantal wettelijke vereisten waar ze aan moeten voldoen. Niet alle vereisten zijn voor dit onderzoek van belang en worden daarom enkel vermeld. Deze vereisten staan in art. 15 Wet VPB<sup>13</sup>:

1. De moedermaatschappij moet de juridische en economische eigendom bezitten van ten minste 95% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van een dochtermaatschappij.
2. De belastingplichtigen moeten een gezamenlijk verzoek indienen bij de Belastingdienst.
3. De moedermaatschappij is een NV, BV, SE, coöperatie, een onderlinge waarborgmaatschappij of een woningcorporatie als bedoeld in art. 2, lid 1, onderdeel d. De dochtermaatschappij is een NV, BV of een naar aard en inrichting vergelijkbaar lichaam.
4. De tijdvakken waarover de belasting wordt geheven vallen samen voor de belastingplichtigen.
5. De belastingplichtigen hebben dezelfde bepaling voor winstbepaling.
6. De belastingplichtigen zijn in Nederland gevestigd.
7. Er mag geen sprake zijn van voorraaddochters.

Enkele vereisten, die van belang zijn voor dit onderzoek, worden hierna verder toegelicht. Het eerste vereiste dat besproken wordt is het bezitsvereiste. Dit vereiste vertegenwoordigt de kern van de fiscale eenheidsregeling. Dit vereiste zorgt ervoor dat er sprake is van een ononderbroken keten van vennootschappen die deel uit maken van de fiscale eenheid. Verder wordt de vestigingsplaats vereiste besproken. Op grond van dit vereiste kunnen enkel in Nederland gevestigde maatschappijen deel uit maken van een fiscale eenheid. Deze twee vereisten zorgen ervoor dat een fiscale eenheid in een Papillon situatie en

---

<sup>12</sup> Art. 15 lid 1 Wet VPB 1969.

<sup>13</sup> Art. 15 Wet VPB 1969.

zustervennootschappen onder huidige wet niet mogelijk is. In de volgende sub paragrafen worden deze vereisten nader toegelicht.

### **Paragraaf 2.2.1 Bezitsvereiste**

Het bezitsvereiste houdt in dat de moedermaatschappij de juridische en economische eigendom (lees: het gehele economisch belang) moet bezitten van ten minste 95% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van een dochtermaatschappij. Dit bezit moet (1) ten minste 95% van de statutaire stemrechten in de dochtermaatschappij vertegenwoordigen en (2) ook recht geven op ten minste 95% van de winst en (3) ten minste 95% van het vermogen van de dochtermaatschappij<sup>14</sup>. Ook een middellijk bezit wordt hier mede bedoeld, mits deze gehouden wordt door één of meer belastingplichtige die deel uitmaken van de fiscale eenheid<sup>15</sup>. Een kleindochter kan deel uitmaken van de fiscale eenheid, mits de moedermaatschappij middellijk via een gevoegde dochtermaatschappij ten minstens 95% van de aandelen in de kleindochtermaatschappij bezit. Een kleindochtermaatschappij kan uitsluitend een fiscale eenheid vormen met de moedermaatschappij indien de dochtermaatschappij ook deel uitmaakt van de fiscale eenheid.

Voordat het Besluit BLKB2014/2137M gepubliceerd werd, was een fiscale eenheid tussen een moedermaatschappij en een kleindochtermaatschappij, waarbij de dochtermaatschappij geen deel uit maakt van de fiscale eenheid, niet mogelijk. Er is sprake van een verticale ononderbroken keten op basis van de bezitsei. Dit vereiste zorgt er tevens voor dat een fiscale eenheid in de Papillon situatie en zustervennootschappen niet mogelijk is. Het verticale ononderbroken keten vereiste is er om de fiscale coherentie van het systeem te waarborgen, zodat dubbele verliesneming binnen het concern wordt uitgesloten. Dubbele verliesneming zal niet helemaal te voorkomen zijn indien een fiscale eenheid tussen binnenlandse vennootschappen die verbonden zijn met een niet in Nederland gevestigde vennootschap wordt toegestaan. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat een zustervennootschappen niet wenselijk is aangezien de resultaten van een dochtermaatschappij wel de moedermaatschappij aangaan, maar niet de zustermaatschappij<sup>16</sup>.

Uit het voorgaande volgt dat het fiscale eenheidsregime gebaseerd is op de verticale consolidatiegedachte. Er is sprake van één moedermaatschappij bij wie de volledige consolidatie plaats vindt. Deze moedermaatschappij houdt alle aandelen van de in de fiscale eenheid gevoegde dochtermaatschappijen en is tevens zelf gevoegd in de fiscale eenheid. Er is derhalve sprake van een verticale ononderbroken keten van gevoegde maatschappijen. Het Hof Amsterdam heeft prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ over dit vereiste van de verticale ononderbroken keten. Het HvJ heeft op 12 juni 2014 uitgesproken dat de Nederlandse fiscale eenheid strijdig is met het Europese recht. Dit heeft als gevolg dat Nederland de verticale ononderbroken keten vereiste moet wijzigen.

### **Paragraaf 2.2.2 Vestigingsplaats vereiste**

Maatschappijen die in een fiscale eenheid gevoegd willen worden, moeten op grond van Art. 15, lid 3, onderdeel c Wet VPB 1969, in Nederland zijn gevestigd. In geval op de belastingplichtige de Belastingregeling voor het Koninkrijk, de Belastingregeling voor het land Nederland dan wel een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing

<sup>14</sup> Art. 15 lid 1 Wet VPB 1969.

<sup>15</sup> Art. 15 lid 2 Wet VPB 1969.

<sup>16</sup> Kamerstukken II 2000/01, 26 854, nr. 6, p. 22.



is, die belastingplichtige tevens volgens die regeling onderscheidenlijk dat verdrag geacht wordt in Nederland te zijn gevestigd of is voldaan aan de in en krachtens het vierde lid, tweede volzin, gestelde voorwaarden<sup>17</sup>. Deze bepaling zorgt ervoor dat naar Nederlands recht opgerichte lichamen in de fiscale eenheid kunnen worden opgenomen, ondanks dat de feitelijke leiding en werkzaamheden van dit lichaam in het buitenland plaats vinden. Verder kunnen belastingplichtigen, die niet gevestigd zijn in Nederland, een fiscale eenheid vormen indien er een onderneming wordt gedreven in de vorm van een vaste inrichting in Nederland. Deze bepaling vormt een uitzondering op de hoofdregel van artikel 15, derde lid, onderdeel c, Wet VPB.

Bij de herziening van het fiscale eenheidsregime werd er aan de wetgever gevraagd waarom een Nederlandse kleindochter van een buitenlandse belastingplichtige dochtermaatschappij van een Nederlandse moedermaatschappij niet in een fiscale eenheid opgenomen kan worden terwijl dat wel mogelijk is indien de buitenlandse dochter een vaste inrichting in Nederland zal hebben<sup>18</sup>. De Staatssecretaris van Financiën verklaarde dat in het geval met een vaste inrichting er sprake is van een direct economisch en juridisch belang tussen de Nederlandse moedermaatschappij en de vaste inrichting, terwijl dat niet het geval is bij een kleindochtermaatschappij. Dit houdt in dat Nederland in beginsel het heffingsrecht heeft over het wereldinkomen van het Nederlandse hoofdhuis door de vaste inrichting, wat niet het geval is bij een dochtermaatschappij waarvan de feitelijke leiding en werkzaamheden niet in Nederland is gelegen.

Naast de overige vereisten van de fiscale eenheid moeten lichamen, die niet aan de vestigingsplaats voldoen, nog aan een aantal cumulatieve vereisten voldoen. Het eerste vereiste is dat de werkelijke leiding van de belastingplichtige gelegen is op de Bes eilanden, Aruba, Curaçao, Sint Maarten, een lidstaat van de Europese Unie of een staat in de relatie waarmee een met Nederland gesloten verdrag ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing is<sup>19</sup>. Verder is de belastingplichtige een NV, BV of een daarmee naar aard en inrichting vergelijkbaar lichaam<sup>20</sup>. De laatste voorwaarde is dat in geval de belastingplichtige als moedermaatschappij deel uitmaakt van de fiscale eenheid, het aandelenbezit in de dochtermaatschappij dan toebehoort tot het vermogen van de in Nederland aanwezige vaste inrichting van deze moedermaatschappij.

Deze buitenlandse belastingplichtigen kunnen deel uitmaken van een Nederlandse fiscale eenheid voor zover de werkzaamheden en het vermogen toe te rekenen zijn aan de in Nederland gevestigde vaste inrichting. Een fiscale eenheid tussen een niet in Nederland gevestigde moedermaatschappij en een niet in Nederland gevestigde dochtermaatschappij is hierbij ook mogelijk, echter enkel voor de vermogensbestanddelen die toe te rekenen zijn aan de Nederlandse vaste inrichting. Dit leidt ertoe dat de fiscale eenheidsregeling slechts van toepassing is op werkzaamheden en vermogen die binnen het Nederlandse territorium en dus het Nederlandse heffingsbereik vallen. Dit territorialiteitsbeginsel is een beginsel ter verdeling van heffingsrechten, dat aanvaard is in het internationaal belastingrecht<sup>21</sup>. Het territorialiteitsbeginsel houdt in dat een land belasting mag heffen op resultaten die een

<sup>17</sup> Art. 15 lid 3 onderdeel c Wet VPB 1969.

<sup>18</sup> Kamerstukken II 2000/01, 26 854, nr. 6, p. 17.

<sup>19</sup> Art. 15 lid 4 onderdeel a Wet VPB 1969.

<sup>20</sup> Art. 15 lid 4 onderdeel b Wet VPB 1969.

<sup>21</sup> Q. W. J. C. H. Kok, 'De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting', Den Haag: SDU Fiscale en Financiële Uitgevers 2005, p.114.

binding hebben met het land waar deze resultaten zijn opgekomen. Deze binding tussen de vaste inrichting en de lidstaat kan ontstaan indien de vaste inrichting resultaten behaalt in het territoir van de lidstaat.

### ***Paragraaf 2.3 Strekking huidige fiscale eenheidsregeling***

Het vestigingsvereiste zorgt ervoor dat lichamen die in een fiscale eenheid opgenomen willen worden, voldoende binding met Nederland of het Nederlandse territoir moeten hebben op basis van de vestigingsplaats. Een buitenlands belastingplichtige kan slechts deel uit maken van een fiscale eenheid met haar in Nederland gevestigde vaste inrichting. In Art. 29 tot en met 36 van het BFE is een aantal regelgevingen opgenomen die ervoor zorgen dat het Nederlandse fiscale eenheidsregime slechts uitstrekt tot de werkzaamheden en vermogen die binnen het Nederlandse territoir vallen. Deze bepalingen zorgen ervoor dat enkel de vermogensbestanddelen die aan de vaste inrichting in Nederland toe te rekenen zijn, onderdeel uitmaken van de fiscale eenheid. Dit zorgt ervoor dat de Nederlandse winst niet naar het buitenland toe vloeit. Om ervoor te zorgen dat Nederland geen belasting heft over de buitenlandse winst, is er bepaald dat vermogensbestanddelen die niet behoren tot de vaste inrichting buiten beschouwing blijven. Deze artikelen zorgen er tevens voor dat het gevaar voor dubbele verliesverrekening weg genomen wordt. In de volgende sub paragrafen worden deze bepalingen van het BFE nader toegelicht.

#### ***Paragraaf 2.3.1 Fiscale eenheid met een buitenlandse moedermaatschappij***

Een moedermaatschappij, die niet voldoet aan de vestigingsplaatseisen, kan slechts deel uitmaken van een fiscale eenheid indien ze een onderneming drijft met behulp van een Nederlandse vaste inrichting<sup>22</sup>. Door de fiscale eenheid tussen een binnenlands belastingplichtige dochtermaatschappij en een vaste inrichting van een buitenlandse moedermaatschappij worden de werkzaamheden en het vermogen van de dochtermaatschappij toegerekend aan de vaste inrichting. Door de voeging van de Nederlandse dochtermaatschappij in de fiscale eenheid wordt haar winst behandeld als winst van de vaste inrichting van de buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij<sup>23</sup>. Dit zal als gevolg hebben dat de binnenlandse belastingplichtige dochtermaatschappij volgens de regels van hoofdstuk III worden belast, in plaats van hoofdstuk II van de Wet VPB. Dit zal kunnen leiden dat bepaalde vermogensbestanddelen of werkzaamheden van de gevoegde binnenlands belastingplichtige dochtermaatschappijen niet tot het Nederlandse inkomen behoren op grond van artikel 17, derde lid, Wet VPB. Om dit te voorkomen is in het tweede lid van artikel 32 BFE bepaald dat alle werkzaamheden en vermogensbestanddelen van de binnenlands belastingplichtige dochtermaatschappij geacht worden deel uit te maken van het vermogen van de buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij, met dien verstande dat het voorwerp van de belasting voor de vermogensbestanddelen en werkzaamheden van deze gevoegde dochtermaatschappij bepaald wordt op de voet van hoofdstuk II van de Wet VPB 1969. Hiermee wordt bewerkstelligd dat de fiscale eenheidsregeling niet heffingsrechten beperkt of uitbreid. De winst van de gevoegde binnenlands belastingplichtige dochtermaatschappij wordt hierdoor bepaald alsof zij door de voeging in de fiscale eenheid geen vaste inrichting is geworden. Verder voorziet artikel 33 BFE op de rechtsverhoudingen tussen het hoofdhuis van de buitenlandse belastingplichtige moedermaatschappij en de binnenlands belastingplichtige dochtermaatschappij.

---

<sup>22</sup> Er wordt vanuit gegaan dat er aan de overige vereisten wordt voldaan.

<sup>23</sup> E. Nijkeuter, 'Commentaar artikel 15 Wet Vpb Totstandkoming en beëindiging van een fiscale eenheid', NDFR Deel Vennootschapsbelasting, paragraaf 9.6.

### **Paragraaf 2.3.2 Fiscale eenheid met een buitenlandse dochtermaatschappij**

Een buitenlandse dochtermaatschappij kan deel uitmaken van een fiscale eenheid indien ze een onderneming drijft met behulp van een vaste inrichting in Nederland. Slechts de Nederlandse vaste inrichting van de buitenlandse dochtermaatschappij maakt deel uit van de fiscale eenheid. Het buitenlandse hoofdhuis maakt geen deel uit van de fiscale eenheid, het aandelenbelang in het buitenlands dochtermaatschappij blijft hierdoor zichtbaar. Dit heeft als gevolg dat de werkzaamheden en het vermogen van de vaste inrichting de moedermaatschappij na voeging niet alleen direct aangaan door de toerekening, maar ook indirect via de aandelenband met het hoofdhuis<sup>24</sup>. Hierdoor kunnen er dubbeltellingen ontstaan. Deze dubbeltellingen kunnen ontstaan doordat een verlies van de vaste inrichting allereerst binnen de fiscale eenheid ten laste van de fiscale eenheid winst wordt gebracht. Daarnaast wordt dit verlies in de vorm van een afwaardering in de deelneming van de buitenlandse dochtermaatschappij ten laste van de winst van de moedermaatschappij gebracht.

Deze dubbeltellingen kunnen theoretisch gezien op twee manieren worden voorkomen. In de eerste plaats zal de deelnemingsrelatie gedeeltelijk kunnen verdwijnen en slechts in stand blijven naar evenredigheid van de werkzaamheden en vermogen die geen deel uitmaken van de fiscale eenheid<sup>25</sup>. In de tweede plaats kan de deelnemingsrelatie voor het geheel in stand blijven en aan de hand van afzonderlijke regelingen wordt dubbeltellingen voorkomen. De wetgever heeft gekozen voor de tweede mogelijkheid. In artikel 35, eerste lid, BFE is bepaald dat de deelneming van een maatschappij in een buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij die deel uitmaakt van een fiscale eenheid met die maatschappij, voor het gehele belang sprake blijft van een deelneming waarop de regelingen inzake de deelnemingsvrijstelling, uitsluitingen van de deelnemingsvrijstelling en alle regelingen die daarmee verband mee houden onverminderd van toepassing zijn als ware er geen fiscale eenheid is. Alle bepalingen op het gebied van de deelnemingsvrijstelling zijn van toepassing alsof er geen sprake is van een fiscale eenheid. Dit houdt in dat reguliere voordelen en vervreemdingsvoordelen van de buitenlandse dochtermaatschappij vrijgesteld zijn. In lid 2 is bepaald dat de fiscale eenheidsregeling wel onverkort van toepassing is met betrekking tot schuldvorderingen tussen fiscale-eenheidsmaatschappijen en de buitenlandse belastingplichtige dochtermaatschappij. Een schuld of vordering die tot het vermogen van het hoofdhuis behoort, is fiscaal zichtbaar en op deze zichtbare schuldverhouding zijn artikel 10, eerste lid, onderdeel d, artikel 13b en artikel 13ba Wet VPB als ook diverse rente-afgreepbeperkingen van toepassing.

Verder heeft het BFE als doel om dubbele verliesneming te voorkomen in de situatie met een buitenlands belastingplichtige maatschappij. Dubbele verliesverrekening kan namelijk voorkomen in de situatie dat een vaste-inrichtingverlies enerzijds rechtstreeks tot uitdrukking komt bij de moedermaatschappij door de werking van de fiscale eenheid en anderzijds door het nemen van een liquidatieverlies op grond van artikel 13d Wet VPB op de deelneming in de buitenlandse dochtervennootschap. Artikel 35 lid 4 BFE voorkomt dit ongewenste effect door het opgeofferde bedrag voor een buitenlandse deelneming slechts in aanmerking te nemen voor zover dit bedrag in absolute zin uitgaat boven de aan de buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij sinds de voeging toe te rekenen winst van de fiscale

<sup>24</sup> Aantekening 2.1 Deelnemingsrelatie blijft geheel zichtbaar bij: Besluit fiscale eenheid 2003, Artikel 35, *Vakstudie Vennootschapsbelasting* bij: Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

<sup>25</sup> Aantekening 2.1 Deelnemingsrelatie blijft geheel zichtbaar bij: Besluit fiscale eenheid 2003, Artikel 35, *Vakstudie Vennootschapsbelasting* bij: Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

eenheid, indien de vaste-inrichtingswinst per saldo uitkomt op een negatief bedrag. Dit betekent dat het opgeofferde bedrag van de buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij wordt verlaagd voor zover sinds het voegingstijdstip per saldo een verlies van de vaste inrichting bij de fiscale eenheid tot uitdrukking is gekomen.

Artikel 36 BFE zorgt ervoor dat dubbeltellingen door de afwezigheid van de deelnemingsvrijstelling niet ontstaan binnen de fiscale eenheid. Een situatie waarbij er sprake is van een deelnemingssituatie zonder deelnemingsvrijstelling is van toepassing indien er sprake is van een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming<sup>26</sup>. Een dergelijk beleggingsdeelneming kan ook in een fiscale eenheid gevoegd worden. In het derde lid is bepaald dat positieve voordelen uit hoofde van het belang in een beleggingsdeelneming bij de bepaling van de winst van de fiscale eenheid niet in aanmerking worden genomen, voor zover aannemelijk is dat deze samenhangen met of voortvloeien uit de buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij toe te rekenen winst van de fiscale eenheid. Verder worden negatieve voordelen van een buitenlands belastingplichtige beleggingsdeelneming slechts in aftrek genomen voor zover deze samenhangen met of voortvloeien uit werkzaamheden of vermogen van het hoofdhuis. Dit zorgt ervoor dat het resultaat van een beleggingsdeelneming slechts een keer in aanmerking wordt genomen<sup>27</sup>. De buitenlands belastingplichtige beleggingsdeelneming moet voorafgaand aan de voeging wel haar activa en passiva te boek stellen op de waarde in het economische verkeer. Verder zorgt lid 5 ervoor dat belastingplichtige de aftrekbeperking niet ontkomt door een ontvoeging voorafgaand aan het moment van een afwaardering van een verlies.

### **Paragraaf 2.4 Voor- en nadelen**

Het aangaan van een fiscale eenheid brengt voordelen mee voor het concern, echter kleven er ook nadelen aan de vorming van een fiscale eenheid. Belastingplichtigen die een fiscale eenheid aan willen gaan zouden hierbij de voor- en nadelen tegen elkaar moeten opwegen. Enkele voor- en nadelen worden hieronder besproken.

#### **Paragraaf 2.4.1 Voordelen van de fiscale eenheid**

Lichamen worden in de vennootschapsbelasting afzonderlijk belast over de door hen behaalde winst gedurende een boekjaar. Deze afzonderlijke subjectieve belastingplicht geldt in beginsel voor alle belastingplichtigen. Door het aangaan van een fiscale eenheid hoeft er voor het gehele concern maar één aangifte te worden gedaan door één maatschappij, de moedermaatschappij. Dit voordeel zorgt ervoor dat er sprake is van administratief voordeel. Ieder maatschappij moet wel nog steeds een eigen jaarrekening maken.

Verder is er door de fiscale eenheid de mogelijkheid tot saldering van resultaten. Het gezamenlijke resultaat van alle dochtermaatschappijen gedurende enig boekjaar worden aan de moedermaatschappij toegerekend. De belaste resultaten van maatschappijen worden gesaldeerd. Dit betekent ook dat de verliezen van een maatschappij rechtstreeks verrekend kunnen worden met de winsten van een andere maatschappij (die deel uitmaakt van de fiscale eenheid).

---

<sup>26</sup> Een beleggingsdeelneming is een deelneming die aangehouden wordt met het oog op het verkrijgen van een rendement dat bij normaal vermogensbeheer kan worden verwacht.

<sup>27</sup> E. Nijkeuter, 'Commentaar artikel 36 Besluit fiscale eenheid Buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij waarop de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is', NDFR Deel Vennootschapsbelasting.

Daarnaast vindt er geen belastingheffing plaats over interne prestaties en onderlinge overdrachten van vermogensbestanddelen. De gedachte hierachter is dat er voor de Wet VPB slechts sprake is van één belastingplichtige, namelijk de moedermaatschappij. Onderlinge transacties en interne prestaties zijn irrelevant aangezien je als het ware aan jezelf levert. Het gevolg hiervan is dat er geen winst- of verliesneming plaats vindt bij transacties binnen de fiscale eenheid. Hierbij worden zowel transacties tussen de moedermaatschappij en een dochtermaatschappij bedoeld als een transactie tussen twee dochtermaatschappijen.

Ten slotte is het mogelijk om reorganisaties geruisloos plaats te laten vinden. Aangezien onderlinge transacties niet belast worden, is het mogelijk om binnen de fiscale eenheid vermogens te hergroeperen of herstructureren. Werkzaamheden kunnen, zonder afrekening over de stille reserves, overgedragen worden van de ene maatschappij naar de andere maatschappij. Een belangrijk voordeel hiervan is dat het risico verspreid wordt door de verdeling van het vermogen over meerdere lichamen. Echter kan dit ook nadelige gevolgen hebben indien de fiscale eenheid later verbroken wordt.

#### **Paragraaf 2.4.2 Nadelen van de fiscale eenheid**

Naast voordelen kent het samenvoegen van alle resultaten van de maatschappijen binnen het concern ook nadelen. De vennootschapsbelasting kent een opstaptarief. Een belastbaar bedrag tot €200.000 is belast tegen een tarief van 20%, het bovenmatige deel is belast tegen een tarief van 25%. Door de consolidatie en samenvoeging van de resultaten wordt de moedermaatschappij sneller tegen het hogere tarief belast. Indien er geen fiscale eenheid was, dan zal het tariefsopstapje voor ieder van de maatschappijen gelden, terwijl het bij een fiscale eenheid alleen voor de moedermaatschappij geldt.

Daarnaast komt een fiscale eenheid eerder aan grenzen voor bepaalde regelingen, zoals de investeringsaftrekregeling. Door de samenvoeging van de resultaten van alle maatschappijen in het concern, wordt het grensbedrag eerder bereikt dan wanneer ieder maatschappij individueel bekeken wordt.

Een ander nadeel van de fiscale eenheid is dat er sprake is van hoofdelijk aansprakelijkheid voor belastingschulden. Indien de moedermaatschappij vennootschapsbelasting verschuldigd is, dan zijn alle dochtermaatschappijen die deel uitmaken van de fiscale eenheid hiervoor hoofdelijk aansprakelijk<sup>28</sup>.

Het volgende nadeel heeft te maken met afrekening over interne vorderingen en claims op de deelneming bij de voeging van een dochtermaatschappij. In artikel 15ab Wet VPB is geregeld dat voorafgaand aan het tijdstip van voeging, het belang in deze dochtermaatschappij, gesteld wordt op de waarde in het economisch verkeer. Onderlinge vorderingen worden onmiddellijk voorafgaand aan de voeging gesteld op de bedrijfswaarde, of indien dat lager is, de nominale waarde<sup>29</sup>.

Als laatst is er de antimisbruikregeling van artikel 15ai Wet VPB. In dit artikel is bepaald dat indien een maatschappij ontvoegd wordt, en deze maatschappij een vermogensbestanddeel over heeft gedragen aan een andere maatschappij in de afgelopen zes jaren, dan wordt vlak

---

<sup>28</sup> Art. 39 Invorderingswet 1990.

<sup>29</sup> Art. 15ab lid 6 Wet VPB 1969.

voorafgaand aan het ontvoegingstijdstip de waarde van het vermogensbestanddeel te boek gesteld op de waarde in het economisch verkeer. Deze regeling is er om voor te zorgen dat de stille reserves van het vermogensbestanddeel belast worden.<sup>30</sup>

### **Paragraaf 2.5 Conclusie**

In dit hoofdstuk is de kern van de fiscale eenheidsregeling besproken. De fiscale eenheidsregeling heeft zijn bestaan te danken aan de wens om de belastingheffing binnen een concern gelijk te behandelen als de belastingheffing van één lichaam. Uit deze concerngedachte is de doelstelling van de fiscale eenheid achterhaald. De doelstelling van de fiscale eenheid is om een groep maatschappijen zoveel mogelijk gelijk te stellen met een onderneming met verschillende vestigingen. Maatschappijen die opgenomen willen worden in een fiscale eenheid moeten voldoen aan een aantal vereisten. Een van deze vereisten is het bezitsvereiste. Dit vereiste zorgt ervoor dat er sprake is van een 'verticale ononderbroken keten' van vennootschappen. De gedachte achter dit vereiste is om de fiscale coherentie van het systeem te waarborgen, zodat dubbele verliesneming binnen het concern wordt uitgesloten. Daarna is er ingegaan op het vestigingsplaatsvereiste. Dit vereiste leidt ertoe dat de fiscale eenheidsregeling enkel geldt voor werkzaamheden en vermogen die binnen het Nederlandse territoir vallen. Lichamen die opgenomen worden in een fiscale eenheid moeten voldoende binding hebben met Nederland of het Nederlandse territoir, wat bereikt kan worden door een vaste inrichting in Nederland. In het BFE zijn een aantal regelgevingen opgenomen die ervoor zorgen dat het gevaar voor dubbele verliesverrekening weg genomen wordt. De fiscale eenheidsregeling brengt zowel voor- als nadelen mee voor de belastingplichtigen. Deze voor- en nadelen zouden tegen elkaar afgewogen moeten worden.

---

<sup>30</sup> Art. 15ai Wet VPB 1969.

## Hoofdstuk 3: De totstandkoming van het Besluit BLKB2014/2137M

In het vorige hoofdstuk is de kern van de fiscale eenheid en de vereisten van de fiscale eenheidsregeling besproken. Om een fiscale eenheid te vormen moet er sprake zijn van een verticale ononderbroken keten op basis van het bezitsvereiste. Daarnaast is er ingegaan op het vestigingsplaats vereiste. Dit vereiste leidt ertoe dat de fiscale eenheidsregeling enkel geldt voor werkzaamheden en vermogen die binnen het Nederlandse territoir vallen. Deze twee vereisten zorgen ervoor dat, voordat het Besluit gepubliceerd werd, het onmogelijk is om een fiscale eenheid te vormen in de Papillon of zustervennootschappen situatie. In dit hoofdstuk wordt de jurisprudentie besproken die de aanleiding vormden voor het Besluit. Om te beginnen wordt het Société Papillon arrest besproken. Dit arrest vormt het begin van de vele discussies rondom het Nederlandse fiscale eenheidsregime. Na de uitspraak van het Papillon arrest kwamen vele verzoeken om een fiscale eenheid in de Papillon situatie binnen bij de Belastingdienst aangezien de Franse integratie-regeling vele overeenkomsten vertoonde met de Nederlandse fiscale eenheidsregeling. Opmerkelijk is dat de uitspraken van rechtbanken en gerechtshoven verschillen. Rechtbank Haarlem concludeerde meerdere malen<sup>31</sup> dat een fiscale eenheid in een Papillon situatie toegestaan moet zijn, terwijl Rechtbank Den Haag<sup>32</sup> juist van mening is dat een dergelijk fiscale eenheid terecht niet toegestaan is. Deze uitspraken waren de aanleiding voor discussie over de Nederlandse fiscale eenheidsregeling. Deze discussies is de Europese Commissie niet ontgaan en op 16 juni 2011 is zij een infractieprocedure tegen Nederland gestart. Dit wordt tevens in dit hoofdstuk besproken.

Op 17 januari 2013 heeft het Hof Amsterdam<sup>33</sup> prejudiciële vragen gesteld over de vereisten van het fiscale eenheidsregime in verband met het Europese recht. In dit hoofdstuk wordt tevens de uitspraak van het HvJ op 12 juni 2014 besproken. Op 11 december 2014 heeft het Hof Amsterdam de uitspraak van het HvJ verwerkt in zijn einduitspraak. Naar aanleiding van deze uitspraak heeft de Staatssecretaris van Financiën een beleidsbesluit vooruitlopend op een wetswijziging uitgevaardigd. In dit Besluit wordt het fiscale eenheidsregime in de Wet VPB uitgebreid met de mogelijkheid om een Papillon of zustervennootschappen aan te gaan, indien er aan een aantal voorwaarden worden voldaan. Dit Besluit wordt in de volgende hoofdstuk besproken.

### Paragraaf 3.1 Arrest HvJ Société Papillon

In Frankrijk kennen ze l'intégration fiscale, een systeem dat vergelijkbaar is met de Nederlandse fiscale eenheid. In deze zaak gaat het om de vennootschap Papillon die 100% van de aandelen van de Nederlandse vennootschap Artist Performance and Communication (hierna: APC) bezat. APC bezat op haar beurt 99,99% van de aandelen van Kiron SARL, een in Frankrijk ingezeten vennootschap<sup>34</sup>. Papillon wilde graag gebruik maken van de zogenaamde fiscale-integratieregeling. Deze regeling zorgt ervoor dat een belastingplichtige zich als enige belastingplichtige kan opgeven voor de vennootschapsbelasting die verschuldigd is over het totaal van de resultaten van zichzelf en de vennootschappen waar zij ten minste 95% bezit in heeft. Het resultaat van de groep wordt vastgesteld door de

<sup>31</sup> Rechtbank Haarlem 9 juni 2011, nr. 10/02288, LJN: BQ7515, NTFR 2011/1478, V-N 2011/31.19 en Rechtbank Haarlem 14 september 2011, nr. 10/03865, LJN: BT2305, NTFR 2011/2319, V-N Vandaag 2011/2347.

<sup>32</sup> Rechtbank Den Haag 30 december 2011, nr. 11/01084, LJN: BV2892, V-N 2012/21.18.

<sup>33</sup> Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00180.

<sup>34</sup> HvJ EG 27 november 2008, nr. C-418/07, r.o. 7.

moedermaatschappij en de transacties binnen de groep worden geneutraliseerd door consolidatie. Een van de voorwaarden van deze regeling is dat de resultaten van de vennootschappen onderworpen moeten worden aan de vennootschapsbelasting.

Papillon heeft verschillende dochtervennootschappen die in Frankrijk ingezet waren, waaronder Kiron SARL, gerekend tot de geïntegreerde groep waarvan zij de moedermaatschappij was. Echter, de fiscale integratie werd geweigerd op grond dat Kiron SARL indirect gehouden werd via een vennootschap die niet aan de Franse vennootschapsbelasting was onderworpen aangezien er ook geen sprake was van een vaste inrichting in Frankrijk. Als gevolg van deze weigering kon Papillon haar eigen winsten niet verrekenen met de resultaten van de andere vennootschappen in de groep<sup>35</sup>. Papillon heeft eerst bezwaar gemaakt tegen de weigering van de fiscale integratie, vervolgens beroep ingesteld en daarna een cassatieberoep ingesteld bij de Conseil d'État. Bij de Conseil d'État kwam vervolgens de vraag op of de Franse fiscale integratiebepaling een beperking van de vrijheid van vestiging oplevert aangezien een vennootschap geen deel uit mag maken van de groep indien deze door een niet-ingezeten dochtervennootschap wordt gehouden. Een fiscale integratie is niet mogelijk tussen een moedervernootschap die ingezet is in Frankrijk en een kleindochtervennootschap die via een niet-ingezeten dochtervennootschap wordt gehouden. Daarentegen is de fiscale integratie wel mogelijk tussen een Franse moedervernootschap en haar Franse kleindochtervennootschap die via een Franse ingezeten dochtervennootschap wordt gehouden. De vraag is of een dergelijk verschil een belemmering is die gerechtvaardigd kan zijn.

De Franse regering betoogt dat een dergelijk verschil in behandeling verklaard kan worden door het feit dat beide situaties objectief niet vergelijkbaar zijn. In de eerste situatie is de dochtervennootschap niet aan de Franse vennootschapsbelasting onderworpen, aangezien ze niet in Frankrijk gevestigd is, in tegenstelling tot de dochtervennootschap die wel in Frankrijk gevestigd is<sup>36</sup>. Volgens het Hof zijn beide situaties objectief wel vergelijkbaar, gelet op de doelstellingen van de Franse wetgeving. Indien een vennootschap, die haar zetel in een andere lidstaat gevestigd heeft, benadeeld wordt ten opzichte van een vennootschap die haar zetel wel in Frankrijk heeft, dan levert dat een beperking op dat in strijd is met de vrijheid van vestiging. Een beperking van vrijheid van vestiging is volgens het Hof slechts toelaatbaar indien het gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang<sup>37</sup>.

De Nederlandse regering heeft betoogd dat de beperking gerechtvaardigd zou kunnen worden door de noodzaak om de verdeling van heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven en dubbele verliesverrekening en belastingontduiking te voorkomen<sup>38</sup>. Het Hof acht deze rechtvaardigingsgronden niet van belang, aangezien het in deze casus gaat om het resultaat van een groep vennootschappen die in dezelfde lidstaat gevestigd zijn. Hierdoor is er geen sprake van gevaar voor belastingontduiking. Dubbele verliesverrekening kan vermeden worden doordat deze door neutralisering van de verschillende transacties onder de fiscale integratieregeling vallen. Indien de dochtervennootschap in een andere lidstaat gevestigd is en verliezen boekt, dan zal daar dubbel rekening mee worden

---

<sup>35</sup> HvJ EG 27 november 2008, nr. C-418/07 r.o. 8-9.

<sup>36</sup> HvJ EG 27 november 2008, nr. C-418/07, r.o. 24.

<sup>37</sup> HvJ EG 27 november 2008, nr. C-418/07, r.o. 33.

<sup>38</sup> HvJ EG 27 november 2008, nr. C-418/07, r.o. 34.



gehouden. De eerste keer in de vorm van directe verliezen van de dochtervennootschap die verrekend wordt met de winsten van de moedermaatschappij en de tweede keer in de vorm van de waardevermindering van het belang dat de moedervennootschap heeft in de buitenlandse dochtervennootschap. De moedervennootschap legt namelijk een voorziening aan voor waardedalingen van het belang in de dochtervennootschap, hierdoor wordt het verlies voor de tweede keer in aanmerking genomen. Deze waardevermindering kan niet geneutraliseerd worden aangezien de dochtervennootschap geen deel uit maakt van de fiscale integratie.

Op grond van Europese regelgeving kan de Franse belasting autoriteit de in het buitenland gevestigde dochtervennootschap verzoeken om informatie en bewijzen te leveren zodat er geverifieerd kan worden of er gevaar voor dubbele belastingverrekening bestaat<sup>39</sup>. Dit heeft als gevolg dat de beperkingen niet gerechtvaardigd kunnen worden aangezien de doelstelling van de fiscale-integratieregeling ook gewaarborgd kan worden door maatregelen die niet of minder de vrijheid van vestiging beperken. De bepalingen van de Franse wetgeving gaan verder dan noodzakelijk is om de doelstelling van de fiscale-integratieregeling te bereiken<sup>40</sup>. Er kan geconcludeerd worden dat de Franse fiscale-integratieregeling beperkingen oplevert voor de vrijheid van vestiging en deze beperkingen niet gerechtvaardigd kunnen worden aangezien het belastingstelsel ook gewaarborgd kan worden zonder deze beperkingen.

### **Paragraaf 3.2 Infractieprocedure**

Elk lidstaat van de Europese Unie heeft de verplichting om de nakoming van het Europese recht te verzekeren. Indien de Europese Commissie van mening is dat een lidstaat zijn verplichtingen niet is nagekomen, dan kan de Commissie een infractieprocedure starten tegen deze lidstaat. Met een infractieprocedure verzoekt de Europese Commissie een lidstaat om een regelgeving te wijzigen. De Europese Commissie kan de regeling van de lidstaat aan het HvJ voor leggen indien de lidstaat niet tijdig een bevredigend antwoord geeft<sup>41</sup>. Na de uitspraak van het HvJ in het Papillon arrest, vind de Europese Commissie dat ook de Nederlandse wetgeving inzake de fiscale eenheid strijdig is met de vrijheid van vestiging. Op 16 juni 2011 is de Europese Commissie een infractieprocedure tegen Nederland gestart<sup>42</sup>. De Nederlandse fiscale eenheidsregeling staat een fiscale eenheid tussen twee zustermaatschappijen in Nederland, die gehouden wordt door een moedervennootschap die niet gevestigd is in Nederland, niet toe. De Europese Commissie heeft Nederland verzocht om het regime voor de fiscale eenheid te wijzigen aangezien deze regeling strijdig is met de vrijheid van vestiging.

De infractieprocedure geldt dus enkel voor de zustermaatschappijen en richt zich niet op de Papillon situatie. De Europese Commissie wijst echter wel naar de uitspraak HvJ Société Papillon. Daarin heeft het HvJ geoordeeld dat de Franse fiscale-integratieregeling een fiscale eenheid tussen een Franse moedermaatschappij en haar Franse kleindochter moet toestaan, ook indien de tussenliggende dochtervennootschap niet in Frankrijk ingezet is. Aangezien het HvJ de hoogste rechtsprekende instantie in Europa is, is het begrijpelijk dat de Europese Commissie geen aandacht meer schenkt aan de Papillon situatie in de infractieprocedure.

<sup>39</sup> HvJ EG 27 november 2008, nr. C-418/07, r.o. 51-55.

<sup>40</sup> HvJ EG 27 november 2008, nr. C-418/07, r.o. 62.

<sup>41</sup> <http://www.minbuza.nl/ecer/eu-essentieel/inbreukprocedures>.

<sup>42</sup> European Commission Press Release, 16 juni 2011, IP/11/719.

Op 17 april 2012 heeft de Staatssecretaris van Financiën te kennen gegeven de wetgeving niet aan te passen aangezien hij van mening is dat alleen het HvJ duidelijkheid kan verschaffen over de situatie<sup>43</sup>. De Staatssecretaris achtte wel de kans groot dat de huidige wet- en regelgeving met betrekking tot de fiscale eenheidsregeling aan het HvJ voor wordt gelegd enerzijds door prejudiciële vragen en anderzijds doordat de Europese Commissie de wet- en regelgeving voorlegt aan het HvJ. Voordat de Europese Commissie naar het HvJ is gegaan, heeft Hof Amsterdam op 17 januari 2013 de fiscale regelgeving voorgelegd aan het HvJ via prejudiciële vragen. Deze prejudiciële vragen gaan over in hoeverre het weigeren van een fiscale eenheid in drie zaken toelaatbaar is. De uitspraken hiervan worden in de volgende paragrafen besproken.

### **Paragraaf 3.3 Arrest HvJ SCA Group Holding**

Op 12 juni heeft het HvJ drie arresten samengevoegd en daar een uitspraak over gedaan. Allereerst zal er ingegaan worden op het SCA Group Holding<sup>44</sup> arrest. In dit hoofdstuk wordt niet expliciet ingegaan op het MSA International Holdings<sup>45</sup> arrest aangezien dit arrest grote overeenkomsten vertoont met het SCA Group Holding arrest, die wel besproken wordt.

Belanghebbende, SCA Group Holding BV (hierna: SCA) is een in Nederland gevestigde vennootschap die aandelen bezit in dochtervennootschappen die in Duitsland gevestigd zijn. Deze vennootschappen bezitten op hun beurt, hetzij rechtstreeks, hetzij indirect via andere vennootschappen, in Nederland gevestigde vennootschappen. SCA heeft verzocht om een fiscale eenheid te vormen met haar in Nederland gevestigde achterkleindochtervennootschap, waarvan ze de deelneming bezit via Duitse vennootschappen<sup>46</sup>. Dit is echter afgewezen door de Inspecteur op grond dat de tussenliggende vennootschap niet in Nederland gevestigd is en evenmin over een vaste inrichting in Nederland beschikt<sup>47</sup>. De vraag hierbij is of er sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging, en indien dat bevestigend is, of deze beperking ook gerechtvaardigd kan worden.

In een zuiver Nederlands situatie is het niet mogelijk om een fiscale eenheid te vormen tussen een moedervernootschap en haar kleindochtervennootschap, zonder ook de tussenliggende dochtervennootschap in de fiscale eenheid op te nemen. Echter staat de mogelijkheid wel open om gebruik te maken van de fiscale eenheidsregeling voor een Nederlandse moedervernootschap die Nederlandse kleindochtervennootschappen bezit via een ingezeten dochtervennootschap<sup>48</sup>. Die mogelijkheid bestaat niet voor een Nederlandse moedervernootschap die haar Nederlandse kleindochtervennootschap bezit via een niet-ingezeten dochtervennootschap. Een grensoverschrijdend situatie wordt nadelig behandeld ten opzichte van de zuiver binnenlandse situatie. Een dergelijk verschil levert een beperking van de vrijheid van vestiging op, indien de twee situaties objectief vergelijkbaar zijn. De doelstelling van de fiscale eenheid in de Wet VPB is om een groep lichamen zo veel mogelijk gelijk te behandelen als een onderneming met verschillende vestigingen door consolidatie van de resultaten. De twee situaties zijn objectief vergelijkbaar aangezien de

---

<sup>43</sup> Brief van de Tweede Kamer, 17 april 2012, nr. DB/2012/163 U.

<sup>44</sup> HvJ EU 12 juni 2014, C-39/13.

<sup>45</sup> HvJ EU 12 juni 2014, C-41/13.

<sup>46</sup> In het SCA arrest is er sprake van twee tussenvennootschappen.

<sup>47</sup> HvJ EU 12 juni 2014, nr. C-39/13, r.o. 9 en Art. 15, lid 1 en 4, Wet VPB.

<sup>48</sup> HvJ EU 12 juni 2014, nr. C-39/13, r.o. 25.

doelstelling van de fiscale eenheid bereikt kan worden in zowel de situatie van een in een lidstaat ingezeten moedervernootschap die ook in die lidstaat ingezeten kleindochtervennootschappen via een eveneens ingezeten dochtervennootschap houdt, als in de situatie van een in diezelfde lidstaat ingezeten moedervernootschap die daar eveneens ingezeten kleindochtervennootschappen houdt, maar via een in een andere lidstaat gevestigde dochtervennootschap<sup>49</sup>. Op basis van een nadelige behandeling voor grensoverschrijdende situaties ten opzichte van een zuiver binnenlandse situatie en de objectieve vergelijkbaarheid van de situaties, kan er aldus het HvJ geconcludeerd worden dat er sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging.

Deze beperking kan gerechtvaardigd worden indien dit verband houdt met de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel, daaronder begrepen de voorkoming van dubbele verliesverrekening<sup>50</sup>. In het Papillon arrest is door het HvJ erkend dat het mogelijk was om een verlies twee keer in aanmerking te nemen. De eerste keer in de vorm van directe verliezen bij de dochtervennootschap die verrekend wordt met de winsten van de moedermaatschappij in de fiscale eenheid en de tweede keer in de vorm van de waardevermindering van het belang dat de moedervernootschap heeft in de buitenlandse dochtervennootschap. Deze waardevermindering kon niet geneutraliseerd worden, aangezien de dochtervennootschap geen deel uit maakt van de fiscale integratie. Volgens het Hof is er echter een duidelijk onderscheid tussen de Franse fiscale integratie en de Nederlandse fiscale eenheidsregeling. In Nederland is er namelijk de deelnemingsvrijstelling. Door deze regeling wordt dubbele verliesverrekening binnen de fiscale eenheid voorkomen. Een ingezeten moedervernootschap kan nooit een verlies uit een deelneming in een van haar dochtervennootschappen verrekenen, ook al is deze dochtervennootschap niet-ingezeten<sup>51</sup>.

In deze situatie kan de beperking van vrijheid van vestiging niet worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang die verband houdt met de samenhang van het belastingstelsel. Het HvJ komt tot de conclusie dat er sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging. Er is geen sprake van rechtvaardiging voor deze beperking, derhalve is er sprake van strijdigheid met het Europese recht.

### **Paragraaf 3.4 Arrest HvJ X AG e.a.**

X AG (hierna: X) is een in Duitsland gevestigde vennootschap die rechtstreeks of indirect de vennootschappen X3 Holding GmbH (hierna: X3), D1 BV (hierna: D1), D2 BV (hierna: D2) bezit, die in Nederland zijn gevestigd. X3, D1 en D2 hebben gezamenlijk verzocht om in een fiscale eenheid te worden opgenomen, echter is dit verzoek afgewezen op grond dat hun gemeenschappelijk moedervernootschap, X, niet in Nederland ingezeten is en evenmin over een vaste inrichting in Nederland beschikte<sup>52</sup>. Op 12 juni 2014 heeft het HvJ arrest gewezen over deze zustervernootschappen situatie. De eerste vraag is of er sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging indien een fiscale eenheid wordt onthouden tussen zustermaatschappijen waarvan de moedervernootschap niet-ingezeten is en tevens niet over een vaste inrichting in Nederland beschikt, terwijl dit wel mogelijk is indien de moedervernootschap wel ingezeten is in Nederland. De fiscale eenheid zorgt ervoor dat het verlies van de verliesgevende dochtervennootschappen verrekend kunnen worden met de

<sup>49</sup> HvJ EU 12 juni 2014, nr. C-39/13, r.o. 30.

<sup>50</sup> HvJ EU 12 juni 2014, nr. C-39/13, r.o. 32.

<sup>51</sup> HvJ EU 12 juni 2014, nr. C-39/13, r.o. 39.

<sup>52</sup> HvJ EU 12 juni 2014, nr. C-40/13, r.o. 13-15.

winst van de winstgevende dochtervennootschap. Door de eerste situatie niet toe te staan, worden grensoverschrijdende situaties benadeeld en levert dit een beperking van de vrijheid van vestiging op indien de twee situaties objectief vergelijkbaar zijn<sup>53</sup>. De doelstelling van de fiscale eenheid in de Wet VPB is om een groep lichamen zo veel mogelijk gelijk te behandelen als een onderneming met verschillende vestigingen door consolidatie van de resultaten. De twee situaties zijn objectief vergelijkbaar aangezien de doelstelling van de fiscale eenheid bereikt kan worden in zowel de situatie waarvan de moedervennootschap ingezetene is als de situatie waarvan de moedervennootschap niet-ingezetene is, althans wat betreft de belasting van uitsluitend de in Nederland belastingplichtige zustermaatschappijen<sup>54</sup>.

Het verschil kan derhalve niet gerechtvaardigd worden door een objectief situatie verschil en kan evenmin gerechtvaardigd worden door de dwingende reden van algemeen belang die verband houdt met het behoud van de samenhang van het belastingstelsel, daaronder begrepen de voorkoming van dubbele verliesverrekening<sup>55</sup>. Het Hof is hierbij tot de conclusie gekomen dat er sprake is van strijdigheid met het Europese recht.

### **Paragraaf 3.5 Uitspraak Gerechtshof Amsterdam**

Op 11 december 2014 heeft het gerechtshof Amsterdam uitspraak gedaan in drie zaken<sup>56</sup>. De uitspraken vloeien voort uit de prejudiciële vragen die het gerechtshof eerder heeft gesteld aan het HvJ over de fiscale eenheidsregeling betreffende de Papillon situatie en de zustervennootschappen situatie.

In de SCA Holding zaak gaat het om een verzoek tot een fiscale eenheid tussen de in Nederland gevestigde moedermaatschappij en haar tevens in Nederland gevestigde kleindochtermaatschappij, die gehouden wordt door tussenhouders die in Duitsland gevestigd zijn. Dit verzoek werd geweigerd en de vraag was of dat strijdig is met het Europese recht. Het Hof heeft prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ en het HvJ heeft geoordeeld dat het niet toestaan van een fiscale eenheid tussen een in Nederland gevestigde moedermaatschappij en haar Nederlandse kleindochtermaatschappij, terwijl de dochtermaatschappij in een ander lidstaat gevestigd is, een belemmering vormt voor de vrijheid van vestiging. Deze belemmering kan niet gerechtvaardigd worden door een dwingende reden van algemeen belang die verband houdt met de samenhang van het belastingstelsel, verder kan dubbele verliesverrekening voorkomen worden door de deelnemingsvrijstelling. Naar het oordeel van het Hof is deze interpretatie door het HvJ onvolledig, aangezien de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is ter zake van een verlies op een deelneming dat tot uitdrukking komt bij liquidatie en ontbinding van de desbetreffende dochtervennootschap. Desondanks is het Hof van oordeel dat het arrest van het HvJ van 12 juni 2014 voldoende aanwijzingen verschaffen. Het HvJ is niet meer toegekomen aan de vraag of de weigering van een fiscale eenheid in het onderhavige geval wordt gerechtvaardigd door de noodzaak om de fiscale coherentie van fiscale systeem veilig te stellen. Het Hof oordeelt hierbij dat de Nederlandse fiscale eenheidsregeling verder gaat dan noodzakelijk is om de coherentie van het fiscale stelsel te behouden. Ter voorkoming van eventuele dubbele verliesverrekening zal er in het BFE aanvullende voorwaarden

---

<sup>53</sup> HvJ EU 12 juni 2014, nr. C-40/13, r.o. 47-48.

<sup>54</sup> HvJ EU 12 juni 2014, nr. C-40/13, r.o. 51.

<sup>55</sup> HvJ EU 12 juni 2014, nr. C-40/13, r.o. 52-53.

<sup>56</sup> Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00180bis en Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00824bis.

gesteld kunnen worden. Het Hof komt tot conclusie dat er in casus sprake is van een verboden beperking van de vrijheid van vestigingen de vorming van de fiscale eenheid mag niet worden geweigerd.

Verder heeft het Hof een eindspraak gedaan betreffende de zustervennootschappen situatie. In de X AG e.a. zaak ging het om een verzoek tot een fiscale eenheid tussen twee in Nederland gevestigde zustermaatschappijen, die gehouden worden door een niet in Nederland gevestigde moedermaatschappij. Dit verzoek hebben belanghebbenden laten varen en is in hoger beroep derhalve uitsluitend nog in geschil of de inspecteur terecht het verzoek van de fiscale eenheid heeft geweigerd. Het Hof had prejudiciële vragen aan het HvJ gesteld en het HvJ heeft geoordeeld dat er sprake is van een beperking. Grensoverschrijdende situaties worden ten op zichte van zuiver binnenlandse situaties benadeeld en dit verschil wordt niet gerechtvaardigd door een objectief situatieverschil. Het Hof neemt de uitspraak van het HvJ over en oordeelt dat de onderhavige belemmering niet als een dispariteit kan worden aangemerkt. Verder oordeelt het Hof dat de weigering van een dergelijk fiscale eenheid niet kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak om de coherentie van het Nederlandse fiscale systeem veilig te stellen en om unilaterale dubbele verliesverrekening te voorkomen. Het Hof komt tot de conclusie dat er sprake is van een verboden beperking van de vrijheid van vestiging.

Het gerechtshof Amsterdam sluit aan bij de uitspraak van het HvJ in de eerder behandelde arresten. Het Hof oordeelt dat er sprake is van een gebrek aan artikel 15 Wet VPB dat als zodanig kan worden hersteld binnen de fiscale eenheidsregeling. De Staatssecretaris van Financiën heeft laten weten dat hij geen beroep in cassatie zal instellen tegen deze uitspraak van het gerechtshof in Amsterdam. De fiscale eenheidsregeling in de Wet VPB zal worden aangepast zodat het in overeenstemming is met het Europese recht.

### **Paragraaf 3.6 Conclusie**

In dit hoofdstuk is ingegaan op de totstandkoming van het Besluit. Bepaalde vereisten van de huidige fiscale eenheid zorgen ervoor dat een fiscale eenheid in de Papillon situatie en de zustervennootschappen situatie niet mogelijk is. Na het Papillon arrest is in Nederland de discussie op gekomen over de vraag of de vereisten van het fiscale eenheidsregime in overeenstemming zijn met het Europese recht. Deze discussie is de Europese Commissie niet ontgaan en op 16 juni 2011 is de Europese Commissie een infractieprocedure tegen Nederland gestart. Deze procedure zag enkel op de zustervennootschappen situatie, dit is begrijpelijk aangezien het HvJ eerder al een uitspraak deed over de Papillon situatie. De toenmalige Staatssecretaris van Financiën heeft te kennen gegeven de wetgeving niet aan te passen. Voordat de Europese Commissie naar het HvJ kon stappen, heeft Hof Amsterdam op 17 januari prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ over de houdbaarheid van deze vereisten van de Nederlandse fiscale eenheidsregeling. Op 12 juni 2014 heeft het HvJ een uitspraak gedaan over deze vragen. Het HvJ heeft in zijn uitspraak kenbaar gemaakt dat het niet toestaan van een fiscale eenheid in zowel de Papillon situatie als de zustervennootschappen een beperking van de vrijheid van vestiging oplevert. Deze beperking kan tevens niet gerechtvaardigd worden en het HvJ is hierbij tot de conclusie gekomen dat er sprake is van strijdigheid met het Europese recht. Het gerechtshof Amsterdam sluit zich aan bij deze uitspraak van het HvJ. De Staatssecretaris heeft laten weten dat hij geen beroep in cassatie gaat zal instellen tegen deze uitspraak. Het fiscale eenheidsregime in de Wet VPB zal worden gewijzigd.

## Hoofdstuk 4: Het Besluit BLKB2014/2137M

Op 11 december 2014 heeft Hof Amsterdam een einduitspraak gedaan over de in het vorige hoofdstuk besproken arresten. De Nederlandse fiscale eenheidsregeling is in strijd met het Europese recht en dat moest veranderd worden. Op 17 december 2014 heeft de Staatssecretaris laten weten dat hij niet in cassatie gaat en de fiscale eenheidsregeling zal worden aangepast zodat dit overeenkomt met het Europese recht. Op 16 december 2014 heeft de Staatssecretaris van Financiën dit besluit uitgevaardigd.

### Paragraaf 4.1 Besluit 16 december 2014

Het Besluit van 16 december 2014 bevat een goedkeuring vooruitlopend op de wetgeving waardoor verzoeken tot het aangaan van een fiscale eenheid kunnen worden ingewilligd tussen zustermaatschappijen die gehouden worden door een topmaatschappij in een andere lidstaat van de Europese Unie of tussen een moedermaatschappij en een kleindochtermaatschappij die gehouden wordt door een tussenmaatschappij in een andere lidstaat van de Europese Unie<sup>57</sup>. Nederland had ook kunnen reageren door het fiscale eenheidsregime geheel open te gooien. De openstelling van de fiscale eenheidsregeling voor lichamen die niet in Nederland gevestigd zijn, leidt echter tot diverse complicaties, die zich bij binnenlandse fiscale eenheden niet voorkomen<sup>58</sup>. Hierbij kan gedacht worden aan een buitenlandse dochtervennootschap die niet in Nederland is gevestigd en tevens ook niet over een vaste inrichting in Nederland beschikt. Deze dochtervennootschap valt niet onder de Nederlandse jurisdictie. Door deze dochter op te nemen in de fiscale eenheid, zal al haar resultaten onder de Nederlandse jurisdictie vallen. Echter zal een belastingverdrag Nederland verplichten de winst van de dochtervennootschap vrij te stellen. Verder hebben verschillende belastingplichtigen concrete verzoeken gedaan om een fiscale eenheid te vormen in voorkomende situaties. De Staatssecretaris heeft gekozen om de fiscale eenheidsregeling aan te passen en de Belastingdienst kan deze verzoeken, vooruitlopend op de wetgeving, inwilligen via de beleidsbesluit die op korte termijn werd uitgebracht.

In de eerste helft van 2015 zal een wetsvoorstel worden ingediend bij het parlement, echter is het inmiddels juli 2015 en dit wetsvoorstel is nog steeds niet ingediend. In de volgende paragrafen wordt het Besluit besproken.

### Paragraaf 4.2 Definities

Het Besluit begint met een definitie voor een topmaatschappij en een tussenmaatschappij. Het Besluit hanteert de volgende definitie voor een topmaatschappij:

Een *topmaatschappij* is een naamloze vennootschap, een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, een coöperatie, een onderlinge waarborgmaatschappij, of een naar aard en inrichting vergelijkbaar lichaam. (1) Deze maatschappij is niet gevestigd in Nederland, maar gevestigd in een ander lidstaat van de Europese Unie of in een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte. (2) Verder moet de topmaatschappij onderworpen worden aan een belasting naar winst in de staat van vestiging. Er mag geen sprake zijn van een keuzemogelijkheid of van een vrijstelling. (3) Als laatst moet de topmaatschappij aandelen hebben in ten minste twee belastingplichtigen, die tevens moeten voldoen aan het bezitsvereiste van artikel 12, eerste lid, van de Wet VPB.

<sup>57</sup> Besluit van 16 december 2014, nr. BLKB2014/2137M.

<sup>58</sup> W.F.E.M. Egeler, 'Prejudiciële vraag over grensoverschrijdende fiscale eenheid', *NtFR* 2008/1444.

Een *tussenmaatschappij* is volgens het Besluit een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid of een daarmee naar aard en inrichting vergelijkbaar lichaam dat is opgericht naar het recht van een in artikel 15, derde lid, onderdeel d, van de Wet Vpb 1969 bedoelde staat. (1) Een tussenmaatschappij is niet gevestigd in Nederland, maar gevestigd in een ander lidstaat van de Europese Unie of in een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte. (2) Verder moet de topmaatschappij onderworpen worden aan een belasting naar winst in de staat van vestiging. Er mag geen sprake zijn van een keuzemogelijkheid of van een vrijstelling. (3) Als laatst moet de tussenmaatschappij onmiddellijk aandelen hebben in een belastingplichtige waardoor de moedermaatschappij van de fiscale eenheid ten aanzien van die belastingplichtige voldoet aan de bezitsei van artikel 15, eerste lid, van de Wet Vpb 1969.

Uit deze definities van een top- en tussenmaatschappij zien we dat het Besluit uitsluitend geldig is voor een situatie in de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte (hierna: EER). In principe ligt dat voor de hand aangezien de prejudiciële vragen die gesteld waren aan het HvJ alleen betrekking hebben op het Europese recht. Verder zien we aan het tweede vereiste van een top- of tussenmaatschappij dat er sprake is van een onderworpenheidsvereiste voor beide maatschappijen.

#### **Paragraaf 4.3 Fiscale eenheid moeder/kleindochter**

Een fiscale eenheid kan gevormd worden tussen een Nederlandse moedermaatschappij en een Nederlandse kleindochtermaatschappij die gehouden wordt door een tussenmaatschappij die gevestigd is in de EU of EER. Verder is een fiscale eenheid ook mogelijk indien de aandelen in de tussenmaatschappij gehouden worden via uitsluitend één of meer belastingplichtigen die van de fiscale eenheid deel uitmaken en/of via één of meer tussenmaatschappijen. Vanuit de moedermaatschappij bezien telt een middellijk bezit van de aandelen alleen mee, indien deze onmiddellijk worden gehouden door één of meer belastingplichtigen die van de fiscale eenheid deel uitmaken, of één of meer tussenmaatschappijen. Indien een fiscale eenheid tot stand komt, blijft op het belang in de tussenmaatschappij de deelnemingsvrijstelling van toepassing alsof er geen fiscale eenheid is. Door de fiscale eenheid worden de werkzaamheden en het vermogen van de moeder- en dochtermaatschappij geconsolideerd. Dit heeft geen gevolgen voor de fiscale waardering van de onmiddellijke aandelenband in de tussenmaatschappij. Indien het vermogen van de moedermaatschappij toe of af neemt met de fiscale boekwaarde van de dochtermaatschappij, dan leidt dit tot een onbelaste vermogenssprong<sup>59</sup>. Deze vermogenssprong is anders dan in een volledig binnenlandse situatie. Daar betreft het namelijk het verschil tussen de fiscale waardering van de te voegen deelneming bij de moedermaatschappij en de hoogte van het eigen vermogen van die te voegen dochter.

Verder verandert dit Besluit niets voor de nu al bestaande fiscale eenheden. Overigens kan een in Nederland gevestigde moedermaatschappij niet gevoegd worden met haar kleindochtermaatschappij zonder dat de in Nederland gevestigde tussenliggende vennootschappen in de fiscale eenheid worden opgenomen. Hierdoor worden binnenlandse concerns nadeliger behandeld dan binnenlandse concerns met een tussengeplaatste buitenlandse tussenmaatschappij.

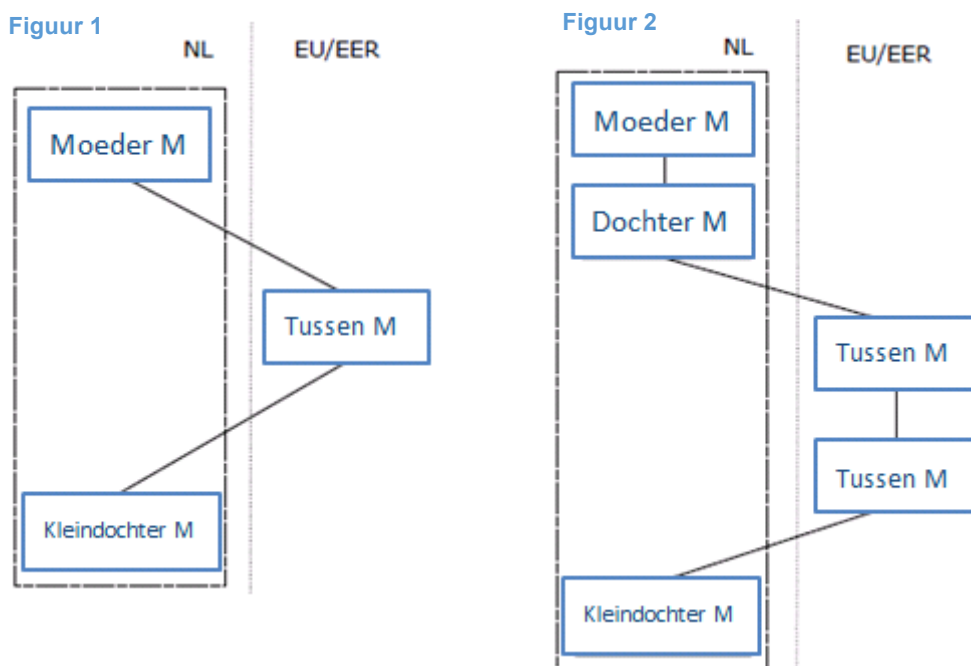
---

<sup>59</sup> Zie BFE, die dezelfde bepaling heeft.

### Voorbeeld

A NV is in Nederland gevestigd en bezit alle aandelen van B BV, die ook in Nederland is gevestigd. B BV bezit op haar beurt alle aandelen in een in Duitsland gevestigde tussenmaatschappij C GmbH, terwijl zij alle aandelen van D GmbH bezit, die ook in Duitsland is gevestigd. D GmbH bezit vervolgens alle aandelen in de in Nederland gevestigde E BV. Er kan een fiscale eenheid gevormd worden tussen A NV, B BV en E BV.

### Illustraties



### Paragraaf 4.4 Fiscale eenheid van zustermaatschappijen

Een fiscale eenheid kan gevormd worden tussen twee of meer in Nederland gevestigde zustermaatschappijen indien de topmaatschappij voldoet aan het bezitsvereiste. De belastingplichtigen mogen zelf bepalen wie van deze maatschappijen als moedermaatschappij en wie als dochtermaatschappij wordt aangemerkt. Deze keuze moet worden gedaan bij het verzoek en indien de fiscale eenheid tot stand is gekomen, kan deze keuze niet meer worden gewijzigd. Een belastingplichtige kan alleen als moedermaatschappij optreden indien haar aandelen niet gehouden wordt door een andere maatschappij die deel uitmaakt of uit gaat maken van de fiscale eenheid.

Bij de voeging in de loop van het jaar sluiten zowel de zustermaatschappij die aangemerkt wordt als de moedermaatschappij als de zustermaatschappij die aangemerkt wordt als een dochtermaatschappij hun boekjaar af op het tijdstip direct voorafgaande aan de totstandkoming van de fiscale eenheid. Door de werking van de fiscale eenheidsregeling worden de werkzaamheden en het vermogen van de zustermaatschappijen die als dochtermaatschappij zijn aangemerkt deel uit van de werkzaamheden en het vermogen van de zustermaatschappij die als moedermaatschappij optreedt. Dit leidt tot een onbelaste vermogenssprong bij de moedermaatschappij. Dit houdt in dat bij de fiscale eenheid van de zustermaatschappijen sprake is van een consolidatie waarbij de bezittingen en schulden van de gevoegde dochtermaatschappij toegerekend worden aan de moedermaatschappij.



Tegelijkertijd verdwijnt de post “deelneming” bij de moedermaatschappij niet, wat bij een reguliere fiscale eenheid wel altijd gebeurt bij de moedermaatschappij. Een eventueel verschil tussen de fiscale boekwaarde van de post “deelneming” bij de moedermaatschappij en het eigen vermogen van de te voegen dochtermaatschappijen beïnvloedt het eigen vermogen van de moedermaatschappij<sup>60</sup>. Dit heeft als gevolg dat het eigen vermogen van de moedermaatschappij bestaat uit de som van het eigen vermogen van de moedermaatschappij en elk van de gevoegde zustermaatschappijen. Deze vermogensmutaties leidt bij de moedermaatschappij volgens dit Besluit niet tot fiscale winst.

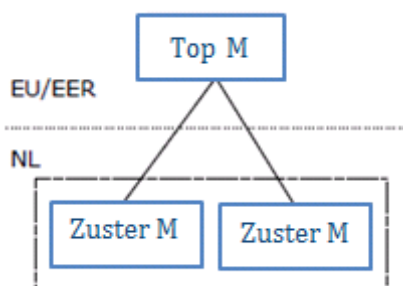
Verder is een fiscale eenheid mogelijk indien de topmaatschappij de aandelen in de zustermaatschappij middellijk houdt via uitsluitend een of meer belastingplichtigen die van de fiscale eenheid deel uitmaken en/of een of meer tussenmaatschappijen. De topmaatschappij dient middellijk aandelen te hebben in ten minste twee belastingplichtigen.

### Voorbeeld

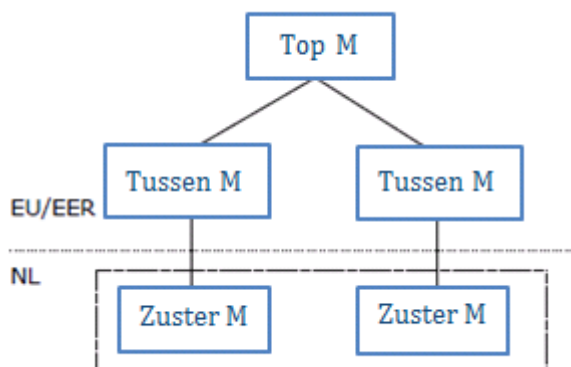
Een in Duitsland gevestigde topmaatschappij A AG bezit alle aandelen van de tussenmaatschappijen B GmbH en C GmbH, die beiden ook in Duitsland gevestigd zijn. B GmbH bezit alle aandelen van de in Nederland gevestigde D BV en C GmbH bezit alle aandelen van de in Nederland gevestigde E BV. D BV en E BV kunnen een fiscale eenheid vormen en mogen zelf bepalen wie als moeder- of dochtermaatschappij wordt aangemerkt.

### Illustraties

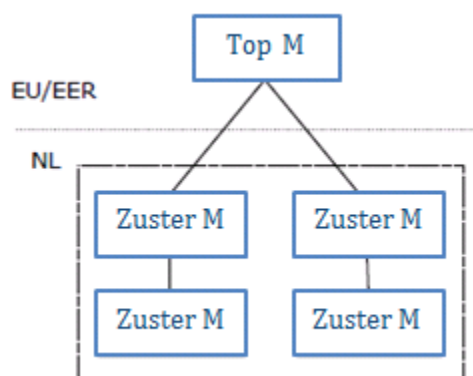
Figuur 3: Onmiddellijk bezit



Figuur 1: Middellijk bezit 2



Figuur 4: Middellijk bezit 1



<sup>60</sup> R.J. de Vries en F.J. Elswier, ‘Nieuw ‘Papillonbeleidsbesluit’: Eerste stap op weg naar een fiscale-eenhedenregime dat ‘EU-proof’ is?’, Weekblad fiscaal recht, 2 april 2015, blz. 460.

### ***Paragraaf 4.5 Conclusie***

Op 12 juni 2014 heeft het HvJ in drie arresten geoordeeld dat de Nederlandse fiscale eenheidsregeling in strijd is met het Europese recht met betrekking tot de Papillon situatie en de zustervennootschappen situatie. De Staatssecretaris heeft hierop gereageerd door de fiscale eenheidsregeling aan te passen. Op 16 december 2014 heeft de Staatssecretaris vooruitlopend op de wetgeving een besluit gepubliceerd. Het Besluit begint met een definitie voor een topmaatschappij en een tussenmaatschappij. Uit deze definities van een top- en tussenmaatschappij zien we dat het Besluit uitsluitend geldig is voor een situatie in de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte. Door de vereiste van een top- of tussenmaatschappij is er sprake van een onderworpenheidsvereiste voor beide maatschappijen. Daarna is besproken onder welke voorwaarden een fiscale eenheid in de Papillon situatie mogelijk is tussen een moedermaatschappij en een kleindochtermaatschappij die gehouden wordt door een tussenmaatschappij in een andere lidstaat van de Europese Unie. In het Besluit wordt opgemerkt dat de consolidatie van het vermogen en de werkzaamheden van de moeder- en kleindochtermaatschappij geen gevolgen oplevert voor de fiscale waardering van de onmiddellijke aandelenband van de moedermaatschappij in de buitenlandse tussenmaatschappij. Verder worden puur binnenlandse concerns anders behandeld dan binnenlandse concerns met een buitenlandse tussenmaatschappij. Door het Besluit worden binnenlandse situaties nadeliger behandeld dan buitenlandse situaties. Daarna is in dit hoofdstuk besproken hoe het Besluit een zustervennootschappen situatie mogelijk maakt. Het Besluit geeft een goedkeuring voor een fiscale eenheid tussen zustermaatschappijen die gehouden worden door een topmaatschappij in een andere lidstaat van de Europese Unie indien er aan een aantal voorwaarden worden voldaan. Zustermaatschappijen kunnen zelf kiezen wie als de moedermaatschappij optreedt en moeten beiden bij voeging in de loop van het jaar hun boekjaar afsluiten direct voorafgaande aan de totstandkoming van de fiscale eenheid. In het volgende hoofdstuk wordt dit nader besproken.

## Hoofdstuk 5: Het Besluit nader bekeken

Onder de huidige regelgeving van de fiscale eenheid is er sprake van een verticale ononderbroken keten. Als gevolg op de uitspraak van het HvJ is dit vereiste voor de Papillon situatie en de zustervennootschappen situatie veranderd door het Besluit. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de verschillende fiscale eenheden die mogelijk gemaakt zijn door het Besluit. Er wordt gekeken of het Besluit gerechtvaardigd wordt vanuit de doelstellingen van de fiscale eenheid die in hoofdstuk twee zijn besproken. Daarnaast wordt gekeken of het Besluit aansluit bij de jurisprudentie die besproken is in hoofdstuk drie. Zoals in hoofdstuk vier besproken is, geldt het Besluit enkel voor de Papillon situatie en zustervennootschappen situatie. In een puur binnenlands situatie is het niet mogelijk om een fiscale eenheid te vormen tussen een moedermaatschappij en haar kleindochtermaatschappij, zonder de dochtermaatschappij te voegen in de fiscale eenheid. Ook een fiscale eenheid tussen twee zustermaatschappijen is niet mogelijk indien de in Nederland gevestigd moedermaatschappij niet in de fiscale eenheid gevoegd is. In dit hoofdstuk wordt tevens gekeken of een dergelijk verschil in behandeling gerechtvaardigd is en ook wenselijk is. Het doel van dit hoofdstuk is om te kijken of er aanvullende bepalingen aan het Besluit benodigd zijn om ervoor te zorgen dat de fiscale eenheidsregeling voldoet aan de doelstelling van de fiscale eenheidsregeling en de jurisprudentie.

### Paragraaf 5.1 Definities

Het Besluit begint met een definitie voor een topmaatschappij en een tussenmaatschappij. Uit deze definities hebben we gezien dat het besluit uitsluitend geldig is voor een situatie in de Europese Unie of de EER. Volgens de Vries en Elswelier is dat echter enigszins opmerkelijk aangezien deze keuze naar hun mening niet of minder goed past binnen de huidige systematiek van de Wet VPB<sup>61</sup>. In het huidige fiscale eenheidsregime is het al mogelijk om een fiscale eenheid te vormen met een lichaam dat naar het recht van een staat waarmee Nederland een belastingverdrag mee heeft gesloten. De achtergrond van deze beperkte benadering zal vermoedelijk gevormd worden door angst voor misbruik van de regeling in de vorm van unilaterale verliesverrekening<sup>62</sup>. Een andere reden voor deze beperkte benadering zal kunnen liggen in de noodzaak om het alvast op Europees niveau op te lossen in verband met de jurisprudentie. Het zal in principe niet uit moeten maken of de tussen- of topmaatschappij een Franse maatschappij is of een Amerikaanse maatschappij. Wellicht dat deze regels in de toekomst wel gelden voor situaties buiten de Europese Unie of de EER door de wetwijziging.

Verder is er door het tweede vereiste van een top- of tussenmaatschappij sprake van een onderworpenheidsvereiste voor beide maatschappijen. De gedachte hierachter zal kunnen zijn om de buitenlandse maatschappij bij vestiging in Nederland op dezelfde wijze subjectief en objectief te onderwerpen als een Nederlandse vennootschap. Echter is de reikwijdte van dit onderworpenheidsvereiste niet duidelijk en staat er in het Besluit niet geschreven of er sprake moet zijn van een subjectieve onderworpenheid of van een objectieve onderworpenheid terwijl dit verschil van belang kan zijn. Een tussenmaatschappij die gevestigd is in een andere lidstaat zal namelijk niet kwalificeren indien de voordelen genoten uit haar deelnemingen objectief vrij worden gesteld door een buitenlandse deelnemingsvrijstelling of consolidatieregeling. Dit kan gebeuren in de

---

<sup>61</sup> R.J. de Vries en F.J. Elswelier, 'Nieuw 'Papillonbeleidsbesluit': Eerste stap op weg naar een fiscale-eenheidsregime dat 'EU-proof' is?', Weekblad fiscaal recht, 2 april 2015, blz. 460.

<sup>62</sup> M.H.C. Ruijschop, 'Wijziging Besluit FE 2003', *NTRF2015/363*.

zustervennootschappen situatie. Indien de buitenlandse moedermaatschappij gebruik kan maken van een buitenlandse consolidatieregeling met een buitenlandse grootmoedermaatschappij, dan zal de moedermaatschappij niet meer voldoen aan de onderworpenheidsvereiste in Nederland. Dit zal betekenen dat het gebruik van het Europese recht in het buitenland in de weg zal staan aan het gebruik van het Europese recht in Nederland<sup>63</sup>.

### **Paragraaf 5.2 Fiscale eenheid tussen moeder- en kleindochtermaatschappij**

Onder de huidige vereisten voor de vorming en instandhouding van de fiscale eenheid, is een fiscale eenheid in de Papillon situatie niet mogelijk op grond van het verticale ononderbroken keten vereiste. Dit vereiste vloeit uit het bezitsvereiste wat in artikel 15 Wet VPB is opgenomen. Het verticale ononderbroken keten vereiste zorgt ervoor dat de fiscale coherentie van het systeem veilig wordt gesteld, zodat dubbele verliesneming binnen het concern wordt uitgesloten. Het Besluit bevat geen bepalingen om dubbele verliesneming te voorkomen. Dubbele verliesneming kan echter voorkomen indien een verlies van de Nederlandse kleindochtermaatschappij verrekenend wordt binnen de fiscale eenheid en daarnaast tot uitdrukking komt in het belang dat de moedermaatschap houdt in de buitenlandse dochtermaatschappij. In beginsel is dubbele verliesneming niet mogelijk vanwege de deelnemingsvrijstelling ten aanzien van vermogensbestanddelen die tot een deelneming behoren<sup>64</sup>. Maar als de deelnemingsvrijstelling niet geldt, wanneer er bijvoorbeeld sprake is van een niet-gekwalficeerde beleggingsdeelneming, bestaat dat risico wel.

Verder kan een liquidatieverlies in geval van liquidatie van een buitenlandse tussenhoudster ten laste van de winst worden gebracht, terwijl deze verliezen al reeds binnen de fiscale eenheid tussen moeder- en kleindochtermaatschappij tot uitdrukking zijn gekomen. Daarnaast kan indirect twee keer verliesneming ten laste van de winst van de moedermaatschappij plaats vinden door afwaarderingen op interne schuldvorderingen. Een moedermaatschappij kan een lening verstrekken aan de niet gevoegde tussenhoudster. Deze vordering zal in waarde dalen indien de Nederlandse kleindochter verliezen lijdt en komt ten laste van de winst van de moedermaatschappij, terwijl het verlies van de kleindochtermaatschappij tevens in de winst van de fiscale eenheid tot uitdrukking is gekomen. Een voorziening bij de moedermaatschappij, die betrekking heeft op de relatie met de buitenlandse tussenhoudster, kan voorts veroorzaakt zijn door een verlies bij de kleindochter. Dit is mogelijk door de deelnemingsverhouding tussen de buitenlandse tussennaatschappij en de in Nederland gevestigde maatschappijen.

Een dergelijk verhouding is ook aanwezig bij een fiscale eenheid tussen een vaste inrichting van een buitenlandse maatschappij en een in Nederland gevestigde lichaam. In het BFE zijn bepalingen opgenomen die ervoor zorgt dat dubbele verliesverrekening voorkomen wordt. Het gevaar kan dubbele verliesneming kan derhalve voorkomen worden door de bepalingen van het BFE van toepassing te verklaren voor de Papillon situatie. Het Besluit besteedt geen enkele aandacht aan het voorkomen van dubbele verliesneming. Ik zal hierbij dan ook aanraden om in de aangekondigde wettelijke regeling aanvullende regels op te nemen zodat eventuele misbruik van de regeling voorkomen kan worden. Hierbij kan er gekeken worden naar de bepalingen in het BFE.

<sup>63</sup> M.H.C. Ruijschop, 'Wijziging Besluit FE 2003', *NTFR2015/363*.

<sup>64</sup> M.H.C. Ruijschop, 'Fiscale-eenheidsregime wordt aangepast na uitspraken Hof Amsterdam', *Commentaar NTFR2015/309*.

Verder verandert het Besluit niets voor de nu al bestaande fiscale eenheden. Een in Nederland gevestigde moedermaatschappij kan niet gevoegd worden met haar kleindochtermaatschappij zonder dat de in Nederland gevestigde tussenliggende vennootschappen in de fiscale eenheid worden opgenomen. Hierdoor worden binnenlandse concerns nadeliger behandeld dan binnenlandse concerns met een tussengeplaatste buitenlandse tussenmaatschappij. Het nadeliger behandelen van binnenlandse situaties dan buitenlandse situaties is niet strijdig met het Europese recht. In de zaak Papillon was dit ook het geval en daar constateerde het HvJ dat de l'intégration fiscale een belemmering vormde. De vraag is echter of het ook wenselijk is om binnenlandse situaties nadeliger te behandelen. Volgens de Advocaat-Generaal Wattel kan dit weg geredeneerd worden door de vergelijkingsmaatstaf te leggen bij de vraag binnen welke heffingsjurisdictie de te consolideren groepsresultaten vallen en niet bij de ononderbroken aandeelhoudersketen. Vanuit het territorialiteitsbeginsel bezien, kan een binnenlands fiscale eenheid met een niet-gevoegde buitenlandse tussenhoudster vergeleken worden met een zuiver binnenlandse concern met een gevoegde binnenlandse tussenhouder<sup>65</sup>. In beide gevallen worden alleen de binnen de Nederlandse jurisdictie vallende resultaten en onderdelen van het concern geconsolideerd. Het is aan de wet- of besluitgever om aanvullende voorwaarden te stellen zodat fiscale coherentie veilig wordt gesteld en binnenlandse dubbele verliesneming wordt uitgesloten.

De Staatssecretaris merkt in het Besluit op dat de werkzaamheden en het vermogen van de moeder- en kleindochtermaatschappij worden geconsolideerd. Dit heeft geen gevolgen voor de fiscale waardering van de onmiddellijke aandelenband in de buitenlandse tussenmaatschappij, wat afwijkt van een normale fiscale eenheid. Bij de normale fiscale eenheid verdwijnt namelijk de post 'deelneming' van de fiscale balans van de moedermaatschappij wanneer een (klein)dochtermaatschappij toegevoegd wordt in de fiscale eenheid. Daarvoor in de plaats verschijnen de bezittingen en schulden van de toegevoegde (klein)dochtermaatschappij op de balans. Dit zorgt vaak voor een negatieve waardesprong in het fiscale vermogen, wat ook wel een goodwillgat wordt genoemd. Dit werkt echter anders in de Papillon situatie aangezien de moedermaatschappij de deelneming in de buitenlandse dochtermaatschappij blijft behouden. Dit heeft als gevolg dat deze niet uit het fiscale vermogen verdwijnt en dus geen goodwill gat oplevert. Dit verschil in behandeling van binnenlandse situaties en buitenlandse situaties zal ertoe leiden dat in de praktijk het goodwillgat op wordt gelost met een Papillon situatie.

### **Paragraaf 5.3 Fiscale eenheid tussen zustermaatschappijen**

Onder de huidige fiscale eenheidsregeling is een fiscale eenheid tussen twee zustermaatschappijen waarbij de moedermaatschappij in een andere lidstaat gevestigd is niet mogelijk op grond van het verticale ononderbroken keten vereiste. Dit vereiste vloeit uit het bezitsvereiste wat in artikel 15 Wet VPB is opgenomen. Een zustersvennootschappen situatie is niet wenselijk vanuit het verticale ononderbroken keten vereiste aangezien de resultaten van een dochtermaatschappij wel de moedermaatschappij aangaan, maar niet de zustermaatschappij. Het is van belang dat er sprake is van een zustermaatschappij die als moedermaatschappij voor de fiscale eenheid op kan treden. Het Besluit zorgt ervoor dat de zustermaatschappijen zelf mogen kiezen wie als moedermaatschappij optreedt, zodat de werkzaamheden en het vermogen van de overige zustermaatschappijen toegerekend

---

<sup>65</sup> Conclusie A-G Wattel, 20 februari 2015, NTFR 2015/940.

kunnen worden aan deze moedermaatschappij. Het verticale ononderbroken keten vereiste beoogt tevens de voorkoming van dubbele verliesverrekening. Echter is dubbele verliesverrekening in deze situatie niet mogelijk, aanzien de fiscale eenheid enkel bestaat uit zustermaatschappijen. Derhalve kan een verlies van de ene zustermaatschappij enkel tot uitdrukking komen bij de andere zustermaatschappijen binnenin de fiscale eenheid. Het Besluit voldoet hierbij aan de doelstelling van de fiscale eenheidsregeling aangezien dubbele verliesneming niet mogelijk is.

In het Besluit is verder opgemerkt dat de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij bij een voeging in de loop van het jaar hun boekjaar afsluiten op het tijdstip direct voorafgaande aan de totstandkoming van de fiscale eenheid. In een gewone Nederlandse fiscale eenheid hoeft alleen de te voegen dochtermaatschappij haar boekjaar af te sluiten. Hierdoor ontstaan er voor de dochtermaatschappij twee fiscale 'jaren' op grond van artikel 7, lid 4, tweede volzin, Wet VPB. Artikel 20, lid 2, Wet VPB bepaalt dat een maatschappij een verlies kan verrekenen met hun belastbare winst van het voorafgaande 'jaar' en de negen volgende 'jaren'. De advocaat-generaal en het Hof Arnhem-Leeuwarden hebben geconcludeerd dat een 'jaar' in artikel 7, lid 4, Wet VPB doorwerkt naar een 'jaar' in artikel 21, lid 1, Wet VPB<sup>66</sup>. Dit extra fiscaal boekjaar levert beperkingen in tijd en omvang op voor de verliesverrekening. In tijd omdat de verrekening van een verlies met de winst van het voorafgaande vennootschapsrechtelijke jaar niet mogelijk is en in omvang omdat de winst van een kort tussenjaar lager is dan dat van een volledig boekjaar. Het begrip 'jaar' van artikel 20, lid 2, Wet VPB zal volgens Nieuweboer ook vanuit de moedermaatschappij bezien kunnen worden<sup>67</sup>. Artikel 20, lid 2, Wet VPB gaat uit van een vermindering van winst door verrekening van verliezen van dezelfde belastingplichtige uit een ander jaar, een verlies van een dochtermaatschappij behoort formeel toe aan de moedermaatschappij<sup>68</sup> en dit verlies van de moedermaatschappij kan in mindering worden gebracht op de voorvoegingswinst van de dochtermaatschappij<sup>69</sup>. Het is dus het verlies van de moedermaatschappij dat verrekend wordt en hierdoor moet de verlies periode ook vanuit de moedermaatschappij worden bezien. Bij de moedermaatschappij is in het boekjaar van voeging de heffingstijdvak gelijk aan het vennootschapsrechtelijke boekjaar aangezien zij haar boekjaar niet af hoeft te sluiten in een zuivere binnenlandse situatie. Hierdoor valt te beargumenteren dat het tussenjaar van de dochtermaatschappij niet aan het verliesjaar van de fiscale eenheid voorafgaat indien we het vanuit de moedermaatschappij bezien. De winst van het tussenjaar zal niet voor vermindering in aanmerking komen en dat zal niet de bedoeling van de wetgever zijn, aldus Nieuweboer.

Indien de dochtermaatschappij en de moedermaatschappij beiden hun boekjaren moeten afsluiten, dan levert dat een verschil op vergeleken met de zuivere binnenlandse fiscale eenheid waar alleen de dochtermaatschappij haar boekjaar moet afsluiten. Dit verschil zal een zekere beperking op leveren bij de carry forward van voorvoegingsverliezen door de moedermaatschappij en een mogelijke beperking bij de carry back van fiscale

---

<sup>66</sup> Conclusie A-G Wattel, 2 juni 2015, nr. 14/05914 en

Hof Arnhem-Leeuwarden, 21 oktober 2014, nr. 14/00195, NTFR 2014/2815.

<sup>67</sup> M. Nieuweboer, 'Bij achterwaartse verliesverrekening fiscale eenheid vormt kort voorvoegingsjaar een afzonderlijk 'jaar'', *Commentaar NTFR 2015/1855*.

<sup>68</sup> Het verlies is materiaal geleden door de dochtermaatschappij, formeel is het een verlies van de moedermaatschappij door artikel 15ae en 15ah Wet VPB.

<sup>69</sup> Art. 15ae, lid 1, Wet VPB.

eenheidsverliezen<sup>70</sup>. Hierdoor worden grensoverschrijdende situaties nadeliger behandeld dan binnenlandse situaties. Dit zal een met het Europese recht strijdig element kunnen zijn en het is van belang dat hier naar wordt gekeken.

Het Besluit maakt een fiscale eenheid tussen twee in Nederland gevestigde zustermaatschappijen mogelijk, indien de gezamenlijke moedermaatschappij in een ander lidstaat gevestigd is. Dit Besluit verandert echter niets aan de binnenlandse situatie. Een fiscale eenheid tussen twee in Nederland gevestigde zustermaatschappijen is slechts mogelijk indien de in Nederland gevestigde moedermaatschappij in de fiscale eenheid wordt gevoegd. Dit zorgt ervoor dat binnenlandse concerns nadeliger behandeld worden dan binnenlandse concerns met een buitenlandse moedermaatschappij. Het nadeliger behandelen van binnenlandse situaties dan buitenlandse situaties is niet strijdig met het Europese recht. De vraag is echter of het ook wenselijk is om binnenlandse situaties nadeliger te behandelen. Volgens de Advocaat-Generaal Wattel kan dit weg geredeneerd worden door de vergelijkingsmaatstaf te leggen bij de vraag binnen welke heffingsjurisdictie de te consolideren groepsresultaten vallen en niet bij de ononderbroken aandeelhoudersketen. Vanuit het territorialiteitsbeginsel bezien, kan een binnenlands fiscale eenheid met een niet-gevoegde buitenlandse tussenhoudster vergeleken worden met een zuiver binnenlandse concern met een gevoegde binnenlandse tussenhouder<sup>71</sup>. In beide gevallen worden alleen de binnen de Nederlandse jurisdictie vallende resultaten en onderdelen van het concern geconsolideerd. Het is aan de wet- of besluitgever om aanvullende voorwaarden te stellen zodat fiscale coherentie veilig wordt gesteld en binnenlandse dubbele verliesneming wordt uitgesloten.

#### **Paragraaf 5.4 Conclusie**

Als gevolg op de uitspraak van het HvJ heeft de Staatssecretaris van Financiën het beleidsbesluit gepubliceerd. Een Papillon situatie en een zustervennootschappen situatie worden mogelijk gemaakt door het Besluit. Allereerst geldt het besluit alleen voor een situatie in de Europese Unie of de EER, de achtergrond van deze beperkte benadering zal gevormd kunnen worden door angst voor misbruik van de regeling. Een andere reden zal kunnen liggen in de noodzaak om de situaties alvast van toepassing te laten zijn op het Europese niveau en de EER. In de Papillon situatie kan dubbele verliesneming voorkomen in geval van een niet-gekwalificeerde beleggingsdeelneming, liquidatieverlies of door afwaarderingen op interne schuldvorderingen. Het Besluit besteedt geen enkele aandacht aan deze punten. Aanvullende regels moeten daarom opgenomen worden zodat dubbele verliesneming binnen het concern wordt uitgesloten en het Besluit voldoet aan de doelstellingen van de fiscale eenheidsregeling. Het gevaar van dubbele verliesneming kan voorkomen worden door de bepalingen van het BFE van toepassing te verklaren voor de Papillon situatie. In de zustervennootschappen kan er sprake zijn van een met het Europese recht strijdig element door het afsluiten van de boekjaar van zowel de moeder- als de dochtermaatschappij. Het is van belang dat hiernaar wordt gekeken. In zowel de Papillon situatie als de zustermaatschappijen worden binnenlandse situaties nadeliger behandeld dan buitenlandse situaties. Dit kan weggedeneerd worden door de vergelijkingsmaatstaf niet te leggen bij de ononderbroken aandeelhoudersketen, maar bij de vraag binnen welke heffingsjurisdictie de te consolideren groepsresultaten vallen.

---

<sup>70</sup> R.J. de Vries en F.J. Elswier, 'Nieuw 'Papillonbeleidsbesluit': Eerste stap op weg naar een fiscale-eenheidsregime dat 'EU-proof' is?', Weekblad fiscaal recht, 2 april 2015, blz. 460.

<sup>71</sup> Conclusie A-G Wattel, 20 februari 2015, NTFR 2015/940.

## Hoofdstuk 6: Conclusie

### Paragraaf 6.1 Samenvatting

Sinds het Société Papillon arrest is in Nederland de vraag opgekomen of het Nederlandse fiscale eenheidsregime in overeenstemming is met het Europese recht. Op 12 juni 2014 heeft het HvJ in drie samengevoegde arresten geconcludeerd dat het Nederlandse fiscale eenheidsregime strijdig is met het Europese recht aangezien een fiscale eenheid in een Papillon situatie of zustervennootschappen situatie niet mogelijk is. Een fiscale eenheid in een Papillon situatie is een fiscale eenheid tussen een ingezeten moedermaatschappij en een ingezeten kleindochtermaatschappij, die gehouden wordt door een niet-ingezeten dochtermaatschappij. Een fiscale eenheid in de zustervennootschappen situatie is een fiscale eenheid tussen twee ingezeten zustermaatschappijen die gehouden worden door een niet-ingezeten moedermaatschappij. Het Gerechtshof Amsterdam sluit zich aan bij deze uitspraak van het HvJ en heeft op 11 december is een einduitspraak gedaan. Als gevolg van deze uitspraak heeft de Staatssecretaris van financi ren een beleidsbesluit gepubliceerd op 16 december 2014. In deze bachelor scriptie wordt onderzocht of dit Besluit in overeenstemming is met de doelstellingen van de fiscale eenheidsregeling. Hierbij staat de volgende probleemstelling centraal:

*'Biedt het Besluit BLKB2014/2137M een volledige en precieze uitwerking van de arresten Papillon, SCA Group Holding en X AG e.a. volgens de doelstellingen van de fiscale eenheidsregeling van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, zo nee, wat moet er veranderd worden?'*

Om deze probleemstelling te beantwoorden wordt allereerst de huidige fiscale eenheidsregeling besproken. De fiscale eenheidsregeling die wij vandaag kennen heeft haar bestaan te danken aan de wens om de belastingheffing binnen een concern gelijk te behandelen als de belastingheffing van één lichaam. De doelstelling van de fiscale eenheid is uit deze concerngedachte ontstaan. Om opgenomen te worden in een fiscale eenheid, moeten maatschappijen voldoen aan een aantal wettelijke vereisten. Het bezitsvereiste zorgt ervoor dat er sprake is van een ononderbroken keten. De gedachte achter dit vereiste is om de fiscale coherentie van het systeem te waarborgen, zodat dubbele verliesneming binnen het concern wordt uitgesloten. Verder is er ingegaan op het vestigingsvereiste. Dit vereiste beoogt te waarborgen dat het Nederlandse heffingsrecht enkel strekt tot de werkzaamheden en het vermogen die binnen het Nederlandse territorium vallen. In het BFE zijn nadere bepalingen opgenomen om te voorkomen dat verliezen meerdere malen in aanmerking worden genomen. Voordat belastingplichtigen een fiscale eenheid aangaan, moeten ze de voor- en nadelen van de fiscale eenheid tegenover elkaar afwegen.

Vervolgens is er in hoofdstuk drie ingegaan op de jurisprudentie die de aanleiding vormden voor het Besluit. De totstandkoming van het Besluit is begonnen bij het Société Papillon arrest. Na de uitspraak van dit arrest werd het bezitsvereiste en het vestigingsplaatsvereiste onder de loep genomen aangezien het Franse integratie regeling veel overeenkomsten vertoonde met de Nederlandse fiscale eenheidsregeling. Hierbij is de vraag op gekomen of de wet- en regelgeving voor vorming en instandhouding van de fiscale eenheid strijdig is met het Europese recht<sup>72</sup>. Deze vraag is de Europese Commissie niet ontgaan en op 16 juni

---

<sup>72</sup> D.S. Smit, 'Prejudiciële vragen aan het HvJ over een 'Papillon-achtige' zaak I & II', *Commentaar NTFR 2013/256*.



2011 heeft zij Nederland gevraagd om haar wet- en regelgeving van de fiscale eenheid te wijzigen<sup>73</sup>. Nederland heeft op deze infractieprocedure gereageerd door aan te geven dat het de regel- en wetgeving niet zal wijzigen<sup>74</sup>.

Op 17 januari heeft het Hof Amsterdam de fiscale regelgeving voorgelegd aan het HvJ via prejudiciële vragen over de weigering van een fiscale eenheid in drie zaken. Het HvJ heeft deze vragen beantwoord en op 12 juni 2014 heeft het HvJ geconcludeerd dat de Nederlandse regel- en wetgeving voor de vorming en instandhouding van de fiscale eenheid strijdig is met het Europese recht. Op 11 december heeft Hof Amsterdam een eindspraak gedaan over deze zaken. Als gevolg van deze uitspraak heeft de Staatssecretaris van financiën op 16 december het Besluit uitgevaardigd. Onder voorwaarden is op grond van het Besluit een fiscale eenheid in de Papillon situatie en de zustervennootschappen situatie mogelijk.

### **Paragraaf 6.2 Beantwoording van de probleemstelling**

In deze bachelor scriptie staat de beantwoording van de volgende probleemstelling centraal:

*‘Biedt het Besluit BLKB2014/2137M een volledige en precieze uitwerking van de arresten Papillon, SCA Group Holding en X AG e.a. volgens de doelstellingen van de fiscale eenheidsregeling van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, zo nee, wat moet er veranderd worden?’*

Allereerst wordt er gekeken naar het Besluit in het algemeen. Het Besluit is beperkt tot de Europese Unie en EER situaties. Deze beperkte benadering zal kunnen liggen in de noodzaak om de situatie alvast op Europees niveau op te lossen in verband met de jurisprudentie. Wellicht dat de regels van het Besluit ook geldt voor buiten Europese Unie of EER situaties door de wetwijziging. Verder is er sprake van een onderworpenheidsvereiste voor de top- en tussenmaatschappij. Echter is de reikwijdte van dit vereiste onduidelijk aangezien er in het Besluit niet geschreven staat of het om de objectieve of subjectieve onderworpenheid gaat, terwijl dit wel van belang is.

Verder wordt er gekeken naar de Papillon situatie. Een fiscale eenheid tussen een Nederlandse moedermaatschappij en een Nederlandse kleindochtermaatschappij die gehouden wordt door een tussenmaatschappij die gevestigd is in de EU of EER is mogelijk op grond van het Besluit. Deze situatie voldoet niet aan de doelstellingen van de fiscale eenheid aangezien dubbele verliesneming voor kan komen. Aanvullende bepalingen zijn nodig om dubbele verliesneming te voorkomen. In de huidige wetgeving zijn bepalingen opgenomen die dubbele verliesneming voorkomen in een vergelijkbare situatie. Deze bepalingen staan in het BFE. Indien deze bepalingen van toepassing worden verklaard voor de situatie die het Besluit schetst, dan zal het gevaar voor dubbele verliesneming voorkomen worden.

Verder staat het Besluit een fiscale eenheid tussen twee zustermaatschappijen, waarbij de moedermaatschappij in een andere lidstaat gevestigd is, toe. Deze fiscale eenheid voldoet aan de doelstellingen van de fiscale eenheid aangezien er sprake is van consolidatie van een groep maatschappijen waarbij het vermogen en de werkzaamheden van de

---

<sup>73</sup> European Commission Press Release, 16 juni 2011, IP/11/719.

<sup>74</sup> Brief van de Tweede Kamer, 17 april 2012, nr. DB/2012/163 U.

dochtermaatschappijen toegerekend worden aan een moedermaatschappij. Dubbele verliesneming is ook niet mogelijk waardoor de coherentie van het systeem veilig wordt gesteld. In het Besluit is opgemerkt dat de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij bij een voeging in de loop van het jaar hun boekjaar afsluiten op het tijdstip direct voorafgaande aan de totstandkoming van de fiscale eenheid. Dit kan leiden tot een beperking voor grensoverschrijdende situaties en zal een met het Europese recht strijdig element kunnen zijn.

In zowel de Papillon situatie als de zustervennootschappen situatie worden binnenlandse situaties nadeliger behandeld dan binnenlandse situaties die verbonden worden met een buitenlandse maatschappij. Het nadeliger behandelen van binnenlandse situaties dan buitenlandse situaties is niet strijdig met het Europese recht. Dit kan weg geredeneerd worden vanuit het territorialiteitsbeginsel. In zowel een binnenlandse fiscale eenheid met een niet-gevoegde buitenlandse tussenhoudster als een fiscale eenheid tussen een zuiver binnenlandse concern met een gevoegde binnenlandse tussenhouder worden alleen de binnen de Nederlandse jurisdictie vallende werkzaamheden en vermogen van het concern geconsolideerd. Dit is tevens in overeenstemming met de doelstellingen van de fiscale eenheidsregeling.

## Literatuurlijst

### Boeken

- Aantekening 1.4 Doel en strekking bij: Wet op de vennootschapsbelasting 1969, artikel 15, Vakstudie Vennootschapsbelasting bij: Wet op de vennootschapsbelasting 1969
- Q. W. J. C. H. Kok, 'De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting', Den Haag: SDU Fiscale en Financiële Uitgevers 2005
- Aantekening 2.1 Deelnemingsrelatie blijft geheel zichtbaar bij: Besluit fiscale eenheid 2003, Artikel 35, Vakstudie Vennootschapsbelasting bij: Wet op de vennootschapsbelasting 1969

### Kamerstukken en Beleid

- Brief van de Tweede Kamer, 17 april 2012, nr. DB/2012/163 U
- European Commissieloon Press Release, 16 juni 2011, IP/11/719
- Kamerstukken II 2000/01, 26 854, nr. 6
- Kamerstukken, 26 854, nr. 3
- Ministerie van Financiën, Besluit 16 december 2014, nr. BLKB2014/2137M

### 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*
- B.J. Kiekebeld, 'Het Nederlandse deel van de fiscale eenheid verenigd', *NTFR Beschouwingen 2014/37*
- Nieuweboer, 'Bij achterwaartse verliesverrekening fiscale eenheid vormt kort voorvoegingsjaar een afzonderlijk 'jaar'', *Commentaar NTFR 2015/1855*
- E. Nijkeuter, 'Commentaar artikel 15 Wet Vpb Totstandkoming en beëindiging van een fiscale eenheid', *NDFR Deel Vennootschapsbelasting*
- E. Nijkeuter, 'Commentaar artikel 36 Besluit fiscale eenheid Buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij waarop de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is', *NDFR Deel Vennootschapsbelasting*
- M.H.C. Ruijschop, 'Fiscale-eenheidsregime wordt aangepast na uitspraken Hof Amsterdam', *Commentaar NTFR2015/309*
- M.H.C. Ruijschop, 'Wijziging Besluit FE 2003', *NTFR2015/363*

- D.S. Smit, 'Prejudiciële vragen aan het HvJ over een 'Papillon-achtige' zaak I & II', *Commentaar NTFR 2013/256*
- R.J. de Vries en F.J. Elsweier, 'Nieuw 'Papillonbeleidsbesluit': Eerste stap op weg naar een fiscale-eenheidsregime dat 'EU-proof' is?', *Weekblad fiscaal recht*, 2 april 2015, blz. 460

### **Jurisprudentie**

- Conclusie A-G Wattel, 20 februari 2015, nr. 13/03330bis, NTFR 2015/940
- Conclusie A-G Wattel, 2 juni 2015, nr. 14/05914, NTFR 2015/1855
- Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr.11/00180
- Hof Arnhem-Leeuwarden, 21 oktober 2014, nr. 14/00195, NTFR 2014/2815
- HvJ EG 27 november 2008, C-418/07
- HvJ EU 12 juni 2014, C-39/13
- HvJ EU 12 juni 2014, C-41/13
- Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00180bis
- Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00824bis
- Rechtbank Den Haag 30 december 2011, nr. 11/01084, LJN: BV2892, V-N 2012/21.18
- Rechtbank Haarlem 9 juni 2011, nr. 10/02288, LJN: BQ7515, NTFR 2011/1478, V-N 2011/31.19
- Rechtbank Haarlem 14 september 2011, nr. 10/03865, LJN: BT2305, NTFR 2011/2319, V-N Vandaag 2011/2347

### **Overig**

- <http://www.minbuza.nl/ecer/eu-essentieel/inbreukprocedures>
- Stichting Onderzoek Multinationals Ondernemingen, 'Nederlandse belastingfaciliteiten voor concernfinanciering', 2008, pag. 1