

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics

Masterscriptie

Wet aanpassing fiscale eenheid

In overeenstemming met het EU-recht?

Naam: Ka Lai Diana Tang

Studentnummer: 342403

Begeleider: R.C. de Smit MSc

Examinator: Prof. dr. P. Kavelaars

Rotterdam, 21 april 2016

Voorwoord

Beste lezer,

Voor u ligt mijn masterscriptie ter afsluiting van mijn opleiding Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Tijdens mijn opleiding heb ik enorm tegen het schrijven van mijn masterscriptie opgekeken, maar uiteindelijk is het me toch gelukt om een masterscriptie te leveren en ben ik trots op het algehele resultaat!

Eind september 2015 begon ik met het zoeken naar een onderwerp voor mijn masterscriptie. Een aantal weken later verscheen het wetsvoorstel 'Wet aanpassing fiscale eenheid'. Ik wist meteen dat ik over dit wetsvoorstel wilde gaan schrijven. Het bijzondere aan dit onderwerp is dat ik mijn masterscriptie tijdens de parlementaire behandeling heb geschreven. Hierdoor heb ik alle ontwikkelingen (tot nu toe) van het wetsvoorstel kunnen volgen en vond ik het schrijven van mijn masterscriptie (voor alsnog) een leuke ervaring!

Een voorwoord is uiteraard geen voorwoord, indien ik geen mensen zou bedanken. In de eerste plaats ben ik mijn lieve ouders, broertje en zus dankbaar voor de steun tijdens mijn studie. Bovendien wil ik mijn vriend speciaal bedanken. Zonder jou had ik niet de overstap gemaakt van Bedrijfseconomie naar Fiscale Economie. Deze overstap was de juiste keuze en ik ben nog steeds blij dat ik het heb gedaan. Daarnaast wil ik mijn lieve studiegenoten Sja'iesta, Shreshta en Esther bedanken. Samen was het altijd onwijs gezellig in de collegebanken! Verder zou ik graag Peter Eerenberg en Sebastiaan Paling willen bedanken voor jullie hulp tijdens het schrijven van mijn masterscriptie. Fijn dat ik altijd bij jullie terecht kon komen voor de nodige vragen en jullie kritische opmerkingen.

Tot slot bedank ik hierbij Ruud de Smit. Bedankt voor jouw kritische blik en dat je me hebt geleerd om bondiger te schrijven. Dankzij jou weet ik wanneer ik bij een bepaald onderwerp langer stil moet staan en wanneer niet. Ik wil je graag bedanken dat je te allen tijde geduldig en begripvol was. Fijn dat je mijn scriptiebegeleider hebt mogen zijn en mij hebt bijgestaan met goede raad tijdens het schrijven van mijn masterscriptie.

Heel veel leesplezier!

Met vriendelijke groet,

Diana Tang

Inhoudsopgave

Voorwoord.....	2
Lijst van gebruikte afkortingen	7
Hoofdstuk 1 Inleiding.....	9
1.1 Introductie.....	9
1.2 Onderzoeksvraag en toetsingskader	13
1.3 Verantwoording van de opzet.....	13
1.4 Theoretische afbakening.....	14
Hoofdstuk 2 Internationale aspecten van het fiscale eenheidsregime	16
2.1 Inleiding.....	16
2.2 Vereisten voor de totstandkoming van de fiscale eenheid.....	16
2.2.1 Bezitsvereiste.....	17
2.2.1.1 Certificering van aandelen.....	18
2.2.1.2 Statutaire stemrechten.....	19
2.2.1.3 Middellijk bezit van aandelen	19
2.2.1.4 Bezit via een fiscaal transparante vennootschap.....	20
2.2.2 Vestigingsplaatsvereiste	24
2.2.2.1 Uitsluiting van de vestigingsplaatsfictie binnen de fiscale eenheid	24
2.2.2.1.1 BNB 1988/331	24
2.2.2.1.2 BNB 1994/163	25
2.2.2.1.3 BNB 1998/47	26
2.2.2.1.4 Redenering van de wetgever voor uitsluiting van de vestigingsplaatsfictie.....	27
2.2.2.2 Vestigingsplaats op grond van Nederlands nationaal recht	28
2.2.2.3 Vestigingsplaats op grond van de BRN, de BRK of een belastingverdrag.....	29
2.2.3 Rechtsvormvereiste	30
2.2.3.1 Eisen aan de rechtsvorm van de moedermaatschappij.....	31
2.2.3.2 Eisen aan de rechtsvorm van de dochtermaatschappij.....	32
2.2.3.3 Criteria voor ‘naar aard en inrichting vergelijkbaar’	32
2.2.4 Overige vereisten	33
2.2.4.1 Gelijklopende tijdvakken	33
2.2.4.2 Dezelfde winstbepalingen	33

2.2.4.3 Niet als voorraad	34
2.2.4.4 Geen voeging en ontvoeging van de dochtermaatschappij in hetzelfde boekjaar	34
2.3 Voor- en nadelen van de fiscale eenheid	35
2.3.1 Inleiding	35
2.3.2 Voordelen	35
2.3.3 Nadelen	36
2.4 Fiscale eenheid met een vaste inrichting van een niet in Nederland gevestigde lichaam	37
2.4.1 Achtergrond	37
2.4.2 Begrip vaste inrichting	38
2.4.3 Artikel 15, lid 4, Wet Vpb 1969	38
2.4.3.1 Aandelenbezit in de dochtermaatschappij behoort tot het vermogen van de in Nederland aanwezige vaste inrichting	39
2.4.4 Gevolgen na voeging met een in Nederland aanwezige vaste inrichting in een fiscale eenheid	41
2.4.4.1 Fiscale eenheid met een buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij	42
2.4.4.2 Fiscale eenheid met een buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij	45
2.4.4.3 Fiscale eenheid met twee buitenlands belastingplichtige maatschappijen	47
2.5 Deelconclusie	48
Hoofdstuk 3 Strijdigheden fiscale eenheid met het EU-recht	50
3.1 Inleiding	50
3.2 Het recht van vrije vestiging	51
3.3 Beslisschema HvJ EU	53
3.4 Arrest Papillon Société	54
3.5 Arrest HvJ EU van 12 juni 2014	57
3.5.1 Aanleiding	57
3.5.2 Nederlandse Papillon zaken	58
3.5.2.1 Zaak C-39/13 - SCA Group Holding BV	58
3.5.2.2 Zaak C-41/13 - MSA International Holdings BV	60
3.5.2.3 Belemmering?	61
3.5.2.4 Rechtvaardigingsgrond?	61
3.5.3 Zustersvenootschappen zaak	64
3.5.3.1 Zaak C-40/13 - X AG	64

3.5.3.2 Belemmering?	66
3.5.3.3 Rechtvaardigingsgrond?	66
3.6 Zaken Hof Amsterdam van 11 december 2014	67
3.6.1 Inleiding	67
3.6.2 nr. 11/00587bis - SCA Group Holding BV en nr. 11/00824bis - MSA International Holdings BV	67
3.6.2.1 Belemmering?	68
3.6.2.2 Rechtvaardigingsgrond?	68
3.6.2.2.1 Bilaterale dubbele verliesverrekening	69
3.6.2.2.2 Unilaterale dubbele verliesverrekening.....	72
3.6.2.3 Gaat de belemmering verder dan noodzakelijk is?.....	74
3.6.3 nr. 11/00180bis - X AG	76
3.6.3.1 Belemmering?	76
3.6.3.2 Rechtvaardiging?	76
3.6.3.2.1 Bilaterale dubbele verliesverrekening	78
3.6.3.2.2 Unilaterale dubbele verliesverrekening.....	78
3.6.4 Reactie van de Staatssecretaris van Financiën	81
3.7 Deelconclusie.....	82
Hoofdstuk 4 Wetsvoorstel inzake aanpassing fiscale eenheidsregime	84
4.1 Inleiding.....	84
4.2 Hoofdpijnen van het wetsvoorstel	84
4.3 Het begrip ‘tussenmaatschappij’	87
4.3.1 Inleiding	87
4.3.2 Rechtsvormvereiste	87
4.3.3 Vestigingsplaatsvereiste.....	88
4.3.4 Onderworpenheidsvereiste.....	91
4.3.5 Geen vaste inrichting	92
4.3.6 Bezitsvereiste.....	94
4.4 Het begrip ‘topmaatschappij’	94
4.5 Aanscherping van het bezitsvereiste	96
4.5.1 Inleiding.....	96
4.5.2 Het STAK-arrest.....	98

4.5.3 Hybride entiteiten	98
4.6 Zusjes fiscale eenheid	102
4.6.1 Hoofdpijnen	102
4.6.2 Combinatie met tussenmaatschappijen.....	102
4.6.3 De als moedermaatschappij aangewezen zustermaatschappij.....	103
4.6.4 Beëindiging van de fiscale eenheid.....	106
4.6.5 Afsluiting boekjaren zowel moeder- als dochtermaatschappij(en)	114
4.7 Fiscale eenheid met een vaste inrichting van een niet in Nederland gevestigd lichaam	116
4.8 Bepalingen tegen dubbele verliesverrekening.....	121
4.8.1 Inleiding.....	121
4.8.2 Liquidatieverliesregeling	121
4.8.3 Afwaardering op vorderingen.....	126
4.9 Deelconclusie.....	129
Hoofdstuk 5 Samenvatting en conclusie	132
Literatuuroverzicht.....	136
Bijlage 1	140
Bijlage 2	147

Lijst van gebruikte afkortingen

A-G	Advocaat-Generaal
Art.	Artikel
AWR	Algemene Wet inzake Rijksbelastingen
Belastingverdrag NL-VK	Belastingverdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen Nederland en het Verenigde Koninkrijk
Belastingverdrag NL-IER	Belastingverdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen Nederland en Ierland
BFE 2003	Besluit Fiscale Eenheid 2003
BNB	Beslissingen inzake Nederlandse Belastingzaken
BRK	Belastingregeling voor het land Nederland
BRN	Belastingregeling voor het Koninkrijk
BV	Besloten Vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
CV	Commanditaire Vennootschap
CVR	Commanditaire Vennootschap met Rechtspersoonlijkheid
EC	Europese Commissie
EU	Europese Unie
FED	FED Fiscaal Weekblad
GAAR	General Anti Abuse Rule
HR	Hoge Raad
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
Inc	Corporation
Kamerstukken I	Kamerstukken van de Eerste Kamer
Kamerstukken II	Kamerstukken van de Tweede Kamer
KG	Kommanditgesellschaft
Ltd	Limited
MDR	Moeder-dochterrichtlijn
NDFR	Nederlandse Documentatie Fiscaal Recht
NTRFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht

NOB	Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
nr.	Nummer
NV	Naamloze Vennootschap
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OVR	Openbare Vennootschap met Rechtspersoonlijkheid
p.	Pagina
r.o.	Rechtsoverweging
SARL	Société à Responsabilité Limitée
STAK	Stichting Administratiekantoor
TFO	Tijdschrift Fiscaal Recht
V-N	Vakstudie Nieuws
V-N Vandaag	Vakstudie Nieuws Vandaag
VOF	Vennootschap Onder Firma
VWEU	Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie
Wet IB 2001	Wet op de Inkomstenbelasting 2001
Wet Vpb 1969	Wet op de Vennootschapsbelasting 1969
Wet Vpb 1969 (nieuw)	Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 na invoering van het Wetsvoorstel 'Wet aanpassing fiscale eenheid'
WFR	Weekblad Fiscaal Recht

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Introductie

De Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb 1969) is een belasting die wordt geheven op de winst van in Nederland gevestigde lichamen en op niet in Nederland gevestigde lichamen.

Lichamen zijn (veelal) zelfstandige rechtssubjecten die rechtspersoonlijkheid bezitten en verplichtingen hebben.¹ In beginsel beschouwt de vennootschapsbelasting lichamen als afzonderlijke belastingplichtigen. Hierop bestaat echter een (optionele) uitzondering, namelijk de fiscale eenheid. Concerns kunnen ervoor kiezen om een fiscale eenheid te vormen. De fiscale eenheid wordt voor de vennootschapsbelasting als één belastingplichtige beschouwd.² Volgens Kok³ is een concern 'een onder centrale leiding van de moedermaatschappij staande economische eenheid van rechtspersonen en vennootschappen, welke met het oog op het voeren van een gemeenschappelijke strategie en het coördineren van het beleid van die rechtspersonen en vennootschappen, organisatorisch zijn verbonden'.

Het huidige, optionele fiscale eenheidsregime is geregeld in artikel 15 tot en met artikel 15aj, artikel 15a, artikel 15c en artikel 15d Wet Vpb 1969. Tevens zijn nadere bepalingen omtrent het fiscale eenheidsregime vastgelegd in het Besluit Fiscale Eenheid 2003 (hierna: BFE 2003).

De essentie van de fiscale eenheid is neergelegd in het eerste lid van artikel 15 Wet Vpb 1969. Indien aan de vereisten van de fiscale eenheid wordt voldaan en het verzoek tot vorming van een fiscale eenheid door de inspecteur is goedgekeurd, worden de werkzaamheden en het vermogen van de dochtermaatschappij(en) geacht deel uit te maken van de werkzaamheden en het vermogen van de moedermaatschappij. De gevoegde (dochter)maatschappijen tezamen met de moedermaatschappij worden in dat geval aangemerkt als een fiscale eenheid voor de Wet Vpb 1969. Indien sprake is van een fiscale eenheid, wordt de vennootschapsbelasting van de gevoegde maatschappijen in de fiscale

¹ Zie artikel 1, Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.

² In tegenstelling tot het (oude) fiscale eenheidsregime dat tot 1 januari 2003 gold, blijven de gevoegde (dochter)maatschappijen echter subjectief belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting en daarmee kunnen de gevoegde dochter(maatschappijen) o.a. inwoner zijn van Nederland bij toepassing van een belastingverdrag. Slechts voor het bepalen van het heffingsobject, de verschuldigde belasting en de voorkoming van dubbele belasting worden concerns in een fiscale eenheid als één belastingplichtige voor de vennootschapsbelasting beschouwd.

³ Q.W.J.C.H. Kok, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Den Haag: SDU Fiscale en Financiële Uitgevers 2005, p. 26.

eenheid geheven alsof er één belastingplichtige is. Voor de gehele fiscale eenheid dient slechts één aangifte voor de vennootschapsbelasting door de moedermaatschappij te worden gedaan.

De vereisten voor de vorming en instandhouding van een fiscale eenheid zijn vastgelegd in artikel 15 Wet Vpb 1969 en in het BFE 2003. Eén van de vereisten is het bezitsvereiste. Het bezitsvereiste is opgenomen in artikel 15, lid 1, Wet Vpb 1969 en houdt in dat de moedermaatschappij de juridische en economische eigendom van ten minste 95% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van de dochtermaatschappij(en) bezit.⁴ Een ander vereiste is het vestigingsplaatsvereiste als bedoeld in artikel 15, lid 3, onderdeel c, Wet Vpb 1969. Het vestigingsplaatsvereiste houdt in dat alle belastingplichtigen die deel willen uitmaken van de fiscale eenheid in Nederland dienen te zijn gevestigd. Het vestigingsplaatsvereiste kent een dubbele vereiste. De belastingplichtigen die deel willen uitmaken van de fiscale eenheid dienen niet alleen op grond van Nederlands nationaal recht, de Belastingregeling voor het land Nederland (hierna: BRN) dan wel de Belastingregeling voor het Koninkrijk (hierna: BRK) in Nederland te zijn gevestigd, maar ook op grond van het (eventueel toepasselijke) belastingverdrag.

Het bezitsvereiste en het vestigingsplaatsvereiste van het huidige fiscale eenheidsregime hebben met name geleid tot verscheidene procedures over de strijdigheid met het EU-recht. Hoewel het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) het soevereine recht van de Europese lidstaten omtrent de heffing van directe belastingen erkent, is de invloed van het EU-recht op de directe belastingen niet langer weg te denken. Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU), het hoogste rechtscollege van de Europese Unie, toetst immers de nationale fiscale bepalingen van een lidstaat aan de fundamentele vrijheden⁵ van het EU-verdrag. Dit heeft geleid tot een reeks van arresten die door het HvJ EU is geweest.⁶

In het arrest *Société Papillon*⁷ betrof het een verzoek om een *integration fiscale*⁸ (hierna: Franse fiscale eenheidsregime) tussen een in Frankrijk gevestigde moeder- en kleindochtermaatschappij. De aandelen

⁴ Het bezitspercentage van 95% in het nominaal gestorte aandelenkapitaal sluit aan bij het bezitspercentage dat wordt gehanteerd bij de uitkoopregeling van een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap ex artikel 2:92a BW of artikel 2:201a BW. Zie Kamerstukken II 1999-2000, 26 854, nr. 3, p. 31.

⁵ In het VWEU zijn zes fundamentele vrijheden vastgelegd: het vrije verkeer van de burgers van de Unie (art. 21 VWEU), het vrije verkeer van goederen (art. 28 t/m 32 VWEU), het vrije verkeer van personen (werknemers: art. 45 t/m 48 VWEU en recht van vestiging: art. 49 t/m 55 VWEU), het vrije verkeer van diensten (art. 56 t/m 62 VWEU), het vrije verkeer van kapitaal (art. 63 t/m 66 VWEU) en het vrije verkeer van betalingen (art. 63 t/m 65 VWEU).

⁶ J.A.R. van Eijdsen, B.J. Kiekebeld & D.S. Smit, *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 2014, p. 4.

⁷ HvJ EU 27 november 2008, zaak C-418/07 (*Société Papillon*), V-N 2008/59.20.

⁸ Vergelijkbaar met het huidige Nederlandse fiscale eenheidsregime als bedoeld in art. 15 Wet Vpb 1969.

in de in Frankrijk gevestigde kleindochtermaatschappij werden echter gehouden door een in Nederland gevestigde tussenhoudstervennootschap. Het verzoek tot vorming van de Franse fiscale eenheid werd echter geweigerd door de Franse fiscus, omdat het Franse fiscale eenheidsregime vereist dat enkel een Franse fiscale eenheid kan worden gevormd tussen vennootschappen in de keten die allen onderworpen zijn aan de Franse belastingheffing. Deze zaak werd vervolgens door het Franse *Conseil d'État*⁹ via prejudiciële vragen voorgelegd aan het HvJ EU. Op 27 november 2008 oordeelde het HvJ EU in antwoord op deze vragen dat het toenmalige Franse fiscale eenheidsregime in strijd was met de vrijheid van vestigingen in de artikelen 49 en 54 van het VWEU.

Op 17 januari 2013 heeft Hof Amsterdam eveneens prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU omtrent drie zaken die erg veel lijken op de voorgaande rechtsvragen. In deze zaken draait het echter om het Nederlandse fiscale eenheidsregime. In twee zaken¹⁰ betreft het een verzoek tot het vormen van een fiscale eenheid tussen een in Nederland gevestigde moedermaatschappij en in Nederland gevestigde kleindochtermaatschappij(en) waarvan de aandelen in de in Nederland gevestigde kleindochtermaatschappij(en) worden gehouden door één (of meer) in andere EU-staat gevestigde tussenhoudstervennootschap(pen). Deze twee zaken zijn vergelijkbaar met de casus in het arrest *Société Papillon*¹¹ en daarom noem ik in het vervolg van mijn scriptie deze zaken de *Nederlandse Papillon* zaken. De derde zaak¹² betreft een verzoek tot het vormen van een fiscale eenheid tussen in Nederland gevestigde zusterervennootschappen waarvan de aandelen in deze vennootschappen worden gehouden door een gemeenschappelijke in Duitsland gevestigde moedervennootschap. In het vervolg van mijn scriptie noem ik deze zaak de *zusterervennootschappen* zaak.

Op 12 juni 2014 heeft het HvJ EU¹³ geoordeeld dat het Nederlandse fiscale eenheidsregime van artikel 15 Wet Vpb 1969 op basis van de huidige wettekst in strijd is met de vrijheid van vestiging in het EU-recht. Het vereiste dat sprake dient te zijn van een ononderbroken verticale keten is niet houdbaar volgens het HvJ EU indien de tussenhoudstervennootschap(pen) of de (gemeenschappelijke) moedervennootschap in een ander EU/EER-staat is gevestigd zonder in Nederland belastingplichtig te zijn. Op grond van de uitspraak van het HvJ EU is het mogelijk om een fiscale eenheid te vormen tussen

⁹ Het Conseil d'État is het hoogste rechtscollege in Frankrijk.

¹⁰ Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00824, V-N Vandaag 2013/119, Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00587, V-N 2013/14.14.

¹¹ HvJ EU 27 november 2008, zaak C-418/07 (*Société Papillon*), V-N 2008/59.20.

¹² Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00180, V-N Vandaag 2013/120.

¹³ HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-39/13 (*SCA Group Holding BV*), HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-40/13 (*X AG*), HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-41/13 (*MSA International Holdings BV*), BNB 2014/216, V-N 2014/30.9.

een in Nederland gevestigde moedermaatschappij met haar in Nederland gevestigde kleindochtermaatschappij(en) waarvan de aandelen in de kleindochtermaatschappij worden gehouden door tussenhoudstervenootschap(pen) die in een ander EU/EER-staat is gevestigd. Tevens is het volgens het HvJ EU mogelijk een fiscale eenheid te vormen tussen in Nederland gevestigde zusterervenootschappen waarvan de aandelen in deze venootschappen worden gehouden door een gemeenschappelijke moedervenootschap die in een ander EU/EER-staat is gevestigd.

In lijn met de uitspraak van het HvJ EU van 12 juni 2014 heeft Hof Amsterdam¹⁴ op 11 december 2014 in de Nederlandse Papillon zaken en de zusterervenootschappen zaak einduitspraken gewezen. Op 30 december 2014 heeft de Staatssecretaris van Financiën in reactie op de uitspraken van Hof Amsterdam een nieuw besluit¹⁵ gepubliceerd waarin de *Papillon* fiscale eenheid en *zusjes* fiscale eenheid wordt toegestaan.¹⁶

Op 16 oktober 2015 heeft de staatssecretaris het wetsvoorstel 'Wet aanpassing fiscale eenheid'¹⁷ ingediend bij de Tweede Kamer. In dit wetsvoorstel wordt het fiscale eenheidsregime uitgebreid met de Papillon fiscale eenheid en de zusjes fiscale eenheid. Daarbij wordt de systematiek van het fiscale eenheidsregime zo veel mogelijk ongewijzigd in stand gelaten om het fiscale klimaat voor vestiging in Nederland aantrekkelijk te houden. In het wetsvoorstel is echter geen rekening gehouden met de eventuele gevolgen van de uitspraak van het HvJ EU inzake het arrest Groupe Steria SCA¹⁸. In dit arrest oordeelde het HvJ EU dat een belastingplichtige in een grensoverschrijdende situatie een beroep kan doen op bepaalde fiscale voordelen die in een binnenlandse situatie aan een (Franse) fiscale eenheid wordt toegekend. Dit arrest kan – net als het arrest Papillon destijds – gevolgen hebben voor het Nederlandse fiscale eenheidsregime. De staatssecretaris geeft aan dat deze uitspraak nader dient te worden bestudeerd om te bepalen of nadere maatregelen dienen te worden genomen, omdat momenteel niet kan worden overzien welke ongewenste situaties zich zouden kunnen voordoen en welke maatregelen noodzakelijk zijn om op die eventuele ongewenste situaties te reageren. Om die

¹⁴ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00180bis, V-N 2015/7.11, Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/0587bis, V-N 2015/7.12, Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00824bis, V-N Vandaag 2014/2559.

¹⁵ BLKB 2014-2137, VPBWI, Fiscale eenheid, Wijzigingsbesluit.

¹⁶ Ter volledigheid merk ik hierbij op dat zes dagen na de uitspraken van Hof Amsterdam de staatssecretaris had laten weten geen beroep in cassatie te stellen. Daarnaast had de staatssecretaris aangekondigd dat het fiscale eenheidsregime in de venootschapsbelasting zal worden gewijzigd teneinde dit regime in overeenstemming te brengen met het EU-recht. Aanvankelijk zou het nieuwe wetsvoorstel betreffende het fiscale eenheidsregime in de eerste helft van 2015 bij het parlement worden ingediend. Zie Nieuwsbericht Belastingdienst, *Fiscale-eenheidsregime* aangepast, 17 december 2014.

¹⁷ Zie Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 3, p. 2-3.

¹⁸ HvJ EU 2 september 2015, zaak C-386/14 (Groupe Steria SCA), BNB 2015/223.

reden wordt de mogelijkheid opengehouden dat de benodigde duidelijkheid pas kan worden verkregen via nieuwe jurisprudentie. Desalniettemin is het wetsvoorstel ingediend, omdat de voorgestelde maatregelen in het wetsvoorstel noodzakelijk zijn om de bestaande wetgeving in overeenstemming te brengen met de jurisprudentie van het HvJ EU waarvan onomstotelijk vaststaat dat het fiscale eenheidsregime in strijd is met het EU-recht.

De vraag rijst of de aanpassing van de wettelijke bepalingen van het fiscale eenheidsregime van artikel 15 Wet Vpb 1969 in overeenstemming is met de vrijheid van vestiging van de artikelen 49 en 54 van het VWEU.

1.2 Onderzoeksvraag en toetsingskader

De onderzoeksvraag van dit onderzoek luidt als volgt:

In hoeverre is het fiscale eenheidsregime van artikel 15 Wet Vpb 1969 na invoering van het wetsvoorstel 'Wet aanpassing fiscale eenheid' in overeenstemming met de vrijheid van vestiging van de artikelen 49 en 54 van het VWEU?

Aan de hand van de volgende deelvragen wordt een antwoord gezocht op de onderzoeksvraag:

- Wat zijn de internationale aspecten van het huidige fiscale eenheidsregime van artikel 15 Wet Vpb 1969 totdat het wetsvoorstel 'Wet aanpassing fiscale eenheid' wordt aangenomen?
- Wat zijn de gevolgen van het arrest Société Papillon en het arrest op 12 juni 2014 van het HvJ EU op het huidige fiscale eenheidsregime van artikel 15 Wet Vpb 1969?
- Is het wetsvoorstel 'Wet aanpassing fiscale eenheid' in overeenstemming met het EU-recht? Zo nee, welke aspecten van het wetsvoorstel zijn niet in overeenstemming met het EU-recht?

Bij de beantwoording van de onderzoeksvraag worden diverse aspecten van het wetsvoorstel 'Wet aanpassing fiscale eenheid' getoetst aan de vrijheid van vestiging van de artikelen 49 en 54 van het VWEU.

1.3 Verantwoording van de opzet

In hoofdstuk twee behandel ik de internationale aspecten van het fiscale eenheidsregime zoals dat in artikel 15 Wet Vpb 1969 is vastgelegd. Voor de totstandkoming en de instandhouding van een fiscale eenheid zijn verschillende vereisten waaraan belastingplichtigen dienen te voldoen. Allereerst behandel ik deze vereisten waarbij ik me met name richt op het bezitsvereiste, het vestigingsplaatsvereiste en het

rechtsvormvereiste. Vervolgens worden de voor- en nadelen van het vormen van een fiscale eenheid behandeld. Tot slot richt ik mij op het vormen van een fiscale eenheid met een in Nederland aanwezige vaste inrichting van een niet in Nederland gevestigd lichaam.

In hoofdstuk drie betreft de vrijheid van vestiging in de artikelen 49 en 54 van het VWEU. Daarbij richt ik mij op een van de fundamentele vrijheden in het EU-recht dat van belang is voor mijn masterscriptie, namelijk de vrijheid van vestiging. Eerst behandel ik (kort) het beslisschema die het HvJ EU hanteert voor de beantwoording van de vraag of de nationale wettelijke bepaling(en) van een lidstaat in overeenstemming is met het EU-recht. Aan de hand van dit beslisschema wordt het arrest *Société Papillon*¹⁹ behandeld. Via het arrest *Société Papillon* en de infractieprocedure²⁰ die de EC heeft ingesteld tegen Nederland wordt een koppeling gemaakt naar het arrest van het HvJ EU²¹ op 12 juni 2014 en de zaken van Hof Amsterdam²² op 11 december 2014.

In hoofdstuk vier ga ik in op het wetsvoorstel 'Wet aanpassing fiscale eenheid'²³ waarin verschillende aspecten van het wetsvoorstel inzake de aanpassing van het (nieuwe) fiscale eenheidsregime in kaart worden gebracht. Vervolgens wordt nader onderzocht of deze aspecten in overeenstemming zijn met het EU-recht.

In hoofdstuk vijf sluit ik mijn masterscriptie af met een samenvatting en een conclusie.

1.4 Theoretische afbakening

In deze masterscriptie richt ik mij voornamelijk op de vereisten voor de vorming en instandhouding van het huidige fiscale eenheidsregime als bedoeld in artikel 15 Wet Vpb 1969 dat in strijd is met het EU-recht. De samenloop van het fiscale eenheidsregime met andere artikelen in de Wet Vpb 1969 laat ik zoveel mogelijk buiten beschouwing.

Daarnaast behandel ik slechts EU/EER-rechtelijke situaties waarbij alle vennootschappen in een EU/EER-staat zijn gevestigd. Situaties waarbij een (of meerdere) vennootschap(pen) buiten de EU/EER-staat is gevestigd, behandel ik niet. De uitspraken van de arresten van het HvJ EU beperken zich immers tot het EU-recht en hebben geen werking naar derde landen. Tot het EU-recht behoren diverse fundamentele

¹⁹ HvJ EU 27 november 2008, C-418/07 (*Société Papillon*), V-N 2008/59.20.

²⁰ European Commission Press Release, nr. IP/11/719, 16 juni 2011.

²¹ HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-39/13 (*SCA Group Holding BV*); HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-40/13 (*X AG*); HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-41/13 (*MSA International Holdings BV*), BNB 2014/216, V-N 2014/30.9.

²² Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00180bis, Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/0587bis, Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00824bis.

²³ Zie Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 3, p. 2-3.

vrijheden. Ik beperk mij echter tot de vrijheid van vestiging in de artikelen 49 en 54 van het VWEU, omdat de andere fundamentele vrijheden niet van belang zijn voor mijn onderzoek.

In het wetsvoorstel 'Wet aanpassing fiscale eenheid' heeft de staatssecretaris geen rekening gehouden met de (eventuele) gevolgen van het arrest Groupe Steria SCA. In mijn scriptie heb ik eveneens geen rekening gehouden met deze (eventuele) gevolgen. De rechtsvraag of bepaalde bepalingen in het Nederlandse fiscale eenheidsregime naar aanleiding van het arrest Groupe Steria SCA in strijd is met het EU-recht, wordt omwille de omvang van mijn masterscriptie niet beantwoord.

Tot slot merk ik hierbij op dat ik mijn masterscriptie heb geschreven gedurende de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel 'Wet aanpassing fiscale eenheid'. Zodoende heb ik (slechts) de ontwikkelingen t/m de nota naar aanleiding van het verslag²⁴ en de nota van wijziging²⁵ meegenomen. Nadere ontwikkelingen die zich voor hebben gedaan, zijn aldus niet meegenomen in deze scriptie.

²⁴ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 6.

²⁵ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 7.

Hoofdstuk 2 Internationale aspecten van het fiscale eenheidsregime

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk ga ik in op de eerste deelvraag: *Wat zijn de internationale aspecten van het huidige fiscale eenheidsregime van artikel 15 Wet Vpb 1969 totdat het wetsvoorstel 'Wet aanpassing fiscale eenheid' wordt aangenomen?* Daarbij behandel ik allereerst in paragraaf 2.2 de vereisten voor de totstandkoming van de fiscale eenheid. Hierbij richt ik mij met name op het bezitsvereiste, het vestigingsplaatsvereiste en het rechtsvormvereiste. Vervolgens worden ter volledigheid kort de overige vereisten voor de totstandkoming van een fiscale eenheid besproken. Aan het hebben van een fiscale eenheid kleven zowel voor- als nadelen voor belastingplichtigen die ik in paragraaf 2.3 toelicht. In de loop der jaren zijn de grenzen voor het vormen van een fiscale eenheid uitgebreid op internationaal gebied. Hierdoor is het mogelijk om op grond van artikel 15, lid 4, Wet Vpb 1969 een fiscale eenheid te vormen tussen een naar Nederlands recht opgerichte lichaam die in Nederland is gevestigd en een in Nederland aanwezige vaste inrichting van een niet in Nederland gevestigde lichaam die als (buitenlands belastingplichtige) moeder- of dochtermaatschappij deel uitmaakt van de fiscale eenheid. Daarnaast is het mogelijk om een fiscale eenheid te vormen tussen twee niet naar Nederlands recht opgerichte lichamen die feitelijk niet in Nederland zijn gevestigd, voor wat betreft hun in Nederland aanwezige vaste inrichtingen. In paragraaf 2.4 staan deze vormen van fiscale eenheden centraal waarbij ik voorts in ga op de nadere bepalingen die de wetgever heeft vastgelegd in het BFE 2003 om deze fiscale eenheden mogelijk te maken. Tot slot sluit ik dit hoofdstuk af met een deelconclusie in paragraaf 2.5.

2.2 Vereisten voor de totstandkoming van de fiscale eenheid

De vereisten voor de totstandkoming van een fiscale eenheid zijn vastgelegd in artikel 15 Wet Vpb 1969 en het BFE 2003. Indien aan deze vereisten wordt voldaan, dient op grond van het achtste lid door de belastingplichtigen een verzoek te worden gedaan bij de inspecteur die belast is met de aanslagregeling van de moedermaatschappij. De inspecteur beslist op het verzoek bij voor bezwaar vatbare beschikking²⁶. Na de totstandkoming dient voor de instandhouding van de fiscale eenheid door alle gevoegde maatschappijen te allen tijde te worden voldaan aan de vereisten van artikel 15 Wet Vpb 1969. Op grond van artikel 15, lid 6, onderdeel a, Wet Vpb 1969 eindigt de fiscale eenheid indien niet

²⁶ Voor bezwaar vatbare beschikking houdt in dat een belastingplichtige bezwaar kan maken tegen een handeling of beslissing van de inspecteur. Tegen zowel een goedkeurende, afwijzende als uitblijvende beschikking kan bezwaar worden ingesteld.

langer aan alle vereisten van de fiscale eenheid wordt voldaan.²⁷ Overige maatschappijen kunnen op grond van artikel 15, lid 6, laatste volzin, Wet Vpb 1969 in een fiscale eenheid blijven, mits zij wel aan de vereisten van de fiscale eenheid voldoen.²⁸

Hieronder licht ik de vereisten voor de totstandkoming van de fiscale eenheid toe. Daarbij richt ik mij met name op het bezitsvereiste, het vestigingsplaatsvereiste en het rechtsvormvereiste. Deze vereisten hebben met name geleid tot verscheidene procedures in zowel het Nederlands recht als het EU-recht die in het volgende hoofdstuk aan bod komen. Vervolgens behandel ik ter volledigheid de overige vereisten voor de totstandkoming van de fiscale eenheid.

2.2.1 Bezitsvereiste

Op grond van artikel 15, lid 1, Wet Vpb 1969 dient de moedermaatschappij de juridische en economische eigendom van ten minste 95% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van de dochtermaatschappij(en) te bezitten. De staatssecretaris heeft in een publicatie van 18 juli 1989²⁹ nadere uitleg gegeven aan de begrippen juridische en economische eigendom. Blijkens de parlementaire behandeling bij de herziening van het fiscale eenheidsregime in 2003 is deze uitleg thans van belang onder het huidige fiscale eenheidsregime.³⁰ Volgens de staatssecretaris houdt het begrip juridische eigendom in dat 'alle aandelen in de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij en/of een met haar fiscaal verenigde vennootschap (hierna: de moedermaatschappij) moeten zijn geleverd, c.q. bij haar moeten zijn geplaatst zodat deze de volledige juridische zeggenschap heeft over haar dochtermaatschappij'. Het begrip economische eigendom houdt in dat 'de moedermaatschappij economisch de gerechtigde is met betrekking tot het vermogen en de winst van de dochtermaatschappij'. Voorts geldt volgens de staatssecretaris als algemeen uitgangspunt dat pas sprake kan zijn van economische eigendom, indien 'de in de obligatoire overeenkomst gehanteerde prijsafspraken zodanig zijn dat de prijs van de aandelen ondubbelzinnig vaststaat, zodat noch de koper noch de verkoper nadien op deze prijs invloed kan uitoefenen'³¹

²⁷ Daarnaast kan de fiscale eenheid worden beëindigd op grond van de in onderdeel b tot en met d genoemde situaties van artikel 15, lid 6, Wet Vpb 1969.

²⁸ Kamerstukken II 2000-2001, 26 854, nr. 6, p. 35-36.

²⁹ Besluit van 18 juli 1989, nr. DB88/4852, Infobulletin 89/505, V-N 1989/2825.

³⁰ Kamerstukken II 2000-2001, 26 854, nr. 3, p. 31.

³¹ Besluit van 18 juli 1989, nr. DB88/4852, Infobulletin 89/505, V-N 1989/2825, p. 1-2.

2.2.1.1 Certificering van aandelen

Blijkens de parlementaire behandeling wordt in het *algemeen* niet aan het bezitsvereiste voldaan, indien de aandelen in de dochtermaatschappij zijn gecertificeerd. Door het woord ‘algemeen’ kan op situaties worden geduid waarbij aan het bezitsvereiste wordt voldaan, ondanks dat sprake is van certificering van aandelen. De wetgever heeft echter geen nadere uitleg gegeven in welke situaties door certificering van aandelen wel aan het bezitsvereiste wordt voldaan. Dit is gebleken uit het arrest van de Hoge Raad van 18 juni 2010³². In dat arrest betrof het een moedermaatschappij die 19,99 percent van de aandelen in de dochtermaatschappij had gecertificeerd aan een Stichting Administratiekantoor (hierna: STAK). Certificering houdt in dat de juridische eigendom van de aandelen in de vennootschap worden overgedragen aan de STAK. In ruil daarvoor geeft de STAK certificaten uit aan de oorspronkelijke aandeelhouders. Hierdoor is de STAK civielrechtelijk de aandeelhouder van de vennootschap en kan de STAK als zodanig het stemrecht op de aandelen uitoefenen. In geschil was of door de certificering van aandelen in de dochtermaatschappij niet langer aan het vereiste van de juridische eigendom in artikel 15, lid 1, Wet Vpb 1969 wordt voldaan.³³ Artikel 15, lid 1, Wet Vpb 1969 bepaalt immers dat de moedermaatschappij de juridische en economische eigendom van ten minste 95% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van de dochtermaatschappij(en) dient te bezitten. De Hoge Raad besliste het volgende:

Aan het vereiste van volledige zeggenschap in geval van certificering van aandelen wordt voldaan indien de fiduciaire eigenaar³⁴ van de gecertificeerde aandelen het stemrecht op die aandelen moet uitoefenen volgens de instructies van certificaathouder/moedermaatschappij zonder dat deze de instemming van een derde behoeven. In dat geval bepaalt immers de moedermaatschappij hoe op de aandelen wordt gestemd..

Doordat de STAK enkel de stemrechten op de aandelen in de dochtermaatschappij kon uitoefenen op instructies van de moedermaatschappij zonder de instemming van derden, bleef de zeggenschap over die aandelen bij de moedermaatschappij. Zodoende prevaleert de Hoge Raad voor de uitleg van het vereiste van de juridische eigendom van artikel 15, lid 1, Wet Vpb 1969 een meer materiële benadering

³² HR 18 juni 2010, nr. 08/03662, BNB 2010/266.

³³ Overigens was de vraag of de moedermaatschappij door certificering van aandelen in de dochtermaatschappij niet langer voldeed aan het vereiste van de economische eigendom van artikel 15, lid 1, Wet Vpb 1969 niet in geschil.

³⁴ De fiduciaire eigenaar is (in casu) de STAK. De relatie tussen de STAK en de certificaathouders kan worden aangeduid als een ‘fudiciaire verhouding’. Zie D.E. van Sprundel & J. Van Strien, *Certificering, verpanding en (lenings)overeenkomsten bij een fiscale eenheid. Blijft de doos van Pandora gesloten?*, WFR 2010/1323, p. 4.

dan een strikt formele benadering. Ondanks de overdracht van de juridische eigendom aan de STAK, vormt de certificering van aandelen geen beletsel voor het aangaan van een fiscale eenheid indien uit de certificering geen beperking voortvloeit met betrekking tot de stemrechten op de desbetreffende aandelen (en aan de overige vereisten van de fiscale eenheid wordt voldaan).³⁵

2.2.1.2 Statutaire stemrechten

Per 1 oktober 2012 is de Flex BV geïntroduceerd. Door de vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht is het mogelijk om de winst- en stemrechten over verschillende aandelen te verdelen.³⁶ Hierdoor zou de situatie zich kunnen voordoen dat de moedermaatschappij aan het gestelde vereiste voldoet dat zij ten minste 95% van de aandelen in de dochtermaatschappij(en) bezit, terwijl de moedermaatschappij geen stemrechten heeft in de dochtermaatschappij(en). Volgens de wetgever is het niet de bedoeling dat in een dergelijke situatie een fiscale eenheid kan worden gevormd. Daarom is expliciet in het eerste lid van artikel 15 Wet Vpb 1969 een bepaling opgenomen dat het aandelenbezit van de moedermaatschappij ten minste 95% van de statutaire stemrechten van de dochtermaatschappij(en) dient te vertegenwoordigen en in alle gevallen recht geeft op ten minste 95% van de winst en ten minste 95% van het vermogen van de dochtermaatschappij(en).³⁷

2.2.1.3 Middellijk bezit van aandelen

Op grond van artikel 15, lid 2, Wet Vpb 1969 dient onder bezit mede te verstaan een middellijk bezit van aandelen. Daarbij geldt de voorwaarde dat de aandelen in de kleindochtermaatschappij(en) onmiddellijk worden gehouden door één of meer belastingplichtigen die deel uitmaken van de fiscale eenheid. Een kleindochtermaatschappij kan dus deel uitmaken van de fiscale eenheid, mits de moedermaatschappij een uiteindelijk belang van 95% in de kleindochtermaatschappij bezit. Het 95%-criterium wordt immers beoordeeld vanuit het (middellijk) bezit van de moedermaatschappij. Met andere woorden dient sprake te zijn van een ononderbroken verticale keten.³⁸ Hieronder een voorbeeld³⁹ ter verduidelijking van het begrip ‘middellijk bezit van aandelen’.

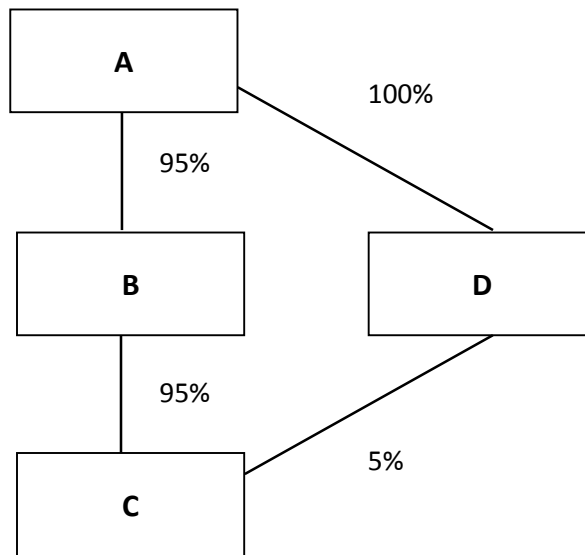
³⁵ Zie noot van R.J. de Vries bij HR 18 juni 2010, nr. 08/03662, BNB 2010/266.

³⁶ Door de vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht is het zelfs mogelijk om aandelen uit te geven zonder stem- of winstrechten.

³⁷ Kamerstukken II 2012-2013, 33 403, nr. 3, p. 4-5.

³⁸ Kamerstukken II 2000-2001, 26 854, nr. 7, p. 13.

³⁹ Kamerstukken II 2000-2001, 26 854, nr. 6, p. 12 en het voorbeeld is ontleend aan Q.W.J.C.H. Kok, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Den Haag: SDU Fiscale en Financiële Uitgevers 2005, p. 86.



Afbeelding 1

A bezit 95% van de aandelen van B en B bezit vervolgens 95% aandelen van C. Daarnaast houdt A 100% aandelen van D, die op haar beurt 5% van de aandelen bezit van C. Op grond van het eerste lid van artikel 15 Wet Vpb 1969 is een fiscale eenheid mogelijk tussen A en B, A en D en A, B en D, omdat de moedermaatschappij (A) ten minste 95% van de aandelen in de dochtermaatschappijen (B en D) bezit.⁴⁰ Op grond van het tweede lid van artikel 15 Wet Vpb 1969 kan een fiscale eenheid tussen A, B en C niet worden gevormd indien D niet in de fiscale eenheid wordt gevoegd, omdat bij een middellijk bezit van aandelen de moedermaatschappij een belang uiteindelijk van ten minste 95% dient te bezitten in de kleindochtermaatschappij. In casu is sprake van een middellijk bezit van A in C van $95\% * 95\% = 90\%$. Daarentegen is een fiscale eenheid tussen A, B, C en D wel mogelijk. Doordat D in de fiscale eenheid wordt gevoegd, tellen de aandelen die D in C bezit mee voor het middellijk bezit ($95\% * 95\% + 100\% * 5\% = 95,25\%$).

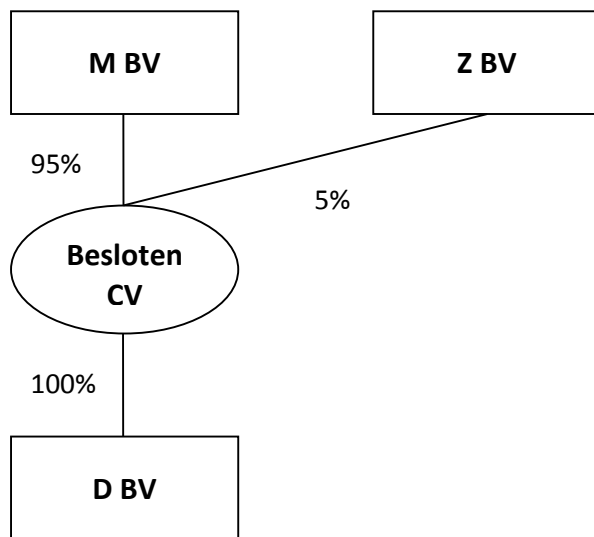
2.2.1.4 Bezit via een fiscaal transparante vennootschap

In de parlementaire behandeling is opgemerkt dat het tussenschakelen van een fiscaal transparante⁴¹ vennootschap (bijvoorbeeld een Commanditaire Vennootschap⁴² (hierna: CV)) in beginsel geen beletsel

⁴⁰ In dit voorbeeld ga ik ervan uit dat wordt voldaan aan de vereiste dat het om de juridische en economische eigendom van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van de dochtermaatschappij gaat.

⁴¹ Fiscaal transparantie houdt in dat niet de onderneming van de vennootschap de belasting over de winst betaalt, maar dat de participanten achter de vennootschap belasting betalen over hun deel van de winst in de onderneming. Er wordt als het ware door de vennootschap heen gekeken naar de achterliggende participanten.

vormt voor het aangaan van een fiscale eenheid. Hierbij geldt de voorwaarde dat enkel de participant achter de fiscaal transparante vennootschap die ten minste 95% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van de dochtermaatschappij bezit en op grond van het VOF/CV-contract gerechtigd is tot ten minste 95% van de opbrengst/winst van de aandelen in de dochtermaatschappij, in aanmerking kan komen voor het aangaan van een fiscale eenheid met de dochtermaatschappij. Hieronder een voorbeeld ter verduidelijking:⁴³



Afbeelding 2

De besloten CV heeft twee vennoten, M BV en Z BV. Zij houden een belang in de CV van respectievelijk 95% en 5%. De aandelen in D BV worden voor rekening en risico gehouden door de CV. M BV wil een fiscale eenheid aangaan met haar dochtervennootschap D BV. Een besloten CV wordt voor de vennootschapsbelasting als fiscaal transparante vennootschap aangemerkt. Daarnaast heeft de CV geen rechtspersoonlijkheid en kan derhalve civielrechtelijk geen eigenaar van de aandelen van D BV zijn. M BV kan een fiscale eenheid aangaan met D BV, mits M BV ten minste 95% van de aandelen in het

⁴² Zie artikel 836, lid 1 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek: *een commanditaire vennootschap is de als zodanig optredende openbare vennootschap welke naast één of meer gewone vennoten één of meer commanditaire vennoten heeft*. Van de commanditaire vennootschap bestaan twee varianten: een open commanditaire vennootschap en een besloten commanditaire vennootschap. Op grond van artikel 2, lid 3, onderdeel c, AWR is een open commanditaire vennootschap gedefinieerd als: *de commanditaire vennootschap waarbij, buiten het geval van vererving of legaat, toetreding of vervanging van commanditaire vennoten plaats kan hebben zonder toestemming van alle vennoten, behorende zowel als commanditaire*. Indien geen sprake is van een open commanditaire vennootschap, dan is sprake van een besloten commanditaire vennootschap. Voor de vennootschapsbelasting is een open commanditaire vennootschap niet transparant en een besloten commanditaire vennootschap wel transparant.

⁴³ Het voorbeeld is ontleend aan Kamerstukken I 2002-2003, 26 854, nr. 45a, p. 4.

nominaal gestorte kapitaal van D BV bezit en op grond van het CV-contract gerechtigd is tot ten minste 95% van de winst van de aandelen in D BV.

Bepaalde rechtsvormen die naar het recht van een ander land zijn opgericht, kunnen rechtspersoonlijkheid hebben. Dit houdt in dat deze rechtsvormen zelfstandig drager kunnen zijn van rechten en verplichtingen. Aldus kunnen dergelijke lichamen civielrechtelijk eigenaar zijn van de aandelen van een dochtervennootschap. Zij kunnen echter naar Nederlands fiscaal recht worden geclassificeerd als fiscaal transparant.⁴⁴ Het tussenschakelen van een buitenlandse lichaam met rechtspersoonlijkheid kan een beletsel vormen voor het aangaan van een fiscale eenheid tussen de moeder- en dochtermaatschappij, omdat de moedermaatschappij alsdan niet (ten minste 95%) van de aandelen van het nominaal gestorte kapitaal in de dochtermaatschappij bezit. Zodoende voldoet de moedermaatschappij niet aan het bezitsvereiste van artikel 15, lid 1, Wet Vpb 1969 en kan zij geen fiscale eenheid aangaan met haar dochtermaatschappij.

Bij het wetsvoorstel voor de Invoeringswet titel 7.13 van het Burgerlijk Wetboek was de mogelijkheid voorgesteld om aan openbare vennootschappen⁴⁵ rechtspersoonlijkheid toe te kennen.⁴⁶ Dit zou leiden tot twee nieuwe persoonsvennootschappen: de Openbare Vennootschap met Rechtspersoonlijkheid (hierna: OVR) en de Commanditaire Vennootschap met Rechtspersoonlijkheid (hierna: CVR). In tegenstelling tot de vennootschappen die rechtspersoonlijkheid bezitten en fiscaal niet-transparant zijn, wordt de OVR en CVR als fiscaal transparant aangemerkt. Doordat de OVR en de CVR rechtspersoonlijkheid bezitten, zijn zij zelfstandig drager van rechten en verplichtingen. Het tussenschakelen van een OVR of een CVR zou alsdan een beletsel vormen voor het aangaan van een fiscale eenheid tussen de moeder- en dochtermaatschappij, omdat de moedermaatschappij niet ten minste 95% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal in de dochtermaatschappij bezit. Opmerkelijk is dat de staatssecretaris bij de introductie van de OVR en de CVR heeft opgemerkt dat het tussenschakelen van een OVR of een CVR (die rechtspersoonlijkheid bezit) geen beletsel vormt voor het aangaan van een fiscale eenheid tussen de moeder- en dochtermaatschappij. Het tussenschakelen van

⁴⁴ Zie Besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M, V-N 2009/65.17 voor de classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden naar Nederlands fiscaal recht.

⁴⁵ Onder Openbare Vennootschappen wordt de Openbare Maatschap en de Vennootschap Onder Firma (hierna: VOF) verstaan. Een Openbare Maatschap is een samenwerkingsverband die oorspronkelijk bedoeld is voor bepaalde beroepsgroepen. Een VOF is een samenwerkingsverband tussen twee of meer vennoten die gezamenlijk een onderneming drijven. Het belangrijkste verschil tussen een Openbare Maatschap is dat de vennoten bij een VOF hoofdelijk aansprakelijk zijn. Dit houdt in dat de vennoten niet alleen aansprakelijk zijn met hun ondernemingsvermogen, maar ook met hun privévermogen.

⁴⁶ Zie Kamerstukken II 2007-2008, 31 065, nr. 8.

een buitenlandse rechtsvorm die rechtspersoonlijkheid bezit, vormt daarentegen wel een beletsel voor het aangaan van een fiscale eenheid tussen de moeder- en dochtermaatschappij. Desalniettemin kan mijns inziens de argumentatie dat het tussenschakelen van een OVR of een CVR geen beletsel vormt voor het aangaan van een fiscale eenheid tussen de moeder- en dochtermaatschappij thans niet onverwijld worden doorgetrokken naar de argumentatie dat het tussenschakelen van een buitenlandse rechtsvorm met rechtspersoonlijkheid eveneens geen beletsel vormt. In het wetsvoorstel voor de Invoeringswet titel 7.13 van het Burgerlijk Wetboek was namelijk voorgesteld om nieuwe wettelijke bepalingen in de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting op te nemen. Het nieuwe artikel 3.7 Wet op de Inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) zou bepalen dat *bij een OVR en een CVR en van daarmee vergelijkbare buitenlandse rechtsvormen voor de inkomstenbelastingwetgeving de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en kosten worden toegerekend*⁴⁷ *aan de vennoten als bij een openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid*. Deze bepaling wordt in artikel 8, lid 3, Wet Vpb 1969 van overeenkomstige toepassing verklaard voor de vennootschapsbelastingwetgeving.⁴⁸ Indien een buitenlandse samenwerkingsverband met rechtspersoonlijkheid wordt geassocieerd⁴⁹ als een fiscaal transparant lichaam, worden de bezittingen en opbrengsten alsmede de opbrengsten en kosten toegerekend aan de vennoten van het desbetreffende samenwerkingsverband. Indien sprake is van een niet-transparant lichaam, worden de resultaten niet toegerekend aan de vennoten en worden deze resultaten door het lichaam als zodanig genoten.⁵⁰ Zodoende zou door de werking van artikel 3.7 Wet IB 2001 en artikel 8, lid 3, Wet Vpb 1969 een gelijke behandeling bestaan tussen binnenlandse persoonsvennootschappen en buitenlandse vergelijkbare rechtsvormen. Zowel de binnenlandse persoonsvennootschappen met rechtspersoonlijkheid (die op basis van artikel 3.8 Wet IB 2001 als fiscaal transparant worden aangemerkt) als de buitenlandse vergelijkbare rechtsvormen met rechtspersoonlijkheid (die op basis van het classificatiebesluit als transparant worden aangemerkt) vormen alsdan geen beletsel voor het aangaan van een fiscale eenheid tussen de moeder- en

⁴⁷ Volgens Kempen en Lamers dient de toerekeningbepaling van artikel 3.7 Wet IB 2001 zodanig te worden uitgelegd dat het 'bezit van de juridische en economische eigendom' van de aandelen in de dochtermaatschappij wordt toegerekend aan de vennoten van de OVR naar rato van de economische deelgerechtigdheid van de vennoten. Dit geldt eveneens ook voor de CVR. Zie M.L.M van Kempen en A.W.G Lamers, *Het wetsvoorstel persoonsvennootschappen en de gevolgen voor de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting*, TFO 2008/1, p. 17-18.

⁴⁸ Kamerstukken II 2006-2007, 31 065, nr. 3, p. 41.

⁴⁹ In Kamerstukken II 2006-2007, 31 065, nr. 3, p. 41 wordt verwezen naar het Besluit van 18 december 2004, nr. CPP 2004/2730M, V-N 2005/5.12 voor de classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden. Inmiddels is dit Besluit vervallen en dient thans het Besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M, V-N 2009/65.17 te worden gehanteerd.

⁵⁰ Kamerstukken II 2006-2007, 31 065, nr. 3, p. 41.

dochtermaatschappij. Desalniettemin is het wetsvoorstel voor de Invoeringswet titel 7.13 van het Burgerlijk Wetboek ingetrokken. Hierdoor bestaat in het Nederlandse Ondernemingsrecht thans geen fiscaal transparante rechtsvorm met rechtspersoonlijkheid en is er geen equivalente rechtsvorm dat vergelijkbaar is met een naar Nederlands recht geclassificeerde transparante buitenlandse rechtsvorm die rechtspersoonlijkheid bezit. Derhalve is het standpunt dat bepaalde buitenlandse rechtsvormen met rechtspersoonlijkheid een beletsel kunnen vormen voor het aangaan van een fiscale eenheid tussen de moeder- en dochtermaatschappij valide.

2.2.2 Vestigingsplaatsvereiste

2.2.2.1 Uitsluiting van de vestigingsplaatsfictie binnen de fiscale eenheid

Onder het oude fiscale eenheidsregime dat tot 1 januari 2003 gold, was de vestigingsplaatsfictie van artikel 2, lid 4, Wet Vpb 1969 (ook) van toepassing op het fiscale eenheidsregime van artikel 15 Wet Vpb 1969. Deze vestigingsplaatsfictie houdt in dat een lichaam steeds in Nederland wordt geacht te zijn gevestigd voor de toepassing van de vennootschapsbelasting indien de oprichting van een lichaam naar Nederlands recht heeft plaatsgevonden. Door de toepassing van de vestigingsplaatsfictie op het fiscale eenheidsregime was het mogelijk om een fiscale eenheid te vormen met een naar Nederlands recht opgerichte lichaam die feitelijk in een ander land is gevestigd. De wetgever achtte dit onwenselijk⁵¹ en daarom is per 1 januari 2003 de vestigingsplaatsfictie van artikel 2, lid 4, Wet Vpb 1969 expliciet uitgesloten voor de toepassing van het fiscale eenheidsregime van artikel 15 Wet Vpb 1969.⁵² Teneinde de redenering van de wetgever te kunnen volgen voor het uitsluiten van de vestigingsplaatsfictie binnen de fiscale eenheid, bespreek ik hieronder een drietal arresten. Voor de volledigheid merk ik op dat bij de bespreking van deze arresten het tot 1 januari 2003 geldende (oude) fiscale eenheidsregime betreft.

2.2.2.1.1 BNB 1988/331

In HR 29 juni 1988, nr. 24 738, BNB 1988/331 betrof het een naar Nederlands recht opgerichte moedermaatschappij die feitelijk ook in Nederland was gevestigd. De moedermaatschappij wenste een fiscale eenheid aan te gaan met haar naar Nederlands recht opgerichte dochtermaatschappij die feitelijk in het Verenigd Koninkrijk was gevestigd. Voor de toepassing van artikel 4 van het belastingverdrag tussen Nederland en het Verenigd Koninkrijk 1980 (hierna: belastingverdrag NL-VK) was de

⁵¹ Kamerstukken II 1999-2000, 26 854, nr. 3, p. 16.

⁵² Per 1 januari 2003 is het fiscale eenheidsregime toegevoegd als uitzondering voor de toepassing van artikel 2, lid 4, Wet Vpb 1969: *Heeft de oprichting van een lichaam plaatsgevonden naar Nederlands recht, dan wordt voor de toepassing van deze wet, met uitzondering van de artikelen 13 tot en met 13d, 13i tot en met 13k, 14a, 14b, 15 en 15a, het lichaam steeds geacht in Nederland te zijn gevestigd. (..).*

dochtermaatschappij gevestigd in het Verenigd Koninkrijk. De werkelijke leiding van de dochtermaatschappij vond immers in het Verenigd Koninkrijk plaats. De inspecteur wees het verzoek tot vorming van de fiscale eenheid af, omdat de dochtermaatschappij zowel feitelijk als op grond van het belastingverdrag NL-VK niet in Nederland was gevestigd. De Hoge Raad besliste echter dat een naar Nederlands recht opgerichte lichaam die feitelijk niet in Nederland was gevestigd, deel kon uitmaken van een fiscale eenheid. Door de toepassing van artikel 2, lid 4, Wet Vpb 1969 werd de dochtermaatschappij immers geacht in Nederland te zijn gevestigd voor de vennootschapsbelasting. Dit artikel werkte volgens de Hoge Raad door naar het fiscale eenheidsregime van artikel 15 Wet Vpb 1969 (oud), omdat de 'ontstaansgeschiedenis noch strekking van de Wet voldoende steun bieden waarom de vestigingsplaatsfictie van artikel 2, lid 4 Wet Vpb 1969 niet zou gelden voor de toepassing van artikel 15 Wet Vpb 1969'.⁵³ Dat door de *tie-breaker*⁵⁴ bepaling in het belastingverdrag NL-VK de dochtermaatschappij niet in Nederland was gevestigd, achtte de Hoge Raad niet van belang voor de toepassing op artikel 15 Wet Vpb 1969.

2.2.2.1.2 BNB 1994/163

In HR 17 februari 1993, nr. 28 260, BNB 1994/163 betrof het een naar Nederlands recht opgerichte moedervenootschap die feitelijk in Nederland was gevestigd en een naar Nederlands recht opgerichte dochtervenootschap die feitelijk in Ierland was gevestigd. Door de vestigingsplaatsfictie van artikel 2, lid 4, Wet Vpb 1969 was de dochtervenootschap binnenlands belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting. Op grond van artikel 2, lid 1, onderdeel f en g van het belastingverdrag tussen Nederland en Ierland (hierna: belastingverdrag NL-IER) werd de dochtervenootschap als inwoner van Ierland beschouwd, omdat zij een verlieslijdende onderneming in Ierland exploiteerde. In geschil was de vraag of het verlies van de ('Ierse) dochtervenootschap kon worden verrekend met de in de toekomst te generen Nederlandse winsten. Nederland mag op grond van het belastingverdrag NL-IER slechts inkomensbestanddelen in de Nederlandse belastinggrondslag betrekken indien deze op basis van het belastingverdrag NL-IER worden toegewezen aan Nederland.⁵⁵ De behaalde resultaten met de Ierse onderneming worden op basis van het belastingverdrag NL-IER echter toegewezen aan Ierland. Hierdoor mogen de resultaten van de Ierse onderneming slechts in Ierland worden belast en blijft het resultaat in

⁵³ HR 29 juni 1988, nr. 24 738, BNB 1988/331, r.o. 4.2.

⁵⁴ Een *tie-breaker* bepaling houdt in dat indien een lichaam een dubbele vestigingsplaats heeft, de *tie-breaker* bepaling de staat aanwijst waar de werkelijke leiding van het lichaam zich bevindt, als 'verdragswoonstaat' aan voor de toepassing van het belastingverdrag met het betreffende land. Zie C. van Raad, *Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer, onderdeel IBR.3.2.4.B.e. (digitale versie 2016).

⁵⁵ Art. 5 en artikel 2, lid 1, onderdeel f en g van het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting gesloten tussen Nederland en Ierland op 11 februari 1969.

Ierland indien het negatief is. De dochtervennootschap is na toepassing van het belastingverdrag NL-IER vanuit Nederlands perspectief ‘beperkt belastingplichtig’, namelijk slechts voor de inkomensbestanddelen die Nederland op basis van het belastingverdrag NL-IER in de Nederlands heffingsgrondslag mag betrekken. De Hoge Raad besliste dat het verlies van de Ierse dochtervennootschap bij de bepaling van de in Nederland genoten winst niet in aanmerking kon worden genomen.⁵⁶ Ondanks dat een vennootschap naar Nederlands recht is opgericht en ingevolge artikel 2, lid 4, Wet Vpb 1969 binnenlands belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting, blijven de resultaten van de vennootschap in het land waaraan op basis van het belastingverdrag is toegewezen.

2.2.2.1.3 BNB 1998/47

Uit het arrest van BNB 1988/331⁵⁷ kon worden geconcludeerd dat een naar Nederlands recht opgerichte lichaam die feitelijk niet in Nederland was gevestigd, deel kon uitmaken van een fiscale eenheid. Vervolgens rees de vraag op welke wijze dient te worden omgegaan met het resultaat van deze gevoegde dochtermaatschappij(en) bij de belastingheffing van de fiscale eenheid in Nederland.⁵⁸ Deze vraag werd beantwoord door de uitspraak van de Hoge Raad in het arrest HR 13 november 1996, nr. 31 008, BNB 1998/47. In dit arrest betrof het, net als in BNB 1994/163⁵⁹, een naar Nederlands recht opgerichte moedermaatschappij die feitelijk in Nederland was gevestigd en een naar Nederlands recht opgerichte dochtermaatschappij die feitelijk in Ierland was gevestigd. De dochtermaatschappij exploiteerde in Ierland uitsluitend een verliesgevende onderneming. Doordat de moeder- en dochtermaatschappij in een fiscale eenheid waren gevoegd, werd de vennootschapsbelasting geheven van de fiscale eenheid alsof de dochtermaatschappij was opgegaan in de moedermaatschappij.⁶⁰ Dit had als gevolg dat de moedermaatschappij de onderneming in Ierland dreef door middel van een vaste inrichting in Ierland. Op grond van het belastingverdrag tussen Nederland en Ierland mocht Nederland Ierse inkomensbestanddelen in de Nederlandse heffingsgrondslag betrekken.⁶¹ Hierdoor kon het verlies van de Ierse vaste inrichting worden verrekend met de Nederlandse winst van de moedermaatschappij.

⁵⁶ HR 17 februari 1993, nr. 28 260, BNB 1994/163, r.o. 3.3

⁵⁷ HR 29 juni 1988, nr. 24 738, BNB 1988/331.

⁵⁸ Q.W.J.C.H. Kok, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Den Haag: SDU Fiscale en Financiële Uitgevers 2005, p. 102.

⁵⁹ HR 17 februari 1993, nr. 28 260, BNB 1994/163.

⁶⁰ Voor 1 januari 2003 gold de ‘opgaan-in’ gedachte voor het fiscale eenheidsregime waarbij de gevoegde dochtermaatschappij na voeging niet meer subjectief belastingplichtig was voor de vennootschapsbelasting.

⁶¹ Art. 22 van het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting gesloten tussen Nederland en Ierland op 11 februari 1969.

2.2.2.1.4 Redenering van de wetgever voor uitsluiting van de vestigingsplaatsfictie

Uit de voorgaande arresten is gebleken dat door de toepassing van de vestigingsplaatsfictie van artikel 2, lid 4, Wet Vpb 1969 op het fiscale eenheidsregime van artikel 15 Wet Vpb 1969 (oud) sprake kan zijn van verliesimport. De resultaten van naar Nederlands recht opgerichte maatschappijen die feitelijk niet in Nederland waren gevestigd werden immers door voeging in een fiscale eenheid in de Nederlandse heffingsgrondslag betrokken. Zonder de toepassing van de vestigingsplaatsfictie zouden deze resultaten daarentegen uitsluitend aan het andere verdragsland zijn toegewezen. Dit ligt volgens de wetgever niet in lijn met de verdeling van fiscale jurisdictie tussen de betrokken landen. Deze gevolgen acht hij onwenselijk.⁶² Daarom is de toepassing van de vestigingsplaatsfictie van artikel 2, lid 4, Wet Vpb 1969 per 1 januari 2003 expliciet uitgesloten van het fiscale eenheidsregime van artikel 15 Wet Vpb 1969.

Zoals hiervoor is besproken, blijkt uit BNB 1998/47⁶³ dat het mogelijk was om de buitenlandse verliezen van een naar Nederlands recht opgerichte dochtermaatschappij die feitelijk in het buitenland was gevestigd in mindering te brengen op de resultaten van de moedermaatschappij. Per 1 januari 2012 is echter de objectvrijstelling van artikel 15e e.v. Wet Vpb 1969 geïntroduceerd. Daarbij rijst de vraag of het argument van de wetgever voor de uitsluiting van de vestigingsplaatsfictie van artikel 2, lid 4, Wet Vpb 1969 op het fiscale eenheidsregime van artikel 15 Wet Vpb 1969 om de import van verliezen te voorkomen, (nog) valide is.⁶⁴ De objectvrijstelling is een vrijstelling voor binnenlands belastingplichtigen die een in het buitenland aanwezige vaste inrichting hebben. Voor het vaststellen van de heffingsgrondslag wordt eerst het wereldwijde saldo van de behaalde positieve en negatieve resultaten ('wereldwinst') bepaald van de binnenlands belastingplichtige. Vervolgens worden de behaalde positieve en negatieve resultaten van de buitenlandse vaste inrichting geëlimineerd uit deze wereldwinst. Hierdoor wordt effectief geen belasting berekend over de buitenlandse resultaten van de vaste inrichting. Tot 1 januari 2012 maakten de resultaten van de buitenlandse vast inrichting echter wel deel uit van de wereldwinst van de binnenlands belastingplichtige. Voor de winsten van de buitenlandse vaste inrichting werd een voorkoming verleend op basis van een eventueel toepasselijke belastingverdrag of op basis van het Besluit Voorkoming van Dubbele Belasting 2001.⁶⁵ Daarentegen

⁶² Kamerstukken II 2000-2001, 26 854, nr. 6, p. 19.

⁶³ HR 13 november 1996, nr. 31 008, BNB 1998/47.

⁶⁴ Overigens abstraheer ik bij deze vraag van het feit dat onder het huidige fiscale eenheidsregime door een eventueel toepasselijke belastingverdrag de buitenlandse verliezen van de dochtermaatschappij niet in de Nederlandse belastinggrondslag vallen.

⁶⁵ Q.W.J.C.H. Kok, *De objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten vergeleken met de deelnemingsvrijstelling*, TFO 2013/128.2, p. 1-2.

konden de verliezen van de buitenlandse vaste inrichting direct in aanmerking worden genomen.⁶⁶ Indien de vestigingsplaatsfictie thans (nog) van toepassing zou zijn op het fiscale eenheidsregime, zou door de objectvrijstelling de verliezen van de buitenlandse vaste inrichting niet langer in de Nederlandse belastinggrondslag in aanmerking worden genomen. Zodoende is het argument van de wetgever voor de uitsluiting van de vestigingsplaatsfictie om de import van verliezen te voorkomen om die reden niet (langer) valide. Daarentegen zijn Roos, Pancham, Kampshöer en Hofman⁶⁷ van mening dat voor bepaalde verliezen het argument van de wetgever wel valide is. Daarbij doelen zij op verliezen die in sommige situaties (deels) toch in aanmerking worden genomen. Een voorbeeld van een dergelijke situatie is wanneer de beleggingen van een niet naar Nederlands recht opgerichte dochtermaatschappij die feitelijk in het buitenland is gevestigd, geen vaste inrichting vormen en dus niet onder de objectvrijstelling vallen.

2.2.2.2 Vestigingsplaats op grond van Nederlands nationaal recht

Op grond van artikel 15, lid 3, onderdeel c, Wet Vpb 1969 moeten alle belastingplichtigen die deel willen uitmaken van de fiscale eenheid in Nederland zijn gevestigd. Het vestigingsplaatsvereiste kent een dubbele vereiste. In de eerste plaats dienen de belastingplichtigen die deel willen uitmaken van de fiscale eenheid op grond van Nederlands nationaal recht in Nederland te zijn gevestigd. In paragraaf 2.2.2.1 is de uitsluiting van de vestigingsplaatsfictie van artikel 2, lid 4, Wet Vpb 1969 binnen de fiscale eenheid behandeld. Daarom is deze vestigingsplaatsfictie niet (langer) relevant bij de beantwoording van de vraag of een belastingplichtige in Nederland is gevestigd. Voor het vaststellen van de vestigingsplaats op grond van Nederlands nationaal recht wordt de vestigingsplaats bepaald aan de hand van artikel 4 Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (hierna: AWR). Voor de beantwoording van de vraag waar een lichaam is gevestigd, wordt volgens artikel 4 AWR naar de omstandigheden beoordeeld. Op basis van BNB 1993/193⁶⁸ is de plaats waar de werkelijke leiding wordt uitgeoefend de meest doorslaggevende factor voor de bepaling van de vestigingsplaats van een lichaam. Daarbij dient volgens Advocaat-Generaal (hierna: A-G) Overgaauw te worden gekeken waar de hoofdleiding van het lichaam zich bevindt.⁶⁹ De begrippen ‘werkelijke leiding’ en ‘hoofdleiding’ zijn niet in de belastingwet

⁶⁶ Kamerstukken II 2009-2010, 31 369, nr. 9, p. 5.

⁶⁷ I. de Roos, S.R. Pancham, G.W.J.M. Kampshöer & A.W. Hofman, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2014, p. 169.

⁶⁸ Zie HR 23 september 1992, nr. 27 293, BNB 1993/193, r.o. 3.3.3.

⁶⁹ Zie R.P.M. Lemmen, *Art. 4 AWR Woonplaats en vestigingsplaats*, Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers, NDFR commentaar – deel Formeel belastingrecht, onderdeel 3.3 (digitale versie 2015) en Conclusie van A-G Overgaauw bij HR 17 december 2014, nr. 39 719, NTFR 2004/1867.

gedefinieerd. I.J.J. Burgers⁷⁰ omschrijft het begrip hoofdleiding als ‘het nemen van de kernbeslissingen met betrekking tot investeringen en financiering, het nemen van de eerste stap in de keten van het geven van instructie aan de binnen een vennootschap werkzame personen en het dragen van eindverantwoordelijkheid’.

2.2.2.3 Vestigingsplaats op grond van de BRN, de BRK of een belastingverdrag

Als tweede vereiste dienen de belastingplichtigen die deel willen uitmaken van de fiscale eenheid op grond van de BRN, de BRK dan wel van het (eventueel toepasselijke) belastingverdrag in Nederland te zijn gevestigd. De BRN regelt de fiscale betrekkingen tussen Nederland en de BES eilanden (Bonaire, Sint Eustatius en Saba). Op grond van artikel 1.4, lid 1, onderdeel a, BRN wordt onder het begrip ‘inwoner’ voor de toepassing van de BRN een inwoner van Nederland of een inwoner van de BES eilanden⁷¹ verstaan. Een lichaam wordt als inwoner van Nederland beschouwd indien dat lichaam naar Nederlands recht is opgericht en door de toepassing van artikel 2, lid 4, Wet Vpb 1969 geacht wordt in Nederland te zijn gevestigd.⁷² Indien een lichaam zowel inwoner van Nederland als inwoner van de BES eilanden wordt beschouwd, wordt dat lichaam op grond van art. 1.4, lid 4, onderdeel b, BRN geacht inwoner te zijn van het heffingsgebied waar de plaats van de werkelijke leiding is gelegen.

De BRK regelt de fiscale betrekkingen tussen de landen van het Koninkrijk: Nederland, Aruba, Curaçao⁷³ en Sint Maarten. Volgens artikel 2, lid 1, onderdeel d, BRK wordt een lichaam (of natuurlijke persoon) voor de toepassing van de BRK als inwoner van één van de landen van het Koninkrijk beschouwd indien dat lichaam (of natuurlijke persoon) ingevolge de desbetreffende belastingregelingen van een van de landen van het Koninkrijk is onderworpen op grond van zijn woonplaats, verblijf, plaats van leiding of enige andere soortgelijke omstandigheid. Voor een lichaam is de plaats van de werkelijke leiding de doorslaggevende omstandigheid.

In de meeste belastingverdragen wordt het inwonerschap van een natuurlijke persoon of een lichaam bepaald overeenkomstig het eerste lid van artikel 4 van het OESO-Modelverdrag⁷⁴. Artikel 4, lid 1, OESO-

⁷⁰ I.J.J. Burgers (eindredactie), *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, 8^e druk, Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers: Den Haag, onderdeel 4.2.4.3.2 (digitale versie 2015).

⁷¹ Zie artikel 1.4, lid 3, BRN.

⁷² Artikel 1.4, lid 2, onderdeel c, BRN.

⁷³ Vanaf 1 januari 2016 geldt de BRN niet meer voor Curaçao, maar treedt de Belastingregeling Nederland-Curaçao in werking waarin de fiscale betrekkingen tussen Nederland en Curaçao worden geregeld.

⁷⁴ Het OESO-Modelverdrag is een modelverdrag voor de belastingverdragen tussen de OESO-landen. OESO staat voor *Economic Cooperation and Development*. De OESO bestaat inmiddels uit 34 landen en het is een

Modelverdrag definieert de 'resident of a Contracting State' als *any person who, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature, and also includes that State and any political subdivision or local authority thereof*.⁷⁵ In beginsel wordt de vestigingsplaats van een lichaam bepaald aan de hand van de nationale wetgeving van die betreffende Staat. Hierdoor kan het voorkomen dat een lichaam op grond van de nationale wetgeving van beide Staten geacht wordt inwoner te zijn van beide Staten. Teneinde een dubbele inwonerschap door de toepassing van het belastingverdrag te voorkomen, hebben de meeste verdragen een *tie-breaker* bepaling opgenomen overeenkomstig het derde lid van artikel 4 van het OESO-Modelverdrag. Indien een lichaam ingevolge de bepalingen van het eerste lid van de betreffende belastingverdragen inwoner van beide Verdragssluitende Staten is, wordt het lichaam geacht slechts inwoner te zijn van de Staat waar de plaats van de werkelijke leiding is gelegen.⁷⁶ De *tie-breaker* bepaling van het OESO-modelverdrag komt dus overeen met de Nederlands nationaalrechtelijke bepaling van artikel 4 AWR. *Tie-breaker* bepalingen kunnen echter ook afwijken van het OESO-Modelverdrag. Deze bepalingen bespreek ik in mijn scriptie verder niet, omdat deze op specifieke belastingverdragen zien.⁷⁷

2.2.3 Rechtsvormvereiste

In artikel 15, lid 3, onderdeel d en e, Wet Vpb 1969 is bepaald welke rechtsvormen in een fiscale eenheid kunnen worden gevoegd. Onder het tot 1 januari 2003 geldende fiscale eenheidsregime konden slechts naar Nederlands recht opgerichte lichamen (die feitelijk in Nederland waren gevestigd) deel uitmaken van een fiscale eenheid. In BNB 1994/191 besliste de Hoge Raad dat op grond van artikel 1, lid 1, BRK een niet naar Nederlands recht opgerichte lichaam die feitelijk in Nederland is gevestigd deel kan uitmaken van een fiscale eenheid, omdat dit artikel discriminatie naar nationaliteit verbiedt.⁷⁸ Hierbij geldt echter wel de voorwaarde dat het niet naar Nederlands recht opgerichte lichaam die feitelijk niet

samenwerkingsverband om op sociaal en economisch gebied gezamenlijke problemen op te lossen en internationaal beleid af te stemmen. De meeste belastingverdragen tussen de OESO-landen is conform het OESO-Modelverdrag opgesteld.

⁷⁵ De Nederlands vertaling van het begrip inwoner als bedoeld in artikel 4 van het OESO-Modelverdrag is: *iedere persoon die ingevolge de wetgeving van die Staat, aldaar aan belasting is onderworpen op grond van zijn woonplaats, verblijf, plaats van leiding of enige andere soortgelijke omstandigheid*. Zie bijvoorbeeld het eerste lid van artikel 4 van het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting gesloten tussen Nederland en Portugal op 20 september 1999.

⁷⁶ Zie bijvoorbeeld het derde lid van artikel 4 van het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting gesloten tussen Nederland en Portugal op 20 september 1999.

⁷⁷ De belastingverdragen die afwijkende *tie-breaker* bepalingen hebben, zijn onder meer de belastingverdragen met Canada, Estland, Filippijnen, Japan, Letland, Nigeria, Thailand, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten.

⁷⁸ HR 16 maart 1994, nr. 27 764, BNB 1994/191, r.o. 3.8.

in Nederland is gevestigd naar aard en inrichting vergelijkbaar is met een naar Nederlands recht opgerichte lichaam die feitelijk in Nederland is gevestigd⁷⁹. Evenals de BRK bevatten het EU-verdrag⁸⁰ en de (meeste) door Nederland gesloten belastingverdragen een bepaling die discriminatie naar nationaliteit verbiedt. Naar aanleiding van BNB 1994/191 heeft de wetgever in het besluit van 10 augustus 1994, nr. DB94/1842M, Infobulletin 94/644 criteria opgenomen waaraan niet naar Nederlands recht opgerichte lichamen moeten voldoen om deel uit te kunnen maken van een fiscale eenheid. Om de rechtszekerheid op dit punt te vergroten heeft de wetgever besloten om de mogelijkheid van het voegen in een fiscale eenheid met een niet naar Nederlands recht opgerichte vennootschap die feitelijk in Nederland is gevestigd wettelijk te verankeren.⁸¹

2.2.3.1 Eisen aan de rechtsvorm van de moedermaatschappij

Op grond van het huidige artikel 15, lid 3, onderdeel d, Wet Vpb 1969 dient een moedermaatschappij van een fiscale eenheid één van de volgende rechtsvormen te hebben: een naamloze vennootschap (hierna: nv), een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (hierna: bv), een coöperatie, een onderlinge waarborgmaatschappij of een vereniging of stichting⁸² die op de voet van de Woningwet bij Koninklijk Besluit is toegelaten als instelling die in het belang van de volkshuisvesting werkzaam is. Daarnaast kan een lichaam dat is opgericht naar het geldende recht op de BES eilanden of naar het recht van Aruba, Curaçao, Sint Maarten, een lidstaat van de Europese Unie dan wel een staat in de relatie waarmee een met Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing is waarin een bepaling is opgenomen die discriminatie naar nationaliteit verbiedt voor lichamen die overigens in dezelfde omstandigheden verkeren als naar Nederlands recht opgerichte lichamen en welk lichaam naar aard en inrichting vergelijkbaar is met een nv, een bv, een coöperatie, een onderlinge waarborgmaatschappij of een vereniging of stichting die op de voet van de Woningwet bij Koninklijk Besluit als instelling is toegelaten die in het belang van de volkshuisvesting werkzaam is, als moedermaatschappij deel uitmaken van een fiscale eenheid.⁸³

⁷⁹ Deze naar Nederlands recht opgerichte lichaam waarmee wordt vergeleken is een lichaam die aan de vereisten van de fiscale eenheid van artikel 15, lid 1 tot en met 5, Wet Vpb 1969 voldoet, zodat dit lichaam deel kan uitmaken van de fiscale eenheid.

⁸⁰ Zie artikel 18 VWEU.

⁸¹ Kamerstukken II 1999-2000, 26 854, nr. 3, p. 12.

⁸² Vereniging of stichting als bedoeld in artikel 2, lid 1, onderdeel d, Wet Vpb 1969.

⁸³ De wetgever zag geen reden om de fiscale eenheid open te stellen voor andere niet naar Nederlands recht opgerichte lichamen, omdat 'de uitbreiding van de rechtsvormen in vergelijking met het tot 1 januari 2003 geldende fiscale eenheidsregime berust op een non-discriminatiebepaling naar nationaliteit op grond van het EU-verdrag of een belastingverdrag. Een ruimere toepassing van het gelijkheidsbeginsel is niet nodig, omdat bij het

2.2.3.2 Eisen aan de rechtsvorm van de dochtermaatschappij

Op grond van artikel 15, lid 3, onderdeel e, Wet Vpb 1969 kan een dochtermaatschappij slechts in een fiscale eenheid worden gevoegd indien de rechtsvorm van de dochtermaatschappij een nv of een bv is. Ook kan een lichaam dat is opgericht naar het geldende recht op de BES eilanden of naar het recht van Aruba, Curaçao, Sint Maarten, een lidstaat van de Europese Unie dan wel een staat in de relatie waarmee een met Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing is waarin een bepaling is opgenomen die discriminatie naar nationaliteit verbiedt voor lichamen die overigens in dezelfde omstandigheden verkeren als naar Nederlands recht opgerichte lichamen en welk lichaam naar aard en inrichting vergelijkbaar is met een nv of een bv, worden opgenomen als dochtermaatschappij in een fiscale eenheid.

2.2.3.3 Criteria voor ‘naar aard en inrichting vergelijkbaar’

In artikel 3 BFE 2003 zijn criteria neergelegd waaraan een niet naar Nederlands recht opgerichte lichaam dient te voldoen om deel te kunnen uitmaken van een fiscale eenheid. Indien aan deze criteria wordt voldaan, is het niet naar Nederlands recht opgerichte lichaam naar aard en inrichting vergelijkbaar met een naar Nederlands recht opgerichte nv of bv. De criteria zijn als volgt:

- a. het lichaam is aan te merken als een lichaam met een geheel, in gelijke of evenredige delen, in aandelen verdeeld kapitaal;
- b. het lichaam in het land van oprichting als subject onderworpen is aan een belasting naar de winst;
- c. de kapitaalverschaffers niet verder aansprakelijk zijn dan tot het bedrag dat op hun aandelen in het lichaam is gestort; en
- d. alle kapitaalverschaffers in beginsel stemrecht hebben overeenkomstig hun aandeel in het kapitaal van het lichaam.

Het besluit van 3 mei 2002, nr. CPP2001/3295M, BNB 2002/220 bevat een lijst met rechtsvormen die kwalificeren als rechtsvormen die naar aard en inrichting vergelijkbaar zijn met een naar Nederlands recht opgerichte nv of bv. Deze lijst heeft volgens de wetgever geen limitatief karakter. Per situatie dient een niet naar Nederlands recht opgerichte lichaam te worden beoordeeld.⁸⁴

ontbreken van een belastingverdrag wederkerigheid niet is gewaarborgd'. Zie Kamerstukken II 2000-2001, 26 854, nr. 45d, p. 18.

⁸⁴ Kamerstukken II 2000-2001, 26 854, nr. 6, p. 19.

Voor niet naar Nederlands recht opgerichte lichamen die naar aard en inrichting vergelijkbaar zijn met een naar Nederlands recht opgerichte coöperatie of een onderlinge waarborgmaatschappij kan op grond van het tweede lid van artikel 3 BFE 2003 een nadere ministeriële regeling worden uitgevaardigd.

2.2.4 Overige vereisten

Ter volledigheid behandel ik hieronder de overige vereisten voor de totstandkoming van een fiscale eenheid van artikel 15 Wet Vpb 1969.

2.2.4.1 Gelijklopende tijdvakken

Op grond van artikel 15, lid 3, onderdeel a, Wet Vpb 1969 dienen de tijdvakken waarover de vennootschapsbelasting wordt geheven van de moedermaatschappij en de te voegen dochtermaatschappij(en) samen te vallen. De boekjaren van de moeder en dochtermaatschappij(en) dienen zowel feitelijk als statutair gelijk te lopen.⁸⁵ Indien een voeging tijdens het lopende boekjaar van de moedermaatschappij plaatsvindt, dient de dochtermaatschappij haar boekjaar af te sluiten op het moment van voeging in de fiscale eenheid. Het lopende boekjaar van de dochtermaatschappij wordt als het ware opgeknipt in twee gedeeltes; een gedeelte van het boekjaar waarin de dochtermaatschappij deel uitmaakt van de fiscale eenheid en het andere gedeelte van het boekjaar waarin de dochtermaatschappij geen deel uitmaakt van de fiscale eenheid. Dit laatste gedeelte wordt als een afzonderlijk jaar aangemerkt. Voor de moedermaatschappij wijzigt het boekjaar overigens niet.

2.2.4.2 Dezelfde winstbepalingen

Op grond van artikel 15, lid 3, onderdeel b, Wet Vpb 1969 dient voor het bepalen van de winst op de moedermaatschappij en de te voegen dochtermaatschappij(en) dezelfde bepalingen van toepassing te zijn. Ook mag een fiscale eenheid worden gevormd indien wordt voldaan aan de gestelde voorwaarden van artikel 15, lid 4, eerste volzin, Wet Vpb 1969. Daaruit vloeien aanvullende regelingen voort die zijn opgenomen in het BFE 2003. Deze aanvullende regelingen zijn bedoeld voor een fiscale eenheid tussen verzekeraars en niet-verzekeraars en tussen verzekeraars onderling, een fiscale eenheid tussen beleggingsinstellingen, een fiscale eenheid met een coöperatie als moedermaatschappij en een fiscale eenheid tussen gevoegde maatschappijen waarvan een maatschappij gebruikmaakt van de Regeling functionele valuta⁸⁶. Op deze vormen van fiscale eenheden ga ik verder niet in.⁸⁷

⁸⁵ Kamerstukken II 1999-2000, 26 854, nr. 3, p. 32-33

⁸⁶ Op grond van artikel 7, lid 5, Wet Vpb 1969 kan een belastingplichtige ervoor kiezen om haar belastbare bedrag te laten berekenen in een andere geldeenheid dan de euro. Hiervoor dient een verzoek te worden ingediend bij de

2.2.4.3 Niet als voorraad

Op grond van artikel 15, lid 3, onderdeel f, Wet Vpb 1969 dient de moedermaatschappij de aandelen in de dochtermaatschappij niet, middellijk of onmiddellijk, als voorraad te houden. Hierbij gaat het om het houden van aandelen als bedoeld in het tweede lid van artikel 13 Wet Vpb 1969. Van een voorraaddochter is sprake indien de moedermaatschappij in een lichaam deelneemt om transactiewinst te behalen met betrekking tot die aandelen.⁸⁸ Uit de arresten van de Hoge Raad van 23 februari 2000⁸⁹ kunnen drie cumulatieve voorwaarden worden ontleend voor het aanmerken van voorraaddochters:

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

2.2.4.4 Geen voeging en ontvoeging van de dochtermaatschappij in hetzelfde boekjaar

Indien de dochtermaatschappij in de loop van haar boekjaar deel uitmaakt van een fiscale eenheid en in hetzelfde boekjaar de fiscale eenheid ten aanzien van de dochtermaatschappij eindigt, wordt op grond van artikel 15, lid 7, Wet Vpb 1969 de tussenliggende periode ten aanzien van de dochtermaatschappij geacht geen fiscale eenheid tot stand te zijn gekomen. Dit geldt ook voor een bestaande fiscale eenheid die in de loop van haar boekjaar deel uitmaakt van een andere fiscale eenheid en in hetzelfde boekjaar uit de fiscale eenheid wordt ontvoegd. Volgens de wetgever wordt hiermee voorkomen dat 'in een boekjaar onnodig veel perioden moeten worden onderkend waarin wel of geen sprake is van een fiscale eenheid ten aanzien van een belastingplichtige'.⁹⁰

inspecteur. De inspecteur beslist op het verzoek bij voor bezwaar vatbare beschikking. Indien het verzoek wordt ingewilligd, geldt in beginsel de Regeling voor functionele valuta voor een periode van tien aangesloten jaren.

⁸⁷ Voor de uitleg van de nadere regelingen in het BFE 2003 voor deze vormen van fiscale eenheden verwijs ik naar S.A.W.J. Strik, *Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer, onderdeel Vpb.2.9.2.G.b t/m Vpb.2.9.2.G.e (digitale versie 2016).

⁸⁸ I. de Roos, S.R. Pancham, G.W.J.M. Kampshöer & A.W. Hofman, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2014, p. 39.

⁸⁹ HR 23 februari 2000, nr. 34 253, BNB 2000/215, HR 23 februari 2000, nr. 34 775, BNB 2000/216, HR 23 februari 2000, nr. 34 778, BNB 2000/217.

⁹⁰ Kamerstukken II 1999-2000, 26 854, nr. 3, p. 11.

2.3 Voor- en nadelen van de fiscale eenheid

2.3.1 Inleiding

Indien aan de hiervoor besproken vereisten uit paragraaf 2.2 wordt voldaan, kan een fiscale eenheid worden gevormd tussen de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij(en). In dat geval worden de belastingplichtigen tezamen aangemerkt als één fiscale eenheid. Het vormen van een fiscale eenheid brengt verscheidene voor- en nadelen met zich mee voor een belastingplichtige. Hieronder worden deze voor- en nadelen nader toegelicht.

2.3.2 Voordelen

Het vormen van een fiscale eenheid heeft als gevolg dat de werkzaamheden en het vermogen van de dochtermaatschappij(en) van de fiscale eenheid deel uitmaken van de werkzaamheden en het vermogen van de moedermaatschappij. Hierdoor wordt de moedermaatschappij gezamenlijk met haar dochtermaatschappij(en) als één belastingplichtige aangemerkt voor de vennootschapsbelasting. Een voordeel van de fiscale eenheid is dat de moedermaatschappij voor de gehele fiscale eenheid slechts één aangifte vennootschapsbelasting dient te doen.⁹¹ Dit zorgt meestal voor een administratieve lastenverlichting bij het concern.

Doordat bij een fiscale eenheid de activa en passiva van alle gevoegde maatschappijen worden samengebracht, is het mogelijk om binnen een fiscale eenheid de resultaten van de maatschappijen met elkaar te salderen. Dit leidt tot één van de grootste voordelen van de fiscale eenheid: horizontale verliescompensatie. Horizontale verliescompensatie houdt in dat de verliezen uit hetzelfde tijdvak onderling tussen de gevoegde maatschappijen binnen de fiscale eenheid kunnen worden verrekend.

Daarnaast biedt de fiscale eenheid als voordeel dat onderlinge transacties tussen de gevoegde maatschappijen fiscaal onzichtbaar zijn en dus binnen de fiscale eenheid niet tot belastingheffing leiden. Doordat interne vermogensmutaties binnen de fiscale eenheid fiscaal niet zichtbaar zijn, is het mogelijk om tussen de gevoegde maatschappijen geruisloos te reorganiseren.

⁹¹ Doordat met het 1 januari 2003 geldende fiscale eenheidsregime de gevoegde dochtermaatschappij(en) subjectief belastingplichtig blijven voor de vennootschapsbelasting, is artikel 26 Wet Vpb 1969 geïntroduceerd. Dit artikel stelt dat de inspecteur in afwijking van artikel 6, lid 1, AWR uitsluitend de moedermaatschappij kan uitnodigen tot het doen van aangifte voor de vennootschapsbelasting.

Verder vindt geen toepassing van de renteaftrekbeperkingen van bijvoorbeeld artikel 10a⁹² en 10b⁹³ Wet Vpb 1969 plaats op geldleningen die zijn verstrekt tussen de gevoegde maatschappijen onderling, omdat de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting als één belastingplichtige wordt aangemerkt.⁹⁴ De tussen de gevoegde maatschappijen gesloten geldleningen zijn fiscaal onzichtbaar.

2.3.3 Nadelen

Aan het vormen van een fiscale eenheid zijn niet louter voordelen verbonden voor de gevoegde maatschappijen. Aan een fiscale eenheid kleven immers ook nadelen. Een van de nadelen is dat slechts eenmalig gebruik kan worden gemaakt van het tariefopstapje van artikel 23 Wet Vpb 1969. Het belastbare bedrag tot en met 200.000 euro wordt belast tegen een tarief van 20% en het belastbedrag vanaf 200.000 euro wordt belast tegen een tarief van 25%. Doordat bij een fiscale eenheid het gezamenlijke resultaat van alle gevoegde maatschappijen in de heffing van de vennootschapsbelasting wordt betrokken, wordt slechts eenmaal van het tariefstapje geprofiteerd. Zonder een fiscale eenheid zouden de vennootschappen afzonderlijk kunnen profiteren van het tariefopstapje in de vennootschapsbelasting.

Daarnaast worden alle investeringen van de gevoegde maatschappijen binnen de fiscale eenheid bij elkaar opgeteld, waardoor het mogelijk is dat slechts één keer gebruik kan worden gemaakt van een speciale regeling, zoals de kleinschaligheidsinvesteringsaftrek van artikel 3.41 Wet op de Inkomstenbelasting 2001⁹⁵. Deze aftrek is verbonden aan een maximum investeringsbedrag. Naarmate meer investeringen zijn, neemt procentueel gezien de kleinschaligheidsinvesteringsaftrek af.

⁹² Artikel 10a Wet Vpb 1969 is een anti-winstdrainageregeling dat zich richt tegen kunstmatige constructies in concernverband waarbij rentelasten worden gecreëerd die ervoor zorgt dat de Nederlandse belastinggrondslag wordt uitgehold.

⁹³ Artikel 10b Wet Vpb 1969 is een renteaftrekbeperkingsmaatregel dat zich uitsluitend richt op deelnemerschapsleningen; een geldlening die onder zodanige voorwaarden is verstrekt dat de schuldeiser in zekere mate deelneemt in de onderneming van de schuldenaar. Zie voor de uitleg van het begrip deelnemerschapslening het arrest van HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217.

⁹⁴ Dit geldt echter niet indien de maatschappijen die deel uitmaken van de fiscale eenheid voorvoegingsverliezen hebben. Op grond van artikel 15ah, lid 3, Wet Vpb 1969 wordt alsdan voor de toepassing van de winstplitsingsregels de (eventuele) toepassing van de renteaftrekbeperkingen op de tussen de gevoegde maatschappijen gesloten geldleningen fiscaal niet genegeerd. De wetgever heeft in de parlementaire geschiedenis het volgende opgemerkt: 'als een rentelast, zelfstandig beschouwd, niet tot aftrek leidt, wordt de rentebaten voor de winstplitsing niet in aanmerking genomen. Deze maatregel heeft tot doel te voorkomen dat men door middel van het creëren van vorderingen als bedoeld in art. 10a binnen fiscale eenheid een winstverschuiving zou kunnen bereiken die kan worden benut voor verrekening van voorvoegingsverliezen'. Zie Kamerstukken II 1999-2000, 26 854, nr. 6, p. 10.

⁹⁵ Voor de uitleg van de kleinschaligheidsinvesteringsaftrek verwijs ik naar M.J. Hoogveen, *Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer, onderdeel 3.2.23.B (digitale versie 2016).

Binnen het fiscale eenheidsregime zijn diverse anti-misbruikbepalingen opgenomen die als nadelig kunnen worden beschouwd, omdat deze bepalingen enkel gelden voor een fiscale eenheid. Deze anti-misbruikbepalingen zijn vastgelegd in artikel 15ab t/m art. 15aj Wet Vpb 1969. Op deze anti-misbruikbepalingen ga ik verder niet in.

Tot slot is een nadeel van de fiscale eenheid dat op grond van artikel 39 Invorderingswet 1990 de gevoegde maatschappijen hoofdelijk aansprakelijk voor de vennootschapsbelastingsschuld voor de gehele fiscale eenheid. Dit houdt in dat een maatschappij van een fiscale eenheid aansprakelijk kan worden gesteld voor de vennootschapsbelastingsschuld voor de periode gedurende dat die maatschappij deel uitmaakte van de fiscale eenheid.

2.4 Fiscale eenheid met een vaste inrichting van een niet in Nederland gevestigde lichaam

2.4.1 Achtergrond

In de parlementaire geschiedenis heeft de wetgever opgemerkt dat een vaste inrichting van een niet in Nederland gevestigde lichaam als moeder- of dochtermaatschappij deel kan uitmaken van een fiscale eenheid, omdat een niet in Nederland gevestigde vennootschap zich zou kunnen beroepen op de non-discriminatiebepaling van het EU-verdrag, de met Nederland gesloten belastingverdragen of de BRK.⁹⁶ Artikel 49 van het VWEU (het recht van vrije vestiging) verbiedt discriminatie naar nationaliteit.⁹⁷ Een lidstaat mag geen onderscheid maken tussen een inwoner van de lidstaat en een niet-inwoner met een vaste inrichting in de lidstaat.⁹⁸ De non-discriminatiebepaling van artikel 24, lid 3, OESO-Modelverdrag verbiedt discriminatie op grond van het inwonerschap van een andere Staat.⁹⁹ Op grond van het derde lid van artikel 24 van het OESO-Modelverdrag mag de belastingheffing van een vaste inrichting van een onderneming van een van de Staten in de andere Staat niet ongunstiger zijn dan de belastingheffing van ondernemingen van die andere Staat die dezelfde werkzaamheden uitoefenen.¹⁰⁰ In dit verband heeft

⁹⁶ Kamerstukken II 1999-2000, 26 854, nr. 3, p. 13.

⁹⁷ Zie bijvoorbeeld HvJ EG 28 januari 1986, zaak C-270/83 (Avoir Fiscal); HvJ EG 15 mei 1997, zaak C-250/95 (Futura Participations), V-N 1997/4242 en HvJ EG 21 september 1999, zaak C-307/97 (Saint Gobain), BNB 2000/75;

⁹⁸ Overigens dient sprake te zijn van gelijke gevallen die ongelijk worden behandeld of ongelijke gevallen die gelijk worden behandeld. Zie H.T.P.M. van den Hurk, Europees Gemeenschapsrecht en directe belastingen: spanning tussen verdragsvrijheden en het Nederlands belastingrecht, Deventer: Kluwer 2001, p. 45.

⁹⁹ Dit houdt in dat een lichaam dat niet naar het recht van de Staat is opgericht maar wel feitelijk in de Staat is gevestigd, een beroep kan doen op de non-discriminatiebepaling uit het belastingverdrag indien het lichaam als inwoner van deze Staat wordt aangemerkt op grond van artikel 4 van het OESO-Modelverdrag.

¹⁰⁰ Zie bijvoorbeeld artikel 26, lid 3 van het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting gesloten tussen Nederland en Spanje op 16 juni 1971.

de wetgever het mogelijk gemaakt dat de vaste inrichting van een niet in Nederland gevestigde lichaam deel kan uitmaken van een fiscale eenheid van artikel 15 Wet Vpb 1969.

2.4.2 Begrip vaste inrichting

Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat voor het begrip vaste inrichting in het kader van de fiscale eenheid zowel het Nederlandse nationale recht als het recht van het toepasselijke belastingverdrag van belang is.¹⁰¹ In het Nederlands nationale recht is in de vennootschapsbelasting geen definitie gegeven van het begrip vaste inrichting voor de toepassing van het fiscale eenheidsregime. In artikel 15f Wet Vpb 1969 is echter wel een definitie van het begrip vaste inrichting opgenomen, maar die definitie is slechts toepasbaar in het kader van de objectvrijstelling van artikel 15e Wet Vpb 1969 en voor zover het om een vaste inrichting betreft dat niet gelegen is in een land waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten. Daarentegen definieert het eerste lid van artikel 5 van het OESO-Modelverdrag het begrip vaste inrichting als: *a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on.*¹⁰²

2.4.3 Artikel 15, lid 4, Wet Vpb 1969

Op grond van artikel 15, lid 3, onderdeel b, Wet Vpb 1969 is een fiscale eenheid enkel mogelijk voor lichamen die feitelijk in Nederland zijn gevestigd. Artikel 15, lid 4, derde volzin, Wet Vpb 1969 vormt een belangrijke uitzondering in het fiscale eenheidsregime. Dit artikel bepaalt dat een belastingplichtige die op grond van de nationale wet of op grond van de BRK dan wel een bedrag ter voorkoming van dubbele belasting niet in Nederland is gevestigd maar wel een onderneming drijft met behulp van een in Nederland aanwezige vaste inrichting onder bij algemene maatregel van bestuur te stellen voorwaarden, deel kan uitmaken van een fiscale eenheid voor zover het heffingsrecht over de uit de vaste inrichting genoten winst ingevolge de BRK, de BRN dan wel een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting aan Nederland is toegewezen.

¹⁰¹ Kamerstukken II 2000-2001, 26 854, nr. 6, p. 22.

¹⁰² De Nederlands vertaling van het begrip vaste inrichting als bedoeld in artikel 5 van het OESO-Modelverdrag is: *een vaste bedrijfsinrichting waarin de werkzaamheden van de onderneming geheel of gedeeltelijk worden uitgeoefend*. Zie bijvoorbeeld het eerste lid van artikel 5 van het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting gesloten tussen Nederland en Spanje op 4 maart 1974.

Daarnaast dient aan de in onderdelen a t/m c van artikel 15, lid 4, Wet Vpb 1969 nadere vereisten¹⁰³ te worden voldaan om een in Nederland aanwezige vaste inrichting van een niet in Nederland gevestigde lichaam in een fiscale eenheid te kunnen voegen:

- a. de plaats van de werkelijke leiding van deze belastingplichtige dient gelegen te zijn op de BES eilanden dan wel in 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 waarin een bepaling is opgenomen die discriminatie van vaste inrichtingen verbiedt;
- b. de belastingplichtige moet een naamloze of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, dan wel een daarmee naar aard en vergelijkbaar lichaam zijn¹⁰⁴;
- c. in het geval dat de belastingplichtige als moedermaatschappij deel uitmaakt van de fiscale eenheid, dient het aandelenbezit in de dochtermaatschappij tot het vermogen van de in Nederland aanwezige vaste inrichting van deze moedermaatschappij te behoren.

2.4.3.1 Aandelenbezit in de dochtermaatschappij behoort tot het vermogen van de in Nederland aanwezige vaste inrichting

Op grond van artikel 15, lid 4, onderdeel c, Wet Vpb 1969 dient in het geval dat de belastingplichtige als moedermaatschappij deel uitmaakt van de fiscale eenheid, het aandelenbezit in de dochtermaatschappij tot het vermogen van de in Nederland aanwezige vaste inrichting te behoren van deze moedermaatschappij. Deze toerekeningvereiste wordt volgens de wetgever gesteld, omdat:

het regime van de fiscale eenheid primair tot doel heeft een geïntegreerde fiscale behandeling mogelijk te maken van een in Nederland gevestigde moedermaatschappij en haar in Nederland gevestigde dochtermaatschappij(en). Daarbij dient de moeder een belang van ten minste 95% in de dochter te hebben. Met andere woorden: er dient sprake te zijn van een directe (verticale) band tussen moeder en (klein)dochter(s). Het opnemen van in het buitenland gevestigde vennootschappen of entiteiten tussen de moeder en de kleindochter is binnen het regime van de fiscale eenheid niet toegestaan.

Door het vastleggen van deze vereiste van artikel 15, lid 4, onderdeel c, Wet Vpb 1969 wil de wetgever ervoor zorgen dat de situatie waarbij een in Nederland aanwezige vaste inrichting (van een niet in

¹⁰³ Overigens dient te worden opgemerkt dat het derde en vierde lid van artikel 15 Wet Vpb 1969 niet vereist dat het te voegen lichaam naar Nederlands recht moet zijn opgericht.

¹⁰⁴ Het criterium 'naar aard en inrichting vergelijkbaar' dient op dezelfde wijze te worden uitgelegd overeenkomstig artikel 15, lid 3, onderdeel d en e. Zie paragraaf 2.1.3.3.

Nederland gevestigde lichaam) als moedermaatschappij deel uitmaakt van een fiscale eenheid, materiaal vergelijkbaar is met de situatie waarbij de moedermaatschappij van de fiscale eenheid een in Nederland gevestigd lichaam is. Aldus wordt voorkomen dat een fiscale eenheid zou kunnen ontstaan tussen een in Nederland gevestigde dochtermaatschappij van een niet in Nederland gevestigde moedermaatschappij en een willekeurige vaste inrichting van diezelfde moedermaatschappij.¹⁰⁵ Voor de invulling van het vereiste van het toerekenen van de aandelen in de dochtermaatschappij aan het vermogen van de in Nederland aanwezige vaste inrichting verwijst de wetgever naar het Besluit van 15 januari 2011, nr. DGB 2010/8223M, V-N 2011/9.15.¹⁰⁶

Thans dient voor de toerekening van de aandelen in de dochtermaatschappij aan het vermogen van de in Nederland aanwezige vaste inrichting te worden aangesloten bij de criteria dat is opgenomen in het Besluit van 21 november 2011, nr. DGB2011/6870M, V-N 2012/4.23.1 waarin expliciet wordt verwezen naar het toerekeningvereiste van artikel 15, lid 4, onderdeel c, Wet Vpb 1969. Bij de beoordeling of sprake is van de toerekening van aandelen in de dochtermaatschappij aan een in Nederland aanwezige vaste inrichting is de verdeling van de zelfstandige handelings- en beslissingsbevoegdheden tussen (personeel van) hoofdhuis en vaste inrichting van belang. Daarnaast is van belang wie de ‘significant people functions’ verricht met betrekking tot het economische belang bij die aandelen. In ieder geval houdt dit volgens het Besluit¹⁰⁷ in dat ‘de vaste inrichting zelfstandig verantwoordelijk is en beslist – binnen het kader van normale concernbemoeyenis – ten aanzien van alle werkzaamheden die samenhangen met of voortvloeien uit het verwerven, houden, beheren en vervreemden van de aandelen in de vennootschap en het uitoefenen van de daarmee samenhangende bevoegdheden’. Voor de toerekening van de aandelen in de dochtermaatschappij aan een in Nederland aanwezige vaste inrichting dient in dit kader in ieder geval te worden voldaan aan de volgende voorwaarden:

- a. de niet in Nederland gevestigde lichaam drijft een onderneming in Nederland door middel van een vaste inrichting;
- b. de werkzaamheden van de vaste inrichting worden uitgevoerd door ter zake gekwalificeerd personeel. Dit personeel verricht de werkzaamheden in en vanuit Nederland;

¹⁰⁵ Brief Staatssecretaris van Financiën aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 17 augustus 2001: ‘Reactie op het commentaar van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs van 22 juni 2001’, V-N 2001/45.19, p. 16-17.

¹⁰⁶ In de originele brief van de Staatssecretaris van Financiën wordt voor de invulling van het vereiste van het toerekenen van de aandelen in de dochtermaatschappij aan het vermogen van de in Nederland aanwezige vaste inrichting verwezen naar het Besluit van 13 juni 2001, nr. CPP2001/1045M, BNB 2001/390.

¹⁰⁷ Besluit van 21 november 2011, nr. DGB2011/6870M, V-N 2012/4.23.1.

- c. er staat een directe samenhang tussen de bedrijfsuitoefening van de vaste inrichting en de bedrijfsactiviteit van de vennootschap waarvan de aandelen aan de vaste inrichting worden toegerekend.

2.4.4 Gevolgen na voeging met een in Nederland aanwezige vaste inrichting in een fiscale eenheid

Aan de voeging met een in Nederland aanwezige vaste inrichting¹⁰⁸ van een niet in Nederland gevestigde lichaam (hierna: buitenlands belastingplichtige maatschappij¹⁰⁹) kleven volgens de wetgever een aantal praktische bezwaren¹¹⁰. Indien een in Nederland gevestigde lichaam als dochtermaatschappij deel uitmaakt van een fiscale eenheid met een in Nederland aanwezige vaste inrichting van een buitenlands belastingplichtige (moeder)maatschappij, wordt als gevolg van artikel 15, lid 1, Wet Vpb 1969 de werkzaamheden en het vermogen van de in Nederland gevestigde dochtermaatschappij toegerekend aan de buitenlands belastingplichtige (moeder)maatschappij. Door de werking van de fiscale eenheid zou de in Nederland gevestigde dochtermaatschappij niet langer binnenlands belastingplichtig zijn voor de vennootschapsbelasting doordat enkele vermogensbestanddelen mogelijk buiten het Nederlandse heffingsbereik zouden kunnen vallen. Het omgekeerde kan gelden indien de in Nederland aanwezige vaste inrichting van een buitenlands belastingplichtige maatschappij als dochtermaatschappij deel uitmaakt van een fiscale eenheid met een in Nederland gevestigde moedermaatschappij. In dat geval zouden de werkzaamheden en het vermogen van de vaste inrichting worden toegerekend aan de in Nederland gevestigde moedermaatschappij die onbeperkt belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting. Hierdoor kunnen de werkzaamheden en het vermogen van de niet in Nederland gevestigde dochtermaatschappij met haar vaste inrichting in Nederland in hun totaliteit in de Nederlandse heffingsgrondslag vallen. Teneinde het mogelijke claimverlies bij transacties tussen enerzijds de dochtermaatschappijen en de vaste inrichting in een fiscale eenheid en anderzijds transacties tussen de vaste inrichting en haar in het buitenland gevestigde hoofdhuis te voorkomen, worden deze problemen ondervangen door nadere voorwaarden en regels die zijn neergelegd in het BFE 2003.¹¹¹ Bij de toerekening van de werkzaamheden en het vermogen van de buitenlands belastingplichtige maatschappij wordt een onderscheid gemaakt naar gelang zij als

¹⁰⁸ In het vervolg wordt met het begrip 'vaste inrichting' de in Nederland aanwezige vaste inrichting bedoeld.

⁸² Op grond van artikel 29, lid 1, onderdeel a, BFE 2003 wordt het begrip 'buitenlands belastingplichtige maatschappij' gedefinieerd als: *een buitenlands belastingplichtige voorzover die op grond van artikel 15, vierde lid, derde volzin, van de wet deel uitmaakt van een fiscale eenheid.*

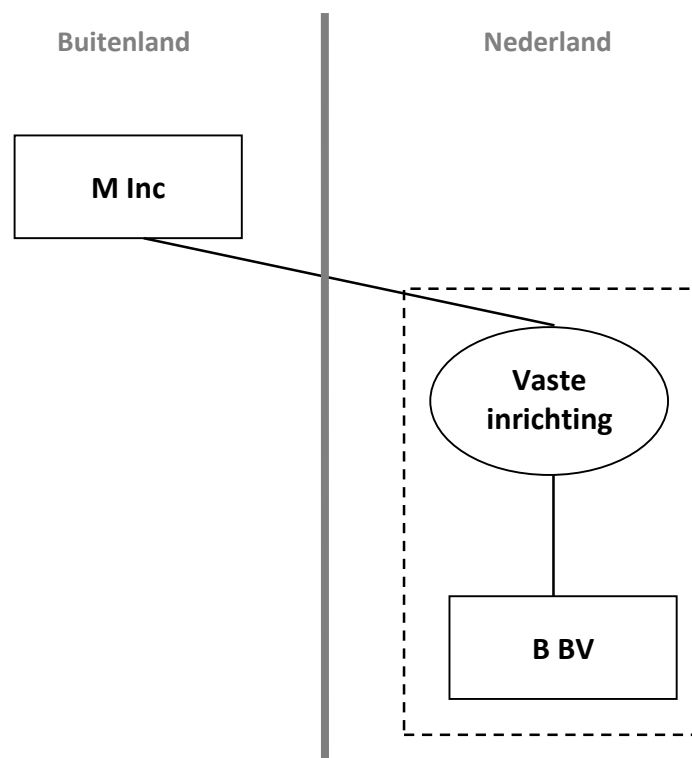
¹¹⁰ Kamerstukken II 2000-2001, 26 854, nr. 6, p. 23.

¹¹¹ Kamerstukken II 2000-2001, 26 854, nr. 6, p. 23.

buitenlands belastingplichtige moeder- of dochtermaatschappij deel uitmaakt van de fiscale eenheid. Dit onderscheid wordt hierna uitgewerkt.

2.4.4.1 Fiscale eenheid met een buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij

Indien aan de vereisten van artikel 15, lid 4, Wet Vpb 1969 wordt voldaan, kan een fiscale eenheid tussen een buitenlands belastingplichtige maatschappij als moedermaatschappij, voor wat betreft haar vaste inrichting, en een in Nederland gevestigde dochtermaatschappij tot stand komen. In het vervolg zal deze vorm van de fiscale eenheid worden aangeduid als de 'fiscale eenheid met een buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij'¹¹². Dit kan als volgt worden geïllustreerd:¹¹³



Afbeelding 3

M Inc¹¹⁴ is een vennootschap dat is opgericht naar het recht van de Verenigde Staten. Haar werkelijke leiding is gevestigd in de Verenigde Staten en drijft een onderneming in Nederland met behulp van een vaste inrichting. M Inc houdt 100% van de aandelen in B BV. B BV is een vennootschap opgericht naar

¹¹² Op grond van artikel 29, lid 1, onderdeel b, BFE 2003 wordt de 'buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij' gedefinieerd als *een buitenlands belastingplichtige maatschappij die als moedermaatschappij deel uitmaakt van een fiscale eenheid*.

¹¹³ Het voorbeeld is ontleend aan I. de Roos, S.R. Pancham, G.W.J.M. Kampshöer & A.W. Hofman, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2014, p. 196.

¹¹⁴ Inc staat voor 'Corporation'. Een Inc is vergelijkbaar met een Nederlandse bv met beperkte aansprakelijkheid.

het recht van Nederland en de werkelijke leiding is in Nederland gevestigd. M Inc is een vennootschap die een vaste inrichting in Nederland heeft en is gevestigd in de Verenigde Staten, een lidstaat waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten waarin een bepaling is opgenomen die discriminatie van vaste inrichtingen verbiedt.¹¹⁵ Aldus wordt aan de vereisten in artikel 15, lid 4, onderdelen a en b, Wet Vpb 1969 voldaan. Aannemend dat het aandelenbezit in B BV tot het vermogen van de vaste inrichting van M Inc behoort, kan M Inc als buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij deel uitmaken van een fiscale eenheid met haar dochtermaatschappij B BV.

Bij voeging in een fiscale eenheid met een buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij wordt door de werking van artikel 15, lid 1, Wet Vpb 1969 de werkzaamheden en het vermogen van de binnenlands belastingplichtige dochtermaatschappij¹¹⁶ toegerekend aan de buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij. Op grond van het eerste lid van artikel 17 Wet Vpb 1969 wordt ten aanzien van een buitenlands belastingplichtige belasting geheven naar het belastbare Nederlandse bedrag. Blijkens artikel 17, lid 3, onderdeel a, Wet Vpb 1969 is het Nederlandse inkomen *het gezamenlijke bedrag van de belastbare winst uit een in Nederland gedreven onderneming, zijnde het bedrag van de gezamenlijke voordelen die worden verkregen uit een onderneming die, of gedeelte van een onderneming dat wordt gedreven met behulp een vaste inrichting in Nederland (..) (Nederlandse onderneming)*. In aanvulling op het eerste lid van artikel 17 Wet Vpb 1969 bepaalt het eerste lid van artikel 32 van het BFE 2003 dat bij een fiscale eenheid met een buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij, de belasting wordt geheven naar het belastbare Nederlandse bedrag. Ten gevolge zou bij de fiscale eenheid met een buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij bepaalde inkomensbestanddelen, zoals passieve inkomsten, buiten het Nederlandse heffingsbereik kunnen vallen.¹¹⁷ Om dit probleem te voorkomen is in het tweede lid van artikel 32 van het BFE 2003 bepaald dat *bij een fiscale eenheid met een buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij alle werkzaamheden en het gehele vermogen van een binnenlands belastingplichtige dochtermaatschappij geacht worden deel uit te maken van de werkzaamheden en het vermogen van die buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij, met dien verstande dat het voorwerp van de belasting met betrekking tot de werkzaamheden en het vermogen van die binnenlands belastingplichtige*

¹¹⁵ Zie het tweede lid van artikel 28 van het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting gesloten tussen Nederland en Verenigde Staten op 18 december 1992.

¹¹⁶ Op grond van artikel 29, lid 1, onderdeel f, BFE 2003 wordt het begrip 'binnenlands belastingplichtige dochtermaatschappij' gedefinieerd als een *binnenlands belastingplichtige die als dochtermaatschappij deel uit maakt van een fiscale eenheid*.

¹¹⁷ Kamerstukken II 2000-2001, 26 854, nr. 6, p. 23.

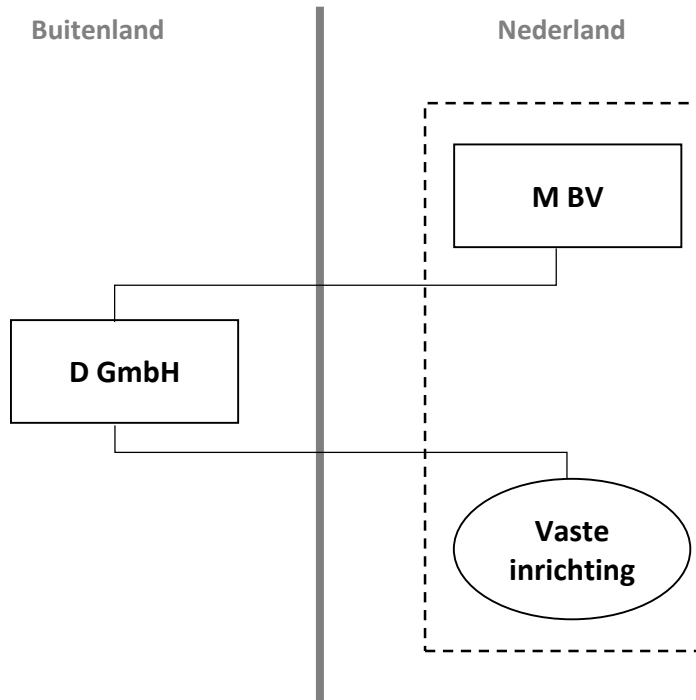
dochtermaatschappij wordt opgevat op de voet van hoofdstuk II van de wet. Met andere woorden wordt de buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij met betrekking tot de werkzaamheden en het vermogen van de binnenlands belastingplichtige dochtermaatschappij belast alsof zij onbeperkt binnenlands belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting en dus wordt de dochtermaatschappij geacht door voeging geen vaste inrichting te zijn geworden. Hierdoor blijven alle vermogensbestanddelen van de binnenlands belastingplichtige dochtermaatschappij binnen het Nederlandse heffingsbereik.

Daarnaast is in artikel 33 van het BFE 2003 een bepaling opgenomen die op de rechtsverhoudingen tussen een gevoegde binnenlands belastingplichtige dochtermaatschappij en het hoofdhuis¹¹⁸ van een buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij ziet. Door de werking van de fiscale eenheid na voeging worden alle werkzaamheden en vermogen van de binnenlands belastingplichtige dochtermaatschappij toegerekend aan de buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij. Hierdoor worden onderlinge vordering- en schuldverhoudingen tussen de gevoegde maatschappijen fiscaal onzichtbaar. Zonder de bepaling in artikel 33 BFE 2003 zou kunnen worden gesteld dat door de voeging in een fiscale eenheid ook de vordering- en schuldverhoudingen tussen de gevoegde binnenlands belastingplichtige dochtermaatschappij en het hoofdhuis van de buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij fiscaal onzichtbaar worden. Een hoofdhuis kan immers geen schuld aangaan met haar vaste inrichting. Dit heeft als gevolg dat bijvoorbeeld rente-ontvangsten bij de vaste inrichting buiten het Nederlandse heffingsbereik kunnen vallen. Om dit te voorkomen is in artikel 33 bepaald dat *rechtsverhoudingen tussen een dochtermaatschappij van een fiscale eenheid en het hoofdhuis van een buitenlandse belastingplichtige die als moedermaatschappij deel uitmaakt van die fiscale eenheid en uit die rechtsverhoudingen voortvloeiende betalingen, worden bij het bepalen van de winst van de fiscale eenheid in aanmerking genomen als ware er geen fiscale eenheid.* Ten gevolge van deze bepaling blijven de onderlinge vorderingen en schulden tussen de gevoegde binnenlands belastingplichtige dochtermaatschappij en het hoofdhuis van de buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij fiscaal zichtbaar.

¹¹⁸ Op grond van artikel 29, lid 1, onderdeel g, BFE 2003 wordt het begrip 'hoofdhuis' gedefinieerd als *een buitenlands belastingplichtige als bedoeld in artikel 15, vierde lid, tweede volzin, van de wet, voor zover die op grond van die volzin geen deel uitmaakt van een fiscale eenheid.*

2.4.4.2 Fiscale eenheid met een buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij

Indien aan de vereisten van artikel 15, lid 4, Wet Vpb 1969 wordt voldaan, kan een fiscale eenheid tot stand komen tussen een binnenlands belastingplichtige moedermaatschappij¹¹⁹ en een buitenlands belastingplichtige maatschappij als dochtermaatschappij, voor wat betreft haar vaste inrichting. In het vervolg wordt deze vorm van de fiscale eenheid aangeduid als de 'fiscale eenheid met een buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij'¹²⁰. Dit kan als volgt worden geïllustreerd:¹²¹



Afbeelding 4

M BV is een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap waarbij haar werkelijke leiding in Nederland is gevestigd. M BV houdt 100% van de aandelen in D GmbH¹²². D GmbH is een vennootschap opgericht naar het Duitse recht. D GmbH heeft haar werkelijke leiding in Duitsland en drijft in Nederland een onderneming met behulp van een vaste inrichting. Nederland heeft een verdrag ter voorkoming van

¹¹⁹ Op grond van artikel 29, lid 1, onderdeel e BFE 2003 wordt het begrip 'binnenlands belastingplichtige moedermaatschappij' gedefinieerd als *een binnenlands belastingplichtige die als moedermaatschappij deel uitmaakt van een fiscale eenheid*.

¹²⁰ Op grond van artikel 29, lid 1, onderdeel c, BFE 2003 wordt het begrip 'buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij' gedefinieerd als *een buitenlands belastingplichtige maatschappij die als dochtermaatschappij deel uitmaakt van een fiscale eenheid*.

¹²¹ Het voorbeeld is ontleend aan I. de Roos, S.R. Pancham, G.W.J.M. Kampshöer & A.W. Hofman, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2014, p. 194.

¹²² GmbH staat voor 'Gesellschaft mit beschränkter Haftung'. Een GmbH is vergelijkbaar met een Nederlandse bv met beperkte aansprakelijkheid.

dubbele belasting met Duitsland gesloten waarin een bepaling is opgenomen die discriminatie van vaste inrichtingen verbiedt.¹²³ Daarnaast is Duitsland een lidstaat van de Europese Unie waardoor op grond van artikel 49 VWEU discriminatie naar nationaliteit is verboden. Aldus wordt aan de vereisten van artikel 15, lid 4, onderdelen a tot en met c, Wet Vpb 1969 voldaan. Hierdoor kan D GmbH als buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij deel uitmaken van een fiscale eenheid met haar binnenlands belastingplichtige moedermaatschappij M BV.

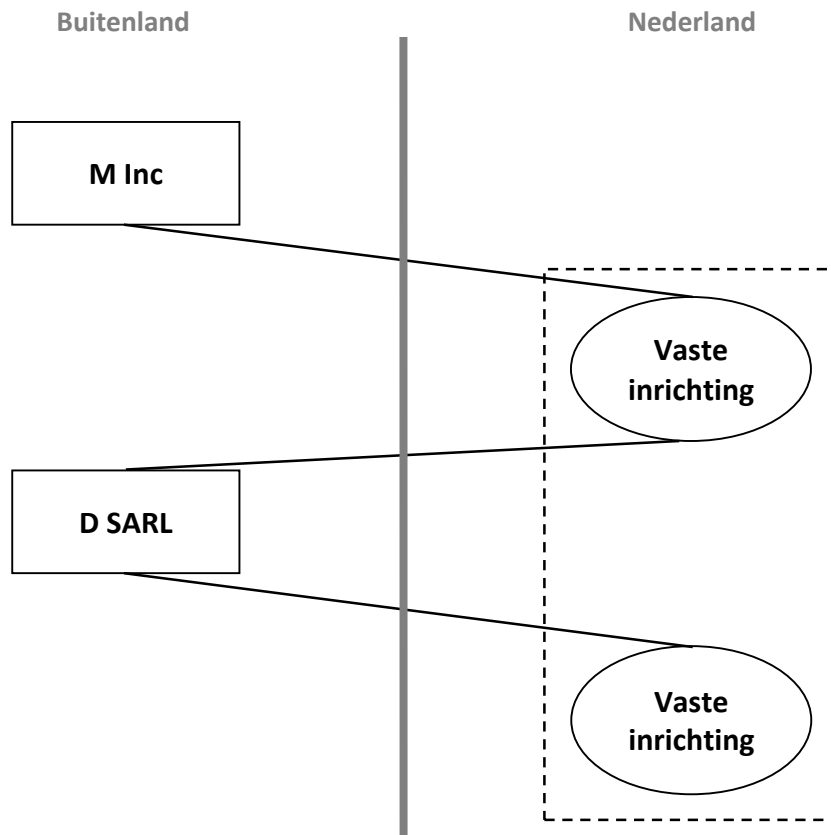
Bij voeging in een fiscale eenheid met een buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij wordt door de werking van artikel 15, lid 1, Wet Vpb 1969 de werkzaamheden en het vermogen van de buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij toegerekend aan de binnenlands belastingplichtige moedermaatschappij. Op grond van het tweede lid van artikel 2 Wet Vpb 1969 worden lichamen vermeld in het eerste lid, onderdelen a, b, c en d, geacht hun onderneming te drijven met behulp van hun gehele vermogen. Hierdoor is de binnenlands belastingplichtige moedermaatschappij onbeperkt belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting. Op grond van artikel 34, lid 1, BFE 2003 wordt *bij een fiscale eenheid tussen een binnenlands belastingplichtige moedermaatschappij en een buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij de belasting geheven naar het belastbare bedrag*. Door de werking van de fiscale eenheid wordt zowel het fiscale resultaat van de binnenlands belastingplichtige moedermaatschappij als het fiscale resultaat van de buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij bepaald op de voet van hoofdstuk II van de Wet Vpb 1969. Ten gevolge zou Nederland ten onrechte inkomensbestanddelen van de buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij in de Nederlandse heffingsfeer brengen.¹²⁴ Om dit probleem te voorkomen is in artikel 34, lid 1, BFE 2003 bepaald dat *bij een fiscale eenheid met een buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij de werkzaamheden en het vermogen van die buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij geacht deel uit te maken van de werkzaamheden en het vermogen van de moedermaatschappij, met dien verstande dat het voorwerp van de belasting met betrekking tot de werkzaamheden en het vermogen van die buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij wordt opgevat op de voet van hoofdstuk III van de wet*. Met andere woorden wordt het fiscale resultaat van de binnenlands belastingplichtige moedermaatschappij bepaald op de voet van hoofdstuk II van de Wet Vpb 1969. Daarentegen wordt het fiscale resultaat van de werkzaamheden en het vermogen die betrekking hebben op de vaste inrichting van de buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij bepaald op de voet van hoofdstuk III van de Wet Vpb 1969.

¹²³ Zie het derde lid van artikel 24 van het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting gesloten tussen Nederland en Duitsland op 12 april 2012.

¹²⁴ Kamerstukken II 2000-2001, 26 854, nr. 6, p. 23.

2.4.4.3 Fiscale eenheid met twee buitenlands belastingplichtige maatschappijen

Indien aan de vereisten van artikel 15, lid 4, Wet Vpb 1969 wordt voldaan, kan een fiscale eenheid tot stand komen tussen twee niet naar Nederlands recht opgerichte lichamen die feitelijk niet in Nederland zijn gevestigd, voor wat betreft hun vaste inrichtingen. In het vervolg wordt deze vorm van de fiscale eenheid aangeduid als de ‘fiscale eenheid met twee buitenlands belastingplichtige maatschappijen’. Dit kan als volgt worden geïllustreerd:¹²⁵



Afbeelding 5

M Inc is een vennootschap dat naar het recht van de Verenigde Staten is opgericht. Haar werkelijke leiding is gevestigd in de Verenigde Staten en zij drijft in Nederland een onderneming met behulp van een vaste inrichting. M Inc houdt 100% van de aandelen in D SARL¹²⁶. D SARL is een vennootschap

¹²⁵ Het voorbeeld is ontleend aan I. de Roos, S.R. Pancham, G.W.J.M. Kampshöer & A.W. Hofman, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2014, p. 198.

¹²⁶ SARL staat voor ‘Société à Responsabilité Limitée’. Een SARL is vergelijkbaar met een bv met beperkte aansprakelijkheid.

opgericht naar het Franse recht en heeft haar werkelijke leiding in Frankrijk. D SARL drijft ook in Nederland een onderneming met behulp van een vaste inrichting. M Inc is een vennootschap die een vaste inrichting in Nederland heeft en is gevestigd in de Verenigde Staten, een lidstaat waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten waarin een bepaling is opgenomen die discriminatie van vaste inrichtingen verbiedt.¹²⁷ De plaats van de werkelijke leiding van D SARL is in Frankrijk (een lidstaat van de EU) gevestigd. Aldus wordt aan de vereisten van artikel 15, lid 4, onderdelen a en b, Wet Vpb 1969 voldaan. M Inc en D SARL kunnen als buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij respectievelijk buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij een fiscale eenheid vormen, mits de aandelen van D SARL behoren tot vermogen van de vaste inrichting van M Inc.

Voor de fiscale eenheid met twee buitenlands belastingplichtige maatschappijen zijn dezelfde bepalingen van artikel 32 tot en met 34 van het BFE 2003 van toepassing. Deze artikelen zijn in paragraaf 2.4.4.1 en 2.4.4.2 besproken.

2.5 Deelconclusie

In dit hoofdstuk ben ik ingegaan op de eerste deelvraag: *Wat zijn de internationale aspecten van het huidige fiscale eenheidsregime van artikel 15 Wet Vpb 1969 totdat het wetsvoorstel 'Wet aanpassing fiscale eenheid' wordt aangenomen?* Voor de beantwoording van deze deelvraag heb ik allereerst de vereisten voor de totstandkoming van de fiscale eenheid behandeld. Daarbij heb ik mij met name gericht op het bezitsvereiste, het vestigingsplaatsvereiste en het rechtsvormvereiste. Bij het bezitsvereiste is het internationale aspect dat een fiscale eenheid tussen een moeder- en dochtermaatschappij in beginsel tot stand kan komen, ondanks dat een fiscaal transparant (buitenlands) lichaam is tussengeschakeld. Met betrekking tot het vestigingsplaatsvereiste was de vestigingsplaatsfictie op het tot 1 januari 2003 geldende fiscale eenheidsregime van toepassing. De vestigingsplaatsfictie is echter bij de herziening van het fiscale eenheidsregime uitgesloten van het fiscale eenheidsregime, omdat de toepassing van de vestigingsplaatsfictie op het fiscale eenheidsregime leidde tot de import van buitenlandse verliezen en tot situaties leidde die niet in lijn liggen met de verdeling van de fiscale jurisdictie tussen de betrokken (verdrags)landen.

Daarnaast konden op het tot 1 januari 2003 geldende fiscale eenheidsregime slechts naar Nederlands recht opgerichte lichamen (die feitelijk in Nederland waren gevestigd) deel uitmaken van een fiscale eenheid. Bij de herziening van het fiscale eenheidsregime is het rechtsvormvereiste voor de moeder- en

¹²⁷ Zie het tweede lid van artikel 28 van het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting gesloten tussen Nederland en Verenigde Staten op 18 december 1992.

dochtermaatschappij versoepeld. Thans is het voor bepaalde niet naar Nederlands recht opgerichte lichamen (die feitelijk in Nederland zijn gevestigd) mogelijk om deel uit te maken van een fiscale eenheid.

Verder is de fiscale eenheid met een in Nederland aanwezige vaste inrichting van een niet in Nederland gevestigde lichaam behandeld. In de loop der jaren zijn de grenzen voor het vormen van een fiscale eenheid uitgebreid op internationaal gebied. Hierdoor is het mogelijk een fiscale eenheid te vormen tussen een naar Nederlands recht opgerichte lichaam die feitelijk in Nederland is gevestigd en een in Nederland aanwezige vaste inrichting van een niet in Nederland gevestigde lichaam die als buitenlands belastingplichtige moeder- of dochtermaatschappij deel uitmaakt van een fiscale eenheid. Vervolgens ben ik ingegaan op de fiscale eenheid met een buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij, de fiscale eenheid met een buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij en de fiscale eenheid met twee buitenlands belastingplichtige maatschappijen. Daarbij heb ik de in het BFE 2003 vastgelegde nadere voorwaarden voor deze fiscale eenheden toegelicht.

Hoofdstuk 3 Strijdigheden fiscale eenheid met het EU-recht

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk ga ik in op de tweede deelvraag: *Wat zijn de gevolgen van het arrest Société Papillon en het arrest op 12 juni 2014 van het HvJ EU op het huidige fiscale eenheidsregime van artikel 15 Wet Vpb 1969?* Ieder land kent nationaal-rechtelijke bepalingen. Bij de inwerkingtreding van het Europese Economische Gemeenschaps-verdrag¹²⁸ is communautaire rechtsorde in het leven geroepen. Dit houdt in dat het EU-recht boven het nationaal recht staat. Hierdoor is de soevereiniteit van de lidstaten begrensd. Het EU-recht kent verschillende bronnen van het gemeenschapsrecht. Eén van deze bronnen is het primaire recht: de verdragen van de EU. Hiertoe behoren de fundamentele vrijheden waaronder het recht van vrije vestiging. Het fiscale eenheidsregime dient in overeenstemming te zijn met de vrijheid van vestiging. Daarom behandel ik in dit hoofdstuk allereerst het recht van vrije vestiging in paragraaf 3.2. Vervolgens behandel ik in paragraaf 3.3 het beslisschema van het HvJ EU. Aan de hand van dit beslisschema stelt het HvJ EU vast of een belastingmaatregel van een EU-lidstaat in strijd is met één (of meerdere) fundamentele vrijheden van het EU-verdrag. In paragraaf 3.4 bespreek ik het arrest Société Papillon¹²⁹. In dit arrest oordeelde het HvJ EU dat het (toenmalige) Franse fiscale eenheidsregime in strijd was met de vrijheid van vestiging. Een in Frankrijk gevestigde moeder- en kleindochtermaatschappij konden niet een fiscale eenheid vormen indien de aandelen in de kleindochtermaatschappij werden gehouden door een niet in Frankrijk gevestigde tussenhoudstervennootschap. Dit arrest heeft uiteindelijk tot het arrest van HvJ EU van 12 juni 2014¹³⁰ geleid dat in paragraaf 3.5 wordt behandeld. In dit arrest oordeelt het HvJ EU dat het Nederlandse fiscale eenheidsregime (eveneens) in strijd is met de vrijheid van vestiging. Een fiscale eenheid tussen een in Nederland gevestigde moeder- en kleindochtermaatschappij is niet mogelijk indien de aandelen in de kleindochtermaatschappij worden gehouden door een niet in Nederland gevestigde tussenhoudstervennootschap. Ook is een fiscale eenheid tussen in Nederland gevestigde zusterervennootschappen niet mogelijk indien de aandelen in deze vennootschappen worden gehouden door een gemeenschappelijke niet in Nederland gevestigde moedervennootschap. Naar aanleiding van

¹²⁸ De voorganger van het VWEU.

¹²⁹ HvJ EU 27 november 2008, zaak C-418/07 (Société Papillon), V-N 2008/59.20.

¹³⁰ HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-39/13 (SCA Group Holding BV); HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-40/13 (X AG); HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-41/13 (MSA International Holdings BV), BNB 2014/216, V-N 2014/30.9.

de uitspraak van het HvJ EU van 12 juni 2014 heeft Hof Amsterdam¹³¹ einduitspraken gedaan inzake de Nederlandse Papillon zaken en de zustervennootschappen zaak die in paragraaf 3.6 worden besproken. Ook Hof Amsterdam komt tot de conclusie dat het Nederlandse fiscale eenheidsregime in strijd is met de vrijheid van vestiging. Tot slot sluit ik dit hoofdstuk af met een deelconclusie in paragraaf 3.7.

3.2 Het recht van vrije vestiging

De vrijheid van vestiging is een onderdeel van het vrije verkeer van personen.¹³² Het vrije verkeer van personen is één van de vier fundamentele vrijheden van het EU-verdrag. Deze vrijheden spelen een belangrijke rol bij het creëren van 'een interne markt die zich kenmerkt door een vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitaal'.¹³³

De artikelen 49 tot en met 54 van het VWEU behelzen samen de vrijheid van vestiging voor zowel natuurlijke personen als rechtspersonen. Daarbij vormen artikel 49 en 54 van het VWEU de kernbepalingen voor de vrijheid van vestiging. Artikel 49 VWEU omvat de vrijheid van vestiging en luidt als volgt:

In het kader van de volgende bepalingen zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden. Dit verbod heeft eveneens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd.

De vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 54, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld.

¹³¹ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00587bis, V-N 2015/7.12, Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00824bis, V-N 2015/7.17.18 en Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00180bis, V-N 2015/7.11.

¹³² Het andere onderdeel van het vrije verkeer van personen is het vrije verkeer van werknemers.

¹³³ J.A.R van Eijdsen, B.J. Kiekebeld & D.S. Smit, *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 2014, p. 1.

Oftewel artikel 49 VWEU bepaalt dat een onderdaan van de ene lidstaat vrijelijk haar economische activiteiten¹³⁴ moet kunnen uitoefenen in een andere lidstaat. Dit houdt in de eerste plaats in dat de lidstaat waarin de economische activiteiten worden geëxploiteerd (de lidstaat van ontvangst) deze activiteiten niet slechter mag behandelen dan de activiteiten die door haar eigen onderdanen worden geëxploiteerd. Daarnaast bepaalt de vrijheid van vestiging dat het recht van vestiging waaruit de economische activiteiten aanvankelijk afkomstig zijn, de overbrenging van deze activiteiten naar een andere lidstaat niet mag bemoeilijken. Tot slot heeft een ondernemer op grond van de vrijheid van vestiging het recht om vrijelijk te kiezen tussen de oprichting van een dochtervennootschap en de oprichting van een vaste inrichting.¹³⁵

In beginsel ziet artikel 49 VWEU slechts op onderdanen van een lidstaat. Daarmee worden louter natuurlijke personen bedoeld. Desalniettemin kunnen rechtspersonen een beroep doen op de vrijheid van vestiging door de werking van artikel 54 VWEU. De eerste alinea van dit artikel luidt als volgt:

De vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en welke hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Unie hebben, worden voor de toepassing van de bepalingen van dit hoofdstuk gelijkgesteld met de natuurlijke personen die onderdaan zijn van de lidstaten.

Door artikel 54 VWEU ziet de vrijheid van vestiging ook op vennootschappen. Daarbij gelden echter wel enkele voorwaarden. In de eerste plaats moeten deze vennootschappen naar het recht van een lidstaat in de EU zijn opgericht. Dit betekent dat voor de toepassing van dit artikel wordt aangesloten bij het recht van oprichting van één van de lidstaten van de EU. Een naar het recht van een derde land opgerichte vennootschap kan in beginsel niet beroepen op de vrijheid van vestiging, ondanks dat de werkelijke leiding van deze vennootschap in een lidstaat is gevestigd.¹³⁶ Daarnaast dienen de vennootschappen hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging van de vennootschap binnen de EU te hebben. In de tweede alinea van artikel 54 VWEU is vastgelegd wat onder het begrip 'vennootschappen' wordt verstaan:

¹³⁴ Volgen Korving is sprake van een economische activiteit indien 'het gaat om reële en daadwerkelijke activiteiten en niet slechts om marginale en bijkomstige activiteiten'. Zie J.J.A.M. Korving, *Europees Belastingrecht*, SDU Financiële en Fiscale Uitgevers 2011, Fiscale Praktijkreeks, paragraaf 3.3.3.2, onderdeel b (digitale versie 2016).

¹³⁵ P.G.H. Albert, *Over vrijheid van vestiging, grensoverschrijdende fiscale eenheid en het mogelijke einde van de liquidatieverliesregeling en de belastingvrijstelling met progressievoorbehoud*, FED 2003/101, p. 2-3.

¹³⁶ Nuance: tenzij een associatieverdrag dat anders bepaald. Associatieverdragen zijn bindende afspraken die de EU met derde landen sluit. Deze verdragen zien op de samenwerking tussen de EU en het betreffende land en kan betrekking hebben op diverse onderwerpen.

Onder vennootschappen worden verstaan maatschappen naar burgerlijk recht of handelsrecht, de coöperatieve verenigingen of vennootschappen daaronder begrepen, en de overige rechtspersonen naar publiek- of privaatrecht, met uitzondering van vennootschappen welke geen winst beogen.

Slechts de vennootschappen die aan de voorwaarden van (de eerste en tweede alinea van) artikel 54 VWEU voldoen, kunnen een beroep doen op de vrijheid van vestiging van artikel 49 VWEU. Hiervan zijn vennootschappen die geen winst beogen, uitgesloten. Dit betekent dat met betrekking tot het fiscale eenheidsregime de in art. 15, lid 3, onderdeel d, Wet Vpb 1969 genoemde rechtsvormen een beroep kunnen doen op de vrijheid van vestiging.¹³⁷

3.3 Beslisschema HvJ EU

Aan de hand van een beslisschema stelt het HvJ EU vast of een belastingmaatregel van een EU-lidstaat in strijd is met één (of meerdere) fundamentele vrijheden van het EU-verdrag.¹³⁸

1. Heeft de belanghebbende toegang tot het VWEU?
2. Is er sprake van een beperking van de rechten die zijn toegekend onder het VWEU?
3. Dient de beperkende maatregel een legitieme doelstelling van algemeen belang die deze beperking kan rechtvaardigen?
4. Is de beperkende maatregel geschikt om het beoogde doel te bereiken? (subsidiariteitsbeginsel)
5. Is de beperkende maatregel gelet op het beoogde doel proportioneel?
(proportionaliteitsbeginsel)

Dit beslisschema dient chronologisch te worden doorlopen. Een belastingmaatregel van een EU-lidstaat is verenigbaar met de fundamentele vrijheden van het EU-verdrag, indien alle vragen van het beslisschema met 'ja' kunnen worden beantwoord, indien vraag 1 met 'nee' kan worden beantwoord of indien vraag 2 met 'nee' kan worden beantwoord¹³⁹. In het laatste geval is geen sprake van een beperking van de rechten die zijn toegekend onder het VWEU en behoeven de vragen 3 t/m 5 niet te worden beantwoord. Alsdan is de belastingmaatregel van een EU-lidstaat (ook) verenigbaar met de fundamentele vrijheden van het EU-verdrag.

¹³⁷ Voor de uitleg van de genoemde rechtsvormen in art. 15, lid 3, onderdeel d, Wet Vpb 1969 verwijs ik naar de toelichting in paragraaf 2.2.3.1.

¹³⁸ De vragen van het beslisschema zijn ontleend aan J.A.R. van Eijdsen, B.J. Kiekebeld & D.S. Smit, *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 2014, p. 6.

¹³⁹ Uiteraard dient voorafgaand aan de tweede vraag, vraag 1 van het beslisschema met 'ja' te worden beantwoord.

Aan de hand van het beslisschema van het HvJ EU bespreek ik in de volgende paragrafen de (mijns inziens) belangrijkste arresten uit het Nederlands nationaal recht en het EU-recht die tot het wetsvoorstel 'Wet aanpassing fiscale eenheid'¹⁴⁰ hebben geleid. Overigens merk ik hierbij op dat bij het lezen van de arresten ervan uit kan worden gegaan dat vraag 1 van het beslisschema bevestigend kan worden beantwoord, omdat de belanghebbenden in de betreffende arresten zijn opgericht naar het recht van een EU-lidstaat. Bovendien betreft het in alle arresten het (Nederlandse) fiscale eenheidsregime. Hierdoor wordt voldaan aan de voorwaarde dat sprake dient te zijn van een grensoverschrijdende economische activiteit binnen de EU.¹⁴¹ De eerste vraag van het beslisschema licht ik daarom in het vervolg bij de bespreking van de arresten niet toe en behandel ik direct de tweede vraag.

3.4 Arrest Papillon Société

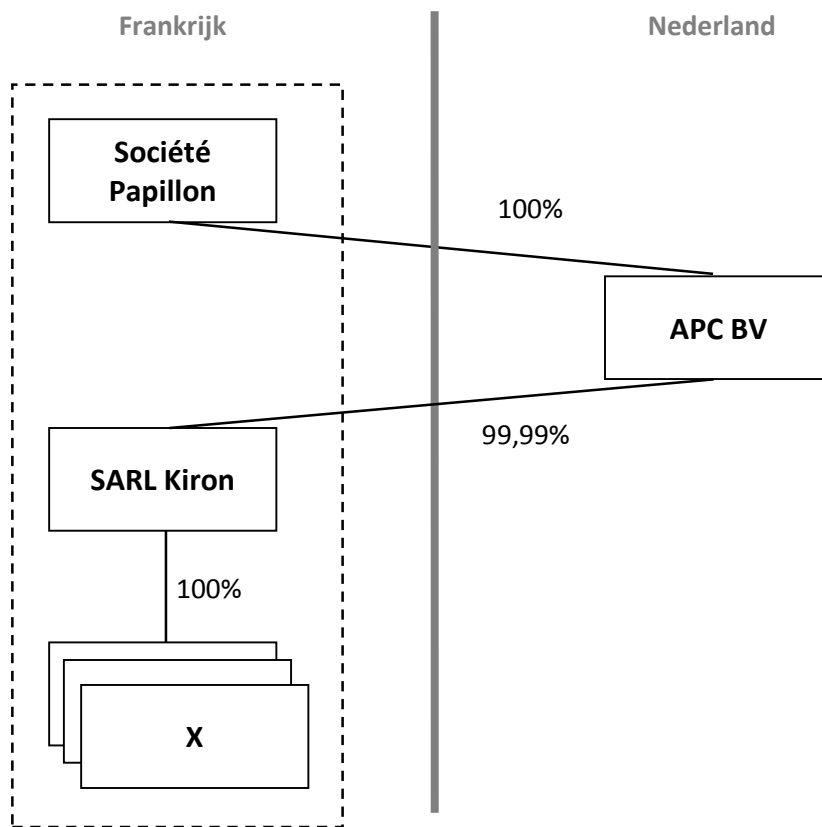
In het arrest Papillon Soci  t  ¹⁴² wenst 'Société Papillon', een in Frankrijk gevestigde vennootschap, een fiscale eenheid aan te gaan met haar in Frankrijk gevestigde (achter)kleindochtervennootschappen. Société Papillon hield 100% van de aandelen van een in Nederland gevestigde vennootschap: 'Artist Performance and Communication BV' (hierna: APC BV). APC BV bezat op haar beurt 99,99% van de aandelen van een in Frankrijk gevestigde vennootschap: 'SARL Kiron'. SARL Kiron hield vervolgens de aandelen van andere in Frankrijk gevestigde (achterkleindochter)vennootschappen¹⁴³. De casus kan als volgt worden geillustreerd:

¹⁴⁰ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 3.

¹⁴¹ HvJ EG 26 januari 1993, zaak C-112/91 (Werner), V-N 1993. In het arrest Werner betrof het een Duitse inwoner die al zijn inkomen verwierf in Duitsland als een zelfstandig tandarts. Belanghebbende verhuisde van Duitsland naar Nederland. Hij deed een beroep op het non-discriminatiebeginsel van artikel 52 van het EG-verdrag (de voorganger van het VWEU), omdat hij gebruik wilde maken van een (voordelig) Duits tarief. Dit tarief stond echter alleen open voor binnenlands belastingplichtigen. Het HvJ EG weigerde echter de toegang tot het EG-verdrag, omdat geen sprake was van een grensoverschrijdende economische activiteit. Werner verplaatste immers enkel zijn woonplaats naar een andere lidstaat. Hierdoor was volgens het HvJ EG slechts sprake van een binnenlandse situatie en niet van een grensoverschrijdende situatie. Zie ook D.M. Weber, *Toepasselijkheid EG-verdrag als grens aan non-discriminatie*, WFR 1996/1187, p. 2.

¹⁴² HvJ EG 27 november 2008, zaak C-418/07 (Société Papillon), V-N 2008/59.20.

¹⁴³ De namen van deze vennootschappen zijn niet genoemd in het arrest van HvJ EG 27 november 2008, zaak C-418/07 (Société Papillon), V-N 2008/59.20. In de afbeelding op de volgende pagina noem ik deze vennootschappen 'X'.



Afbeelding 6

In het arrest *Société Papillon* wenst *Société Papillon* een Franse fiscale eenheid te vormen met SARL Kiron en haar achterkleindochtervennootschappen. Dit is echter geweigerd door de Franse fiscus, omdat het Franse fiscale eenheidsregime slechts open stond voor vennootschappen die onderworpen zijn aan de Franse vennootschapsbelasting. Bovendien wordt, evenals in het Nederlandse fiscale eenheidsregime, het middellijk bezit van aandelen slechts meegeteld indien de aandelen in de (achter)kleindochtervennootschappen onmiddellijk worden gehouden door één of meer belastingplichtigen die deel uitmaken van de fiscale eenheid.¹⁴⁴ Doordat de aandelen van SARL Kiron en X in handen zijn van APC BV en APC BV geen vaste inrichting in Frankrijk heeft, kan zij niet deel uitmaken van de fiscale eenheid. Derhalve is geen sprake van een ‘ononderbroken keten’ van vennootschappen en kan aldus op basis van het Franse fiscale eenheidsregime geen fiscale eenheid worden gevormd tussen *Société Papillon*, SARL Kiron en haar achterkleindochtervennootschappen.

¹⁴⁴ HvJ EG 27 november 2008, zaak C-418/07 (*Société Papillon*), V-N 2008/59.20, r.o. 3-5.

De centrale vraag in het arrest *Société Papillon*¹⁴⁵ betreft of het niet toestaan van een Franse fiscale eenheid tussen een in Frankrijk gevestigde moeder- en haar in Frankrijk gevestigde kleindochtermaatschappij¹⁴⁶ waarvan de aandelen onmiddellijk worden gehouden door een in een andere lidstaat gevestigde dochtermaatschappij, een beperking vormt van de vrijheid van vestiging. Indien deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, rijst de vraag of deze beperking gerechtvaardigd kan zijn door dwingende redenen van algemeen belang.

Volgens het HvJ EU is sprake van een belemmering, omdat de communautaire situatie wordt benadeeld ten opzichte van de zuiver binnenlandse situatie. Op grond van artikel 223 A CGI de in Frankrijk gevestigde moedermaatschappij geen fiscale eenheid kan vormen met haar in Frankrijk gevestigde kleindochtermaatschappij indien de dochtermaatschappij in een andere lidstaat is gevestigd. Daarentegen is een fiscale eenheid tussen de in Frankrijk gevestigde moeder- en de in Frankrijk gevestigde kleindochtermaatschappij wel toegestaan indien de dochtermaatschappij eveneens in Frankrijk is gevestigd (en deel uitmaakt van de fiscale eenheid). Hieruit volgt dat sprake is van een ongelijke behandeling naargelang de plaats van de zetel van de dochtermaatschappij.¹⁴⁷

Deze belemmering kan echter worden gerechtvaardigd door de noodzaak om de samenhang van het Franse belastingstelsel te waarborgen.¹⁴⁸ De Franse fiscale eenheidsregeling voorziet in de fiscale consolidatie van vennootschappen waarbij sommige transacties binnen de fiscale eenheid worden geneutraliseerd. De neutralisering van dergelijke transacties ziet onder meer op het voorkomen van dubbele verliesverrekening binnen de fiscale eenheid. Indien echter een fiscale eenheid wordt toegestaan tussen een in Frankrijk gevestigde moeder- en haar in Frankrijk gevestigde kleindochtermaatschappij waarvan de aandelen in die kleindochtermaatschappij worden gehouden door een in een andere lidstaat gevestigde dochtermaatschappij, kan een (eventueel) verlies van de kleindochtermaatschappij tweemaal in aanmerking worden genomen: eenmaal via de afwaardering van het belang van de dochtermaatschappij in de kleindochtermaatschappij en eenmaal via de verrekening van het verlies binnen de fiscale eenheid. De neutralisatie van dergelijke transacties hebben alsdan geen

¹⁴⁵ HvJ EG 27 november 2008, zaak C-418/07 (*Société Papillon*), V-N 2008/59.20.

¹⁴⁶ Bij de behandeling van het arrest *Société Papillon* refereert het HvJ telkens naar de fiscale eenheid tussen de in Frankrijk gevestigde moeder- en kleindochtermaatschappij. Volgens de feiten gaat het echter om de fiscale eenheid tussen de in Frankrijk gevestigde moeder-, kleindochter- en achterkleindochtermaatschappijen. In het vervolg hanteer ik de bewoordingen van het HvJ bij de bespreking van het arrest. Overigens blijft de strekking van het arrest hetzelfde.

¹⁴⁷ HvJ EG 27 november 2008, zaak C-418/07 (*Société Papillon*), V-N 2008/59.20, r.o. 17-32.

¹⁴⁸ HvJ EG 27 november 2008, zaak C-418/07 (*Société Papillon*), V-N 2008/59.20, r.o. 41.

effect, omdat de niet in Frankrijk gevestigde dochtermaatschappij geen deel kan uitmaken van de fiscale eenheid en dus niet onder het Franse fiscale eenheidsregime valt.¹⁴⁹

Ondanks dat de beperkende maatregel kan worden gerechtvaardigd, gaat deze maatregel echter verder dan noodzakelijk is om deze doelstelling te bereiken. Volgens het HvJ EU kunnen 'praktische moeilijkheden niet volstaan om schending van een door het Verdrag gewaarborgde vrijheid te rechtvaardigen'.¹⁵⁰ Daarbij wijst het HvJ EU op de Richtlijn 77/799/EEG van de Raad van 19 december 1977 betreffende de wederzijdse bijstand van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten op het gebied van directe belastingen. Deze Richtlijn biedt de lidstaten de mogelijkheid om informatie op te vragen bij andere bevoegde belastingautoriteiten van andere lidstaten die relevant kunnen zijn voor de vaststelling van het bedrag voor de vennootschapsbelasting. Die informatie omvat tevens het opvragen van het bedrag dat als afwaardering in aanmerking is genomen op het belang van de dochtermaatschappij in de kleindochtermaatschappij.¹⁵¹ Het HvJ EU oordeelt dat de samenhang van het Franse belastingstelsel ook kan worden gewaarborgd door maatregelen die de vrijheid van vestiging minder beperken. Derhalve gaat het Franse fiscale eenheidsregime verder dan noodzakelijk is om deze doelstelling te bereiken.

Tot slot komt het HvJ EU tot de conclusie dat het Franse fiscale eenheidsregime in strijd is met de vrijheid van vestiging in de artikelen 49 en 54 van het VWEU, omdat een fiscale eenheid tussen een in dezelfde lidstaat gevestigde moeder- en kleindochtermaatschappijen mogelijk is indien de aandelen in die kleindochtermaatschappijen worden gehouden door een in dezelfde lidstaat gevestigde dochtermaatschappij (en deel uitmaakt van de fiscale eenheid), terwijl deze fiscale eenheid niet mogelijk is indien de aandelen in de kleindochtermaatschappijen worden gehouden door een in een andere lidstaat gevestigde dochtermaatschappij.

3.5 Arrest HvJ EU van 12 juni 2014

3.5.1 Aanleiding

Nadat het HvJ EU in het arrest *Société Papillon*¹⁵² had geoordeeld dat het Franse fiscale eenheidsregime in strijd was met de vrijheid van vestiging in de artikelen 49 en 54 van het VWEU, heeft de EC¹⁵³ op 16 juni 2011 Nederland verzocht om haar fiscale eenheidsregime te wijzigen. Volgens de EC is het fiscale

¹⁴⁹ HvJ EG 27 november 2008, zaak C-418/07 (*Société Papillon*), V-N 2008/59.20, r.o. 45-51.

¹⁵⁰ HvJ EG 27 november 2008, zaak C-418/07 (*Société Papillon*), V-N 2008/59.20, r.o. 54.

¹⁵¹ HvJ EG 27 november 2008, zaak C-418/07 (*Société Papillon*), V-N 2008/59.20, r.o. 52-55.

¹⁵² HvJ EG 27 november 2008, zaak C-418/07 (*Société Papillon*), V-N 2008/59.20.

¹⁵³ European Commission Press Release, nr. IP/11/719, 16 juni 2011.

eenheidsregime in strijd met de vrijheid van vestiging, omdat op basis van artikel 15 Wet Vpb 1969 niet mogelijk is om een fiscale eenheid te vormen tussen in Nederland gevestigde (zuster)vennootschappen waarvan de aandelen worden gehouden door een gemeenschappelijke in een andere lidstaat gevestigde moedervernootschap.

Op 17 januari 2013 heeft Hof Amsterdam prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU omtrent drie zaken. Twee zaken¹⁵⁴ betreffen de *Nederlandse Papillon* zaken waarbij het om een fiscale eenheid gaat tussen een in Nederland gevestigde moedermaatschappij en in Nederland gevestigde kleindochtermaatschappij(en) waarvan de aandelen in de in Nederland gevestigde kleindochtermaatschappij(en) worden gehouden door één (of meer) niet in Nederland gevestigde tussenhoudstervenootschap(pen). De derde zaak¹⁵⁵ betreft de *zustervernootschappen* zaak waarbij het om een fiscale eenheid gaat tussen in Nederland gevestigde zustervernootschappen waarvan de aandelen in deze vennootschappen worden gehouden door een gemeenschappelijke niet in Nederland gevestigde moedervernootschap. Uiteindelijk heeft dit geleid tot het arrest van het HvJ EU van 12 juni 2014¹⁵⁶. In het arrest van het HvJ EU van 12 juni 2014 zijn de zaken C-39/13 en C-41/13 en C-40/13 gezamenlijk in één arrest behandeld. De zaken C-39/13 en C-41/13 duid ik hierna gezamenlijk aan als de *Nederlandse Papillon* zaken en zaak C-40/13 als de *zustervernootschappen* zaak. In de volgende paragrafen bespreek ik eerst de Nederlandse Papillon zaken en vervolgens de zustervernootschappen zaak aan de hand van het beslisschema van het HvJ EU. Daarbij behandel ik, evenals het HvJ EU, de Nederlandse Papillon zaken gezamenlijk, omdat het verschil tussen deze zaken slechts het aantal niet in Nederland gevestigde tussenhoudstervenootschappen betreft.¹⁵⁷

3.5.2 Nederlandse Papillon zaken

3.5.2.1 Zaak C-39/13 - SCA Group Holding BV

In de zaak C-39/13¹⁵⁸ betreft het SCA Group Holding BV, een in Nederland gevestigde vennootschap die 97% van de aandelen in een in Duitsland gevestigde vennootschap [I] AG en 100% van de aandelen in een in Nederland gevestigde vennootschap X1 BV houdt. [I] AG bezit 100% van de aandelen van een

¹⁵⁴ Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00824, V-N Vandaag 2013/119 en Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00587, V-N 2013/14.14.

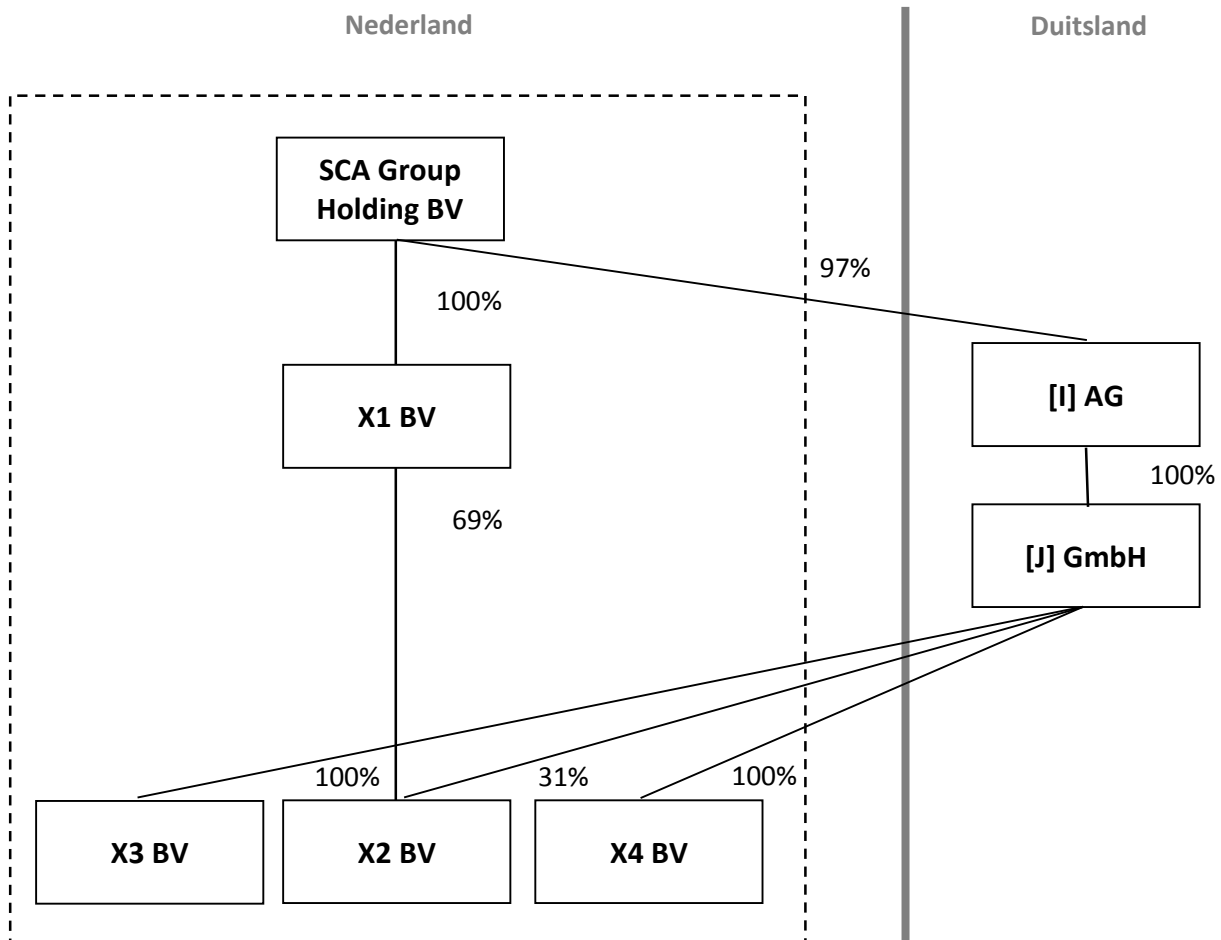
¹⁵⁵ Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00180, V-N Vandaag 2013/120.

¹⁵⁶ HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-39/13 (SCA Group Holding BV); HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-40/13 (X AG); HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-41/13 (MSA International Holdings BV), BNB 2014/216, V-N 2014/30.9.

¹⁵⁷ Bij de zaak C-41/13 betreft het één niet in Nederland gevestigde tussenhoudstervenootschap. Bij de zaak C-39/13 betreft het twee niet in Nederland gevestigde tussenhoudstervenootschappen.

¹⁵⁸ HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-39/13 (SCA Group Holding BV), V-N 2014/30.9.

eveneens in Duitsland gevestigde vennootschap [J] GmbH. [J] GmbH houdt 100% van de aandelen in twee in Nederland gevestigde vennootschappen X3 BV en X4 BV. Daarnaast bezit [J] GmbH 31% van de aandelen van een in Nederland gevestigde vennootschap X2 BV. De resterende 69% van de aandelen in X2 BV zijn in het bezit van X1 BV. Overigens hebben [I] AG en [J] GmbH geen vaste inrichting in Nederland. De casus kan als volgt worden geïllustreerd.¹⁵⁹



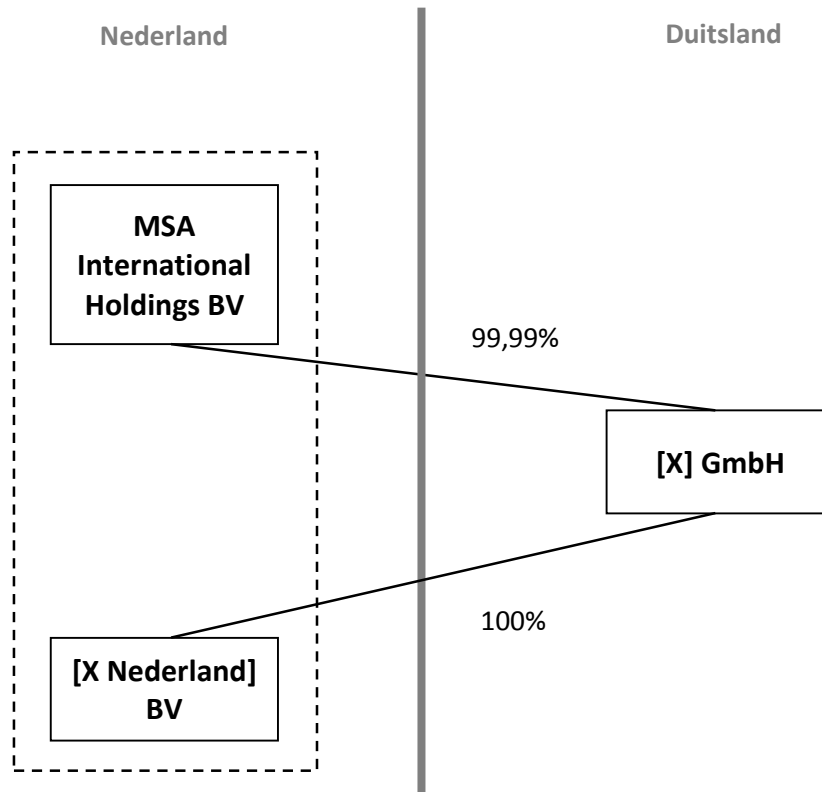
Afbeelding 7

SCA Group Holding BV heeft een fiscale eenheid verzocht met haar (achter)kleindochtervennootschappen X1 BV, X2 BV, X3 BV en X4 BV. Dit verzoek is echter door de inspecteur afgewezen, omdat [I] AG en [J] GmbH niet in Nederland zijn gevestigd en aldaar ook niet over een vaste inrichting beschikken.

¹⁵⁹ De feiten van de casus zijn ontleend aan de feiten uit Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00587, V-N 2013/14.14, r.o. 2.1-2.4.

3.5.2.2 Zaak C-41/13 - MSA International Holdings BV

In de zaak C-41/13¹⁶⁰ betreft het MSA International Holdings BV, die 99% van de aandelen houdt in een in Duitsland gevestigde vennootschap [X] GmbH. [X] GmbH beschikt niet over een vaste inrichting in Nederland en fungeert als tussenhoudstervenootschap voor een tiental kleindochtervennootschappen waaronder [X Nederland] BV. [X] GmbH bezit 100% van de aandelen van [X Nederland] BV. De casus kan als volgt worden geïllustreerd:¹⁶¹



Afbeelding 8

MSA International Holdings BV wenst een fiscale eenheid te vormen met [X Nederland] BV.¹⁶² Dit verzoek tot fiscale eenheid is echter door de inspecteur afgewezen, omdat [X] GmbH niet in Nederland is gevestigd en aldaar ook niet over een vaste inrichting beschikt.

De centrale vraag die met betrekking tot de zaken C-39/13 en C-41/13 dient te worden beantwoord, is of de vrijheid van vestiging zich verzet tegen het Nederlands fiscale eenheidsregime waarbij een in

¹⁶⁰ HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-41/13 (MSA Group Holdings BV), V-N 2014/30.9.

¹⁶¹ De feiten van de casus zijn ontleend aan de feiten uit Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00824, V-N Vandaag 2013/119, r.o. 2.1-2.4.

¹⁶² Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00824, V-N Vandaag 2013/119, r.o. 1.1.

Nederland gevestigde moedermaatschappij een fiscale eenheid kan vormen met haar in Nederland gevestigde kleindochtermaatschappij ingeval zij de aandelen in de kleindochtermaatschappij houdt via één of meer in Nederland gevestigde tussenhoudstervennootschap(pen) (die ook deel uitmaken van de fiscale eenheid), doch niet ingeval zij de aandelen in de kleindochtermaatschappij houdt via één of meer niet in Nederland gevestigde tussenhoudstervennootschap(pen) die tevens niet over een in Nederland aanwezige vaste inrichting beschikken.¹⁶³

3.5.2.3 Belemmering?

Volgens het HvJ EU is sprake van een belemmering, omdat het fiscale eenheidsregime een verschil in behandeling maakt naargelang een moedervernootschap haar aandelen in de kleindochtervernootschap via een in Nederland gevestigde dochtervernootschap of een in een andere lidstaat gevestigde dochtervernootschap houdt. Het vormen van een fiscale eenheid tussen een in Nederland gevestigde moeder- en kleindochtermaatschappij is immers niet mogelijk ingeval de aandelen in de kleindochtermaatschappij worden gehouden door een niet in Nederland gevestigde dochtermaatschappij, terwijl de mogelijkheid tot het vormen van deze fiscale eenheid wel open staat ingeval de aandelen in de kleindochtermaatschappij worden gehouden door een in Nederland gevestigde dochtermaatschappij. Van een soortgelijk verschil in behandeling is ook sprake wanneer – zoals het geval is in de zaak C-39/13 – de aandelen in de kleindochtermaatschappij worden gehouden door meerdere niet in Nederland gevestigde tussenhoudstervennootschappen (die niet over een vaste inrichting in NL beschikken).¹⁶⁴

3.5.2.4 Rechtvaardigingsgrond?

In de prejudiciële vragen van Hof Amsterdam is gevraagd of de belemmering kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak om de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel te waarborgen, daaronder begrepen de voorkoming van dubbele verliesverrekening. Deze rechtvaardigingsgrond wordt slechts aanvaard indien 'er een rechtstreeks verband bestaat tussen de toekenning van het betrokken belastingvoordeel en de compensatie van dat voordeel door een bepaalde belastingheffing'.¹⁶⁵ Het HvJ EU verwijst daarbij naar het arrest *Société Papillon*¹⁶⁶ waarin het Hof heeft erkend dat sprake was van een rechtstreeks verband tussen de mogelijkheid tot

¹⁶³ HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-39/13 (SCA Group Holding BV) en C-41/13 (MSA International Holdings BV), V-N 2014/30.9, r.o. 19.

¹⁶⁴ HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-39/13 en C-41/13 (MSA International Holdings BV), V-N 2014/30.9, r.o. 20-27.

¹⁶⁵ HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-39/13 (SCA Group Holding BV) en C-41/13 (MSA International Holdings BV), V-N 2014/30.9, r.o. 33.

¹⁶⁶ HvJ EG 27 november 2008, zaak C-418/07 (*Société Papillon*), V-N 2008/59.20.

verliesoverdracht tussen de vennootschappen van het Franse fiscale eenheidsregime en het neutraliseren van bepaalde transacties tussen deze vennootschappen. Daarbij stelde het HvJ EU dat de neutralisering van deze transacties ertoe strekte dubbele verliesverrekening te voorkomen bij de vennootschappen van een Franse fiscale eenheid en aldus tot behoud van de samenhang van het Franse belastingstelsel. Volgens het HvJ EU bestaat echter 'een duidelijk onderscheid tussen het rechtskader van het precedent en het rechtskader van de hoofdgedingen'.¹⁶⁷ Daarbij verwijst zij naar de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Wet Vpb 1969: *artikel 13 van de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 stelt immers als algemene regel dat een 'deelnemingsvrijstelling' geldt voor kapitaalparticipaties van meer dan 5%. Deze regel geldt alleen voor alle fiscale eenheden daarvoor de vorming van een fiscale eenheid een kapitaalparticipatie van ten minste 95% vereist is.*¹⁶⁸ Door de toepassing van de deelnemingsvrijstelling wordt bij het bepalen van het belastbare bedrag van de fiscale eenheid geen rekening gehouden met eventuele winsten of verliezen uit het bezit, de verwerving of de vervreemding van een deelneming. Het HvJ EU stelt dat deze *algemene* vrijstellingsregel dubbele verliesverrekening binnen een fiscale eenheid beoogd te voorkomen. Dit in tegenstelling tot het arrest Société Papillon¹⁶⁹ waarbij de *bijzondere* bepalingen uit het Franse fiscale eenheidsregime tot neutralisatie van bepaalde transacties tussen de vennootschappen beoogd te voorkomen. De deelnemingsvrijstelling dient volgens het HvJ EU immers 'zo te worden opgevat dat een in Nederland gevestigde moedervenootschap nooit een verlies uit een deelneming in een van haar dochterondernemingen kan verrekenen, ook al is deze dochteronderneming in een andere lidstaat gevestigd'.¹⁷⁰ Ten gevolge kan geen rechtstreekse verband worden gelegd tussen het voordeel dat voortvloeit uit het vormen van een fiscale eenheid en de compensatie van dat voordeel door een bepaalde belastingheffing. Zodoende kan de belemmering niet worden gerechtvaardigd door de noodzaak om het Nederlandse belastingstelsel te waarborgen.

Naar mijn mening wijst echter het HvJ EU de rechtvaardigingsgrond om de noodzaak om het Nederlandse belastingstelsel te waarborgen af op basis van een onjuiste uitleg van de (werking van het) fiscale eenheidsregime en de deelnemingsvrijstelling. Het HvJ EU stelt in r.o. 37 dat de deelnemingsvrijstelling een algemene regel is dat geldt voor kapitaalparticipaties van *meer* dan 5%.

¹⁶⁷ HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-39/13 (SCA Group Holding BV) en C-41/13 (MSA International Holdings BV), V-N 2014/30.9, r.o. 36.

¹⁶⁸ HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-39/13 (SCA Group Holding BV) en C-41/13 (MSA International Holdings BV), V-N 2008/59.20., V-N 2014/30.9, r.o. 37.

¹⁶⁹ HvJ EG 27 november 2008, zaak C-418/07 (Société Papillon), V-N 2008/59.20.

¹⁷⁰ HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-39/13 (SCA Group Holding BV) en C-41/13 (MSA International Holdings BV), V-N 2008/59.20., V-N 2014/30.9, r.o. 39.

Niettemin geldt op grond van artikel 13, lid 2, onderdeel a, Wet Vpb 1969 de deelnemingsvrijstelling voor belangen van *ten minste* 5% in het *nominaal gestorte aandelenkapitaal*. De deelnemingsvrijstelling geldt dus niet uitsluitend voor belangen van meer dan 5%. Bovendien is de toegang tot de deelnemingsvrijstelling ruimer dan dat het HvJ EU stelt. De overige belangen die kwalificeren voor de deelnemingsvrijstelling zijn in artikel 13, lid 2, onderdeel b t/m d, Wet Vpb 1969 vastgelegd.¹⁷¹

Daarnaast stelt het HvJ EU in rechtsoverweging 37 dat de deelnemingsvrijstelling voor alle fiscale eenheden geldt, omdat voor de vorming van de fiscale eenheid een kapitaalparticipatie van ten minste 95% vereist is. In r.o. 38 stelt het HvJ EU dat door de toepassing van de deelnemingsvrijstelling dubbele verliesverrekening binnen een fiscale eenheid wordt voorkomen. Hiermee lijkt het HvJ EU te doelen dat binnen een fiscale eenheid de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. De deelnemingsvrijstelling heeft binnen de fiscale eenheid tussen de gevoegde maatschappijen echter geen werking, omdat een gevoegde dochtermaatschappij niet kwalificeert als een deelneming. Door de werking van de fiscale eenheid worden immers alle werkzaamheden en vermogen van de gevoegde dochtermaatschappijen toegerekend aan de moedermaatschappij en worden de gevoegde maatschappijen als één belastingplichtige voor de vennootschapsbelasting aangemerkt. Hierdoor vallen de onderlinge aandeelhouders- en deelnemingsrelaties tussen de gevoegde lichamen weg en vindt de deelnemingsvrijstelling binnen de fiscale eenheid geen werking.

Verder stelt het HvJ EU in r.o. 39 dat door de toepassing van de deelnemingsvrijstelling nimmer een in Nederland gevestigde moedervenootschap een verlies uit haar (niet in Nederland gevestigde) deelneming kan verrekenen. Daarmee miskent het HvJ EU echter de liquidatieregeling van artikel 13d Wet Vpb 1969. De liquidatieverliesregeling is een uitzondering op de hoofdregel van de deelnemingsvrijstelling. Bij de bepaling van de winst blijven de positieve en negatieve voordelen uit hoofde van een deelneming buiten aanmerking. Onder omstandigheden is door de toepassing van de liquidatieregeling voor de moedervenootschap wel mogelijk om een verlies dat verband houdt met de liquidatie van een deelneming ten laste van haar eigen winst te brengen.¹⁷²

¹⁷¹ De overige belangen van artikel 13, lid 2, onderdeel b t/m d, Wet Vpb 1969 laat ik verder buiten beschouwing, omdat deze verder niet van belang zijn voor mijn scriptie.

¹⁷² De wijze waarop een ingezeten moedervenootschap door de toepassing van de liquidatieregeling een verlies uit een niet in Nederland gevestigde dochteronderneming in aanmerking kan nemen, bespreek ik bij de behandeling van de arresten van Hof Amsterdam van 11 december 2014 (nr. 11/00824bis, nr. 11/00587bis en nr. 11/00180bis) in paragraaf 3.6.

Het rechtvaardigen van de belemmering op grond van de noodzaak om belastingontwijking te voorkomen kan evenmin volstaan, omdat de doelstelling van het fiscale eenheidsregime niet als specifiek doel heeft om volstrekt kunstmatige constructies¹⁷³ te bestrijden.

Het HvJ concludeert dat sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging en deze beperking niet kan worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang.

*In de zaken C-39/13 en C-41/13 moeten de artikelen 49 VWEU en 54 VWEU aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een wettelijke regeling van een lidstaat volgens welke een ingezeten moedervenootschap een fiscale eenheid met een ingezeten kleindochteronderneming kan vormen wanneer zij deze kleindochter bezit via een of meer ingezeten vennootschappen, doch niet wanneer zij deze kleindochter bezit via niet-ingezeten vennootschappen zonder vaste inrichting in deze lidstaat.*¹⁷⁴

3.5.3 Zustersvennootschappen zaak

3.5.3.1 Zaak C-40/13 - X AG

In de zaak C-40/13¹⁷⁵ betreft het een in Duitsland gevestigde vennootschap X AG die onmiddellijk 100% van de aandelen houdt in twee in Nederland gevestigde vennootschappen [D1] BV en [D2] BV.

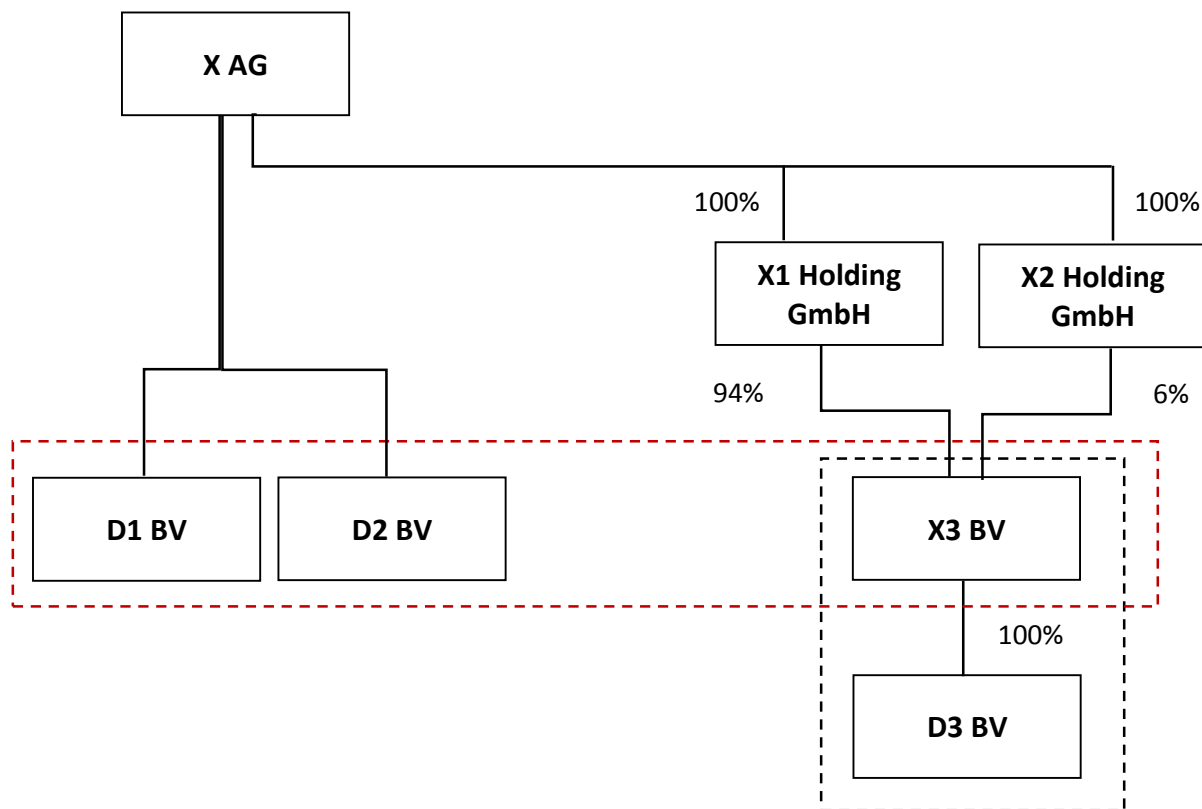
Daarnaast bezit X AG middellijk, via twee in Duitsland gevestigde vennootschappen [X1 Holding] GmbH en [X2 Holding] GmbH, 94% van de aandelen in [X3 Holding] BV (hierna: X3 BV). De resterende 6% van de aandelen in X3 BV worden door X AG middellijk gehouden via [X2 Holding] GmbH. X3 BV is een in Nederland gevestigde vennootschap die als houdstervenootschap fungeert van diverse Nederlandse en buitenlandse vennootschappen en deelnemingen. Een van deze vennootschappen is een in Nederland gevestigde vennootschap 'D3 BV' waarin zij 100% van de aandelen bezit. Sinds 1 juli 2007 vormen X3 BV en D3 BV een fiscale eenheid.¹⁷⁶ De casus kan als volgt worden geïllustreerd:

¹⁷³ Kunstmatige constructies zijn constructies die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om belasting te ontwijken. Zie onder andere de arresten HvJ EU 16 juli 1998, zaak C-264/96 (ICI), BNB 1998/420, r.o. 26 en HvJ EU 12 september 2006, zaak C-196/04 (Cadbury Schweppes), BNB 2007/54, r.o. 55.

¹⁷⁴ HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-39/13 (SCA Group Holding BV) en C-41/13 (MSA International Holdings BV), V-N 2014/30.9, r.o. 43.

¹⁷⁵ HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-40/13 (X AG), V-N 2014/30.9.

¹⁷⁶ De feiten van de casus zijn ontleend aan de feiten uit Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00180, V-N Vandaag 2013/120, r.o. 2.1-2.8.



Afbeelding 9

X3 BV, D1 BV en D2 BV hebben gezamenlijk verzocht om in een fiscale eenheid te worden opgenomen. De inspecteur heeft echter dit verzoek afgewezen, omdat de gemeenschappelijke moedervernootschap van X3 BV, D1 BV en D2 BV niet in Nederland is gevestigd en aldaar ook niet over een vaste inrichting beschikt.

De centrale vraag die met betrekking tot de zaak C-40/13 dient te worden beantwoord, is of de vrijheid van vestiging zich toe verzet tegen het Nederlandse fiscale eenheidsregime waarbij in Nederland gevestigde zusterovernootschappen een fiscale eenheid kunnen vormen ingeval de aandelen in deze vennootschappen worden gehouden door een gemeenschappelijke in Nederland gevestigde moedervernootschap, doch niet ingeval de aandelen in de zusterovernootschappen worden gehouden door een gemeenschappelijke niet in Nederland gevestigde moedervernootschap en die aldaar niet over een vaste inrichting beschikt.

3.5.3.2 Belemmering?

Het HvJ EU stelt, net als in de Nederlandse Papillon zaken, dat sprake is van een verschil in behandeling naargelang de plaats van de zetel van de gemeenschappelijke moedervenootschap. Enerzijds hebben in Nederland gevestigde zusterervenootschappen waarvan de aandelen worden gehouden door een gemeenschappelijke in Nederland gevestigde moedervenootschap de mogelijkheid om een fiscale eenheid te vormen. Hierdoor kunnen zij bij de bepaling van hun belastbare winst onmiddellijk de verliezen en winsten verrekenen tussen de gevoegde venootschappen. Anderzijds hebben in Nederland gevestigde zusterervenootschappen deze mogelijkheid niet indien de aandelen in deze venootschappen worden gehouden door een gemeenschappelijke niet in Nederland gevestigde moedervenootschap. Zodoende worden grensoverschrijdende situaties benadeeld ten opzichte van zuiver binnenlandse situaties. Overigens doet aan het bestaan van de belemmering niet af indien de gemeenschappelijke moedervenootschap van de te consolideren venootschappen op een hoger niveau in de concernstructuur bevindt, omdat de niet in Nederland gevestigde tussenhoudstervenootschappen die niet over een vaste inrichting in Nederland beschikken, zelf geen deel kunnen uitmaken van de fiscale eenheid. Dientengevolge oordeelt het HvJ EU dat sprake is van een belemmering.¹⁷⁷

3.5.3.3 Rechtvaardigingsgrond?

De belemmering kan niet worden gerechtvaardigd door de noodzaak om het Nederlandse belastingstelsel te waarborgen, daaronder begrepen de voorkoming van dubbele verliesverrekening. Volgens het HvJ EU is geen sprake van een rechtstreeks verband tussen de toekenning van het betrokken belastingvoordeel en de compensatie van dat voordeel door een bepaalde belastingheffing.¹⁷⁸ Het HvJ EU laat daarbij haar argumentatie achterwege. De belemmering kan mijns inziens (ook) niet worden gerechtvaardigd door de noodzaak om het Nederlandse belastingstelsel te waarborgen, omdat het uitsluitend de winsten en verliezen van in Nederland gevestigde (zuster)venootschappen betreft. Indien sprake is van een fiscale eenheid tussen in Nederland gevestigde zusterervenootschappen waarvan de aandelen worden gehouden door een gemeenschappelijke niet in Nederland gevestigde moedervenootschap, raken de eventuele verliezen van de gemeenschappelijke moedervenootschap de Nederlandse belastinggrondslag niet. Hierdoor bestaat geen gevaar voor dubbele verliesverrekening.

¹⁷⁷ HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-40/13 (X AG), V-N 2014/30.9, r.o. 44-49.

¹⁷⁸ HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-40/13 (X AG), V-N 2014/30.9, r.o. 53 en 54.

Het rechtvaardigen van de belemmering op grond van de noodzaak om belastingontwijking te voorkomen kan evenmin volstaan. De doelstelling van het fiscale eenheidsregime heeft immers niet als specifiek doel om volstrekt kunstmatige correcties te bestrijden. Daarbij verwijst het HvJ EU naar dezelfde overwegingen als die zijn besproken bij de Nederlandse Papillon zaken in paragraaf 3.5.2.4.¹⁷⁹

Het HvJ concludeert dat sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging en deze beperking niet kan worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang.

*In zaak C-40/13 moeten de artikelen 49 VWEU en 54 VWEU aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een wettelijke regeling van een lidstaat volgens welke toepassing van de regeling van de fiscale eenheid wordt toegekend aan een ingezeten moedervenootschap met ingezeten dochterondernemingen, maar toepassing van deze regeling wordt onthouden aan ingezeten zusterervenootschappen waarvan de gemeenschappelijke moedervenootschap niet in deze lidstaat is gevestigd en aldaar niet over een vaste inrichting beschikt.*¹⁸⁰

3.6 Zaken Hof Amsterdam van 11 december 2014

3.6.1 Inleiding

Hof Amsterdam heeft op 11 december 2014 een drietal zaken¹⁸¹ gewezen naar aanleiding van de uitspraak van het HvJ EU van 12 juni 2014 inzake de zaken C-39/13, C-40/13 en C-41/13.¹⁸² Voor de bespreking van deze zaken hanteer ik dezelfde volgorde als bij de bespreking van het arrest van HvJ EU van 12 juni 2014. Deze drie zaken worden echter door Hof Amsterdam in tegenstelling tot het HvJ EU individueel behandeld. Niettemin behandel ik de Nederlandse Papillon zaken wel gezamenlijk, omdat het Hof in deze zaken vrijwel dezelfde rechtsoverwegingen¹⁸³ overweegt.

3.6.2 nr. 11/00587bis - SCA Group Holding BV en nr. 11/00824bis - MSA International Holdings BV

De centrale vraag die in de zaak van Hof Amsterdam van 11 december 2014 dient te worden beantwoord, is of de Nederlandse wettelijke regeling in strijd is met de vrijheid van vestiging in de

¹⁷⁹ HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-40/13 (X AG), V-N 2014/30.9, r.o. 55.

¹⁸⁰ HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-40/13 (X AG), V-N 2014/30.9, r.o. 56.

¹⁸¹ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00587bis, V-N 2015/7.12, Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00824bis, V-N 2015/7.17.18 en Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00180bis, V-N 2015/7.11.

¹⁸² HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-39/13 (SCA Group Holding BV), zaak C-41/13 (MSA International Holdings BV) en zaak C-40/13 (X AG), V-N 2014/30.9.

¹⁸³ Bij de behandeling van de zaken nr. 11/00587bis en nr. 11/00824bis volsta ik met de verwijzing naar de rechtsoverweging(en) uit de zaak nr. 11/00587bis. De vernummering van deze rechtsoverwegingen zijn in beide zaken (vrijwel) gelijk.

artikelen 49 en 54 van het VWEU. In beginsel is het Hof van mening dat sprake is van een belemmering, omdat de vorming van een fiscale eenheid tussen SCA Group Holding en haar (achter)kleindochtervennootschappen respectievelijk MSA International Holding BV en haar kleindochtervennootschap [X Nederland] BV niet wordt toegestaan indien de aandelen in de (achter)kleindochtervennootschap(pen) worden gehouden door één of meer niet in Nederland gevestigde tussenhoudstervenootschap(pen). Dit betekent echter nog niet dat het Nederlandse fiscale eenheidsregime een beperking vormt voor de vrijheid van vestiging. Hiervoor dient in de eerste plaats te worden onderzocht of en in hoeverre de grensoverschrijdende situatie en de zuiver binnenlandse situatie voldoende objectief vergelijkbaar is. Slechts indien sprake is van objectieve vergelijkbare situaties behoeft immers een dergelijke beperking rechtvaardiging uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang.¹⁸⁴

3.6.2.1 Belemmering?

Hof Amsterdam is het met het HvJ EU eens dat sprake is van een belemmering, omdat het fiscale eenheidsregime wel open staat voor een in Nederland gevestigde moeder- en kleindochtermaatschappij indien de tussenhoudstervenootschap eveneens in Nederland is gevestigd (en deel uitmaakt van de fiscale eenheid), terwijl dit niet open staat indien de tussenhoudstervenootschap in een andere lidstaat is gevestigd.¹⁸⁵

3.6.2.2 Rechtvaardigingsgrond?

Zoals in paragraaf 3.5.2.4 is besproken, kan de belemmering volgens het HvJ EU niet worden gerechtvaardigd door de noodzaak om het Nederlandse belastingstelsel te waarborgen. De deelnemingsvrijstelling is een algemene vrijstellingsregel waarbij een moedervernootschap nimmer een verlies uit een deelneming in een van haar dochtervennootschappen kan verrekenen, ook al is deze dochteronderneming in een andere lidstaat gevestigd.¹⁸⁶ Daarentegen is volgens de inspecteur dit oordeel van het HvJ EU niet verenigbaar dat de belemmering niet kan worden gerechtvaardigd uit het oogpunt van samenhang van het belastingstelsel. De inspecteur stelt dat 'de uitspraak van het HvJ EU op

¹⁸⁴ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00587bis, V-N 2015/7.12, r.o. 4.0.

¹⁸⁵ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00587bis, V-N 2015/7.12, r.o. 4.2-4.6.

¹⁸⁶ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00587bis, V-N 2015/7.12, r.o. 4.8.

dit punt getuigt van een onvolledig en/of onjuist inzicht in het Nederlandse belastingstelsel'. Daarbij geeft hij de volgende drie argumenten:¹⁸⁷

- i. Gelet op het bestaan van de liquidatieverliesregeling als voorzien in artikel 13d van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, is het onjuist dat belanghebbende nimmer een verlies uit de deelneming [I] AG in aanmerking kan nemen;*
- ii. Het is onjuist of onvolledig dat belanghebbende niet – ook – een verlies ter zake van een lening aan [I] AG of [J] GmbH in aanmerking kan nemen; en*
- iii. Het is onjuist te negeren dat [I] AG of [J] GmbH eveneens een verlies in aanmerking kan nemen uit hoofde van haar deelneming in X3 BV of (een van) de andere (achter)kleindochters dan wel een aan deze (achter)kleindochter verstrekte lening.*

Op grond van deze argumenten is de inspecteur van mening dat de onderhavige belemmering, net als in het arrest *Société Papillon*¹⁸⁸, kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak om het Nederlandse belastingstelsel te waarborgen.¹⁸⁹

3.6.2.2.1 Bilaterale dubbele verliesverrekening

Blijkens de jurisprudentie van het HvJ EU stelt Hof Amsterdam in de eerste plaats vast dat de voorkoming van bilaterale of unilaterale dubbele verliesverrekening¹⁹⁰ niet wordt aanvaard als een autonome rechtvaardigingsgrond voor de beperking van de vrijheid van vestiging. Dit geldt slechts voor zover zij gericht is op het handhaven van de verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen lidstaten. Volgens het Hof is van een dermate 'gericht zijn' in onderhavig geval geen sprake. Verder stelt het Hof dat uit rechtsoverweging 34 en 35 van het arrest *Société Papillon* niet kan worden afgeleid dat de voorkoming van bilaterale dubbele verliesverrekening als argument zou kunnen worden gebruikt ter onderbouwing van een beroep op de rechtvaardiging door de noodzaak om het Nederlandse belastingstelsel te waarborgen, ook niet in onderhavig geval waarbij het risico op bilaterale dubbele verliesverrekening zich voordoet binnen een ononderbroken verticale keten van vennootschappen. Het

¹⁸⁷ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00587bis, V-N 2015/7.12, r.o. 4.10.3. Deze argumenten zijn eveneens genoemd in rechtsoverweging 4.10.3 in Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00824bis, V-N 2015/7.17.18. Het enige verschil tussen deze rechtsoverwegingen is de verwijzing van de namen van de vennootschappen in casu.

¹⁸⁸ HvJ EG 27 november 2008, zaak C-418/07 (*Société Papillon*), V-N 2008/59.20.

¹⁸⁹ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00587bis, V-N 2015/7.12, r.o. 4.9-4.10.4.

¹⁹⁰ Bilaterale dubbele verliesverrekening houdt in dat (dezelfde) verliezen dubbel worden verrekend over twee verschillende lidstaten. Unilaterale dubbele verliesverrekening houdt in dat (dezelfde) verliezen dubbel worden verrekend binnen één en dezelfde lidstaat.

Hof maakt uit rechtsoverweging 34 van het arrest Société Papillon op dat in die zaak sprake was van samenhang van het (Franse) belastingstelsel voor zover het unilaterale dubbele verliesverrekening betrof. Uit dit arrest kan echter (ook) worden opgemaakt dat het bilaterale dubbele verliesverrekening betrof. Een verlies van de kleindochtermaatschappij zou immers toe kunnen leiden dat dit verlies wordt verrekend bij zowel de in Frankrijk gevestigde moedermaatschappij als de niet in Frankrijk gevestigde tussenhoudstervennootschap. Het verlies zou bij de in Frankrijk gevestigde moedermaatschappij binnen fiscale eenheid kunnen worden verrekend en bij de niet in Frankrijk gevestigde tussenhoudstervennootschap in aanmerking worden genomen ter zake van de afwaardering in de kleindochtermaatschappij. Niettemin kan bilaterale dubbele verliesverrekening de belemmering niet rechtvaardigen. Volgens het Hof is dit voorbeeld slechts gegeven ter illustratie van het verschil tussen het Franse en het Nederlandse fiscale eenheidsregime en heeft het voorbeeld louter betrekking op unilaterale dubbele verliesverrekening.¹⁹¹ Uit rechtsoverweging 34 en 35 van het arrest Société Papillon maakt het Hof bovendien op dat dient te worden onderzocht of ‘binnen het regime van de fiscale eenheid bepalingen zijn te vinden die de voordelen van de fiscale eenheid compenseren door daartegenover een bepaald nadeel te plaatsen’.¹⁹² Bij het Franse fiscale eenheidsregime is die gedachtegang te vinden, omdat een verlies van de kleindochtermaatschappij wordt geneutraliseerd door middel van (specifieke) correcties in het Franse fiscale eenheidsregime. Het eventuele verlies dat de in Frankrijk gevestigde dochtermaatschappij ter zake van de afwaardering in de kleindochtermaatschappij zou nemen, wordt alsdan geneutraliseerd. Binnen het Nederlandse fiscale eenheidsregime zijn echter geen dergelijke ‘compenseringsmaatregelen’ te vinden. Verder stelt het Hof dat in de jurisprudentie van het HvJ EU is bevestigd dat ‘een lidstaat niet zijn belastingstelsel hoeft af te stemmen op dat van een andere lidstaat teneinde in alle situaties een verschil in behandeling van grensoverschrijdende situaties te vermijden’.¹⁹³ Dientengevolge kan een lidstaat zich niet met succes beroepen op het belastingstelsel van een andere lidstaat om een belemmering te rechtvaardigen. Op basis van bovenstaande overwegingen concludeert het Hof dat de belemmering niet kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak om bilaterale dubbele verliesverrekening te voorkomen.¹⁹⁴

¹⁹¹ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00587bis, V-N 2015/7.12, r.o. 4.11-4.13.1.

¹⁹² Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00587bis, V-N 2015/7.12, r.o. 4.13.2.

¹⁹³ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00587bis, V-N 2015/7.12, r.o. 4.13.4.

¹⁹⁴ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00587bis, V-N 2015/7.12, r.o. 4.14.

Mijns inziens concludeert het Hof terecht dat de belemmering niet kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak om bilaterale dubbele verliesverrekening te voorkomen. Uit het arrest Philips Electronics¹⁹⁵ kan immers worden afgeleid dat de noodzaak om (bilaterale) dubbele verliesverrekening geen zelfstandige rechtvaardigingsgrond vormt. In dit arrest betreft het een in Nederland gevestigde vennootschap met een in het Verenigd Koninkrijk aanwezige vaste inrichting. De centrale vraag is of een overdracht mocht plaatsvinden van het verlies van de vaste inrichting aan een andere in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap binnen eenzelfde groep. Het HvJ EU oordeelde dat sprake was van een belemmering, omdat de overdracht van het verlies niet mogelijk was indien in de staat van de vaste inrichting mogelijkheid bestond tot aftrek of verrekening van dat betreffende verlies. Daarentegen gold deze voorwaarde niet bij de overdracht van een verlies van een in Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap. Volgens het HvJ EU rechtvaardigt de noodzaak om (bilaterale) dubbele verliesverrekening te voorkomen deze belemmering niet, omdat het een verlies betreft binnen een en dezelfde lidstaat (in casu: het Verenigde Koninkrijk). Daaraan doet niet af dat het verlies van de vaste inrichting in Nederland konden worden verrekend.¹⁹⁶ Hieruit kan worden opgemaakt dat bilaterale dubbele verliesverrekening geen geldige rechtvaardigingsgrond vormt voor het weigeren van een Nederlandse Papillon fiscale eenheid. Bovendien vloeit bilaterale dubbele verliesverrekening voort uit de dispariteit tussen belastingstelsels van twee verschillende lidstaten. Het risico op bilaterale dubbele verliesverrekening bij een Nederlandse Papillon fiscale eenheid zou zich immers ook voordoen zonder de vorming van een fiscale eenheid tussen de in Nederland gevestigde moeder- en kleindochtermaatschappij. Verder blijkt uit de jurisprudentie van het HvJ EU¹⁹⁷ niet dat belastingplichtigen in beginsel geen belastingvoordelen mogen behalen die voortvloeien uit de dispariteit tussen belastingstelsels. Voorts zou het mijns inziens niet wenselijk zijn indien het voorkomen van bilaterale dubbele verliesverrekening een rechtvaardigingsgrond vormt, omdat bij bilaterale dubbele verliesverrekening verliezen betreft in twee verschillende lidstaten. Om die dubbele verliesverrekening te voorkomen, zou één van de twee lidstaten zich moeten weren tegen het in aanmerking nemen van het verlies. Alsdan rijst de vraag welke lidstaat afstand mag nemen van het in aanmerking nemen van dit verlies? Welke criterium of criteria zou daarbij moeten worden gehanteerd? In ieder geval kan worden gesteld dat het laten gelden van het voorkomen van bilaterale dubbele verliesverrekening als rechtvaardigingsgrond, nadelig is voor de belastingplichtige. Dit druist naar mijn

¹⁹⁵ HvJ EU 6 september 2012, zaak C-18/11 (Philips Electronics), V-N 2012/21.19.

¹⁹⁶ HvJ EU 6 september 2012, zaak C-18/11 (Philips Electronics), V-N 2012/21.19, r.o. 31.

¹⁹⁷ Zie o.a. HvJ EU 12 september 2006, zaak C-196/04 (Cadbury Schweppes), BNB 2007/54, V-N 2006/49.15 en HvJ EU 6 september 2012, zaak C-18/11 (Philips Electronics), V-N 2012/21.19.

mening in tegen de gedachte dat belastingplichtigen in beginsel belastingvoordelen mogen behalen die voortvloeien uit de dispariteit tussen belastingstelsels.

3.6.2.2.2 Unilaterale dubbele verliesverrekening

In rechtsoverweging 37 en 38 heeft Het HvJ EU in het arrest van 12 juni 2014¹⁹⁸ uiteengezet dat de noodzaak om het Nederlandse belastingstelsel te waarborgen niet als rechtvaardiging geldt voor de belemmering vanwege de samenloop van de werking van het fiscale eenheidsregime en de deelnemingsvrijstelling. In rechtsoverweging 39 stelt het HvJ EU dat door de werking van de deelnemingsvrijstelling een in Nederland gevestigde moeder vennootschap nimmer een verlies uit een deelneming in een van haar dochterondernemingen kan verrekenen, ook al is deze dochteronderneming in een andere lidstaat gevestigd.¹⁹⁹ In paragraaf 3.5.2.4 heb ik opgemerkt dat dit oordeel van het HvJ EU is gebaseerd op een onjuiste uitleg van de (werking van het) fiscale eenheidsregime en de deelnemingsvrijstelling. Ook Hof Amsterdam getuigt van deze mening. Volgens het Hof is het oordeel van het HvJ EU in zoverre onvolledig 'dat daarbij over het hoofd wordt gezien dat de deelnemingsvrijstelling geen toepassing vindt ter zake van een verlies op een deelneming dat tot uitdrukking komt bij liquidatie en ontbinding van de desbetreffende dochter vennootschap (artikel 13d Wet Vpb)'.²⁰⁰ Artikel 13d Wet Vpb 1969 is de liquidatieverliesregeling en vormt een uitzondering op de hoofdregel van de deelnemingsvrijstelling dat bij het bepalen van de winst de positieve en negatieve voordelen uit hoofde van een deelneming buiten aanmerking blijven. Onder omstandigheden is door de toepassing van de liquidatieregeling voor de moeder vennootschap wel mogelijk om het verlies dat verband houdt met de liquidatie van een deelneming ten laste van haar eigen winst te brengen. De gedachtegang van de liquidatieverliesregeling is dat bij liquidatie van een deelneming de mogelijkheid om verliezen te verrekenen met toekomstige winsten bij de desbetreffende deelneming voorgoed verloren gaat. Zonder nadere maatregel zou door de werking van de deelnemingsvrijstelling de moeder vennootschap evenmin een verlies in aanmerking kunnen nemen. Dit druist tegen de ratio van de deelnemingsvrijstelling in waarbij winsten en verliezen voor de vennootschapsbelasting slechts eenmaal in aanmerking dienen te worden genomen.²⁰¹ Ook in de grensoverschrijdende situatie waarbij een in Nederland gevestigde moeder vennootschap (in casu: SCA Group Holding BV respectievelijk MSA International Holding BV) een niet in Nederland gevestigde deelneming (in casu: [I] AG of [J] GmbH

¹⁹⁸ HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-40/13 (X AG), V-N 2014/30.9.

¹⁹⁹ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00587bis, V-N 2015/7.12, r.o. 4.15.

²⁰⁰ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00587bis, V-N 2015/7.12, r.o. 4.16.1.

²⁰¹ Kamerstukken II 1959-1960, 6000, nr. 3.

respectievelijk [X] GmbH heeft, is een eventueel liquidatieverlies onder omstandigheden aftrekbaar bij de moedervennootschap. Daarentegen is in de binnenlandse situatie waarbij een in Nederland gevestigde tussenhoudster/dochtermaatschappij deel uitmaakt van de fiscale eenheid tussen de in Nederland gevestigde moeder- en kleindochtermaatschappij, een aftrek van een dergelijk liquidatieverlies uitgesloten. Door de werking van het fiscale eenheidsregime worden immers alle vermogen en werkzaamheden van de dochter- en (achter)kleindochtermaatschappijen toegerekend aan de moedermaatschappij. Door de fiscale consolidatie kunnen liquidatieverliezen ter zake van de gevoegde dochter- en (achter)kleindochtermaatschappijen binnen een fiscale eenheid zich niet voordoen. Dit vormt in zoverre een nadelig effect van het fiscale eenheidsregime. Vervolgens stelt het Hof vast dat in onderhavig geval om hetzelfde verlies gaat. Een dergelijk liquidatieverlies uit hoofde van de deelnemingen van SCA Group Holding respectievelijk MSA International Holding BV, [I] AG] en [J] GmbH respectievelijk [X] GmbH, of een verlies uit hoofde van een vordering op X2 BV, X3 BV of X4 BV respectievelijk [X] Nederland BV is hetzelfde verlies als het verlies dat door die betreffende (achter)kleindochtermaatschappij is geleden.²⁰² In het arrest Société Papillon bestaat immers door de toekenning van een fiscale eenheid tussen een ingezeten moeder- en kleindochtermaatschappij waarbij de niet ingezeten tussenhoudstervenootschap geen deel uitmaakt van de fiscale eenheid, de mogelijkheid op dubbele verliesverrekening: eenmaal het verlies van de ingezeten kleindochtermaatschappij dat binnen de fiscale eenheid wordt verrekend en eenmaal het verlies ter zake van de afwaardering van het belang of haar vordering van de niet ingezeten dochtermaatschappij in de ingezeten kleindochtermaatschappij.²⁰³

Dit is precies de kwestie die door de werking van het fiscale eenheidsregime en de deelnemingsvrijstelling (specifiek de liquidatieverliesregeling van artikel 13d Wet Vpb 1969) in het Nederlandse belastingstelsel zich zou voordoen indien een fiscale eenheid tussen een in Nederland gevestigde moeder- en (achter)kleindochtermaatschappij(en) mogelijk is waarbij de tussenhoudstervenootschap(pen) in een andere lidstaat is gevestigd. Daarmee komt het Hof tot de conclusie dat de belemmering kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak om de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel te waarborgen 'voor zover geen liquidatieverliezen ter zake van gevoegde (achter)(klein)dochtervennootschappen kunnen ontstaan en dat die coherentie in het geval van de door belanghebbende verzochte fiscale eenheid onder omstandigheden teniet zou kunnen

²⁰² Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00587bis, V-N 2015/7.12, r.o. 4.16.2.

²⁰³ HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-40/13 (X AG), V-N 2014/30.9, r.o. 35.

worden gedaan, hetgeen de samenhang van het fiscale eenheidsregime aantast'.²⁰⁴ Daarnaast geldt dit punt van de fiscale coherentie ter zake van de door SCA Group Holding BV respectievelijk MSA International Holding BV verstrekte leningen aan [I] AG of [J] GmbH respectievelijk [X] GmbH. Indien een in Nederland gevestigde dochtermaatschappij deel uitmaakt van de fiscale eenheid tussen een in Nederland gevestigde moeder- en kleindochtermaatschappij, is door de fiscale consolidatie als gevolg van de werking van het fiscale eenheidsregime dubbele verliesaftrek uitgesloten. Binnen de fiscale eenheid zijn onderlinge schulden en vorderingen immers fiscaal onzichtbaar. Dit geldt echter niet indien een fiscale eenheid mogelijk is tussen slechts de in Nederland gevestigde moeder- en kleindochtermaatschappij waarbij de niet in Nederland gevestigde tussenhoudstervennootschap geen deel uitmaakt van de fiscale eenheid. In dat geval kan sprake zijn van dubbele verliesaftrek. De door SCA Group Holding BV respectievelijk MSA International Group Holding BV verstrekte lening aan [I] AG of [J] GmbH respectievelijk [X] GmbH is niet fiscaal onzichtbaar. [I] AG of [J] GmbH respectievelijk [X] GmbH maken immers deel geen uit van de fiscale eenheid tussen de in Nederland gevestigde moeder- en (achter)kleindochtermaatschappijen.²⁰⁵ Indien de kleindochtermaatschappij een verlies heeft geleden, vindt tweemaal een aftrek van verlies bij de moedermaatschappij plaats: eenmaal een verlies als gevolg van de fiscale consolidatie en eenmaal een verlies als gevolg van een eventuele afwaardering op de door de moedervernootschap verstrekte lening aan haar niet in Nederland gevestigde tussenhoudstervennootschap/dochtervernootschap. Dit laatste licht ik hierbij toe. Wanneer de kleindochtermaatschappij verliezen lijdt, kan dat effect hebben op de solvabiliteit van de tussenhoudstervennootschap. Dit heeft vervolgens effect op de waardering van de lening die op de balans staat van de debiteur/moedervernootschap. In dat geval kan de moedervernootschap de lening afwaarderen dat resulteert in het nemen van een verlies. Dit (tweede) verlies wordt niet voorkomen door de werking van het fiscale eenheidsregime, omdat [I] AG en [J] GmbH respectievelijk [X] GmbH immers geen deel kunnen uitmaken van de fiscale eenheid. Dit verlies is economisch gezien hetzelfde verlies als het verlies dat (al) door de fiscale consolidatie binnen de fiscale eenheid is verrekend. Tot slot komt het Hof tot de conclusie dat de belemmering kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak om de samenhang van het Nederlandse belastingstel te waarborgen.

3.6.2.3 Gaat de belemmering verder dan noodzakelijk is?

Het Hof stelt dat het Nederlandse fiscale eenheidsregime verder gaat dan noodzakelijk is om de coherentie van het Nederlandse belastingstelsel, het doel om dubbele verliesverrekening in Nederland

²⁰⁴ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00587bis, V-N 2015/7.12, r.o. 4.16.3.

²⁰⁵ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00587bis, V-N 2015/7.12, r.o. 4.17.

te voorkomen, te verwezenlijken. Dit doel kan immers worden bereikt met minder beperkende maatregelen, zoals het opnemen van aanvullende bepalingen in het BFE 2003. In artikel 34 e.v. van het BFE 2003 zijn bepalingen opgenomen die dubbele verliesverrekening bij een fiscale eenheid tussen een binnenlands belastingplichtige moedermaatschappij en de in Nederland aanwezige vaste inrichting van een buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij.²⁰⁶

Naar mijn mening heeft het Hof terecht een koppeling gemaakt naar de bepalingen die zijn vastgelegd in het BFE 2003. Bij een fiscale eenheid tussen een binnenlands belastingplichtige moedermaatschappij en de in Nederland aanwezige vaste inrichting van een buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij kan dubbele verliesverrekening ontstaan. Deze dubbele verliesverrekening wordt echter voorkomen door aanvullende bepalingen die zijn vastgelegd in het BFE 2003. Het eerste lid van artikel 35 BFE 2003 bepaalt dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing blijft op de buitenlandse belastingplichtige dochtermaatschappij. Alle bepalingen van de deelnemingsvrijstelling zijn daardoor van toepassing op de buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij alsof er geen fiscale eenheid is tussen de binnenlandse belastingplichtige moedermaatschappij en de in Nederland aanwezige vaste inrichting van een buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij. Artikel 35, lid 5 t/m 9, BFE 2003 ziet op de samenloop met de toepassing van de liquidatieverliesregeling van artikel 13d Wet Vpb 1969. Deze bepalingen zijn opgenomen om dubbele verliesverrekening te voorkomen indien de buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij wordt geliquideerd. Door de voeging van de in Nederland aanwezige vaste inrichting kan het verlies van de buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij in aftrek worden gebracht op de belastbare winst van de binnenlands belastingplichtige moedermaatschappij. Bij liquidatie van de buitenlandse belastingplichtige dochtermaatschappij zou dit verlies nogmaals via de liquidatieverliesregeling van artikel 13d Wet Vpb 1969 ten laste kunnen worden gebracht op de belastbare winst van de binnenlands belastingplichtige moedermaatschappij. Deze dubbele verliesverrekening wordt voorkomen door de bepalingen van artikel 35, lid 5 t/m 9, BFE 2003.

Het Hof komt tot de conclusie dat sprake is van een verboden beperking dat in strijd is met de vrijheid van vestiging. In het onderhavige geval betekent dit volgens het Hof dat 'aan belanghebbende de vorming van een fiscale eenheid niet mag worden geweigerd en dat daartoe artikel 15, lid 2, Wet Vpb jegens belanghebbende buiten toepassing dient te blijven voor zover daarin is bepaald dat een middellijk bezit van aandelen uitsluitend onder 'een bezit' als bedoeld in het eerste lid kan worden

²⁰⁶ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00587bis, V-N 2015/7.12, r.o. 4.19-4.20.1.

begrepen indien die aandelen onmiddellijk worden gehouden door één of meer belastingplichtigen die van de fiscale eenheid deel uitmaken'.²⁰⁷

3.6.3 nr. 11/00180bis - X AG

De centrale vraag die in de zaak van Hof Amsterdam van 11 december 2014²⁰⁸ dient te worden beantwoord, is of de Nederlandse wettelijke regeling in strijd is met de vrijheid van vestiging in de artikelen 49 en 54 van het VWEU. In beginsel vindt het Hof dat sprake is van een belemmering, omdat in het fiscale eenheidsregime een fiscale eenheid niet mogelijk is tussen in Nederland gevestigde zustervennootschappen waarvan de aandelen in die vennootschappen (uiteindelijk) wordt gehouden door X AG, een gemeenschappelijke niet in Nederland gevestigde (moeder)vennootschap. Dit betekent echter nog niet dat het Nederlandse fiscale eenheidsregime een beperking vormt voor de vrijheid van vestiging. Hiervoor dient in de eerste plaats te worden onderzocht of en in hoeverre de grensoverschrijdende situatie en de zuiver binnenlandse situatie voldoende objectief vergelijkbaar is. Slechts indien sprake is van objectieve vergelijkbare situaties behoeft immers een dergelijke beperking rechtvaardiging uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang.²⁰⁹

3.6.3.1 Belemmering?

Volgens Hof Amsterdam is sprake van een belemmering. De mogelijkheid tot het vormen van een fiscale eenheid tussen in Nederland gevestigde zustervennootschappen staat open indien de gemeenschappelijke moedervernootschap ook in Nederland is gevestigd en deel uitmaakt van de fiscale eenheid, terwijl deze mogelijkheid niet open staat voor een fiscale eenheid tussen in Nederland gevestigde zustervennootschappen indien de gemeenschappelijke moedervernootschap niet in Nederland is gevestigd en aldaar niet over een vaste inrichting beschikt. Voorts staat volgens het Hof buiten redelijke twijfel vast dat de onderhavige belemmering niet als dispariteit kan worden aangemerkt.²¹⁰

3.6.3.2 Rechtvaardiging?

Zoals in paragraaf 3.5.3.3 is besproken, kan de belemmering volgens het HvJ EU niet worden gerechtvaardigd door de noodzaak om het Nederlandse belastingstelsel te waarborgen, daaronder begrepen de voorkoming van dubbele verliesverrekening, omdat geen rechtstreeks verband bestaat

²⁰⁷ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00587bis, V-N 2015/7.12, r.o. 4.21.1-4.21.2.

²⁰⁸ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00180bis, V-N 2015/7.11.

²⁰⁹ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00180bis, V-N 2015/7.11, r.o. 4.0.

²¹⁰ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00180bis, V-N 2015/7.11, r.o. 4.3-4.5.

tussen het voordeel dat voortvloeit als gevolg van de vorming van de fiscale eenheid en de verrekening van dat voordeel door een bepaalde belastingheffing. De inspecteur stelt dat uit rechtsoverwegingen 34 en 35 van het arrest Société Papillon kan worden afgeleid dat aan de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel afbreuk wordt gedaan indien een verlies van één van de in Nederland gevestigde zustervennootschappen tweemaal in aftrek kan worden gebracht: eenmaal een verlies binnen de fiscale eenheid en eenmaal een verlies bij de gemeenschappelijke niet in Nederland gevestigde moedervernootschap. Daarbij heeft het HvJ EU erkend dat het principe van de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel is om dubbele verliesverrekening binnen eenzelfde groep van vennootschappen te voorkomen. Voorts ziet deze rechtvaardigingsgrond ook op dubbele verliesverrekening ter zake van leningen binnen diezelfde groep vennootschappen.²¹¹ Het Hof is met de inspecteur eens dat ‘de uitspraak van het HvJ EU op dit punt getuigt op een onvolledig en/of onjuist inzicht in het Nederlandse belastingstelsel’. Volgens het Hof grijpt de inspecteur daarbij op de volgende punten:²¹²

- i. Het bestaan van de liquidatieverliesregeling als voorzien in artikel 13d van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969;*
- ii. Het negeren dat door de betrokken Duitse moedervernootschap – ook – een verlies ter zake van een lening aan (een van) haar dochter/zustervennootschappen in aanmerking kan worden genomen; en*
- iii. Het negeren dat door de betrokken Duitse moedervernootschap – ook – een verlies ter zake van haar deelneming in de desbetreffende dochter-/zustervennootschap in aanmerking kan worden genomen.*

Op grond van de hiervoor genoemde overwegingen is de inspecteur van mening dat onderhavige belemmering kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak om de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel te waarborgen en dat tevens wordt voldaan aan het proportionaliteitsbeginsel, omdat de fiscale coherentie toeziet op het voorkomen van unilaterale en bilaterale dubbele verliesverrekening binnen een (verticale) keten van vennootschappen.²¹³

²¹¹ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00180bis, V-N 2015/7.11, r.o. 4.9-4.10.2.

²¹² Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00180bis, V-N 2015/7.11, r.o. 4.10.3.

²¹³ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00180bis, V-N 2015/7.11, r.o. 4.10.4.

3.6.3.2.1 Bilaterale dubbele verliesverrekening

Evenals bij de bespreking van de Nederlandse Papillon zaken, in paragraaf 3.6.2.2, stelt het HvJ EU dat de belemmering niet kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak om bilaterale dubbele verliesverrekening te voorkomen. Hiervoor overweegt het HvJ EU dezelfde rechtsoverwegingen als die zijn besproken in paragraaf 3.6.2.2.1. Samenvattend, kan de noodzaak om te voorkomen dat (een van) de Duitse moedervennootschappen (in casu: X AG, X1 Holding GmbH of X2 Holding GmbH) een verlies in aanmerking kan nemen uit hoofde van haar deelneming in de zusterervennootschappen (in casu: D1 BV, D2 BV en X3 BV), dan wel uit hoofde op een aan de Nederlandse zusterervennootschappen verstrekte lening, niet als rechtvaardiging kan gelden voor de belemmering.

3.6.3.2.2 Unilaterale dubbele verliesverrekening

In de rechtsoverwegingen 37 t/m 39 heeft het HvJ EU in zijn arrest van 12 juni 2014 uiteengezet waarom de noodzaak om de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel te waarborgen niet als rechtvaardiging kan gelden voor het afwijzen van de verzochte Nederlandse Papillon fiscale eenheden. Volgens het HvJ EU kan een in Nederland gevestigde moedervennootschap door de samenloop van de werking van het fiscale eenheidsregime en de deelnemingsvrijstelling nimmer een verlies uit haar deelneming in de niet in Nederland gevestigde tussenhoudstervennootschap verrekenen. Anders dan bij het Franse fiscale eenheidsregime in het arrest Société Papillon²¹⁴, zou bij het Nederlandse fiscale eenheidsregime geen noodzaak bestaan om door middel van bijzondere bepalingen unilaterale dubbele verliesverrekening te voorkomen.²¹⁵ In paragraaf 3.5.3.3 heb ik opgemerkt dat dit oordeel van het HvJ EU is gebaseerd op een onjuiste uitleg van de (werking van het) fiscale eenheidsregime en de deelnemingsvrijstelling. Ook Hof Amsterdam getuigt van deze mening. Naar het oordeel van het Hof is de interpretatie van het HvJ EU met betrekking tot de deelnemingsvrijstelling 'in zoverre onvolledig, dat daarbij over het hoofd wordt gezien dat de deelnemingsvrijstelling geen toepassing vindt ter zake van een verlies op een deelneming dat tot uitdrukking komt bij liquidatie en ontbinding van de desbetreffende dochterervennootschap (artikel 13 Wet Vpb)'.²¹⁶ Voor de uitleg met betrekking tot de liquidatieverliesregeling van artikel 13 Wet Vpb 1969 verwijs ik naar de toelichting in paragraaf 3.5.2.4. Vervolgens herhaalt het Hof dezelfde rechtsoverwegingen²¹⁷ als bij de hiervoor besproken zaken inzake

²¹⁴ HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-40/13 (X AG), V-N 2014/30.9.

²¹⁵ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00180bis, V-N 2015/7.11, r.o. 4.15.

²¹⁶ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00180bis, V-N 2015/7.11, r.o. 4.16.1.

²¹⁷ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00180bis, V-N 2015/7.11, r.o. 4.16.2-4.17.

SCA Group Holdings BV²¹⁸ en MSA International Holdings BV²¹⁹. Net als bij het arrest Société Papillon neemt het Hof in een ‘Papillon-achtige’ fiscale eenheid aan dat bij een eventueel liquidatieverlies bij de liquidatie van (een van) de niet in Nederland gevestigde tussenhoudstervennootschap(pen) om hetzelfde verlies gaat als het verlies dat bij de in Nederland gevestigde kleindochtervennootschappen is geleden. Daarmee oordeelt het Hof dat ‘het fiscale eenheidsregime coherent is voor zover liquidatieverliezen kunnen ontstaan ter zake van de gevoegde (klein)dochtermaatschappijen’.²²⁰ Ook geldt dit punt van de fiscale coherentie bij een ‘Papillon-achtige’ fiscale eenheid ter zake van de door de in Nederland gevestigde moedervernootschap verstrekte leningen aan de niet in Nederland gevestigde tussenhoudstervennootschappen.²²¹ Met betrekking tot de argumentatie waarom het fiscale eenheidsregime op dit punt coherent ten aanzien van een ‘Papillon’ fiscale eenheid dient te worden verondersteld, verwijs ik naar de toelichting in paragraaf 3.6.2.2.2.

Desalniettemin gaan bovenstaande overwegingen niet op voor een fiscale eenheid tussen in Nederland gevestigde zustervennootschappen (hierna: zusjes fiscale eenheid). De belemmering in onderhavig geval kan niet worden gerechtvaardigd door de noodzaak om de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel te waarborgen. Door de samenloop van het fiscale eenheidsregime en de deelnemingsvrijstelling kan bij een zusjes fiscale eenheid geen sprake zijn van dubbele (unilaterale) verliesverrekening. Een liquidatie- uit hoofde van een deelneming of een financieringsverlies ter zake van een verstrekte lening dat ten laste van de Nederlandse belastbare winst bij de moedervernootschap is gebracht, kan niet eveneens ten laste van de winst van de fiscale eenheid zijn gebracht. De moedervernootschap(pen) (in casu: X AG of X1 Holding GmbH of X2 Holding GmbH) die dergelijke verliezen in aanmerking zou kunnen nemen, is (zijn) immers niet in Nederland gevestigd. Zij kunnen daardoor geen deel uitmaken van de fiscale eenheid met de in Nederland gevestigde zustervennootschappen (in casu: D1 BV, D2 BV en X3 BV). Uitsluitend de in Nederland gevestigde zustervennootschappen die in de fiscale eenheid zijn gevoegd, vallen onder de regels van het fiscale eenheidsregime en binnen de fiscale eenheid is de aftrek van dergelijke verliezen uitgesloten.²²² Verder stelt het Hof dat de mogelijkheid dat de in Duitsland gevestigde moedervernootschap (in casu: X AG) een verlies uit hoofde van haar deelneming (in casu: X1 Holding GmbH of X2 Holding GmbH) of een verlies uit hoofde van een aan deze verstrekte lening ten laste kan brengen op haar Duitse belastbare

²¹⁸ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00587bis, V-N 2015/7.12.

²¹⁹ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00824bis, V-N 2015/7.17.18.

²²⁰ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00180bis, V-N 2015/7.11, r.o. 4.16.2-4.16.3.

²²¹ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00180bis, V-N 2015/7.11, r.o. 4.17.

²²² Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00180bis, V-N 2015/7.11, r.o. 4.18.1.

winst, niet de belemmering kan rechtvaardigen op grond van de noodzaak om de samenhang van het Nederlands belastingstelsel te waarborgen. Deze samenhang dient immers aan de hand van het Nederlandse belastingstelsel te blijken.²²³ Dientengevolge kan de belemmering niet worden gerechtvaardigd door de noodzaak om de samenhang van het Nederlandse belastingstel te waarborgen, daaronder begrepen het voorkomen van dubbele verliesverrekening.

Ten opzichte van het arrest van HvJ EU van 12 juni 2014²²⁴ overweegt Hof Amsterdam niet de noodzaak om belastingontwijking te voorkomen als rechtvaardigingsgrond. Niettemin doet dit mijns inziens niet af aan de conclusie van het HvJ EU dat de belemmering niet kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak om belastingontwijking te voorkomen, omdat voor deze rechtvaardigingsgrond het fiscale eenheidsregime tot doel dient te hebben om kunstmatige constructies te bestrijden. Uit rechtsoverweging 29 en 51 van het arrest van HvJ EU van 12 juni blijkt dat het fiscale eenheidsregime tot doel heeft om fiscale consolidatie mogelijk te maken teneinde een groep bestaande uit een moedervennootschap met haar dochter- en kleindochterondernemingen zo veel mogelijk gelijk te stellen met een onderneming met verschillende vestigingen en vennootschappen van eenzelfde groep fiscaal als één belastingplichtige voor de vennootschapsbelasting worden behandeld.

Nu vast is komen te staan dat de belemmering niet kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak om het Nederlandse belastingstelsel te waarborgen en daarmee unilaterale dubbele verliesverrekening te voorkomen, komt het Hof tot de conclusie dat sprake is van een verboden beperking van de vrijheid van vestiging. Het verzoek tot fiscale eenheid tussen de in Nederland gevestigde zustervennootschappen mag daarom niet worden geweigerd. Volgens het Hof 'zal de rechter in het algemeen slechts dan zelf in een gebrek dat aan een wettelijke regeling op het gebied van belastingen kleeft, kunnen voorzien indien zich uit het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis, voldoende duidelijk laat afleiden hoe zulks dient te geschieden'.²²⁵ Het Hof stelt dat aan het eerste lid van artikel 15 Wet Vpb 1969 een gebrek kleeft dat kan worden hersteld binnen het fiscale eenheidsregime. Indien vennootschappen worden gevoegd in een fiscale eenheid, worden alle werkzaamheden en vermogen van deze vennootschappen toegerekend aan de moedermaatschappij. In onderhavig geval betreft het een fiscale eenheid tussen louter in Nederland gevestigde zustervennootschappen en is de vraag wie als moedermaatschappij dient te worden aangewezen. Volgens het Hof dient alsdan één van de niet in Nederland gevestigde

²²³ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00180bis, V-N 2015/7.11, r.o. 4.18.2.

²²⁴ Zie HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-40/13 (X AG), V-N 2014/30.9, r.o. 55.

²²⁵ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00180bis, V-N 2015/7.11, r.o. 4.21.2.

dochtermaatschappijen van X AG (in casu: X1 Holding GmbH of X2 Holding GmbH) aangemerkt te worden als moedermaatschappij van de fiscale eenheid.²²⁶ Dientengevolge dienen de eerste twee volzinnen van het eerste lid van artikel 15 Wet Vpb 1969 voor een zusjes fiscale eenheid als volgt te worden gelezen:²²⁷

Ingeval een lichaam de juridische en economische eigendom bezit van 95 percent van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van twee of meer belastingplichtigen (dochtermaatschappijen) wordt op verzoek van die belastingplichtigen de belasting van hen geheven alsof er één belastingplichtige is, in die zin dat de werkzaamheden en het vermogen van de dochtermaatschappijen deel uitmaken van de werkzaamheden en het vermogen van één van hen (de moedermaatschappij).

Voorts geldt het tweede lid van artikel 15 Wet Vpb 1969 voor een zusjes fiscale eenheid niet 'voor zover daarin is bepaald dat een middellijk bezit van aandelen uitsluitend onder een 'bezit' als bedoeld in het eerste lid kan worden begrepen indien die aandelen onmiddellijk worden gehouden door één of meer belastingplichtigen die van de fiscale eenheid deel uitmaken'.²²⁸

3.6.4 Reactie van de Staatssecretaris van Financiën

Naar aanleiding van de uitspraak van Hof Amsterdam inzake de drie zaken over het fiscale eenheidsregime in de vennootschapsbelasting heeft de Staatssecretaris van Financiën laten weten geen beroep in cassatie te stellen tegen de uitspraak van het Hof en wordt het fiscale eenheidsregime aangepast teneinde dit regime in overeenstemming te brengen met het EU-recht.²²⁹ Om tegemoet te kunnen komen aan de huidige Papillon of zusjes fiscale eenheidsverzoeken heeft de Staatssecretaris van Financiën een besluit²³⁰ uitgevaardigd. In dit beleidsbesluit wordt aangegeven onder welke voorwaarden en omstandigheden een Papillon of zusjes fiscale eenheid mogelijk is en wat de gevolgen zijn van een dergelijke fiscale eenheid. Op de inhoud van dit beleidsbesluit ga ik verder niet in, omdat op 16 oktober 2015 een nieuw wetsvoorstel inzake de wijziging van het fiscale eenheidsregime bij de Tweede Kamer is ingediend. Dit wetsvoorstel komt in het volgende hoofdstuk aan bod.

²²⁶ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00180bis, V-N 2015/7.11, r.o. 4.21.3.

²²⁷ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00180bis, V-N 2015/7.11, r.o. 4.21.4

²²⁸ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00180bis, V-N 2015/7.11, r.o. 4.21.5.

²²⁹ Nieuwsbericht 'Fiscale-eenheidsregime aangepast' van de Belastingdienst van 17 december 2014, <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2014/12/17/het-gerechtshof-in-amsterdam-heeft-op-11-december-2014-uitspraak-gedaan-in-drie-zaken-over-de-fiscale-eenheid-voor-de-vennootsc>.

²³⁰ Besluit van 16 december 2014, nr. BLKB2014/2137M, V-N 2015/7.13.

3.7 Deelconclusie

In dit hoofdstuk ben ik ingegaan op de tweede deelvraag: *Wat zijn de gevolgen van het arrest Société Papillon en het arrest op 12 juni 2014 van het HvJ EU op het huidige fiscale eenheidsregime van artikel 15 Wet Vpb 1969?* Voor de beantwoording van deze deelvraag ben ik in de eerste plaats ingegaan op het recht van vrije vestiging in de artikelen 49 en 54 van het VWEU. Vervolgens heb ik in chronologische volgorde verscheidene arresten behandeld aan de hand van het beslisschema van het HvJ EU.

Het eerste arrest is het arrest Société Papillon behandeld dat betrekking heeft op het Franse fiscale eenheidsregime. In dat arrest heeft het HvJ EU geoordeeld dat sprake is van een belemmering in het Franse fiscale eenheidsregime, omdat een Franse fiscale eenheid tussen een in Frankrijk gevestigde moeder- en kleindochtervennootschap niet werd toegestaan indien de aandelen in de in Frankrijk gevestigde kleindochtervennootschap werden gehouden door een niet in Frankrijk gevestigde tussenhoudstervenootschap. Volgens het HvJ EU kan de belemmering worden gerechtvaardigd door de noodzaak om het Franse belastingstelsel te waarborgen. Niettemin oordeelt het HvJ EU dat het (toenmalige) Franse fiscale eenheidsregime in strijd is met de vrijheid van vestiging, omdat de beperkende maatregel verder gaat dan noodzakelijk is.

Het arrest Société Papillon heeft tot verscheidene procedures geleid met betrekking tot het fiscale eenheidsregime in het Nederlands nationaal recht. In drie zaken heeft Hof Amsterdam op 13 januari 2013 prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU. Op 12 juni 2014 heeft het HvJ EU geoordeeld dat in zowel de Nederlandse Papillon zaken als in de zustervennootschappen zaak sprake is van een belemmering. In de Nederlandse Papillon zaken is het niet mogelijk om een fiscale eenheid te vormen tussen een in Nederland gevestigde moeder- en kleindochtermaatschappij waarbij de aandelen in de kleindochtermaatschappij worden gehouden door één (of meerdere) niet in Nederland gevestigde tussenhoudstervenootschap(en). In de zustervennootschappen zaak is een fiscale eenheid tussen in Nederland gevestigde zustervennootschappen eveneens niet mogelijk indien de aandelen in deze vennootschappen worden gehouden door een gemeenschappelijke niet in Nederland gevestigde gemeenschappelijke moedervernootschap. Beide belemmeringen kunnen niet worden gerechtvaardigd door de noodzaak om de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel te waarborgen of door de noodzaak om belastingontwijking te voorkomen. In beide zaken komt het HvJ EU tot de conclusie dat het fiscale eenheidsregime in strijd is met de vrijheid van vestiging.

Naar aanleiding van de uitspraak van het HvJ EU van 12 juni 2014 heeft Hof Amsterdam een drietal arresten gewezen. Met betrekking tot de Nederlandse Papillon zaken oordeelt het Hof dat sprake is van een belemmering. Deze belemmering kan echter volgens het Hof, in tegenstelling tot het HvJ EU, worden gerechtvaardigd door de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel. Het Hof overweegt dat de uitspraak van het HvJ EU is gebaseerd op onvolledig en/of onjuist inzicht in het Nederlandse belastingstelsel. Niettemin is het Nederlandse fiscale eenheidsregime in strijd met de vrijheid van vestiging, omdat de beperkende maatregel verder gaat dan noodzakelijk is. Met betrekking tot de zustervennootschappen zaak oordeelt het Hof dat eveneens sprake is van een belemmering. In tegenstelling tot de Nederlandse Papillon zaken kan deze belemmering niet worden gerechtvaardigd door de noodzaak om de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel te waarborgen. In beide Nederlandse zaken komt het Hof tot de conclusie dat het Nederlandse fiscale eenheidsregime in strijd is met de vrijheid van vestiging.

Hoofdstuk 4 Wetsvoorstel inzake aanpassing fiscale eenheidsregime

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk ga ik in op de derde deelvraag: *Is het wetsvoorstel ‘Wet aanpassing fiscale eenheid’ in overeenstemming met het EU-recht? Zo nee, welke aspecten van het wetsvoorstel zijn niet in overeenstemming met het EU-recht?* Op 16 oktober 2015 is het wetsvoorstel ‘Wet aanpassing fiscale eenheid’ (hierna: wetsvoorstel) door de staatssecretaris ingediend bij de Tweede Kamer. Na de uitspraken van Hof Amsterdam in de zaken van 11 december 2014²³¹, is gebleken dat het fiscale eenheidsregime in strijd is met het EU-recht. Met het wetsvoorstel probeert de wetgever het fiscale eenheidsregime in overeenstemming te brengen met het EU-recht. In paragraaf 4.2 ga ik allereerst in op de hoofdlijnen van het wetsvoorstel. Vervolgens ga ik in op twee nieuwe begrippen die zijn geïntroduceerd met de uitbreiding van een Papillon en zusjes fiscale eenheid in het fiscale eenheidsregime. Het begrip ‘tussenmaatschappij’ wordt in paragraaf 4.3 behandeld. In die paragraaf toets ik de diverse vereisten die aan een binnen de EU/EER-gevestigde lichaam worden gesteld om als tussenmaatschappij te worden aangemerkt, aan het EU-recht. In paragraaf 4.4 behandel ik het begrip ‘tussenmaatschappij’. Daaropvolgend bespreek ik in paragraaf 4.5 de aanscherping van het bezitsvereiste waarmee de uitspraak in het STAK-arrest²³² ongedaan wordt gemaakt. In paragraaf 4.6 behandel ik de zusjes fiscale eenheid en in paragraaf 4.7 de fiscale eenheid met een in Nederland aanwezige vaste inrichting van een buitenlands belastingplichtige moeder- of dochtermaatschappij. Verder heeft Hof Amsterdam in de zaken van 11 december 2014 geoordeeld dat de belemmering kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak om unilaterale dubbele verliesverrekening te voorkomen. In paragraaf 4.8 ga ik in op de bepalingen uit het wetsvoorstel die zien op de voorkoming van dergelijke dubbele verliesverrekening. Tot slot sluit ik in paragraaf 4.9 dit hoofdstuk af met een deelconclusie.

4.2 Hoofdlijnen van het wetsvoorstel

In het wetsvoorstel wordt het fiscale eenheidsregime uitgebreid met een Papillon en zusjes fiscale eenheid. Daarbij wordt de systematiek van het fiscale eenheidsregime zo veel mogelijk ongewijzigd in

²³¹ Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00587bis, V-N 2015/7.12, Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00824bis, V-N 2015/7.17.18 en Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00180bis, V-N 2015/7.11.

²³² HR 18 juni 2010, nr.08/03662, BNB 2010/266.

stand gelaten om het fiscale klimaat voor vestiging in Nederland aantrekkelijk te houden.²³³ In het wetsvoorstel is echter geen rekening gehouden met de (eventuele) gevolgen van de uitspraak van het HvJ EU inzake het arrest Groupe Steria SCA²³⁴. In dit arrest oordeelde het HvJ EU dat een belastingplichtige in een grensoverschrijdende situatie een beroep kan doen op bepaalde fiscale voordelen die in een binnenlandse situatie aan een (Franse) fiscale eenheid wordt toegekend. De staatssecretaris geeft aan dat deze uitspraak nader dient te worden bestudeerd om te bepalen of nadere maatregelen dienen te worden genomen, omdat momenteel niet kan worden overzien welke ongewenste situaties zich zouden kunnen voordoen en welke maatregelen noodzakelijk zijn om op die eventuele ongewenste situaties te reageren. Om die reden wordt de mogelijkheid opgehouden dat de benodigde duidelijkheid pas kan worden verkregen via nieuwe jurisprudentie.²³⁵

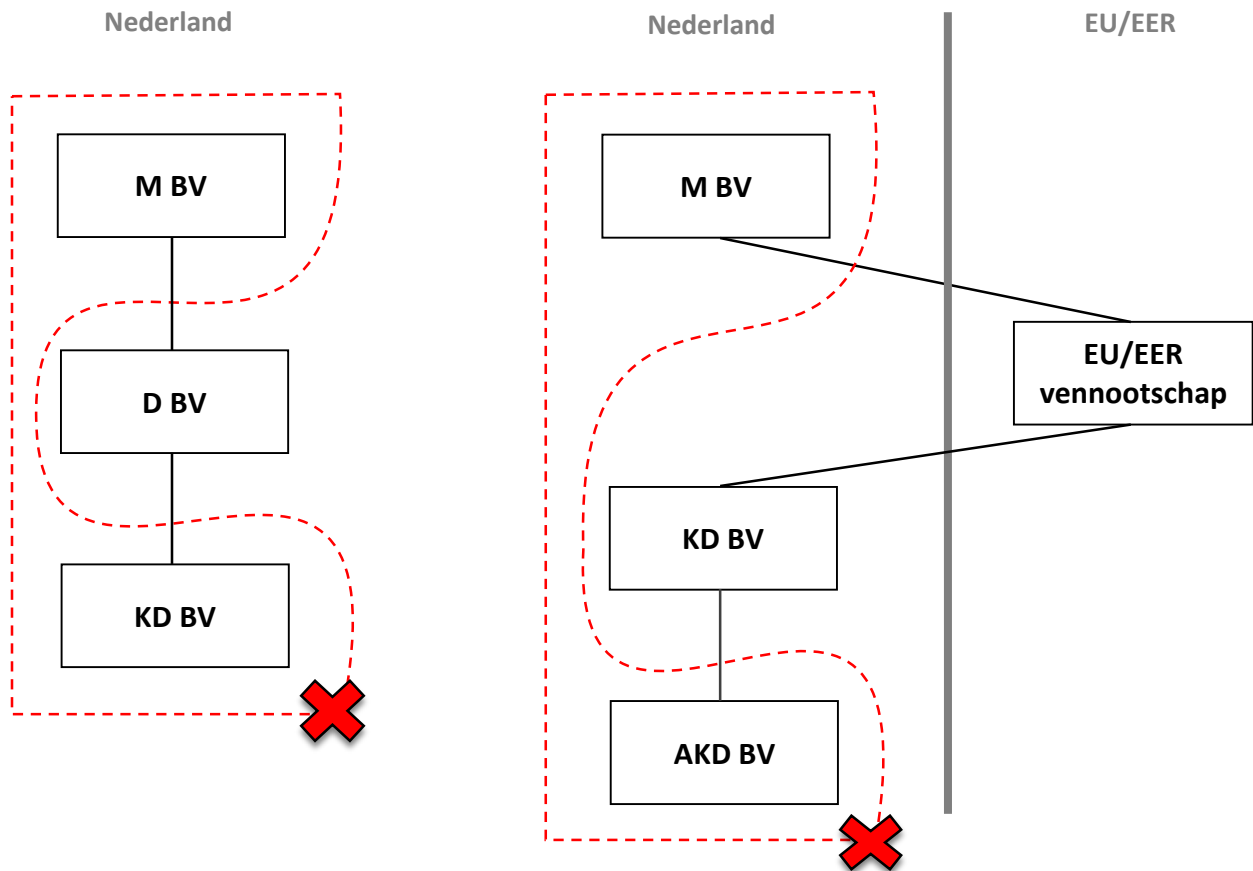
Voor de fiscale eenheden met louter in Nederland gevestigde vennootschappen²³⁶ blijft de voorwaarde van een 'ononderbroken verticale keten' onverbiddeijk gelden. Hierdoor is bij een keten van louter in Nederland gevestigde vennootschappen en een keten van zowel in Nederland gevestigde als in EU/EER gevestigde vennootschappen niet mogelijk een fiscale eenheid te vormen tussen de in Nederland gevestigde vennootschappen zonder dat één of meerdere in Nederland gevestigde (tussengeschakelde) vennootschappen uit de fiscale eenheid worden weggelaten. Hierbij een tweetal voorbeelden ter verduidelijking van deze voorwaarde:

²³³ In de nota naar aanleiding van het verslag geeft de staatssecretaris aan dat het behouden van het fiscale eenheidsregime – in plaats van afschaffing of vervanging door een minder vergaande regeling – ervoor zorgt dat het fiscale vestigingsklimaat aantrekkelijk blijft. Zie Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 6, p. 7.

²³⁴ HvJ EU 2 september 2015, C-386/14 (Groupe Steria SCA), BNB 2014/216, V-N 2014/30.9.

²³⁵ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 3, p. 2-3.

²³⁶ In het vervolg van mijn scriptie duid ik een fiscale eenheid met louter in Nederland gevestigde vennootschappen aan met de termen 'standaard' fiscale eenheid.



Afbbeelding 10

Afbbeelding 11²³⁷

Door de voorwaarde van een ononderbroken verticale keten is in een keten van louter in Nederland gevestigde vennootschappen niet mogelijk om een fiscale eenheid te vormen tussen M BV en KD BV zonder dat D BV deel uitmaakt van de fiscale eenheid (zie afbeelding 10). Eveneens geldt dit voor EU/EER-situaties. In een keten van zowel in Nederland gevestigde vennootschappen als in EU/EER gevestigde vennootschap(en) is het niet mogelijk om een fiscale eenheid te vormen tussen M BV en AKD BV zonder dat KD BV deel uitmaakt van de fiscale eenheid. Kortom, zowel bij een ‘standaard’ fiscale eenheid als een Papillon fiscale eenheid dient sprake te zijn van een ononderbroken verticale keten.

Voor de uitbreiding van het fiscale eenheidsregime met een Papillon en zusjes fiscale eenheid, zijn de begrippen ‘tussenmaatschappij’ en ‘topmaatschappij’ geïntroduceerd. Met betrekking tot deze begrippen zijn in het wetsvoorstel wijzigingen voorgesteld in o.a. het rechtsvorm-, het vestigingsplaats-,

²³⁷ In deze afbeelding ga ik ervan uit dat de in EU/EER gevestigde vennootschap kwalificeert als een tussenmaatschappij als bedoeld in artikel 15, lid 5, Wet Vpb 1969 (nieuw). Dit begrip licht ik nader toe in paragraaf 4.3.

het onderworpenheids- en het bezitsvereiste. Deze vereisten en de begrippen tussenmaatschappij en topmaatschappij worden in de volgende paragrafen nader toegelicht.

4.3 Het begrip ‘tussenmaatschappij’

4.3.1 Inleiding

Om het huidige fiscale eenheidsregime uit te kunnen breiden met een Papillon fiscale eenheid, is het begrip ‘tussenmaatschappij’ geïntroduceerd. Een in Nederland gevestigde moeder- en kleindochtermaatschappij kunnen een fiscale eenheid vormen, mits de in de EU/EER-staat gevestigde lichaam als tussenmaatschappij kan worden aangemerkt.

In artikel 15, lid 5, Wet Vpb 1969 (nieuw)²³⁸ zijn diverse vereisten genoemd waaraan een vennootschap dient te voldoen om als tussenmaatschappij te kunnen worden aangemerkt. Deze vereisten licht ik hieronder toe. Daarbij toets ik tevens of de vereisten aan een tussenmaatschappij in overeenstemming zijn met het EU-recht.

4.3.2 Rechtsvormvereiste

Op grond van artikel 15, lid 5, eerste volzin, Wet Vpb 1969 (nieuw) dient in de eerste plaats het lichaam een nv of een bv te zijn. Ook voldoet het lichaam aan het rechtsvormvereiste indien het lichaam naar aard en inrichting vergelijkbaar is met een nv of een bv dat is opgericht naar ‘het op de BES-eilanden geldende recht dan wel het recht²³⁹ van Aruba, Curaçao, Sint Maarten, een lidstaat van de EU of een staat in de relatie waarmee een met Nederland gesloten verdrag ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing is waarin een bepaling is opgenomen die discriminatie naar nationaliteit verbiedt voor lichamen die overigens in dezelfde omstandigheden verkeren als naar Nederlands recht opgerichte lichamen’.²⁴⁰ Dit vereiste geldt ook in het huidige artikel 15, lid 3, onderdeel e, Wet Vpb 1969 waarin het rechtsvormvereiste voor een dochtermaatschappij is vastgelegd. Naar mijn mening is het stellen van dezelfde rechtsvormvereisten aan een dochtermaatschappij als aan een tussenmaatschappij logisch. Volgens de wetgever kan een tussenmaatschappij op één lijn worden gesteld met een dochtermaatschappij. In een ‘standaard’ fiscale eenheid zou de ‘tussenmaatschappij’ immers een in Nederland gevestigde dochtermaatschappij zijn die onder artikel 15, lid 3, onderdeel e, Wet Vpb 1969 valt. De criteria voor ‘naar aard en inrichting vergelijkbaar’ die zijn vastgelegd in artikel 3 BFE 2003,

²³⁸ Voor de volledige wettekst van de bepalingen in artikel 15 Wet Vpb 1969 (nieuw) verwijs ik naar bijlage 1.

²³⁹ Hierbij wordt bedoeld op het civiele recht van een lidstaat. Zie Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 6, p. 17.

²⁴⁰ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 3, p. 22.

blijven onverkort gelden voor de bepaling of een niet naar Nederlands recht opgerichte lichaam naar aard en inrichting vergelijkbaar is met een naar Nederlands recht opgerichte nv of bv.²⁴¹

In het nieuwe wetsvoorstel wordt het rechtsvormvereiste aldus niet aangepast. Dit vereiste, die in het huidige fiscale eenheidsregime op grond van artikel 15, lid 3, onderdeel e, Wet Vpb 1969 geldt, wordt eveneens als vereiste gesteld voor de tussenmaatschappij. In dat opzicht wordt geen onderscheid gemaakt in het vereiste voor een (buitenlandse) tussenmaatschappij en een (Nederlandse) dochtermaatschappij. Dit kan worden toegelicht aan de hand van het volgende voorbeeld.²⁴² Stel dat een Nederlandse moedermaatschappij 100% van de aandelen houdt in een lichaam, X, dat is opgericht naar het recht van Bermuda. Dit lichaam is feitelijk in België gevestigd en is tevens in België onderworpen aan een belasting naar de winst. X houdt op haar beurt 100% van de aandelen in een Nederlandse (klein)dochtermaatschappij. X kan niet worden aangemerkt als een tussenmaatschappij, omdat zij naar het recht van Bermuda is opgericht en België geen verdrag ter voorkoming van dubbele belasting met Bermuda heeft gesloten. Indien X in Nederland zou zijn gevestigd, kan zij eveneens niet worden aangemerkt als tussenmaatschappij. Nederland heeft immers met Bermuda ook geen verdrag ter voorkoming van dubbele belasting gesloten.²⁴³ Zodoende is geen sprake van een belemmering, omdat een fiscale eenheid tussen de Nederlandse moeder- en kleindochter (ook) niet mogelijk is indien de feitelijke vestigingsplaats van X in Nederland in plaats van in België zou zijn gelegen. Zodoende is het rechtsvormvereiste naar mijn mening in overeenstemming met het EU-recht.

4.3.3 Vestigingsplaatsvereiste

In het huidige fiscale eenheidsregime geldt op grond van artikel 15, lid 3, onderdeel c, Wet Vpb 1969 een dubbele vestigingsplaatsvereiste. Een belastingplichtige die deel wil uitmaken van een fiscale eenheid dient zowel op grond van het Nederlands nationale recht als op grond van de BRN, de BRK of een (eventueel toepasselijke) belastingverdrag in Nederland te zijn gevestigd. Voor de tussenmaatschappij geldt op grond van artikel 15, lid 5, onderdeel a, Wet Vpb 1969 (nieuw) eveneens een dubbele vestigingsplaatsvereiste. In de eerste plaats dient het lichaam op basis van de fiscale wetgeving van de andere EU/EER-staat aldaar te zijn gevestigd (eerste vestigingsplaatsvereiste). Daarnaast dient het lichaam door de (lid)staat van het lichaam en een derde staat gesloten verdrag ter

²⁴¹ De criteria voor 'naar aard en inrichting vergelijkbaar' als bedoeld in artikel 3 BFE 2003 zijn in paragraaf 2.2.3.3. behandeld. In artikel 3 BFE 2003 zal een verwijzing worden gemaakt naar artikel 15, lid 3, Wet Vpb 1969 (nieuw).

²⁴² Dit voorbeeld is ontleend aan Q.W.J.C.H. Kok en R.J. de Vries, *De Wet aanpassing fiscale eenheid*, WFR 2015/1442, p. 4-5.

²⁴³ Nederland heeft met Bermuda wel een verdrag gesloten ter voorkoming van dubbele belasting met betrekking tot de inkomstenbelasting en loonbelasting, maar niet met betrekking tot de vennootschapsbelasting.

voorkoming van dubbele belasting, in een EU/EER-staat te zijn gevestigd (tweede vestigingsplaatsvereiste). De dubbele vestigingsplaatsvereiste ziet aldus op de fiscale wetgeving van de andere EU/EER-staat en het door die EU/EER-staat met een derde staat gesloten verdrag ter voorkoming van dubbele belasting.

In de parlementaire geschiedenis is voor artikel 15, lid 3, onderdeel c, Wet Vpb 1969 het argument gegeven dat een dubbele vestigingsplaatsvereiste noodzakelijk is, omdat een vestigingsplaats op basis van de nationale regelgeving kan afwijken van een vestigingsplaats op basis van een belastingverdrag. Hierdoor kan sprake zijn van een dubbele vestigingsplaats. Om dit voor de toepassing van het fiscale eenheidsregime te voorkomen, is bepaald dat belastingplichtigen die deel willen uitmaken van een fiscale eenheid ook voor de toepassing van een belastingverdrag in Nederland dienen te zijn gevestigd.²⁴⁴ Zonder deze (tweede) vestigingsplaatsvereiste zou een belastingplichtige met een dubbele vestigingsplaats deel kunnen uitmaken van een fiscale eenheid met een in Nederland gevestigde vennootschap indien de vestigingsplaats van deze belastingplichtige op basis van de nationale regelgeving in Nederland is, terwijl de vestigingsplaats op grond van het belastingverdrag in het andere land is. In de situatie dat de (buitenlands) belastingplichtige verliezen lijdt, kunnen deze verliezen binnen de fiscale eenheid worden verrekend met winsten van de Nederlandse moedermaatschappij. Tot 1 januari 2003 gold onder het oude fiscale eenheidsregime de vestigingsplaatsfictie van artikel 2, lid 4, Wet Vpb 1969. Per 1 januari 2003 is bij de herziening van het fiscale eenheidsregime de vestigingsplaatsfictie uitgesloten. Een van de redenen voor de afschaffing van de vestigingsplaatsfictie is de import van buitenlandse verliezen.²⁴⁵ Door het stellen van een dubbele vestigingsplaatsvereiste voorkomt de wetgever dat een dergelijk (buitenlands) belastingplichtige deel uit kan maken van een fiscale eenheid en wordt hiermee een dam opgeworpen tegen verliesimport.

In beginsel lijkt het vestigingsplaatsvereiste voor de tussenmaatschappij in overeenstemming te zijn met het EU-recht. Bij zowel dochtervennootschappen als bedoeld in artikel 15, lid 3, onderdeel c, Wet Vpb

²⁴⁴ Kamerstukken II 1999-2000, 26 854, nr. 3, p. 16.

²⁴⁵ In de parlementaire geschiedenis hebben leden van de Tweede kamer de vraag gesteld waarom de uitsluiting van artikel 2, lid 4, Wet Vpb 1969 nodig is indien belastingplichtigen op grond van artikel 15, lid 3, onderdeel c, Wet Vpb 1969 ook op grond van de BRN, de BRK of een belastingverdrag in Nederland dient te zijn gevestigd. Daarop heeft de wetgever geantwoord dat 'onder een belastingverdrag mogelijk is dat het oprichtingscriterium wordt gebruikt voor het vaststellen van een woonplaats van het desbetreffende lichaam. Indien op grond van een dergelijke verdragsbepaling een naar Nederlands recht opgerichte bv met feitelijke leiding in het buitenland als inwoner van Nederland wordt aangemerkt, zou zonder de uitsluiting van artikel 2, vierde lid, die bv toch in een fiscale eenheid kunnen worden opgenomen. Met de expliciete uitsluiting van artikel 2, vierde lid, wordt dit voorkomen'. Zie Kamerstukken II 2000-2001, 26 854, nr. 6, p. 19-20.

1969 als tussenmaatschappijen als bedoeld in artikel 15, lid 5, onderdeel a, Wet Vpb 1969 (nieuw) geldt een dubbele vestigingsplaatsvereiste. Bij nader inzien is mijns inziens het dubbele vestigingsplaatsvereiste voor de tussenmaatschappij in strijd met het EU-recht. Bij een fiscale eenheid met een tussenmaatschappij dient de moedermaatschappij een vennootschap te zijn als bedoeld in artikel 54 VWEU om een beroep te kunnen doen op de vrijheid van vestiging van artikel 49 VWEU. Op basis van het EU-recht mag een moedermaatschappij niet worden belemmerd in het oprichten van dochtervennootschappen elders in de EU/EER, mits de dochtermaatschappij aldaar economische activiteiten exploiteert. Zodoende is het tweede vestigingsplaatsvereiste in strijd met het EU-recht. Artikel 49 en 54 van het VWEU vereist immers niet dat een tussenmaatschappij op grond van een door de (lid)staat van de tussenmaatschappij en een derde staat gesloten verdrag ter voorkoming van dubbele belasting in een EU/EER-staat dient te zijn gevestigd. Derhalve dient in artikel 15, lid 5, onderdeel a, Wet Vpb 1969 (nieuw) de tweede vestigingsplaatsvereiste te vervallen.

De wetgever heeft zowel in de Memorie van Toelichting²⁴⁶ als in de nota naar aanleiding van het verslag²⁴⁷ geen argumenten gegeven voor het stellen van een dubbele vestigingsplaatsvereiste aan een tussenmaatschappij. Wellicht heeft de wetgever het dubbele vestigingsplaatsvereiste voor de tussenmaatschappij eenvoudigweg overgenomen van de moeder- en dochtermaatschappij(en) als bedoeld in artikel 15, lid 3, onderdeel c, Wet Vpb 1969. Volgens de wetgever kan immers een tussenmaatschappij op één lijn worden gesteld met een dochtermaatschappij.²⁴⁸ Naar mijn mening kan echter de argumentatie – het tegengaan van verliesimport – die in de parlementaire geschiedenis is gesteld voor het dubbele vestigingsplaatsvereiste bij de moeder- en dochtermaatschappij(en) als bedoeld in artikel 15, lid 3, onderdeel c, Wet Vpb 1969 niet onverwijld worden doorgetrokken naar de argumentatie voor het stellen van een dubbele vestigingsplaatsvereiste bij een tussenmaatschappij als bedoeld in artikel 15, lid 5, onderdeel a, Wet Vpb 1969 (nieuw). Een tussenmaatschappij maakt immers in tegenstelling tot de belastingplichtigen als bedoeld in artikel 15, lid 3, onderdeel c, Wet Vpb 1969 geen onderdeel uit van de fiscale eenheid. Hierdoor kan in een Papillon of zusjes fiscale eenheid geen sprake zijn van verliesimport. Zodoende kan niet dezelfde dubbele vestigingsplaatsvereiste bij een moeder- en dochtermaatschappij als bedoeld in artikel 15, lid 3, onderdeel c, Wet Vpb 1969 en een tussenmaatschappij als bedoeld in artikel 15, lid 5, onderdeel a, Wet Vpb 1969 (nieuw) worden gesteld.

²⁴⁶ Zie Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 3, p. 4-5.

²⁴⁷ Zie Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 6, p. 17-18.

²⁴⁸ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 3, p. 22.

4.3.4 Onderworpenheidsvereiste

Bij de introductie van het (nieuwe) onderworpenheidsvereiste voor een tussenmaatschappij diende het lichaam volgens de Memorie van Toelichting op grond van artikel 15, lid 5, onderdeel b, Wet Vpb 1969 (nieuw) in de EU/EER-staat van vestiging, zonder keuzemogelijkheid en zonder ervan te zijn vrijgesteld, onderworpen te zijn aan een belasting naar de winst.²⁴⁹ De gedachte die hieraan ten grondslag ligt, is dat in Nederland gevestigde lichamen slechts deel kunnen uitmaken van een fiscale eenheid indien deze lichamen in Nederland belastingplichtig zijn. De wetgever had echter het onderworpenheidsvereiste onjuist geformuleerd. Hierdoor was geen sprake van een van een objectieve vergelijkbare situatie tussen een zuivere binnenlandse situatie en een grensoverschrijdende situatie. Uit vaste jurisprudentie van het HvJ EU²⁵⁰ kan worden afgeleid dat voor de (juiste) objectieve vergelijkbaarheid dient te worden onderzocht of een in een EU/EER-staat gevestigde lichaam eveneens aan vennootschapsbelasting zou zijn onderworpen indien dit lichaam in Nederland zou zijn gevestigd. Door de formulering van het onderworpenheidsvereiste was geen sprake van objectieve vergelijkbaarheid, omdat bij een buitenlands lichaam wordt onderzocht of die al dan niet in de staat van vestiging onderworpen is aan een belasting naar de winst. Daarmee kan naar mijn mening geen juiste vergelijking worden gemaakt met een Nederlands lichaam, omdat de fiscale wetgeving in de staten van vestiging van de betreffende lichamen niet overeenkomstig is. Zodoende was het onderworpenheidsvereiste van artikel 15, lid 5, onderdeel b, Wet Vpb 1969 niet in overeenstemming met het EU-recht.

Op 16 maart 2016 heeft de wetgever bij de nota naar aanleiding van het verslag²⁵¹ aangegeven dat de formulering van het onderworpenheidsvereiste wordt gewijzigd. Deze vereiste houdt in dat indien het buitenlandse lichaam in Nederland zou zijn gevestigd, in Nederland zou zijn onderworpen aan de heffing van de belasting. Als reden geeft de wetgever aan dat 'een dergelijke voorwaarde beter aansluit bij hetgeen met deze eis wordt beoogd, namelijk het voorkomen dat een fiscale eenheid via een top- of tussenmaatschappij mogelijk zou worden in situaties waarin deze in een vergelijkbare binnenlandse situatie niet mogelijk zou zijn geweest, omdat het binnenlandse lichaam dat de positie inneemt van de top- of tussenmaatschappij, alsdan subjectief is vrijgesteld'.²⁵² Alsdan is sprake van een objectieve vergelijkbare situatie en is het onderworpenheidsvereiste niet (langer) in strijd met het EU-recht. In de

²⁴⁹ Kamerstukken II 2015-2016, nr. 3, p. 6.

²⁵⁰ Zie de bespreking van het arrest Papillon en het arrest van het HvJ EU van 12 juni 2014 in hoofdstuk drie waarin voor het stellen van een belemmering, sprake dient te zijn van een objectieve vergelijkbare situatie tussen de zuivere binnenlandse situatie en de grensoverschrijdende situatie.

²⁵¹ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 6.

²⁵² Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 6, p. 26.

nota van wijziging wordt dit toegelicht aan de hand van het volgende voorbeeld.²⁵³ Stel dat een in Nederland gevestigde O BV subjectief is vrijgesteld van de vennootschapsbelasting. O BV houdt alle aandelen in twee in Nederland gevestigde vennootschappen, A BV en B BV. Zowel A BV als B BV zijn onderworpen aan de vennootschapsbelasting. Een fiscale eenheid tussen A BV, B BV en O BV is niet mogelijk, omdat O BV subjectief is vrijgesteld. Daarnaast is een zusjes fiscale eenheid tussen A BV en B BV niet mogelijk, omdat O BV niet kan worden aangemerkt als topmaatschappij. Het onderworpenheidsvereiste strekt ertoe een ‘standaard’ fiscale eenheid en een zusjes fiscale eenheid gelijk te behandelen. Een zusjes fiscale eenheid tussen A BV en B BV is immers ook niet mogelijk indien de aandelen in A BV en B BV worden gehouden door een in Duitsland gevestigde GmbH die dezelfde activiteiten verricht als O BV. Indien de GmbH in Nederland zou zijn gevestigd, zou zij net als O BV niet onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting. Zonder het onderworpenheidsvereiste zou een zusjes fiscale eenheid tussen A BV en B BV mogelijk zijn indien deze wordt gehouden door een in de EU/EER-gevestigde lichaam, terwijl in een vergelijkbare binnenlandse situatie geen fiscale eenheid – met O BV – kan worden gevormd.²⁵⁴

4.3.5 Geen vaste inrichting

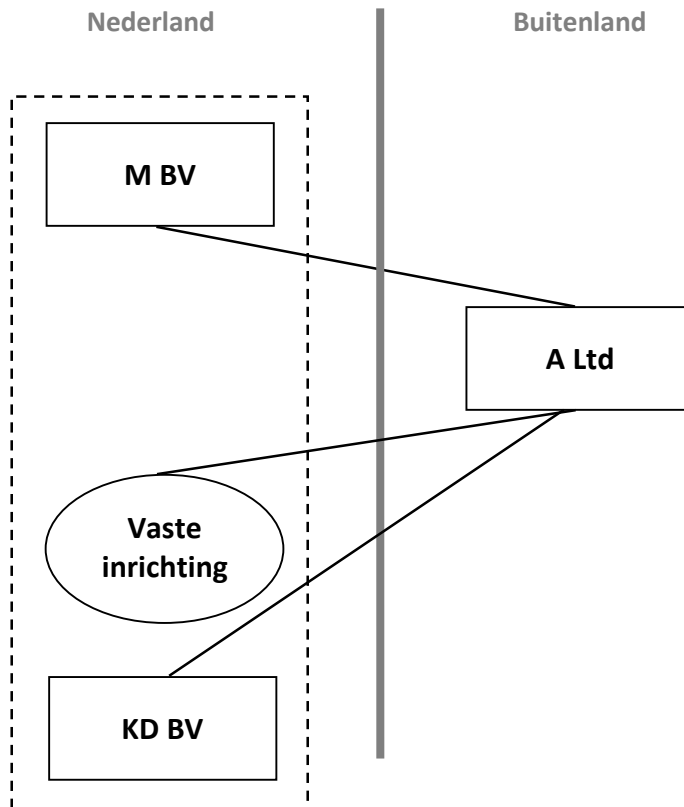
Op grond van artikel 15, lid 5, onderdeel c, Wet Vpb 1969 (nieuw) mag het lichaam geen onderneming in Nederland drijven met behulp van een in Nederland aanwezige vaste inrichting. In dat geval kan het lichaam immers zelf deel uitmaken van een fiscale eenheid als buitenlandse moeder- of dochtermaatschappij. Een dergelijk lichaam kan dan niet worden aangemerkt als een tussenmaatschappij.²⁵⁵ Een in Nederland aanwezige vaste inrichting van een buitenlands lichaam kan immers als moeder- of als dochtermaatschappij deel uitmaken van een fiscale eenheid op grond van artikel 15, lid 4, Wet Vpb 1969 (artikel 15, lid 8, Wet Vpb 1969 (nieuw)). Voor de behandeling van het voegen van een in Nederland aanwezige vaste inrichting van een buitenlands belastingplichtige moeder- of dochtermaatschappij in een fiscale eenheid, verwijs ik naar paragraaf 2.4. Indien een buitenlands lichaam deel wil uitmaken van een fiscale eenheid, en niet als tussenmaatschappij kan worden aangemerkt omdat zij een in Nederland vaste inrichting heeft, blijft de voorwaarde van een ‘ononderbroken verticale keten’ onverbiddeijk gelden. In het wetsvoorstel wordt dit toegelicht aan de hand van het volgende voorbeeld.²⁵⁶

²⁵³ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 7, p. 3-4.

²⁵⁴ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 7, p. 4.

²⁵⁵ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 3, p. 22-23.

²⁵⁶ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 3, p. 23-24.



Afbeelding 12

M BV is een in Nederland gevestigde vennootschap en houdt 100% van de aandelen in A Ltd²⁵⁷. A Ltd is een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap die een onderneming in Nederland drijft met behulp van een vaste inrichting en 100% van de aandelen in KD BV bezit. KD BV is een in Nederland gevestigde vennootschap. Doordat A Ltd een in Nederland aanwezige vaste inrichting heeft, kan zij niet worden aangemerkt als een tussenmaatschappij op grond van artikel 15, lid 5, onderdeel c, Wet Vpb 1969. Hierdoor is een fiscale eenheid tussen louter M BV en KD BV niet mogelijk. Door de voorwaarde van een 'ononderbroken verticale keten' is een fiscale eenheid tussen M BV en KD BV slechts mogelijk indien de vaste inrichting van A Ltd ook deel uitmaakt van de fiscale eenheid. In dat geval wordt A Ltd als buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij aangemerkt. Ter volledigheid merk ik hierbij op dat in het voorbeeld de volgende fiscale eenheden ook mogelijk zijn: A Ltd en KD BV²⁵⁸ of M BV en A Ltd.²⁵⁹

²⁵⁷ Ltd staat voor 'Limited'. Een Ltd is vergelijkbaar met een Nederlandse bv met beperkte aansprakelijkheid.

²⁵⁸ Bij een fiscale eenheid tussen louter A Ltd en KD BV dient onder het huidige fiscale eenheidsregime op grond van artikel 15, lid 4, onderdeel c, Wet Vpb 1969 de aandelen van KD BV toerekenbaar te zijn aan de in Nederland aanwezige vaste inrichting. In het wetsvoorstel is voorgesteld dat in het geval het hoofdhuis van de vaste inrichting in een EU/EER-staat is gevestigd, de aandelen van de in Nederland gevestigde vennootschap (in casu: KD BV) niet toerekenbaar dienen te zijn aan de in Nederland aanwezige vaste inrichting. Dit wordt toegelicht in paragraaf 4.7.

4.3.6 Bezitsvereiste

Op grond van artikel 15, lid 5, onderdeel d, Wet Vpb 1969 (nieuw) dient de gehele juridische en economische eigendom van ten minste 95% in het nominaal gestorte kapitaal in bezit te zijn door:

1. belastingplichtigen die deel uitmaken van de fiscale eenheid; of
2. een topmaatschappij; of
3. een andere tussenmaatschappij.

Dit bezit dient ten minste 95% van de statutaire stemrechten in de vennootschap of het lichaam te vertegenwoordigen en in alle gevallen recht geven op ten minste 95% van de winst en het vermogen van de vennootschap of het lichaam. Dit vereiste geldt eveneens onder het huidige fiscale eenheidsregime op grond van artikel 15, lid 1, Wet Vpb 1969. Zodoende is deze vereiste in overeenstemming met het EU-recht.

4.4 Het begrip ‘topmaatschappij’

Om het huidige fiscale eenheidsregime uit te kunnen breiden met een zusjes fiscale eenheid, is het begrip ‘topmaatschappij’ geïntroduceerd.

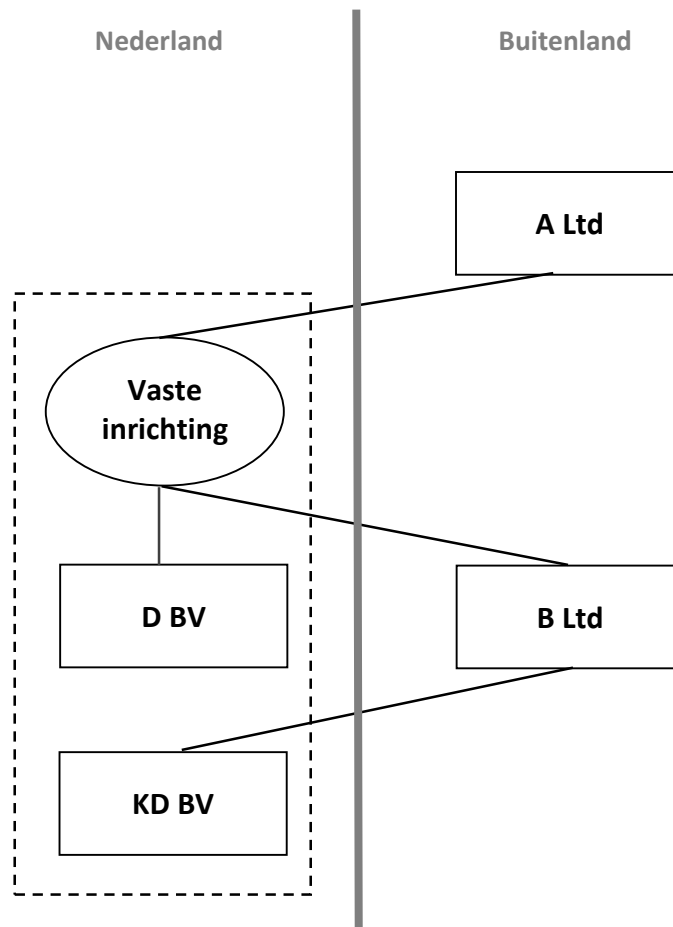
De eisen voor een moedermaatschappij als bedoeld in artikel 15, lid 3, onderdeel d, Wet Vpb 1969 gelden naar analogie eveneens voor een topmaatschappij.²⁶⁰ Zodoende geldt voor een topmaatschappij dezelfde rechtsvormvereiste als voor een moedermaatschappij. Dit houdt in dat de rechtsvorm van een topmaatschappij in beginsel een nv, een bv, een coöperatie of een onderlinge waarborgmaatschappij dient te zijn. Daarnaast mag de topmaatschappij een niet naar Nederlands recht opgerichte lichaam zijn dat ‘naar aard en inrichting’ vergelijkbaar is met een naar Nederlands recht opgerichte lichaam. Voor de toelichting wanneer een niet naar Nederlands recht opgerichte lichaam vergelijkbaar is met een naar Nederlands recht opgerichte lichaam, verwijs ik naar paragraaf 2.2.3.3. Met de term topmaatschappij wordt een lichaam bedoeld die het uiteindelijke belang in twee of meer in Nederland gevestigde zustervenootschappen heeft. Dit betekent dat een topmaatschappij niet direct belang dient te hebben in de in Nederland gevestigde zustervenootschappen. Dit belang mag indirect zijn, mits dit indirecte belang via tussenmaatschappijen wordt gehouden. Verder dient een topmaatschappij eveneens aan de in artikel 15, lid 4, onderdelen a t/m c, Wet Vpb 1969 (nieuw) genoemde vereisten voor een

²⁵⁹ Voor deze fiscale eenheden maakt A Ltd slechts deel uit van de fiscale eenheid voor zover het de in Nederland aanwezige vaste inrichting betreft.

²⁶⁰ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 3, p. 23.

tussenmaatschappij te voldoen. Deze vereisten zijn in paragrafen 4.3.1 t/m 4.3.5 besproken. Tot slot mag een topmaatschappij op grond van artikel 15, lid 4, onderdeel f, Wet Vpb 1969 (nieuw) de aandelen in de zustermaatschappijen middellijk of onmiddellijk niet als voorraad houden.

Indien een buitenlands lichaam deel wil uitmaken van een fiscale eenheid, en niet als topmaatschappij kan worden aangemerkt omdat zij een in Nederland vaste inrichting heeft, blijft de voorwaarde van een 'ononderbroken verticale keten' onverbidlijk gelden. In het wetsvoorstel wordt het bovenstaande toegelicht aan de hand van het volgende voorbeeld:²⁶¹



Afbeelding 13

A Ltd is een in het Verenigde Koninkrijk gevestigde vennootschap die een vaste inrichting in Nederland heeft. Aan de in Nederland aanwezige vaste inrichting zijn de aandelen van D BV en B Ltd toerekenbaar. D BV is een in Nederland gevestigde vennootschap en B Ltd is een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap. B Ltd houdt 100% van de aandelen in KD BV, een in Nederland gevestigde vennootschap.

²⁶¹ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 3, p. 24.

Doordat A Ltd een vaste inrichting heeft, kan zij niet als topmaatschappij worden aangemerkt op grond van artikel 15, lid 6, Wet Vpb 1969 (nieuw) juncto artikel 15, lid 5, onderdeel c, Wet Vpb 1969 (nieuw). Hierdoor is een fiscale eenheid tussen louter D BV en KD BV niet mogelijk. Daarentegen is een fiscale eenheid tussen D BV en KD BV wel mogelijk indien de in Nederland aanwezige vaste inrichting van A Ltd deel uitmaakt van de fiscale eenheid. In dat geval dient B Ltd als een tussenmaatschappij worden aangemerkt op grond van artikel 15, lid 5, Wet Vpb 1969 (nieuw). Doordat B Ltd een tussenmaatschappij is, wordt aan de voorwaarde van een 'ononderbroken verticale keten' voldaan. Ter volledigheid merk ik hierbij op dat een fiscale eenheid tussen louter A Ltd en KD BV ook mogelijk is, waarbij A Ltd slechts deel uitmaakt van de fiscale eenheid voor zover het de in Nederland aanwezige vaste inrichting betreft.²⁶²

4.5 Aanscherping van het bezitsvereiste

4.5.1 Inleiding

In het huidige bezitsvereiste van artikel 15, lid 1, Wet Vpb 1969 (nieuw) wordt vereist dat een belastingplichtige (de moedermaatschappij) ten minste **95%**²⁶³ van de juridische en economische eigendom bezit van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van een andere belastingplichtige (de dochtermaatschappij). Na aanpassing van het bezitsvereiste dient de moedermaatschappij ten minste 95% van de **gehele** juridische en economische eigendom te bezitten. Dit houdt in dat de juridische eigendom (van ten minste 95%) zowel materieel als formeel in het bezit dient te zijn van de moedermaatschappij.

Daarnaast is voor de uitbreiding van een Papillon en zusjes fiscale eenheid²⁶⁴ in het fiscale eenheidsregime voorgesteld om het middellijke bezit als bedoeld in artikel 15, lid 2, Wet VPB 1969 aan te passen. Op grond van artikel 15, lid 2, Wet Vpb 1969 wordt slechts het middellijk aandelenbezit van een vennootschap meegeteld voor het bezitsvereiste in het eerste lid, indien dit bezit onmiddellijk wordt gehouden door één of meer belastingplichtigen die deel uitmaakt van de fiscale eenheid. Doordat in een Papillon- of zusjes fiscale eenheid de in EU/EER gevestigde (tussen)vennootschap in feite geen deel uitmaakt van de fiscale eenheid, dient artikel 15, lid 2, Wet Vpb 1969 te worden aangepast. In het voorgestelde artikel 15, lid 3, onderdeel b, Wet Vpb 1969 (nieuw) worden ook de aandelen die

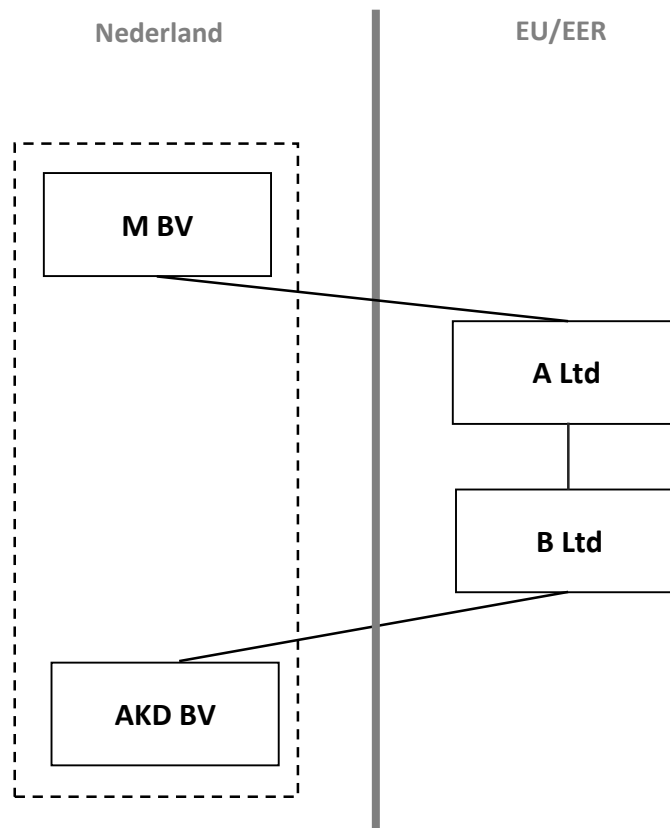
²⁶² Bij de fiscale eenheid tussen louter A Ltd en D BV dienen de aandelen van D BV niet te worden toegerekend aan de vaste inrichting van A Ltd. Zie voetnoot 269.

²⁶³ In het huidige artikel 15, lid 1, Wet Vpb 1969 staat 95 percent in plaats van 95%.

²⁶⁴ Ook in een zusjes fiscale eenheid kunnen (tussen)vennootschappen als tussenmaatschappijen worden aangemerkt. Deze bijzondere variant van een zusjes fiscale eenheid wordt in paragraaf 4.6.2 nader toegelicht.

onmiddellijk worden gehouden door één of meer tussenmaatschappijen meegeteld voor het middellijk bezit van aandelen.

De wetgever heeft bij het opstellen van het wetsvoorstel beoogd om de bestaande uitgangspunten en systematiek van het fiscale eenheidsregime zoveel mogelijk te handhaven. Door de formulering in artikel 15, lid 3, Wet Vpb 1969 (nieuw) geldt de voorwaarde van een 'ononderbroken verticale keten' ook voor een keten van zowel in Nederland gevestigde vennootschappen als in EU/EER gevestigde vennootschap(pen). Een verticale keten van louter in Nederland gevestigde vennootschappen mag slechts onderbroken worden door één of meer tussenmaatschappijen. Hierbij een voorbeeld van een dergelijke situatie:



Afbeelding 14

M BV en AKD BV zijn twee in Nederland gevestigde vennootschappen die een fiscale eenheid wensen aan te gaan. A Ltd en B Ltd zijn twee in het Verenigde Koninkrijk gevestigde vennootschappen. Een fiscale eenheid tussen M BV en AKD BV is mogelijk, mits A Ltd en B Ltd als tussenmaatschappijen als bedoeld in artikel 15, lid 5, Wet Vpb 1969 (nieuw) kunnen worden aangemerkt en M BV aan het

bezitsvereiste voldoet als bedoeld in artikel 15, lid 1, Wet Vpb 1969 (nieuw). In dat geval wordt het middellijk aandelenbezit die M BV via A Ltd en B Ltd houdt, meegeteld voor het bezitsvereiste op grond van artikel 15, lid 3, onderdeel b, Wet Vpb 1969 (nieuw).

4.5.2 Het STAK-arrest

Door de aanscherping van het bezitsvereiste vervalt het belang van de uitspraak van de Hoge Raad van het STAK-arrest²⁶⁵ waarin is geoordeeld dat voor het bepalen van het juridische eigendom van het bezitsvereiste de materiële zeggenschap beslissend is.²⁶⁶ In de situatie dat (een deel van de) aandelen van een vennootschap zijn gecertificeerd, wordt derhalve niet langer voldaan aan het bezitsvereiste. Bij certificering van de aandelen berust immers niet de *gehele* economische en juridische eigendom bij de moedermaatschappij. Hierop geldt echter één uitzondering. Indien de certificering van aandelen van een vennootschap bij een vennootschap geschiedt die deel uitmaakt van de fiscale eenheid, wordt wel aan het bezitsvereiste voldaan.

4.5.3 Hybride entiteiten

Tevens is door de aanscherping van het bezitsvereiste niet (langer) mogelijk een fiscale eenheid te vormen tussen een in Nederland gevestigde moeder- en kleindochtermaatschappij indien de aandelen in de kleindochtermaatschappij worden gehouden door een buitenlandse lichaam die rechtspersoonlijkheid bezit en naar Nederlands recht wordt geclassificeerd als fiscaal transparant. Een dergelijk lichaam dat naar Nederlands recht wordt geclassificeerd als fiscaal transparant maar naar het recht van een ander land/lidstaat wordt geclassificeerd als fiscaal non-transparant, wordt aangeduid als een 'hybride entiteit'²⁶⁷. In het huidige fiscale eenheidsregime kan het tussenschakelen van een buitenlands lichaam met rechtspersoonlijkheid een beletsel vormen voor het aangaan van een fiscale eenheid tussen een in Nederland gevestigde moeder- en kleindochtermaatschappij, omdat de moedermaatschappij alsdan niet (ten minste 95%) van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal in de kleindochtermaatschappij bezit. 'Immers, de Nederlandse moedermaatschappij die in bezit is van de aandelen in de buitenlandse entiteit, bezit, ondanks de fiscale transparantie van de buitenlandse

²⁶⁵ HR 18 juni 2010, nr. 08/03662, BNB 2010/266.

²⁶⁶ Voor een uitgebreidere behandeling over de certificering van aandelen en het STAK-arrest, verwijs ik naar de toelichting in paragraaf 2.2.1.1.

²⁶⁷ Hybride entiteiten zijn entiteiten waarbij de classificatie van dergelijke lichamen tussen twee landen/lidstaten tot verschillende uitkomsten leidt. Deze entiteiten kunnen zowel binnen als buiten de EU voorkomen. In het vervolg van mijn scriptie wordt met de bewoordingen hybride entiteiten bedoeld op entiteiten die zijn gelegen binnen de EU. (Hybride) entiteiten die buiten de EU zijn gelegen, kunnen zich immers niet beroepen op het EU-recht.

entiteit, niet de gehele eigendom van de aandelen in de Nederlandse kleindochtervennootschap. De juridische eigendom van die aandelen berust namelijk bij de buitenlandse entiteit'.²⁶⁸ Hieruit volgt dat na de aanscherping van het bezitsvereiste een fiscale eenheid tussen een in Nederland gevestigde moeder- en kleindochtermaatschappij nimmer mogelijk is indien een hybride entiteit²⁶⁹ met rechtspersoonlijkheid is tussengeschakeld.

De reden(en) voor de aanscherping van het bezitsvereiste, blijkt niet met zoveel woorden uit de Memorie van Toelichting²⁷⁰ Bij de nota naar aanleiding van het verslag geeft de wetgever aan dat 'de uitkomst van het STAK-arrest niet zo goed in de concerngedachte van de fiscale eenheid past'. Door de aanscherping van het bezitsvereiste wordt beter voldaan aan die concerngedachte.²⁷¹ Bovendien voorziet de wetgever uitvoeringsproblemen indien een fiscale eenheid mogelijk is tussen een in Nederland gevestigde moeder- en dochtermaatschappij waarbij de aandelen in de dochtermaatschappij zijn gecertificeerd via een in de EU/EER-staat gevestigde lichaam. In een dergelijke situatie zou immers op basis van het recht in de betreffende EU/EER-staat en de niet in het Nederlands opgestelde aktes, contracten en dergelijke dienen te worden beoordeeld bij wie de materiële zeggenschap berust.²⁷² Van Leeuwen en Brandsma²⁷³ doen echter in hun publicatie een oproep om een fiscale eenheid tussen de in Nederland gevestigde vennootschappen mogelijk te maken, ondanks dat een hybride entiteit is tussengeschakeld. Dit argument leggen zij uit aan de hand van het volgende voorbeeld:

²⁶⁸ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 3, p. 6.

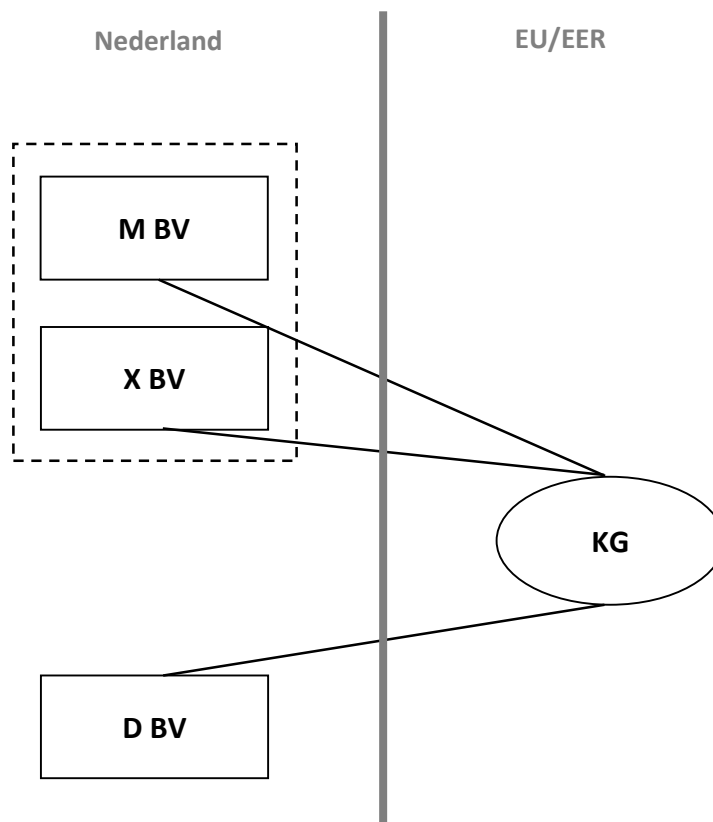
²⁶⁹ In het vervolg van deze scriptie doel ik met de termen 'hybride entiteit' op een buitenlands lichaam met rechtspersoonlijkheid dat naar Nederlands recht wordt geclassificeerd als fiscaal transparant en naar het recht van een ander land/lidstaat wordt geclassificeerd als fiscaal non-transparant.

²⁷⁰ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 3, p. 6.

²⁷¹ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 6, p. 18-19.

²⁷² Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, p. 6, p. 18.

²⁷³ J.L. van Leeuwen en R.P.C.W.M. Brandsma, *Van Papillon tot Vlinder: een ingrijpende klimaatverandering in de fiscale eenheidswereld*, WFR 2015/996.



Afbeelding 15

M BV is een in Nederland gevestigde vennootschap en houdt 100% van de aandelen in een Duitse Kommanditgesellschaft (hierna: KG). De KG is een personenvennootschap die gelijknissen vertoont met een Nederlandse CV. De KG wordt naar Nederlands recht als een transparante entiteit aangemerkt en bezit rechtspersoonlijkheid. M BV neemt als commanditair vennoot deel in de KG. X BV is een in Nederland gevestigde vennootschap die ook deel uitmaakt van de fiscale eenheid samen met M BV, en neemt als beherend vennoot deel in de KG. Ondanks dat zowel de juridische als de economische eigendom (uiteindelijk) bij de fiscale eenheid liggen, kan D BV niet worden opgenomen in de bestaande fiscale eenheid met M BV en X BV. Ook kan de KG niet worden aangemerkt als een tussenmaatschappij als bedoeld in artikel 15, lid 5, Wet Vpb 1969 (nieuw), omdat de KG niet voldoet aan het rechtsvormvereiste dat in de eerste volzin wordt gesteld. De KG is immers niet naar haar aard en inrichting vergelijkbaar met een nv of een bv. Gelet op doel en strekking van het huidige bezitsvereiste, zien de auteurs geen goede reden voor het niet toestaan van een dergelijke fiscale eenheid.²⁷⁴ In beginsel deel ik deze mening van Van Leeuwen en Brandsma. Het bezitsvereiste is naar verluidt van de

²⁷⁴ Het voorbeeld is ontleend aan J.L. van Leeuwen en R.P.C.W.M. Brandsma, *Van Papillon tot Vlinder: een ingrijpende klimaatverandering in de fiscale-eenheidswereld*, WFR 2015/996, p. 5-6.

wetgever geïntroduceerd vanuit de concerngedachte. De Wet Vpb 1969 gaat in beginsel uit van een afzonderlijke belastingplicht van lichamen als bedoeld in artikel 2 of artikel 3. Het fiscale eenheidsregime van artikel 15 maakt echter hierop een uitzondering. Door het fiscale eenheidsregime is het voor een groep vennootschappen die als een volkomen eenheid functioneert, mogelijk om als één belastingplichtige te worden aangemerkt voor de vennootschapsbelasting.²⁷⁵ Volgens Kok²⁷⁶ kan een concern worden gedefinieerd als ‘een onder centrale leiding van de moedermaatschappij staande economische eenheid van rechtspersonen en vennootschappen, welke met het oog op het voeren van een gemeenschappelijke strategie en het coördineren van het beleid van die rechtspersonen en vennootschappen, organisatorisch zijn verbonden’. Vanuit die concerngedachte kan mijns inziens worden beargumenteerd dat het weigeren van een dergelijke fiscale eenheid druist tegen doel en strekking van het huidige bezitsvereiste.

In een zuivere binnenlandse situatie doet bovenstaande problematiek zich niet voor. In het Nederlands recht bestaan immers geen personenvennootschappen die rechtspersoonlijkheid bezitten. Indien in afbeelding 15 de EU/EER-personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid (in casu: de KG) zou worden vervangen door een Nederlandse besloten CV, is de vorming van een fiscale eenheid mogelijk tussen de in Nederland gevestigde moeder- en dochtermaatschappij. Bovendien is een dergelijke fiscale eenheid mogelijk indien een EU/EER-kapitaalvennootschap wordt aangemerkt als tussenmaatschappij als bedoeld in artikel 15, lid 5, Wet Vpb 1969 (nieuw).²⁷⁷ Daarentegen is de vorming van een fiscale eenheid niet mogelijk indien de aandelen van de dochtermaatschappij in bezit zijn van een EU/EER-personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid. De vraag rijst of Nederland een EU/EER-personenvennootschap nadeliger wordt behandeld ten opzichte van een Nederlandse personenvennootschap. In paragraaf 2.2.1.4 heb ik betoogd dat het standpunt dat bepaalde buitenlandse rechtsvormen met rechtspersoonlijkheid een beletsel kunnen vormen voor het aangaan van een fiscale eenheid tussen een in Nederland gevestigde moeder- en dochtermaatschappij valide is. In het Nederlandse Ondernemingsrecht bestaat thans geen fiscaal transparante rechtsvorm met rechtspersoonlijkheid. Hierdoor bestaat in Nederland geen equivalente rechtsvorm dat vergelijkbaar is met een EU/EER-personenvennootschap die rechtspersoonlijkheid bezit. Zolang Nederland geen

²⁷⁵ Kamerstukken II 2000-2001, 26 854, nr. 6, p. 13-15.

²⁷⁶ Q.W.J.C.H. Kok, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Den Haag: SDU Fiscale en Financiële Uitgevers 2005, p. 26.

²⁷⁷ Een hybride entiteit kan slechts als een tussenmaatschappij als bedoeld in artikel 15, lid 5, Wet Vpb 1969 (nieuw) worden aangemerkt indien het lichaam naar Nederlands recht wordt geclassificeerd als fiscaal transparant en naar het recht van vestiging wordt geclassificeerd als fiscaal non-transparant, en geen rechtspersoonlijkheid bezit.

rechtsvorm kent dat vergelijkbaar is met een EU/EER-personenvennootschap die rechtspersoonlijkheid bezit, is naar mijn mening zodoende geen sprake van een belemmering. Zodoende is de aanscherping van het bezitseis met betrekking tot de gevolgen voor hybride entiteiten in overeenstemming met het EU-recht.

4.6 Zusjes fiscale eenheid

4.6.1 Hoofdlijnen

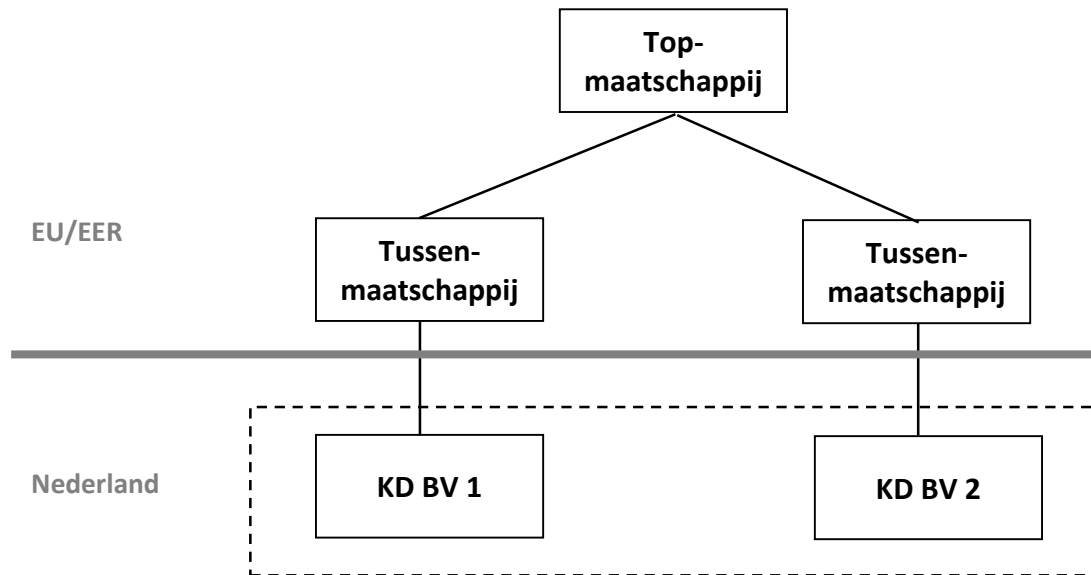
In het wetsvoorstel wordt de uitbreiding van het huidige fiscale eenheidsregime met een zusjes fiscale eenheid vastgelegd in artikel 15, lid 2, Wet Vpb 1969 (nieuw). In de eerste plaats dient de in de EU/EER-staat gevestigde lichaam als topmaatschappij als bedoeld in artikel 15, lid 6, Wet Vpb 1969 (nieuw) te worden aangemerkt. Daarnaast dient de topmaatschappij middellijk of onmiddellijk in het bezit te zijn van ten minste 95% van de gehele juridische en economische eigendom van de aandelen in de in Nederland gevestigde zustermaatschappijen. Dit aandelenbezit dient in alle gevallen recht te geven op ten minste 95% van de winst en ten minste 95% van het vermogen van elk van de (te voegen) zustermaatschappijen. Op verzoek van de (te voegen) zustermaatschappijen kan onder voorwaarden een zusjes fiscale eenheid tot stand komen. Doordat bij een zusjes fiscale eenheid geen sprake is van een in Nederland gevestigde moedermaatschappij, dient bij het indienen van het verzoek één van de zustermaatschappijen te worden aangewezen als moedermaatschappij van de fiscale eenheid. Net als bij een 'standaard' fiscale eenheid is de moedermaatschappij immers belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting.²⁷⁸ Na de vorming van een zusjes fiscale eenheid worden alle werkzaamheden en vermogen van de zustermaatschappij(en) toegerekend aan de zustermaatschappij die als moedermaatschappij van de fiscale eenheid is aangewezen. Overigens kan een (zuster)maatschappij waarvan de aandelen worden gehouden door een andere maatschappij die deel uitmaakt van een fiscale eenheid niet worden aangewezen als moedermaatschappij van de fiscale eenheid. Tot slot dient de als moedermaatschappij aangewezen zustermaatschappij haar boekjaar af te sluiten op het tijdstip direct voorafgaande aan de totstandkoming van de fiscale eenheid.

4.6.2 Combinatie met tussenmaatschappijen

In paragraaf 4.5.1 is behandeld dat een middellijk bezit van aandelen op grond van artikel 15, lid 3, onderdeel b, Wet Vpb 1969 (nieuw) mag worden meegeteld voor het bezitsvereiste van artikel 15, lid 1, Wet Vpb 1969 (nieuw) indien de aandelen onmiddellijk worden gehouden door één of meer

²⁷⁸ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 3, p. 8.

tussenmaatschappijen. Een zusjes fiscale eenheid is aldus ook mogelijk indien de aandelen in de zustermaatschappijen worden gehouden door in de EU/EER-staat gevestigde lichamen die op grond van artikel 15, lid 5, Wet Vpb 1969 (nieuw) als tussenmaatschappij(en) worden aangemerkt. Dit kan als volgt worden geïllustreerd:²⁷⁹



Afbeelding 16

Indien de topmaatschappij (middellijk via tussenmaatschappijen) ten minste 95% van de gehele juridische en economische eigendom van aan de aandelen in de in Nederland gevestigde zustermaatschappijen bezit, is een zusjes fiscale eenheid tussen KD BV 1 en KD BV 2 mogelijk.

4.6.3 De als moedermaatschappij aangewezen zustermaatschappij

In een zusjes fiscale eenheid is de topmaatschappij (de daadwerkelijke moedermaatschappij van de zustermaatschappijen) in een andere EU/EER-staat gevestigd. Hierdoor is de topmaatschappij niet in Nederland (binnenlands) belastingplichtig en kunnen de werkzaamheden en vermogen van de (gevoegde) zustermaatschappijen niet worden toegerekend aan de daadwerkelijke (buitenlandse) moedermaatschappij. Het uitgangspunt van de wetgever met betrekking tot de wijziging van het fiscale eenheidsregime is om het huidige regime zoveel mogelijk ongewijzigd in stand te laten. Daarom dient bij een zusjes fiscale eenheid één van de zustermaatschappijen te worden aangewezen als moedermaatschappij van de fiscale eenheid. Daarbij zijn belastingplichtigen in beginsel vrij om te kiezen

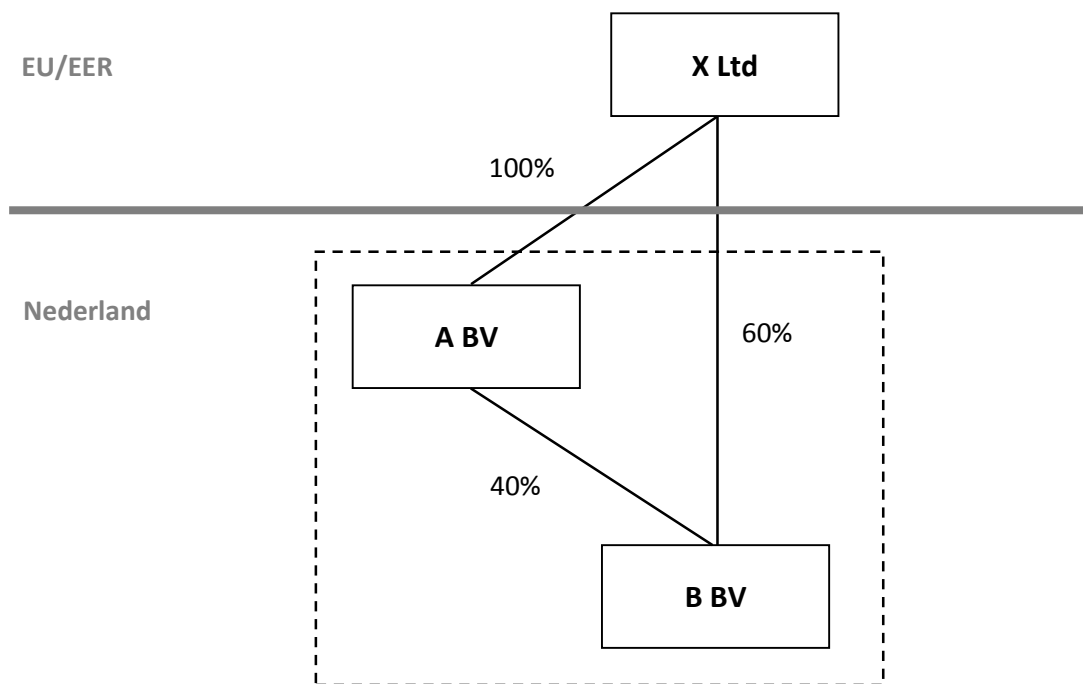
²⁷⁹ Zie figuur 3 in Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 3, p. 5.

welke zustermaatschappij wordt aangewezen als moedermaatschappij. Indien de keuze voor een moedermaatschappij is gemaakt, krijgt deze moedermaatschappij dezelfde verplichtingen als een moedermaatschappij van een 'standaard' fiscale eenheid. Dit houdt in dat de als moedermaatschappij aangewezen zustermaatschappij de verplichting heeft om de aangifte vennootschapsbelasting voor de fiscale eenheid te doen. De keuze van de moedermaatschappij van een zusjes fiscale eenheid wordt echter beperkt indien de aandelen in een zustermaatschappij (gedeeltelijk) worden gehouden door een maatschappij die deel uitmaakt van dezelfde fiscale eenheid. De achtergrond van deze beperking is vanuit de concerngedachte geredeneerd waarbij de moedervenootschap de centrale leiding heeft over haar dochtervenootschap(pen). Vanuit deze gedachte bezien is het volgens de wetgever logisch dat de (zuster)maatschappij waarvan de aandelen (gedeeltelijk) in handen zijn van een andere maatschappij niet als moedermaatschappij kan worden aangemerkt.²⁸⁰ Op grond van artikel 15, lid 2, vierde volzin, Wet Vpb 1969 (nieuw) kan de zustermaatschappij waarvan de aandelen (gedeeltelijk) in handen zijn van een andere (gevoegde) maatschappij, niet als moedermaatschappij worden aangewezen.²⁸¹ In het wetsvoorstel wordt dit toegelicht aan de hand van het volgende voorbeeld:²⁸²

²⁸⁰ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 6, p. 23.

²⁸¹ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 3, p. 21.

²⁸² Zie figuur 5 in Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 3, p. 10.

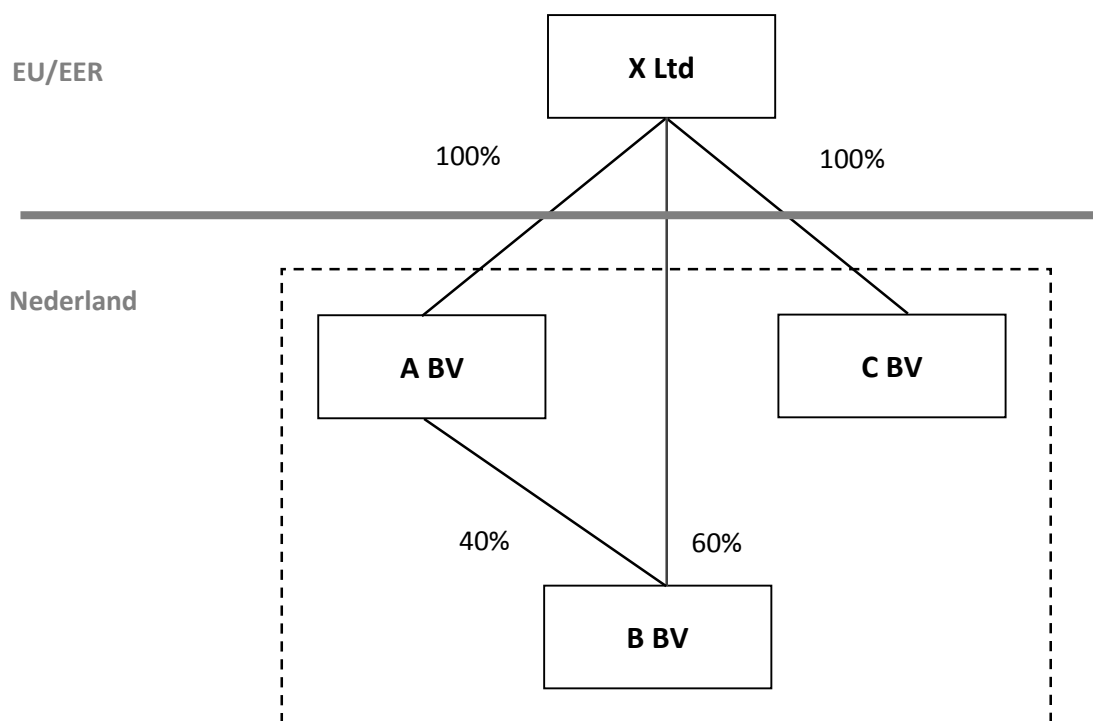


Afbeelding 17

X Ltd is een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap die 100% van de aandelen in A BV houdt en 60% van de aandelen in B BV houdt. A BV en B BV zijn twee in Nederland gevestigde vennootschappen die een zusjes fiscale eenheid willen vormen. Een dergelijke fiscale eenheid is mogelijk op grond van artikel 15, lid 2, Wet Vpb 1969 (nieuw). A BV en B BV hebben echter niet de vrije keuze voor het aanwijzen van de moedermaatschappij van de fiscale eenheid op grond van artikel 15, lid 2, vierde volzin, Wet Vpb 1969 (nieuw). A BV is immers een maatschappij die deel uitmaakt van dezelfde fiscale eenheid en gedeeltelijk de aandelen houdt in B BV. Alsdan dient A BV verplicht als moedermaatschappij van de zusjes fiscale eenheid te worden aangewezen.

Daarentegen is de keuze van de moedermaatschappij van een zusjes fiscale eenheid (weer) vrij, indien twee in Nederland gevestigde zustermaatschappijen – die een fiscale eenheid willen vormen – aandelen in elkaar bezitten. In dat geval is het mogelijk om te kiezen welk van de twee zustermaatschappijen als moedermoedermaatschappij wordt aangewezen. Alsdan gaat volgens de wetgever ‘de ‘rangorde’ van het vrijelijk aanwijzen en verplicht aanwijzen van een moedermaatschappij niet (of minder) op en dient

te worden teruggevallen op de hoofdregel van vrije keuzemogelijkheid'.²⁸³ Voor het gemak gebruik ik opnieuw het bovenstaande voorbeeld (afbeelding 17):



Afbeelding 18

Ten opzichte van afbeelding 17 houdt X Ltd 100% van de aandelen in C BV, een in Nederland gevestigde vennootschap. In deze situatie staat het de zustermaatschappijen vrij om A BV of C BV als moedermaatschappij van de fiscale eenheid aan te wijzen. B BV kan, net als in afbeelding 17, niet als moedermaatschappij worden aangewezen, omdat A BV deel uitmaakt van dezelfde fiscale eenheid en de aandelen van B BV gedeeltelijk in handen zijn van A BV.

4.6.4 Beëindiging van de fiscale eenheid

De keuze van de moedermaatschappij kan tevens van belang zijn bij de beoordeling of en wanneer een zusjes fiscale eenheid eindigt.²⁸⁴ Op grond van artikel 15, lid 10, onderdeel d, Wet Vpb 1969 (nieuw) eindigt de fiscale eenheid *indien de dochtermaatschappij, bedoeld in het tweede lid, niet langer als moedermaatschappij van de fiscale eenheid wordt aangemerkt, tenzij de maatschappij die direct daaropvolgend als moedermaatschappij wordt aangemerkt pas vanaf dat moment deel is gaan*

²⁸³ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 6, p. 23.

²⁸⁴ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 3, p. 9.

uitmaken van de nieuwe fiscale eenheid. Dit houdt in dat in beginsel de fiscale eenheid eindigt op het moment waarop de als moedermaatschappij aangewezen zustermaatschappij wordt gewijzigd. Stel dat bij de totstandkoming van een fiscale eenheid tussen drie in Nederland gevestigde zustermaatschappijen (A BV, B BV en C BV) A BV wordt aangewezen als moedermaatschappij van de zusjes fiscale eenheid. Een jaar later besluiten de belastingplichtigen om C BV aan te wijzen als moedermaatschappij van de fiscale eenheid. Dit heeft als gevolg dat de bestaande fiscale eenheid eindigt op grond van artikel 15, lid 10, onderdeel d, Wet Vpb 1969 (nieuw). De moedermaatschappij van de zusjes fiscale eenheid wordt immers gewijzigd. Daarnaast eindigt mijns inziens de fiscale eenheid op het moment dat één van de zustermaatschappijen aandelen verkrijgt in de als moedermaatschappij aangewezen zustermaatschappij. Dit staat echter niet letterlijk vermeld in het wetsvoorstel, maar dit volgt mijns inziens logischerwijs uit artikel 15, lid 2, Wet Vpb 1969 (nieuw). Een zustermaatschappij waarvan de aandelen worden gehouden door een andere maatschappij die deel uitmaakt van dezelfde fiscale eenheid, kan immers niet worden aangewezen als moedermaatschappij van de fiscale eenheid. Indien een dochtermaatschappij (andere zustermaatschappij) wordt ontvoegd, eindigt de fiscale eenheid in beginsel niet. Niettemin eindigt de fiscale eenheid op grond van artikel 15, lid 10, onderdeel a, Wet Vpb 1969 indien de fiscale eenheid na ontvoeging van de dochtermaatschappij niet (langer) uit ten minste twee maatschappijen bestaat. Daarentegen eindigt de fiscale eenheid niet indien door herstructurering een nieuw te voegen maatschappij als moedermaatschappij deel uitmaakt van de fiscale eenheid. Een voorbeeld van een dergelijke situatie is wanneer een topmaatschappij aandelen in een nieuwe vennootschap verwerft en die vennootschap als moedermaatschappij deel gaat uitmaken van de bestaande fiscale eenheid.²⁸⁵ Dit ligt in lijn met de huidige regeling voor een ‘standaard’ fiscale eenheid waarbij een bestaande fiscale eenheid deel gaat uitmaken van een andere fiscale eenheid.²⁸⁶

In tegenstelling tot de Memorie van Toelichting heeft de wetgever bij de nota van wijziging voor een andere benadering gekozen inzake de problematiek bij herstructurering. In de Memorie van Toelichting stelde de wetgever dat een fiscale eenheid niet beëindigt, indien bij herstructurering de samenstelling van de gevoegde maatschappijen van de bestaande fiscale eenheid niet verandert.²⁸⁷ Bij de nota van wijziging ziet de wetgever van deze benadering af. In de nieuwe benadering wordt telkens een vergelijking gemaakt met de situatie waarin (ook) de top- en tussenmaatschappij(en) in Nederland

²⁸⁵ De bestaande fiscale eenheid dient in dat geval haar boekjaar af te sluiten. Zie voetnoot 7 in Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 3, p. 11.

²⁸⁶ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 3, p. 11.

²⁸⁷ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 3, p. 11.

zouden zijn gevestigd.²⁸⁸ Dit houdt in dat in beginsel een fiscale eenheid bij herstructurering verbreekt indien in een vergelijkbare zuivere binnenlandse situatie een dergelijke fiscale eenheid eveneens zou verbreken. De nieuwe benadering van de wetgever heeft als gevolg dat fiscale eenheden bij herstructurering in meer situaties verbreken. Voor de situaties waarin de fiscale eenheid bij herstructurering in een vergelijkbare zuivere binnenlandse situatie niet zou verbreken, worden in het BFE 2003 voortzettingbepalingen opgenomen.²⁸⁹ Deze voortzettingbepalingen zien erop toe dat de fiscale eenheid in dergelijke situaties wordt voorgezet en aldus bepaalde sanctiebepalingen, zoals artikel 15ai Wet Vpb 1969²⁹⁰, bij beëindiging van de fiscale eenheid geen toepassing vinden.

Bij de nota van wijziging zijn de onderdelen e, f en g toegevoegd in artikel 15, lid 10, Wet Vpb 1969 (nieuw) en is artikel 15, lid 14, Wet Vpb 1969 aangepast.²⁹¹ Door herstructurering kunnen situaties ontstaan die tot een ongelijke behandeling leiden tussen een zusjes fiscale eenheid en een 'standaard' fiscale eenheid. Omdat voor bepaalde gevallen de behoefte bestaat om onder nadere te stellen voorwaarden de fiscale eenheid voort te zetten, heeft de wetgever ervoor gekozen om in een aantal situaties - waarbij voor of na herstructurering sprake is van een situatie met een topmaatschappij - in artikel 15, lid 10, Wet Vpb 1969 (nieuw) expliciet te regelen dat de fiscale eenheid eindigt. De nieuwe onderdelen e t/m g van artikel 15, lid 10, Wet Vpb 1969 (nieuw) licht ik hieronder toe.

De fiscale eenheid eindigt op grond van artikel 15, lid 10, onderdeel e, Wet Vpb 1969 (nieuw), indien *bij een fiscale eenheid met een topmaatschappij een andere topmaatschappij in de plaats komt van die topmaatschappij of de topmaatschappij belastingplichtig wordt*. Deze bepaling omvat een tweetal situaties. In de eerste plaats ziet deze bepaling op de situatie waarbij alle aandelen van een zusjes fiscale eenheid door de topmaatschappij worden overgedragen aan een ander lichaam die als topmaatschappij als bedoeld in artikel 15, lid 6, Wet Vpb 1969 (nieuw) kan worden aangemerkt. In feite wisselt de zusjes fiscale eenheid in dat geval van topmaatschappij. Indien de topmaatschappij in Nederland zou zijn gevestigd en alle aandelen in haar dochtermaatschappijen zou overdragen aan een andere moedermaatschappij, zou de fiscale eenheid eveneens eindigen.²⁹² Daarom bestaat volgens de wetgever

²⁸⁸ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 6, p. 21-22.

²⁸⁹ Zie bijlage 2 voor de nadere voorwaarden met betrekking tot de fiscaal geruisloze voortzetting van een fiscale eenheid bij beëindiging van een fiscale eenheid ingevolge artikel 15, lid 10, onderdelen e t/m g Wet Vpb 1969 (nieuw).

²⁹⁰ Artikel 15ai Wet Vpb 1969 is een anti-misbruikregeling dat ervoor zorgt dat belastingplichtigen niet voor korte duur een fiscale eenheid vormen om onbelast vermogensbestanddelen binnen de fiscale eenheid over te dragen en vervolgens de fiscale eenheid verbreken.

²⁹¹ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 7, p. 4-8.

²⁹² Alsdan eindigt de fiscale eenheid op grond van artikel 15, lid 10, onderdeel a, Wet Vpb 1969.

geen aanleiding om een dergelijke situatie in een voortzettingsbepaling te voorzien.²⁹³ Dit in tegenstelling tot hetgeen de wetgever had gesteld in de Memorie van Toelichting. In de Memorie van Toelichting zou immers een fiscale eenheid bij herstructurering niet beëindigen, mits de samenstelling van de vennootschappen van die fiscale eenheid niet wijzigt. Ruijschop²⁹⁴ is echter van mening dat de wetgever de topmaatschappij gelijkstelt aan een moedermaatschappij in een 'standaard' fiscale eenheid. Naar zijn mening is een topmaatschappij echter niet vergelijkbaar met een dergelijke moedermaatschappij. In een zusjes fiscale eenheid vervult immers de als moedermaatschappij aangewezen zustermaatschappij de rol van moedermaatschappij in een fiscale eenheid. De topmaatschappij vervult slechts de rol van een 'schakel' in een zusjes fiscale eenheid, omdat een topmaatschappij noodzakelijk is om een fiscale eenheid te vormen tussen de in Nederland gevestigde zustermaatschappijen. Ruijschop ziet niet in waarom een zusjes fiscale eenheid verbreekt indien de topmaatschappij wordt gewijzigd, terwijl de moedermaatschappij van de zusjes fiscale eenheid niet wordt gewijzigd. Ik begrijp het bezwaar van Ruijschop. Vanuit de vaste jurisprudentie van het HvJ EU bezien, is het standpunt van de wetgever om in een dergelijke situatie niet van een voortzettingsbepaling te voorzien, echter in overeenstemming met het EU-recht. Op basis van het EU-recht mag een vergelijkbare grensoverschrijdende situatie immers niet nadeliger worden behandeld ten opzichte van een zuivere binnenlandse situatie. Oftewel het EU-recht stelt niet dat een grensoverschrijdende situatie voordeliger dient te worden behandeld. In een vergelijkbare zuivere binnenlandse situatie zou immers een 'standaard' fiscale eenheid eveneens eindigen indien de moedermaatschappij wordt gewijzigd. Zodoende ben ik het eens met het standpunt van de wetgever om een dergelijke situatie niet in een voortzettingsbepaling te voorzien. Daarentegen eindigt de fiscale eenheid niet indien de aandelen van de topmaatschappij worden overgedragen, omdat in een zuivere binnenlandse situatie een 'standaard' fiscale eenheid ook niet zou eindigen indien de aandelen in de moedermaatschappij worden overgedragen aan een ander lichaam.

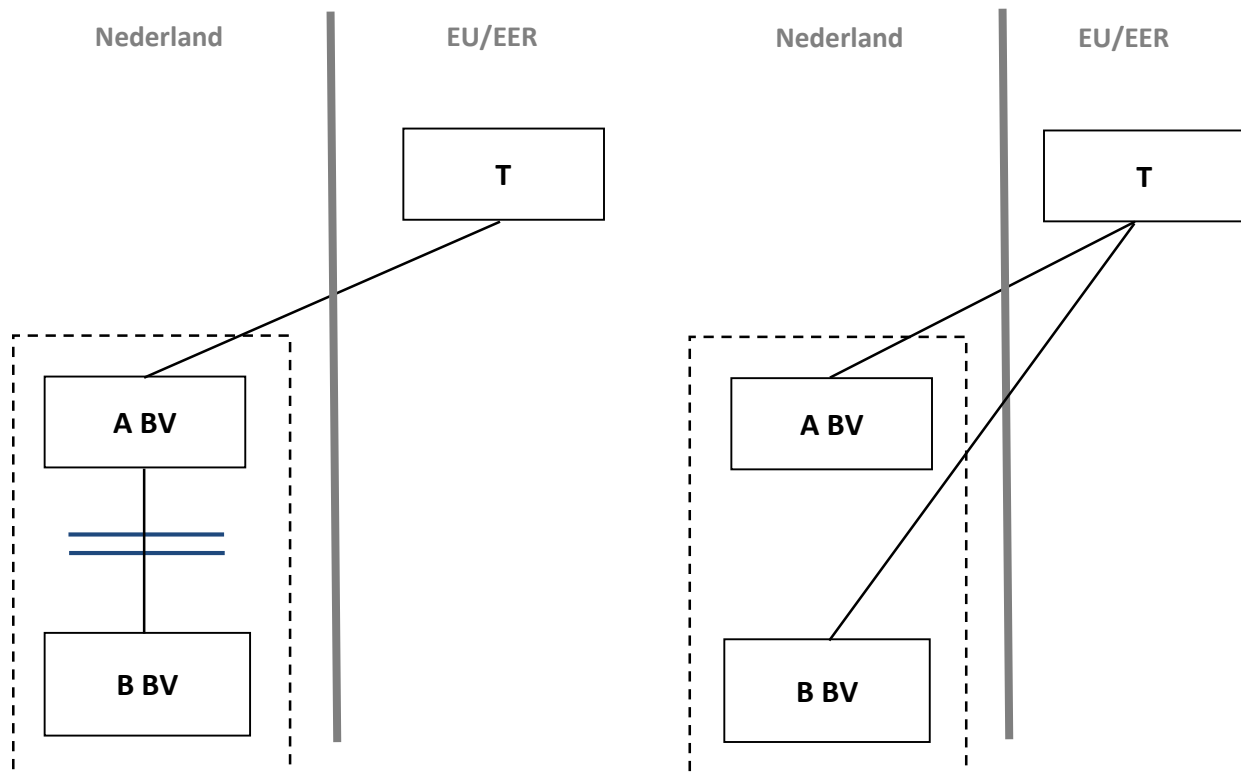
Ook eindigt een fiscale eenheid op grond van artikel 15, lid 10, onderdeel e, Wet Vpb 1969 (nieuw) indien de topmaatschappij belastingplichtig wordt voor de vennootschapsbelasting. Dit geschiedt bijvoorbeeld door de feitelijke leiding van de topmaatschappij naar Nederland te verplaatsen of door een onderneming te drijven in Nederland met behulp van een vaste inrichting. De wetgever voorziet echter in een dergelijke situatie wel in een voortzettingsbepaling. De fiscale eenheid eindigt niet indien direct aansluitend aan het ontvoegingstijdstip een nieuwe fiscale eenheid wordt gevormd met de in

²⁹³ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 7, p. 5.

²⁹⁴ M.H.C. Ruijschop, *Voortgang wetsvoorstel Aanpassing fiscale eenheid*, NTFR 2016/1061, p. 5-6.

Nederland gevestigde voormalige ‘topmaatschappij’. In een zuivere binnenlandse situatie zou immers de fiscale eenheid ook niet eindigen indien de topmaatschappij in Nederland zou zijn gevestigd en als moedermaatschappij deel zou uitmaken van de fiscale eenheid. Alsdan eindigt de fiscale eenheid niet ingeval de moedermaatschappij binnen Nederland haar activiteiten verplaatst of nieuwe activiteiten exploiteert. Zodoende is artikel 15, lid 10, onderdeel e, Wet Vpb 1969 (nieuw) in overeenstemming met het EU-recht.

Artikel 15, lid 10, onderdeel f, Wet Vpb 1969 (nieuw) bepaalt dat een fiscale eenheid eindigt, *indien bij een fiscale eenheid zonder topmaatschappij de fiscale eenheid met betrekking tot een belastingplichtige niet langer kan voortbestaan zonder een topmaatschappij*. Dit houdt, kort gezegd, in dat een ‘standaard’ of een Papillon fiscale eenheid eindigt op het moment dat een dergelijke fiscale eenheid naar een zusjes fiscale eenheid transformeert. Alsdan kan de fiscale eenheid niet meer voortbestaan zonder een topmaatschappij. Dit wordt in de nota van wijziging toegelicht aan de hand van het volgende voorbeeld:²⁹⁵



Afbeelding 19

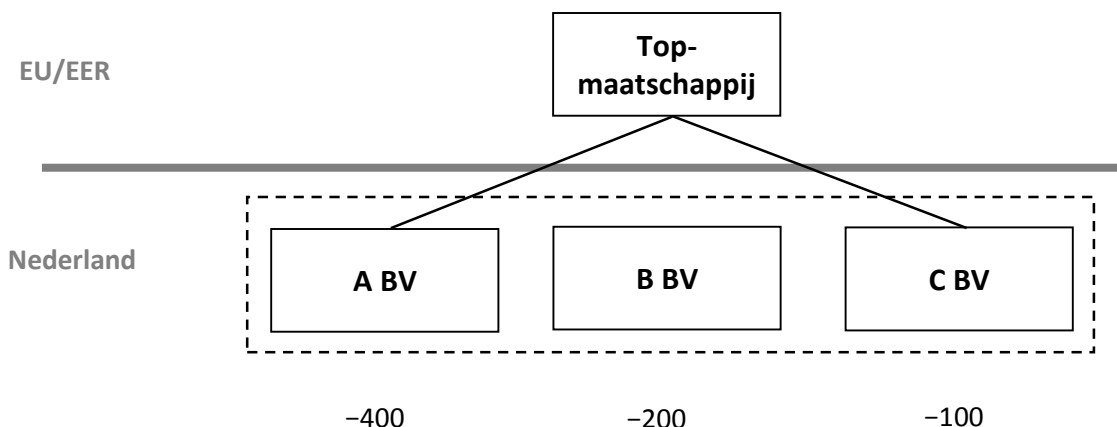
²⁹⁵ Zie figuur 1 in Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 7, p. 5-6.

T is een in een EU/EER-gevestigde vennootschap die alle aandelen in A BV, een in Nederland gevestigde vennootschap, bezit. A BV houdt op haar beurt alle aandelen in B BV, eveneens een in Nederland gevestigde vennootschap. A BV en B BV vormen een fiscale eenheid. In jaar X besluit A BV haar aandelen in B BV over te dragen aan T. Ongeacht de keuze van de als moedermaatschappij aangewezen zustermaatschappij, eindigt de fiscale eenheid op grond van artikel 15, lid 10, onderdeel f, Wet Vpb 1969 (nieuw). De reguliere fiscale eenheid eindigt immers, omdat A BV niet (langer) voldoet aan het bezitsvereiste als bedoeld in artikel 15, lid 1, Wet Vpb 1969 (nieuw). Indien direct aansluitend aan het ontvoegingstijdstip een nieuwe zusjes fiscale eenheid wordt gevormd tussen A BV en B BV en T als topmaatschappij als bedoeld in artikel 15, lid 6, Wet Vpb 1969 (nieuw) kan worden aangemerkt, eindigt de fiscale eenheid niet en wordt een dergelijke situatie voorzien van een voortzettingbepaling. Indien T in Nederland zou zijn gevestigd, zou T de moedermaatschappij zijn van de fiscale eenheid samen met A BV en B BV. In het geval dat A BV de aandelen in B BV zou overdragen aan T, zou de fiscale eenheid immers ook niet eindigen. Zodoende wordt T in de grensoverschrijdende en in de zuivere binnenlandse situatie gelijk behandeld en is artikel 15, lid 10, onderdeel f, Wet Vpb 1969 (nieuw) in overeenstemming met het EU-recht. Om te voorkomen dat door een aansluitende zusjes fiscale eenheid verliezen bij de nieuwe als moedermaatschappij aangewezen zustermaatschappij kunnen worden gestationeerd, worden door middel van het stellen van nadere voorwaarden in artikel X, lid 3, BFE 2003²⁹⁶ bij een wijziging van een standaard of Papillon fiscale eenheid naar een aansluitende zusjes fiscale eenheid voorkomen dat bij een latere beëindiging van de (aansluitende) zusjes fiscale eenheid de verliezen van de 'oude' fiscale eenheid bij de nieuwe moedermaatschappij kunnen achterblijven dan mogelijk zou zijn geweest wanneer de moedermaatschappij niet was gewijzigd.²⁹⁷ Dit houdt in dat verliezen bij beëindiging van de nieuwe fiscale eenheid bij de moedermaatschappij mogen achterblijven voor zover aannemelijk kan worden gemaakt dat deze verliezen aan de moedermaatschappij zijn toe te rekenen. Hierdoor vindt een evenredige toepassing plaats als het meegeven van verliezen bij beëindiging van een standaard fiscale eenheid op grond van artikel 15af Wet Vpb 1969. In de bijlage van het concept voortzettingbepaling BFE wordt dit toegelicht aan de hand van het volgende voorbeeld:²⁹⁸

²⁹⁶ Zie bijlage 2 voor de nadere voorwaarden met betrekking tot de fiscaal geruisloze voortzetting van een fiscale eenheid bij beëindiging van een fiscale eenheid ingevolge artikel 15, lid 10, onderdelen e t/m g Wet Vpb 1969 (nieuw).

²⁹⁷ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 7, p. 6.

²⁹⁸ Bijlage: concept voortzettingbepaling BFE, p. 3-4.



Afbeelding 20

Stel dat een topmaatschappij (T) alle aandelen houdt in drie in Nederland gevestigde zustermaatschappijen (A BV, B BV en C BV). Deze drie zustermaatschappijen vormen een zusjes fiscale eenheid waarbij A BV de als moedermaatschappij aangewezen zustermaatschappij is. In jaar 1 lijdt de fiscale eenheid een verlies van -700 . Dit verlies is afkomstig van A BV (-400), B BV (-200) en C BV (-100). In jaar 2 verkoopt T alle aandelen in A BV aan een derde. Hierdoor eindigt de fiscale eenheid op grond van artikel 15, lid 10, onderdeel a, Wet Vpb 1969. Direct aansluitend aan het ontvoegingstijdstip vormen B BV en C BV een aansluitende fiscale eenheid waarbij B BV wordt aangewezen als de moedermaatschappij. Door deze wijziging van de moedermaatschappij is sprake van een beëindiging van de fiscale eenheid op grond van artikel 15, lid 10, onderdeel d, Wet Vpb 1969 (nieuw). Vervolgens vindt de ontvoeging plaats van A BV. Doordat sprake is van een wijziging van de moedermaatschappij treedt artikel X, lid 3, BFE 2003 in werking. Op verzoek kan maximaal -300 ²⁹⁹ meegegeven worden aan de aansluitende fiscale eenheid tussen B BV en C BV, mits aannemelijk kan worden gemaakt dat deze verliezen toerekenbaar zijn aan B BV en C BV. Indien geen verzoek wordt gedaan of de verliezen niet aannemelijk kunnen worden gemaakt, blijft het verlies van de fiscale eenheid (-700) volledig achter bij A BV op het ontvoegingstijdstip.

Verder eindigt de fiscale eenheid op grond van artikel 15, lid 10, onderdeel g, Wet Vpb 1969 (nieuw), indien *bij een fiscale eenheid met een topmaatschappij een topmaatschappij met betrekking tot een belastingplichtige niet langer nodig is voor het bestaan van de fiscale eenheid*. Dit houdt in dat een fiscale eenheid eindigt 'ingeval een bestaande zusjes fiscale eenheid transformeert naar een 'standaard' of een Papillon fiscale eenheid, waardoor de voormalige 'topmaatschappij' niet meer noodzakelijk is

²⁹⁹ 200 verlies aan B BV en 100 verlies aan C BV.

voor het bestaan van de fiscale eenheid'.³⁰⁰ Indien echter direct aansluitend op het ontvoegingstijdstip een nieuwe fiscale eenheid wordt gevormd, eindigt de fiscale eenheid niet. In het geval dat de moedermaatschappij wijzigt door de transformering van een zusjes fiscale eenheid naar een 'standaard' of een Papillon fiscale eenheid, geldt de beperking van het achterblijven van verliezen bij de nieuwe moedermaatschappij. Deze beperking is reeds besproken bij de behandeling van artikel 15, lid 10, onderdeel f, Wet Vpb 1969 (nieuw).

Ondanks dat bij de nota van wijziging in bepaalde situaties een aansluitende fiscale eenheid van voortzettingbepalingen wordt voorzien, is mijns inziens artikel 15, lid 10, Wet Vpb 1969 (nieuw) in combinatie met artikel 15, lid 14, onderdeel b, Wet Vpb 1969 (nieuw) niet in overeenstemming met het EU-recht. In de nota van wijziging benadrukt de wetgever (meermaals) dat 'de fiscaal geruisloze voortzetting wordt beperkt tot gevallen waarin de fiscale eenheid ten aanzien van een maatschappij niet zou zijn beëindigd wanneer de topmaatschappij en eventuele tussenmaatschappijen in Nederland zouden zijn gevestigd en als moedermaatschappij, onderscheidenlijk dochtermaatschappij, deel zouden uitmaken van de fiscale eenheid'.³⁰¹ Zoals eerder in deze paragraaf is opgemerkt, wordt in bepaalde situaties de mogelijkheid van een fiscaal geruisloze voortzetting geboden indien na herstructurering een fiscale eenheid eindigt en daaropvolgend een aansluitende fiscale eenheid tot stand komt. Bij de nota van wijziging is dit toegelicht aan de hand van het volgende voorbeeld. Stel dat een zusjes fiscale eenheid uit drie in Nederland gevestigde zustermaatschappijen (X BV, Y BV en Z BV) bestaat waarbij X BV als moedermaatschappij van de fiscale eenheid is aangewezen. Een jaar later vervreemdt de topmaatschappij de aandelen van A BV aan een derde. Hierdoor eindigt de fiscale eenheid op grond van artikel 15, lid 10, onderdeel d, Wet Vpb 1969 (nieuw), omdat X BV niet langer als moedermaatschappij van de fiscale eenheid wordt aangemerkt. Indien daaropvolgend een aansluitende fiscale eenheid tussen Y BV en Z BV tot stand komt, kan deze fiscale eenheid geruisloos worden voortgezet. In dat geval is enkel ten aanzien van X BV sprake van een ontvoeging.³⁰² Stel dat ten opzichte van het voorgaande voorbeeld een zusjes fiscale eenheid uit twee in plaats van drie in Nederland gevestigde zustermaatschappijen (X BV en Y BV) bestaat waarbij X BV als moedermaatschappij van de fiscale eenheid is aangewezen. Evenals in het voorgaande voorbeeld vervreemdt de topmaatschappij in jaar X de aandelen in X BV aan een derde. De fiscale eenheid verbreekt alsdan op grond van artikel 15, lid 10, onderdeel a, Wet Vpb 1969 (nieuw). In dat geval kan geen aansluitende fiscale eenheid worden

³⁰⁰ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 7, p. 6.

³⁰¹ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 6, p. 21.

³⁰² Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 6, p. 21-22.

gevormd, omdat Y BV als enige in Nederland gevestigde maatschappij overblijft. Indien de topmaatschappij echter in Nederland zou zijn gevestigd, zou zij samen met X BV en Y BV een fiscale eenheid kunnen vormen. Alsdan zou de fiscale eenheid bij vervreemding van de aandelen in X BV aan een derde niet beëindigen. De fiscale eenheid tussen de in Nederland gevestigde 'topmaatschappij' en Y BV blijft immers in stand. Zodoende is mijns inziens op dit punt artikel 15, lid 10, Wet Vpb 1969 (nieuw) in combinatie met artikel 15, lid 14, onderdeel b, Wet Vpb 1969 (nieuw) niet in overeenstemming met het EU-recht. Als oplossing zou de wetgever een vergelijkbare bepaling op kunnen nemen als in artikel 18 BFE 2003. Artikel 18, lid 1, BFE 2003 bepaalt dat onder bepaalde voorwaarden een juridische fusie binnen fiscale eenheid geacht wordt niet te zijn verbroken waarbij de verkrijgende rechtspersoon (moedermaatschappij) en verdwijnende rechtspersoon (dochtermaatschappij) deel uitmaken van dezelfde fiscale eenheid.³⁰³ Krachtens de fictie is ten aanzien van de verdwijnende rechtspersoon geen sprake van een ontvoeging en treden de bepalingen van artikel 15aa t/m 15aj Wet Vpb 1969 niet in. Indien een vergelijkbare bepaling zou worden toegepast in het voorgaande voorbeeld³⁰⁴, zou in dat geval bij de resterende zustermaatschappij (Y BV) eveneens geen sprake zijn van een ontvoeging.

4.6.5 Afsluiting boekjaren zowel moeder- als dochtermaatschappij(en)

Om na de vorming van een fiscale eenheid een geconsolideerde balans en winst- en verliesrekening op te kunnen stellen, dienen de boekjaren van de moeder- en dochtermaatschappij(en) gelijk te lopen. Om dit te kunnen bewerkstelligen, dient de dochtermaatschappij op grond van artikel 15, lid 3, onderdeel a, Wet Vpb 1969 haar boekjaar af te sluiten overeenkomstig artikel 7, lid 4, Wet Vpb 1969. Voor een uitgebreidere toelichting op deze bepaling verwijs ik naar paragraaf 2.2.4.1. Op grond van artikel 15, lid 2, laatste volzin, Wet Vpb 1969 dient de als moedermaatschappij aangewezen dochtermaatschappij op het tijdstip direct voorafgaande aan de totstandkoming van de fiscale eenheid haar boekjaar af te

³⁰³ In de literatuur bestaat de vraag of artikel 18 BFE 2003 geldt in de situatie waarbij een juridische fusie binnen fiscale eenheid resulteert dat enkel de moedermaatschappij overblijft. Na de juridische fusie blijft immers enkel de moedermaatschappij over. Volgens het M.J. Boer, *Artikel 18 Besluit fiscale eenheid Juridische fusie van dochtermaatschappij binnen fiscale eenheid*, NDFR commentaar (digitale versie 2016) lijkt de tekst een dergelijke situatie niet uit te sluiten. Ook Rood, Panham, Kampshöer en Hofman delen dezelfde mening: 'hoewel na de juridische fusie geen fiscale eenheid resteert, kan onzes inziens wel de fictie worden toegepast dat de fiscale eenheid wordt geacht niet te zijn verbroken, evenals de daarmee samenhangende regelingen van artikel 18 BFE 2003'. Zie I. de Roos, S.R. Panham, G.W.J.M. Kampshöer & A.W. Hofman, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2014, p. 305. Verder stelt Kok dat 'inderdaad weliswaar geen fiscale eenheid meer is, maar naar hun aard is het van toepassing zijn van artikel 18, tweede tot en met het zesde lid, Besluit niet beperkt tot de situaties waarin na de fusie nog een fiscale eenheid resteert'. Zie Q.W.J.C.H. Kok, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Den Haag: SDU Fiscale en Financiële Uitgevers 2005, p. 381.

³⁰⁴ De zusjes fiscale eenheid tussen twee in Nederland gevestigde zustermaatschappijen (X BV en Y BV) waarbij X BV als moedermaatschappij van de fiscale eenheid is aangewezen.

sluiten. De moedermaatschappij van een Papillon of een 'standaard' fiscale eenheid is echter niet verplicht om haar boekjaar af te sluiten. Haar boekjaar wijzigt als gevolg van de voeging van de dochtermaatschappij(en) niet. De reden dat bij een zusjes fiscale eenheid de als moedermaatschappij aangewezen zustermaatschappij eveneens haar boekjaar moet afsluiten, is vanwege de gelijkstelling met een dochtermaatschappij van een 'standaard' fiscale eenheid.³⁰⁵ De als moedermaatschappij aangewezen zustermaatschappij is immers een dochtermaatschappij van de topmaatschappij en zou een dochtermaatschappij zijn in een 'standaard' fiscale eenheid. Het sluiten van het boekjaar op het voegingstijdstip kan voor een belastingplichtige echter nadelige gevolgen hebben. In de eerste plaats kan de voorwaartse verliesverrekening van de voorvoegingsverliezen van de moedermaatschappij worden beperkt. Indien de als moedermaatschappij aangewezen zustermaatschappij op het voegingstijdstip verliezen heeft, vormen deze verliezen voorvoegingsverliezen op grond van artikel 15ae, lid 1, onderdeel a, Wet Vpb 1969. Deze voorvoegingsverliezen zijn verrekenbaar met de belastbare winst van de fiscale eenheid, mits deze winst aan de als moedermaatschappij zustermaatschappij is toe te rekenen. Daarentegen vormen de verliezen van de moedermaatschappij van een 'standaard' fiscale eenheid op het voegingstijdstip geen voorvoegingsverliezen. Deze verliezen vormen alsdan verliezen van de fiscale eenheid. Hierdoor is artikel 15ae, lid 1, onderdeel a, Wet Vpb 1969 niet van toepassing en zijn deze verliezen niet louter verrekenbaar met de belastbare winst van de fiscale eenheid voor zover deze winst toerekenbaar is aan de moedermaatschappij, maar zijn deze verliezen verrekenbaar met de belastbare winst van iedere maatschappij in de fiscale eenheid.³⁰⁶

Een ander nadelig gevolg voor het verplicht afsluiten van het boekjaar van de moedermaatschappij op het voegingstijdstip is dat de achterwaartse verliesverrekening van de fiscale eenheidsverliezen worden beperkt. Voor de termijn van verliesverrekening verwijst artikel 15ae Wet Vpb 1969 naar artikel 20, lid 2, Wet Vpb 1969. Op grond van artikel 20, lid 2, Wet Vpb 1969 kan een verlies worden verrekend met de belastbare winst van het voorafgaande jaar en de negen volgende jaren. Zoals in paragraaf 2.2.4.1 is besproken, wordt bij de sluiting van het boekjaar op het voegingstijdstip het boekjaar als het ware in twee gedeeltes opgeknipt. Het gedeelte van het boekjaar waarin de als moedermaatschappij gekozen zustermaatschappij nog geen deel uitmaakt van de fiscale eenheid wordt als een afzonderlijk boekjaar aangemerkt. Dit afzonderlijke boekjaar wordt als een voorafgaande jaar als bedoeld in artikel 20, lid 2,

³⁰⁵ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 3, p. 10.

³⁰⁶ Dit geldt eveneens in de situatie waarbij de moedermaatschappij winsten heeft op het voegingstijdstip. Alsdan vormen deze winsten voorvoegingswinsten en zijn deze op grond van artikel 15ae, lid 1, onderdeel b, Wet Vpb 1969 slechts verrekenbaar met de verliezen van de fiscale eenheid voor zover dit verlies aan de moedermaatschappij is toe te rekenen.

Wet Vpb 1969 aangemerkt.³⁰⁷ Hierdoor wordt de verliesverrekeningstermijn van de als moedermaatschappij aangewezen zustermaatschappij ingekort. Niettemin wijzigt het boekjaar van de moedermaatschappij van een 'standaard' fiscale eenheid op het voegingstijdstip niet.

De vraag rijst of deze 'afsluitingsvereiste' van de boekjaren in overeenstemming is met het EU-recht. Uit het voorgaande blijkt dat een moedermaatschappij van een zusjes fiscale eenheid in tegenstelling tot een moedermaatschappij van een 'standaard' fiscale eenheid verplicht is om haar boekjaar af te sluiten op het voegingstijdstip, met mogelijke nadelige gevolgen van dien. Desalniettemin is naar mijn mening het afsluitingsvereiste in overeenstemming met het EU-recht. Stel dat een situatie is waarbij een topmaatschappij aandelen houdt in twee in Nederland gevestigde vennootschappen (A BV en B BV). A BV en B BV wensen een fiscale eenheid aan te gaan waarbij A BV de moedermaatschappij wordt. A BV dient alsdan op grond van artikel 15, lid 2, laatste volzin, Wet Vpb 1969 (nieuw) haar boekjaar af te sluiten, met mogelijk nadelige gevolgen van dien. Indien de gemeenschappelijke moedermaatschappij een in Nederland gevestigd lichaam (X BV) zou zijn, zou op grond van artikel 15, lid 1, Wet Vpb 1969 (nieuw) een ('standaard') fiscale eenheid kunnen worden gevormd tussen X BV en de in Nederland gevestigde zustermaatschappijen A BV en B BV. In dat geval dient A BV eveneens haar boekjaar af te sluiten op grond van artikel 15, lid 4, onderdeel a, Wet Vpb 1969 (nieuw). In zowel de grensoverschrijdende situatie als de zuivere binnenlandse situatie dient A BV haar boekjaar af te sluiten, met alle mogelijke nadelige gevolgen van dien. Zodoende vindt in beide situaties een gelijke behandeling plaats en is het sluitingsvereiste in overeenstemming met het EU-recht.

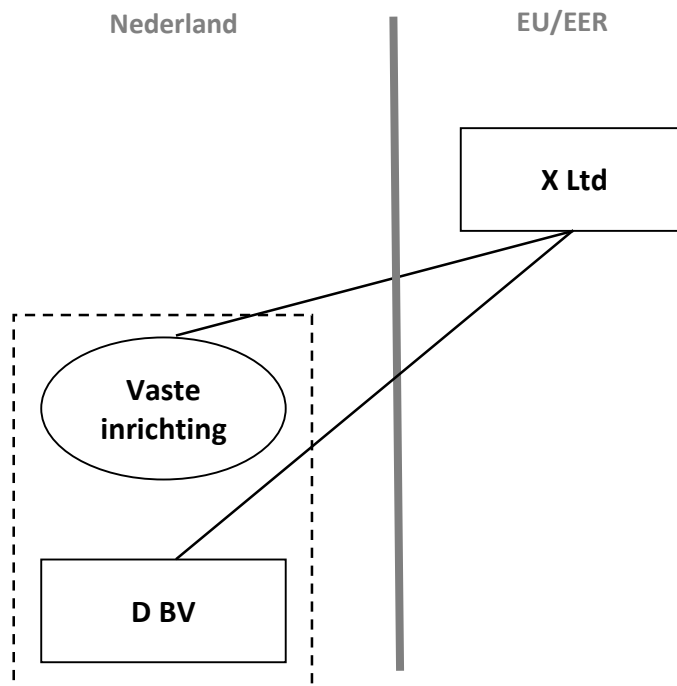
4.7 Fiscale eenheid met een vaste inrichting van een niet in Nederland gevestigd lichaam

In paragraaf 2.4 is besproken dat op grond van artikel 15, lid 4, Wet Vpb 1969 een in Nederland aanwezige vaste inrichting van een buitenlands belastingplichtige moeder- of dochtermaatschappij onder bepaalde voorwaarden deel kan uitmaken van een fiscale eenheid. In het wetsvoorstel blijft deze mogelijkheid bestaan op grond van artikel 15, lid 7, Wet Vpb 1969 (nieuw) en artikel 15, lid 8, Wet Vpb 1969 (nieuw). Het huidige artikel 15, lid 4, Wet Vpb 1969 wordt als het ware opgesplitst in twee delen. De rechtsvormvereiste waaraan een lichaam met een in Nederland aanwezige vaste inrichting dient te voldoen om deel uit te kunnen maken van een fiscale eenheid, is in artikel 15, lid 7, Wet Vpb 1969 (nieuw) vastgelegd. Hierbij wordt naar de rechtsvormvereiste verwezen dat geldt voor de moeder- en dochtermaatschappij, de tussenmaatschappij en de topmaatschappij. In artikel 15, lid 8, Wet Vpb 1969

³⁰⁷ Zie HR 10 juli 2015, nr. 14/05914, BNB 2015/188.

(nieuw) zijn de overige vereisten (vestigingsplaatsvereiste en toerekeningsvereiste) van het huidige artikel 15, lid 4, Wet Vpb 1969 vastgelegd.

Op grond van artikel 15, lid 7 en 8, Wet Vpb 1969 (nieuw) blijft de mogelijkheid voor een buiten de EU/EER-gevestigde lichaam met een in Nederland aanwezige vaste inrichting bestaan om deel uit te kunnen maken van een fiscale eenheid. Daarbij gelden dezelfde voorwaarden als de voorwaarden die thans worden gesteld in artikel 15, lid 4, Wet Vpb 1969. Voor de toelichting op deze voorwaarden, verwijs ik naar paragraaf 2.4.3. In tegenstelling tot buiten de EU/EER-gevestigde lichamen met een in Nederland aanwezige vaste inrichting, geldt op grond van artikel 15, lid 8, onderdeel a, Wet Vpb 1969 de toerekeningsvereiste niet voor binnen de EU/EER-gevestigde lichamen met een in Nederland aanwezige vaste inrichting. Dit betekent dat indien een in de EU/EER-gevestigde lichaam een in Nederland aanwezige vaste inrichting heeft en als buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij deel wil uitmaken van de fiscale eenheid, de aandelen van de in Nederland gevestigde vennootschap niet tot het vermogen van de vaste inrichting dient te worden toegerekend. Een voorbeeld van een dergelijke situatie is:³⁰⁸

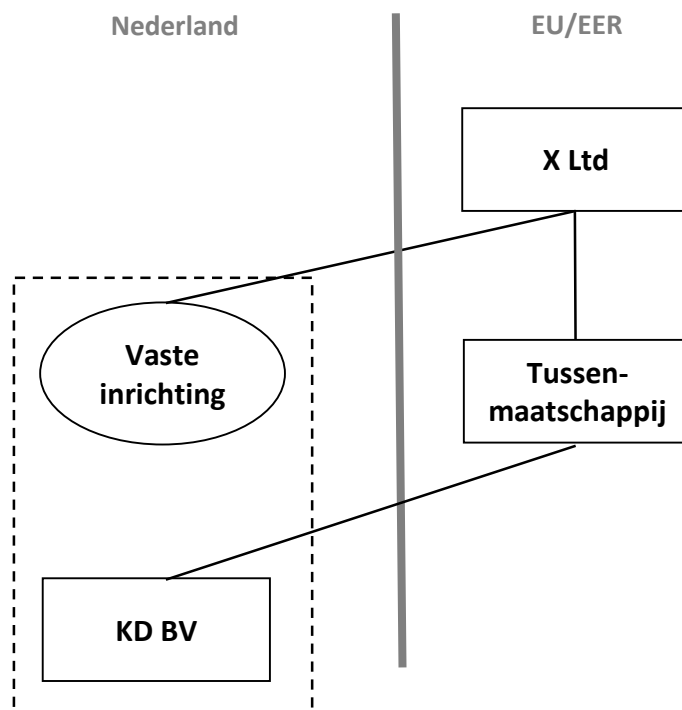


Afbeelding 21

³⁰⁸ Zie figuur 6 in Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 3, p. 12.

Doordat X Ltd in de EU/EER is gevestigd, geldt de toerekeningsvereiste niet. Hierdoor is een fiscale eenheid mogelijk tussen X Ltd als buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij en D BV, een in Nederland gevestigde vennootschap. De aandelen van D BV hoeven niet te worden toegerekend tot het vermogen van de vaste inrichting. Daarentegen is een dergelijke fiscale eenheid niet mogelijk indien X Ltd buiten de EU/EER is gevestigd.

Volgens het wetsvoorstel is ook een fiscale eenheid mogelijk indien tussen een binnen de EU/EER gevestigde lichaam en een in Nederland gevestigde vennootschap een tussenmaatschappij als bedoeld in artikel 15, lid, 5, Wet Vpb 1969 (nieuw) is tussengeschakeld. Dit kan als volgt worden geïllustreerd:³⁰⁹



Afbeelding 22

X Ltd is een in de EU/EER gevestigde vennootschap die een vaste inrichting in Nederland heeft.³¹⁰ Daarnaast houdt zij 100% van de aandelen in een tussenmaatschappij als bedoeld in artikel 15, lid 5, Wet Vpb 1969 (nieuw). De tussenmaatschappij houdt op haar beurt 100% van de aandelen in KD BV, een in Nederland gevestigde vennootschap. Een fiscale eenheid tussen X Ltd als buitenlands

³⁰⁹ Zie figuur 12 in Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 3, p. 25.

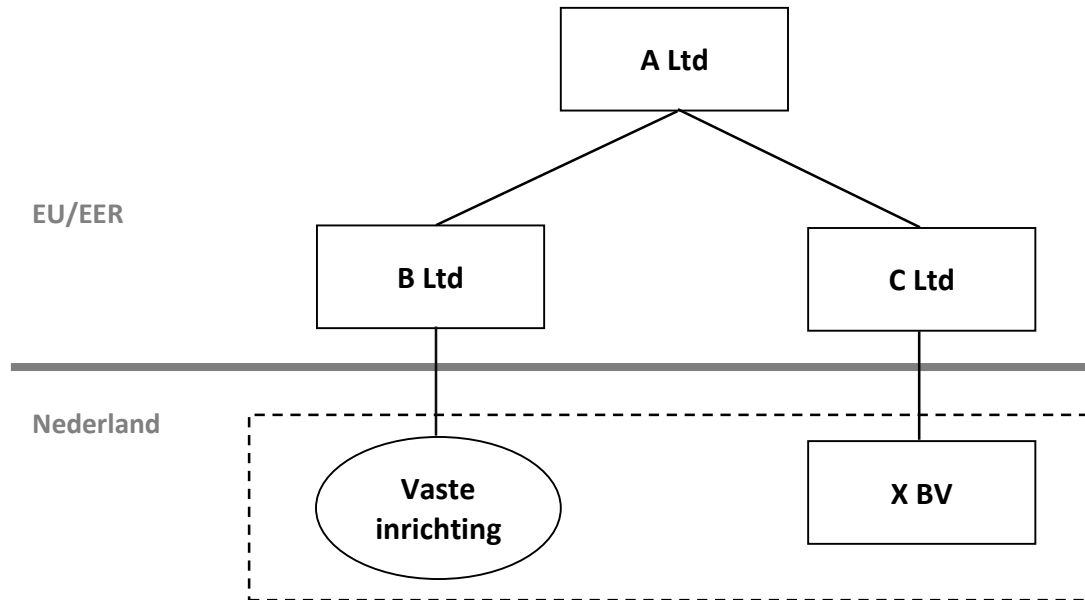
³¹⁰ X Ltd kan niet als topmaatschappij worden aangemerkt, omdat zij een onderneming in Nederland drijft met behulp van een vaste inrichting. Zie artikel 15, lid 6 Wet Vpb (nieuw) juncto artikel 15, lid 5, onderdeel c, Wet Vpb 1969 (nieuw).

belastingplichtige moedermaatschappij en KD BV is mogelijk, zonder dat de aandelen van KD BV worden toegerekend aan het vermogen van de vaste inrichting van X Ltd.

De reden dat de toerekeningsvereiste niet (langer) in EU/EER-situaties geldt, blijkt niet met zoveel woorden uit het wetsvoorstel. Naar mijn mening volgt dit echter logischerwijs uit de vrijheid van vestiging in het EU-recht. Op grond van artikel 49 VWEU mag een lidstaat geen onderscheid maken tussen een vaste inrichting en een vennootschap. Indien in afbeelding 21 en 22 de in Nederland vaste inrichting zou worden vervangen door een in Nederland gevestigde vennootschap, zou immers een zusjes fiscale eenheid respectievelijk Papillon fiscale eenheid kunnen worden aangegaan waarbij geen toerekeningsvereiste is vereist. Indien de toerekeningsvereiste in EU/EER-situaties zou (blijven) gelden, zou een vaste inrichting nadeliger worden behandeld ten opzichte van een vennootschap. Dat zou in strijd zijn met het EU-recht.

Daarnaast kan een vaste inrichting van een binnen de EU/EER-gevestigde lichaam deel uitmaken van een zusjes fiscale eenheid. In het wetsvoorstel wordt het voorbeeld genoemd waarbij een zusjes fiscale eenheid mogelijk is tussen een in Nederland aanwezige vaste inrichting van een binnen de EU/EER-gevestigde lichaam en een in Nederland gevestigde lichaam waarvan de aandelen worden gehouden door een binnen de EU/EER gevestigde lichaam, mits de aandelen van de vaste inrichting en de in Nederland gevestigde lichaam worden gehouden door een topmaatschappij als bedoeld in artikel 15, lid 6, Wet Vpb 1969 (nieuw). Dit kan als volgt worden geïllustreerd:³¹¹

³¹¹ Zie figuur 7 in Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 3, p. 13.



Afbeelding 23

A Ltd is een binnen de EU/EER gevestigde vennootschap die als topmaatschappij overeenkomstig artikel 15, lid 6, Wet Vpb 1969 (nieuw) kan worden aangemerkt. Zij houdt 100% van de aandelen in B Ltd en C Ltd. B Ltd en C Ltd zijn eveneens twee binnen de EU/EER gevestigde vennootschappen. B Ltd drijft in Nederland een onderneming met behulp van een vaste inrichting en C Ltd houdt 100% van de aandelen X BV, een in Nederland gevestigde vennootschap. Een fiscale eenheid tussen B Ltd voor zover het de in Nederland aanwezige vaste inrichting betreft en X BV is mogelijk waarbij de keuzemogelijkheid bestaat tussen B Ltd als buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij of X BV als moedermaatschappij van de fiscale eenheid.³¹²

Tot slot is een zusjes fiscale eenheid mogelijk tussen twee in Nederland aanwezige vaste inrichtingen van twee in de EU/EER-gevestigde lichamen.³¹³ In dat geval dienen de aandelen in de EU/EER-gevestigde lichamen eveneens in het bezit te zijn van een topmaatschappij als bedoeld in artikel 15, lid 6, Wet Vpb 1969 (nieuw). In afbeelding 23 kunnen alsdan zowel B Ltd als C Ltd als buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij worden aangewezen van de fiscale eenheid.

³¹² De keuzemogelijkheid bestaat doordat B Ltd geen aandelen in X BV houdt. Indien B Ltd wel aandelen in X BV heeft, is B Ltd als buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij verplicht de moedermaatschappij van de fiscale eenheid.

³¹³ Zie figuur 8 in Kamerstukken II 2015-2016, 34 342, nr. 3, p. 13.

4.8 Bepalingen tegen dubbele verliesverrekening

4.8.1 Inleiding

In het arrest van het HvJ EU van 12 juni en in de zaken van Hof Amsterdam van 11 december 2014 is geoordeeld dat de belemmering kan worden gerechtvaardigd door het voorkomen van unilaterale dubbele verliesverrekening (hierna: dubbele verliesverrekening). Uit het wetsvoorstel blijkt dat de wetgever deze dubbele verliesverrekening in ogenschouw heeft genomen. In het wetsvoorstel zijn ten aanzien van dubbele verliesverrekening uit hoofde van een deelneming en uit hoofde van vorderingen bepalingen opgenomen om misbruik te voorkomen. In de volgende paragrafen bespreek ik de (nieuwe) maatregelen die zien op de liquidatieverliesregeling van artikel 13d, lid 8 en 9 Wet Vpb 1969 (nieuw) en op vorderingen van artikel 15ac, lid 8, Wet Vpb 1969 (nieuw).³¹⁴

4.8.2 Liquidatieverliesregeling

Indien een in Nederland gevestigde moeder- en kleindochtermaatschappij in een fiscale eenheid worden gevoegd, worden alle werkzaamheden en vermogen van de kleindochtermaatschappij toegerekend aan de moedermaatschappij. Tevens worden de winsten en verliezen van de kleindochtermaatschappij tot het resultaat van de fiscale eenheid gerekend. De aandelen van de kleindochtermaatschappij blijven op de balans van de tussenmaatschappij als bedoeld in artikel 15, lid 5, Wet Vpb 1969 (nieuw) staan. Op het aandelenbelang in de tussenmaatschappij blijft doorgaans de deelnemingsvrijstelling van toepassing. Ingeval een tussenmaatschappij wordt geliquideerd, kan onder voorwaarden op grond van artikel 13d Wet Vpb 1969 een liquidatieverlies op het niveau van de aandeelhouder/moedermaatschappij in aanmerking worden genomen. Dit liquidatieverlies kan echter verband houden met de verliezen van de kleindochtermaatschappij die ten tijde van het bestaan van de fiscale eenheid ten laste van het resultaat van de fiscale eenheid in aanmerking zijn genomen. Hierdoor kan sprake zijn van dubbele verliesverrekening. Volgens de wetgever is een 'dergelijke verliesverneming in strijd met doel en strekking van de regeling voor de fiscale eenheid en van de liquidatieverliesregeling'.³¹⁵ Teneinde dubbele verliesverrekening te kunnen voorkomen, is artikel 13d, lid 9, Wet Vpb 1969 (nieuw) geïntroduceerd.

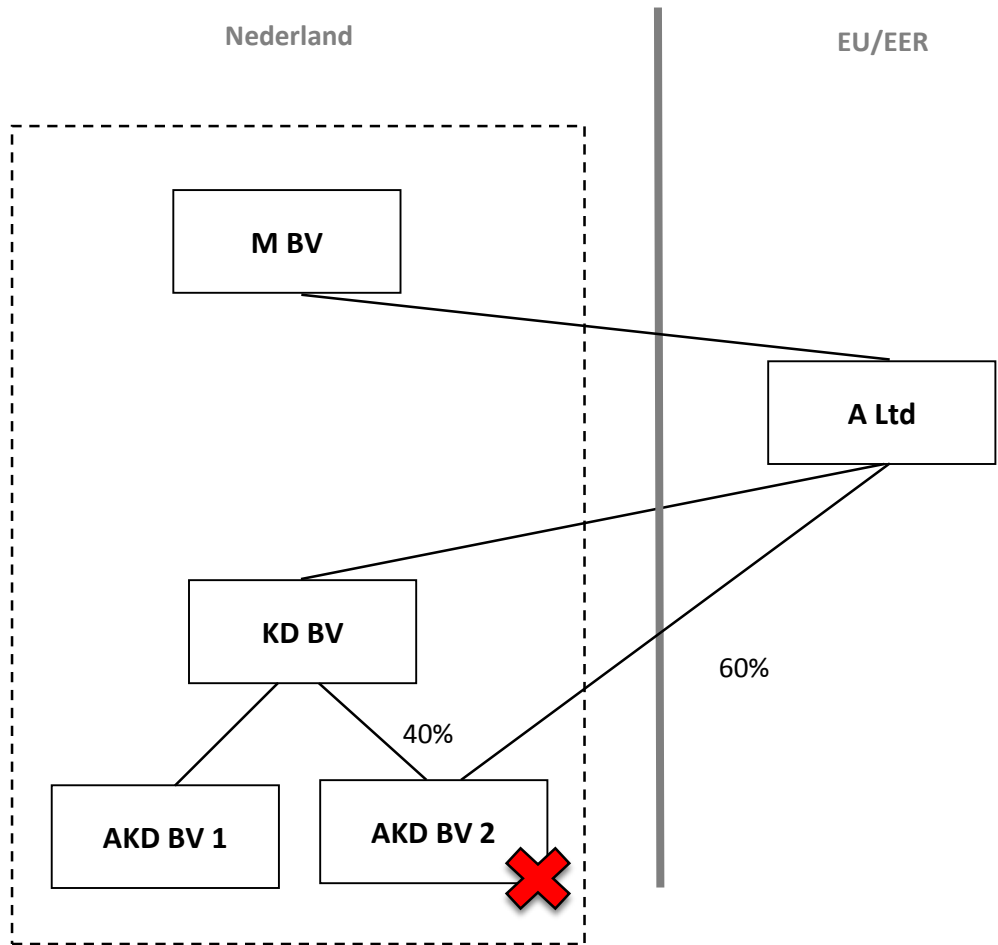
³¹⁴ Ten aanzien van dubbele verliesverrekening uit hoofde van een deelneming is ook een (nieuwe) bepaling opgenomen in artikel 13l, lid 4, Wet Vpb 1969 (nieuw). Deze bepaling laat ik verder buiten beschouwing. Voor de bespreking van de wijziging in artikel 13l Wet Vpb 1969 verwijs ik naar o.a. B. Suvaal, *Art. 13l en de Wet aanpassing fiscale eenheid – over samenloop, dubbeltellingen, volzinnen en limieten*, WFR 2016/13.

³¹⁵ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 3, p. 10.

Voordat ik artikel 13d, lid 9, Wet Vpb 1969 (nieuw) bespreek, merk ik ter volledigheid op dat, naast artikel 13d, lid 9, Wet Vpb 1969 (nieuw), artikel 13d, lid 8, Wet Vpb in het wetsvoorstel wordt aangepast. Het huidige artikel 13d, lid 8, Wet Vpb 1969 bepaalt dat het opgeofferde bedrag van een ontvoegde deelneming op het bedrag wordt gesteld 'op het vanaf dat tijdstip voor de heffing van de vennootschapsbelasting in aanmerking te nemen eigen vermogen van die dochtermaatschappij nadat dit is verminderd met de toelaatbare reserves'. Dit houdt in dat het opgeofferde bedrag bij verkrijging van de dochtermaatschappij niet meer leidend is voor de liquidatieverliesregeling. Bij een verlieslijdende dochtermaatschappij zijn immers de verliezen ten tijde van het bestaan van de fiscale eenheid ten laste van het resultaat van de fiscale eenheid in aanmerking genomen. Zonder toepassing van artikel 13d, lid 8, Wet Vpb 1969 zou bij ontvoeging het opgeofferde bedrag bij verkrijging van de dochtermaatschappij gelden en zou het verlies van de dochtermaatschappij nogmaals in aanmerking kunnen worden genomen. Dit achtte de wetgever niet gewenst.

In artikel 13d, lid 8, Wet Vpb 1969 (nieuw) wordt het opgeofferde bedrag van de dochtermaatschappij waarvan de aandelen in bezit zijn van verschillende maatschappijen of waarvan de aandelen gedeeltelijk in bezit zijn van een tussenmaatschappij, gesteld op het eigen vermogen van de (ontvoegde) dochtermaatschappij verminderd met de toelaatbare reserves. Daarnaast dient het opgeofferde bedrag van deze dochtermaatschappij 'naar rato te worden verdeeld van het aandelenbezit van iedere aandeelhouder in de ontvoegde maatschappij'.³¹⁶ Dit kan worden toegelicht aan de hand van het volgende voorbeeld:

³¹⁶ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 3, p. 21.

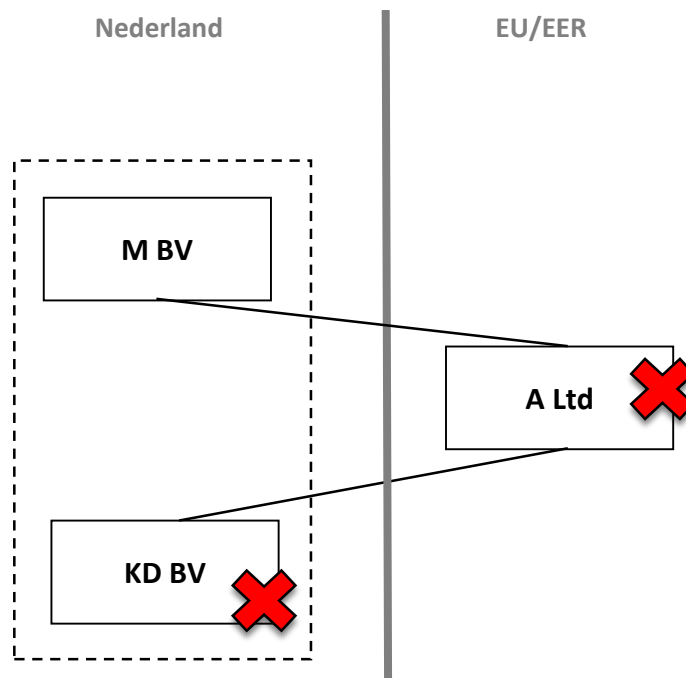


Afbeelding 24

M BV is een in Nederland gevestigde vennootschap die 100% van de aandelen houdt in A Ltd. A Ltd is een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap en kwalificeert als tussenmaatschappij als bedoeld in artikel 15, lid 5, Wet Vpb 1969. A Ltd houdt 100% van de aandelen in KD BV, een in Nederland gevestigde vennootschap en 60% van de aandelen in AKD BV 2. De resterende 40% van de aandelen in AKD BV 2 zijn in handen van KD BV. In het geval dat AKD BV 2 wordt geliquideerd, wordt het opgeofferde bedrag van bij A Ltd bij KD BV op grond van artikel 13d, lid 8, Wet Vpb 1969 (nieuw) op 40% van het eigen vermogen van AKD BV 2 gesteld verminderd met de toelaatbare reserves. In het huidige artikel 15 van het BFE 2003 is echter al een soortgelijke bepaling opgenomen. In die bepaling wordt voorgeschreven hoe het opgeofferde bedrag van een ontvoegde dochtermaatschappij dient te worden verdeeld indien de aandelen van deze dochtermaatschappij in handen zijn van meerdere

maatschappijen. Na wijziging van het artikel 13d, lid 8, Wet Vpb 1969 (nieuw) kan volgens de wetgever artikel 15 BFE 2003 vervallen.³¹⁷

Om bij een Papillon fiscale eenheid dubbele verliesverrekening te voorkomen, wordt in artikel 13d, lid 9, eerste volzin Wet Vpb 1969 (nieuw) een beperking opgenomen van het liquidatieverlies van een tussenmaatschappij dat in aanmerking kan worden genomen. Op grond van artikel 13d, lid 9, Wet Vpb 1969 (nieuw) mag bij de berekening van het liquidatieverlies het opgeofferde bedrag van de tussenmaatschappij slechts in aanmerking worden genomen voor zover de belastingplichtige aannemelijk maakt dat dit opgeofferde bedrag hoger is dan de verliezen die door de kleindochtermaatschappij(en) zijn geleden en ten tijde van de fiscale eenheid ten laste van het resultaat van de fiscale eenheid in aanmerking zijn genomen. Dit kan worden toegelicht aan de hand van het volgende voorbeeld.³¹⁸



Afbeelding 25

Stel M BV, een in Nederland gevestigde vennootschap, vormt samen met KD BV, eveneens een in Nederland gevestigde vennootschap, sinds 2014 een fiscale eenheid. A Ltd kwalificeert als

³¹⁷ Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 3, p. 21.

³¹⁸ Het voorbeeld is ontleend aan Q.W.J.C.H. Kok en R.J. de Vries, *De Wet aanpassing fiscale eenheid*, WFR 2015/1442, p. 17.

tussenmaatschappij als bedoeld in artikel 15, lid 5, Wet Vpb 1969. Stel dat M BV ten tijde van de oprichting van A Ltd 1000 kapitaal heeft gestort. A Ltd heeft eveneens ten tijde van de oprichting in KD BV datzelfde bedrag gestort. Op de balans van A Ltd staat louter KD BV als deelneming. In 2015 lijdt KD BV een verlies van 400. Hierdoor ziet A Ltd een waardedaling op de aandelen van KD BV naar 600. In 2016 wordt eerst KD BV geliquideerd en in 2017 wordt ook A Ltd geliquideerd.³¹⁹ De liquidatie-uitkering als bedoeld in artikel 13d, lid 3, Wet Vpb 1969 bedraagt alsdan 600. Het liquidatieverlies is op grond van artikel 13d, lid 2, Wet Vpb 1969 'het bedrag waarmee het door de belastingplichtige voor de deelneming opgeofferde bedrag het totaal van de liquidatie-uitkeringen betreft'. Kort gezegd, is de formule van het liquidatieverlies: opgeofferde bedrag van de deelneming minus de liquidatieverliesuitkeringen³²⁰. Zonder artikel 13d, lid 9, Wet Vpb 1969 (nieuw) zou het liquidatieverlies van A Ltd 1000 – 600 = 400 bedragen. Niettemin stelt artikel 13d, lid 9, Wet Vpb 1969 (nieuw) dat het opgeofferde bedrag van A Ltd slechts in aanmerking wordt genomen voor zover dit bedrag het verlies van KD BV ten tijde van de fiscale eenheid overtreft. Hierdoor dient het opgeofferde bedrag op 600 te worden gesteld. Het verlies van 400 is immers ten tijde van de fiscale eenheid ten laste van het fiscale eenheidsresultaat in aanmerking genomen. Hierdoor bedraagt het liquidatieverlies 600 – 600 = 0. Het liquidatieverlies wordt aldus gecorrigeerd voor verliezen die reeds binnen de fiscale eenheid zijn verrekend. Dit ligt mijns inziens in lijn met de ratio van de liquidatieverliesregeling. De moedermaatschappij kan immers als liquidatieverlies op de tussenmaatschappij slechts het verlies nemen dat daadwerkelijk nog niet (binnen de fiscale eenheid) in aanmerking is genomen. Aldus wordt daarmee unilaterale dubbele verliesverrekening voorkomen. Op basis van vaste jurisprudentie is het voorkomen van unilaterale dubbele verliesverrekening een geldige rechtvaardigingsgrond. Zodoende is artikel 13d, lid 9, Wet Vpb 1969 in overeenstemming met het EU-recht.

Daarnaast kan in de situatie van een fiscale eenheid tussen een in Nederland gevestigde lichaam en een buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij met een in Nederland aanwezige vaste inrichting, dubbele verliesverrekening ontstaan. Voor de toelichting op deze situatie, verwijs ik naar paragraaf 3.6.2.3. Artikel 35, lid 3, BFE 2003 voorkomt in een dergelijke situatie dubbele verliesverrekening. In het wetsvoorstel wordt voorgesteld om deze bepaling als tweede volzin in artikel 13, lid 9, Wet Vpb 1969

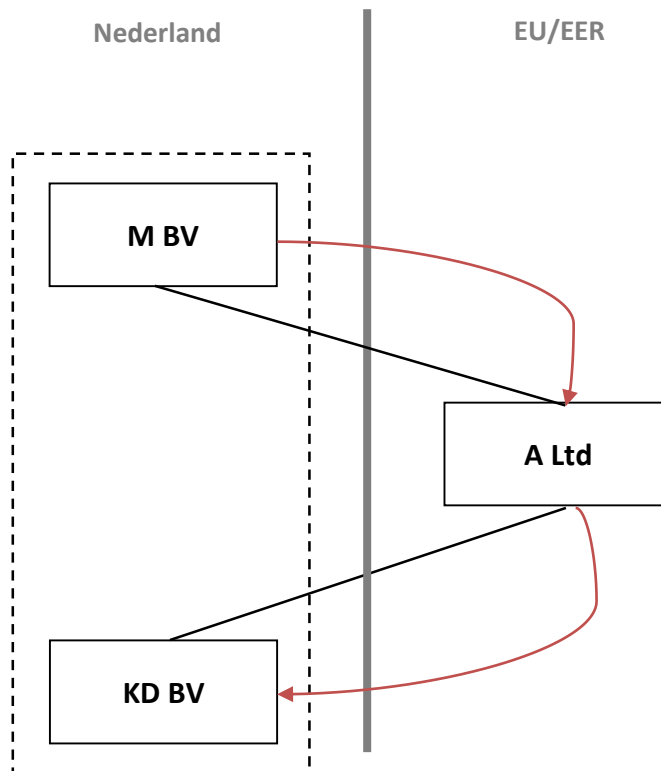
³¹⁹ Het is essentieel dat eerst KD BV wordt geliquideerd en vervolgens A Ltd, omdat artikel 13d, lid 4, Wet Vpb 1969 van toepassing kan zijn. Artikel 13d, lid 4, Wet Vpb 1969 is een anti-misbruikregeling om te voorkomen dat bij liquidatie van een tussenhouder een liquidatieverlies in aanmerking kan worden genomen dat ziet op de waardedaling van de werkmaatschappij.

³²⁰ Liquidatie-uitkeringen zijn alle voordelen die de moedermaatschappij van haar geliquideerde deelneming ontvangt waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is.

(nieuw) op te nemen. Artikel 13d, lid 9, tweede volzin, Wet Vpb 1969 (nieuw) bepaalt dat de eerste volzin van overeenkomstige toepassing is bij liquidatie van een buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij.

4.8.3 Afwaardering op vorderingen

Indien een Papillon fiscale eenheid wordt gevormd tussen de in Nederland gevestigde moeder- en kleindochtermaatschappij waarbij de aandelen in handen zijn van een tussenmaatschappij, kan sprake zijn van dubbele verliesverrekening door eenmaal een verlies in aanmerking te nemen als gevolg van de fiscale consolidatie en eenmaal een verlies als gevolg van een eventuele afwaardering op de door de moedermaatschappij verstrekte lening aan de tussenmaatschappij als bedoeld in artikel 15, lid 5, Wet Vpb 1969 (nieuw). Dit licht ik toe aan de hand van een voorbeeld:³²¹

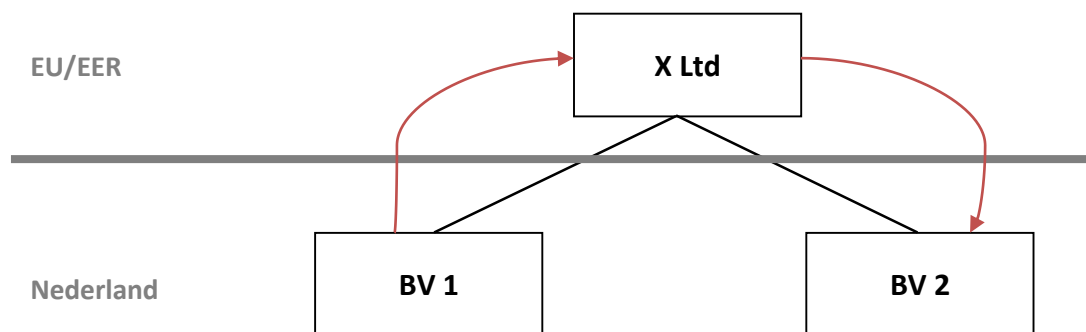


Afbeelding 26

Stel M BV, een in Nederland gevestigde vennootschap, vormt samen met KD BV, eveneens een in Nederland gevestigde vennootschap, een fiscale eenheid. De aandelen in KD BV worden gehouden door

³²¹ Zie figuur 9 in Kamerstukken II 2015-2016, 34 342, nr. 3, p. 17.

A Ltd, een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap die als tussenmaatschappij kwalificeert als bedoeld in artikel 15, lid 5, Wet Vpb 1969 (nieuw). M BV verstrekt een lening aan A Ltd en A Ltd verstrekt op haar beurt voor hetzelfde bedrag een lening aan KD BV. In jaar X lijdt KD verliezen. Het verlies van KD kunnen in de eerste plaats binnen de fiscale eenheid worden verrekend met M BV. Doordat KD BV verlieslatend is, kan A Ltd haar vordering op KD BV in waarde zien verminderen. Tevens kan dit effect hebben op de solvabiliteit van A Ltd. Als gevolg daarvan, kan M BV de waarde op de vordering op A Ltd in waarde zien dalen. Indien M BV de vordering op A Ltd afwaardeert, wordt het verlies van KD BV in feite tweemaal ten laste van het resultaat van de fiscale eenheid gebracht. Eveneens kan een dergelijke situatie zich voordoen bij een vordering op de topmaatschappij bij een zusjes fiscale eenheid. Dit licht ik toe aan de hand van een voorbeeld:



Afbeelding 27

BV 1 en BV 2 zijn twee in Nederland gevestigde vennootschappen die een fiscale eenheid zijn gevormd. De aandelen in BV 1 en BV 2 zijn in handen van X Ltd, een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap die als topmaatschappij kwalificeert als bedoeld in artikel 15, lid 6, Wet Vpb 1969. BV 1 verstrekt een lening aan X Ltd en X Ltd verstrekt vervolgens op haar beurt een lening aan BV 2. Stel dat BV 2 in jaar X verliezen lijdt. Het verlies van BV 2 kan binnen de fiscale eenheid worden verrekend met BV 1. Als gevolg van de verliezen van BV 2 ziet X Ltd haar vordering op BV 2 in waarde dalen. Tevens kan dit effect hebben op de vermogenspositie van X Ltd. BV 1 die een vordering op X Ltd heeft, ziet eveneens haar vordering op X Ltd in waarde dalen. Indien BV 1 de vordering op X Ltd afwaardeert, wordt het verlies van BV 2 in feite tweemaal ten laste van het resultaat van de fiscale eenheid gebracht. Verder kan een dergelijke situatie zich voordoen bij een vordering op de buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij die deel uitmaakt van de fiscale eenheid voor zover het de in Nederland aanwezige vaste inrichting betreft. Stel dat in afbeelding 27 BV 2 wordt vervangen door een in Nederland aanwezige vaste inrichting. De waarde van de vordering van BV 1 op X Ltd kan als gevolg van de

verliezen van de vaste inrichting dalen, doordat de verliezen van de vaste inrichting een negatief effect hebben op de solvabiliteit van X Ltd.

Om bovenstaande situaties te voorkomen, wordt in artikel 15ac, lid 8, Wet Vpb 1969 (nieuw) de afwaardering op een schuldvordering van maatschappij die deel uitmaakt van een fiscale eenheid beperkt, mits deze afwaardering verband houdt met een verlies die door een (andere) dochtermaatschappij van dezelfde fiscale eenheid ten laste van het fiscale eenheidsresultaat is gebracht. In bovenstaande situaties zou door toepassing van artikel 15ac, lid 8, Wet Vpb 1969 M BV (in afbeelding 26) en BV 1 (in afbeelding 27) niet (langer) hun vordering op A Ltd respectievelijk X Ltd kunnen afwaarderen ten laste van de winst.

Met de nota van wijziging³²² is de formulering van artikel 15ac, lid 8, Wet Vpb 1969 (nieuw) aangepast.³²³ In de eerste plaats wordt volgens de wetgever hiermee verduidelijkt dat de afwaardering op een vordering van een top- of tussenmaatschappij ook wordt beperkt indien de afwaardering plaatsvindt nadat de debiteur niet langer een top- of tussenmaatschappij is. Door herstructurering kunnen immers bepaalde situaties ontstaan waardoor geen sprake meer is van een top- of tussenmaatschappij. Om te voorkomen dat artikel 15ac, lid 8, Wet Vpb 1969 (nieuw) niet van toepassing is indien de afwaardering plaatsvindt na herstructurering, ziet deze bepaling op een lichaam dat op enig tijdstip is aangemerkt als top- of tussenmaatschappij. Hierdoor is het tijdstip van afwaardering niet (langer) relevant.

Op de afwaardering op vorderingen op een tussen- of topmaatschappij of een buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij die niet verband houden met verliezen van een maatschappij die deel uitmaakt van dezelfde fiscale eenheid, is artikel 15ac, lid 8, Wet Vpb 1969 (nieuw) niet van toepassing en kan de afwaardering ten laste van de winst worden gebracht. Aldus voorkomt artikel 15ac, lid 8, Wet Vpb 1969 (nieuw) unilaterale dubbele verliesverrekening. Op basis van vaste jurisprudentie is het voorkomen van unilaterale dubbele verliesverrekening een geldige rechtvaardigingsgrond. Zodoende is artikel 13d, lid 9, Wet Vpb 1969 in overeenstemming met het EU-recht.

³²² Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 7.

³²³ Het woord 'indien' is vervangen door 'voor zover'. Zie bijlage 1.

4.9 Deelconclusie

In dit hoofdstuk ben ik ingegaan op de derde deelvraag: *Is het wetsvoorstel 'Wet aanpassing fiscale eenheid' in overeenstemming met het EU-recht? Zo nee, welke aspecten van het wetsvoorstel zijn niet in overeenstemming met het EU-recht?* In de eerste plaats zijn de hoofdlijnen besproken van het wetsvoorstel. Dit wetsvoorstel ziet op de uitbreiding van het fiscale eenheidsregime met een Papillon en zusjes fiscale eenheid. Om deze uitbreiding mogelijk te kunnen maken, zijn o.a. twee begrippen (een tussenmaatschappij en een topmaatschappij) in het fiscale eenheidsregime geïntroduceerd. Aan een tussenmaatschappij en een topmaatschappij worden diverse vereisten gesteld. Deze vereisten gelden voor een niet in Nederland gevestigde lichaam die als een tussen- of topmaatschappij wil worden aangemerkt en zien op het bezit, de rechtsvorm, de vestigingsplaats, de onderworpenheid en het niet mogen drijven van een onderneming in Nederland met behulp van een vaste inrichting. Hieronder vat ik samen of de vereisten aan een tussen- of topmaatschappij in overeenstemming is met het EU-recht:

- Het rechtsvormvereiste van een tussen- en topmaatschappij is overeenkomstig aan het vereiste aan de rechtsvorm van een dochtermaatschappij c.q. moedermaatschappij. Aldus wordt geen onderscheid gemaakt tussen een (buitenlandse) tussenmaatschappij c.q. topmaatschappij en een (Nederlandse) dochtermaatschappij c.q. moedermaatschappij en is het rechtsvormvereiste in overeenstemming met het EU-recht.
- Het vestigingsplaatsvereiste van een tussen- en topmaatschappij kent - net als het vestigingsplaatsvereiste voor een in Nederland gevestigde moeder- of dochtermaatschappij - een dubbele vestigingsplaatsvereiste. Deze dubbele vestigingsplaatsvereiste voor een tussen- en topmaatschappij is echter in strijd met het EU-recht, omdat op basis van het EU-recht niet het vereiste wordt gesteld dat een tussen- of topmaatschappij op grond van een door de (lid)staat van een tussen- of topmaatschappij en een derde staat gesloten verdrag ter voorkoming van dubbele belasting in een EU/EER-staat dient te zijn gevestigd. Zodoende mag voor een tussen- en topmaatschappij geen dubbele vestigingsplaatsvereiste worden gesteld.
- Het onderworpenheidsvereiste van een tussen- en topmaatschappij is niet (langer) in strijd met het EU-recht, omdat naar aanleiding van de nota van wijziging de formulering van het onderworpenheidsvereiste is gewijzigd. Door deze nieuwe formulering ontstaat de (juiste) objectieve vergelijkbaarheid tussen een grensoverschrijdende en een zuivere binnenlandse situatie. Derhalve is het onderworpenheidsvereiste in overeenstemming met het EU-recht.

- Een tussen- of topmaatschappij mag geen onderneming in Nederland drijven met behulp van een vaste inrichting. Een dergelijk lichaam kan immers als buitenlands belastingplichtige moeder- of dochtermaatschappij deel uitmaken van een fiscale eenheid. Zodoende is deze vereiste in overeenstemming met het EU-recht.
- Het bezitsvereiste van een tussenmaatschappij geldt eveneens onder het huidige fiscale eenheidsregime. Zodoende is deze vereiste in overeenstemming met het EU-recht.

Vervolgens is de aanscherping van het bezitsvereiste in het wetsvoorstel behandeld. Deze aanscherping leidt tot twee gevolgen. In de eerste plaats vervalt de uitspraak van het STAK-arrest. Hierdoor is enkel materiële zeggenschap voor het bezitsvereiste niet voldoende. Daarnaast is een fiscale eenheid tussen een in Nederland gevestigde moeder- en kleindochtermaatschappij niet (langer) mogelijk indien een hybride entiteit met rechtspersoonlijkheid is tussengeschakeld. Gelet op doel en strekking van het huidige bezitsvereiste, zie ik geen reden voor het niet toestaan van een dergelijke fiscale eenheid. Nederland kent echter geen rechtsvorm dat vergelijkbaar is met een EU/EER-personenvennootschap die rechtspersoonlijkheid bezit. Zodoende is de aanscherping van het bezitsvereiste met betrekking tot de gevolgen voor hybride entiteiten in overeenstemming met het EU-recht.

Daarna ben ik ingegaan op diverse aspecten van een zusjes fiscale eenheid. Doordat in een zusjes fiscale eenheid de topmaatschappij in een ander EU/EER-staat is gevestigd, dient een van de zustermaatschappijen te worden aangewezen als moedermaatschappij van de fiscale eenheid. De keuze van de moedermaatschappij kan van belang zijn bij de beoordeling of en wanneer een zusjes fiscale eenheid eindigt. Met de nota van wijziging wordt de beëindiging van een zusjes fiscale eenheid – bestaande uit twee in Nederland gevestigde zustermaatschappijen – niet voorzien in een voortzettingbepaling ingeval de als moedermaatschappij aangewezen zustermaatschappij wordt gewijzigd. In een zuivere binnenlandse situatie zou echter een dergelijke fiscale eenheid niet verbreken. Zodoende is artikel 15, lid 10, Wet Vpb 1969 (nieuw) in combinatie met artikel 15, lid 14, Wet Vpb 1969 (nieuw) op dit punt niet in overeenstemming met het EU-recht. Verder dienen de zustermaatschappijen op het voegingstijdstip hun boekjaren af te sluiten. Dit kan nadelige gevolgen hebben. Doch is deze afsluitingsvereiste niet in strijd met het EU-recht, omdat de zustermaatschappijen eveneens hun boekjaren dienen af te sluiten indien de gemeenschappelijke moedervenootschap in Nederland zou zijn gevestigd.

Met betrekking tot de fiscale eenheid met een in Nederland aanwezige vaste inrichting van een buitenlands belastingplichtige moeder- of dochtermaatschappij vervalt de toerekeningsvereiste indien

de in Nederland aanwezige vaste inrichting van een in de EU/EER-staat gevestigd lichaam is. Deze versoepeling is in overeenstemming met het EU-recht, omdat door deze versoepeling een vaste inrichting en een vennootschap gelijk worden behandeld.

Verder zijn de bepalingen die zien op het voorkomen van dubbele verliesverrekening uit hoofde van een deelneming en uit hoofde van vorderingen, behandeld. Deze bepalingen zien op het voorkomen van unilaterale dubbele verliesverrekening en zijn derhalve in overeenstemming met het EU-recht. Op basis van vaste jurisprudentie van het HvJ EU is immers de noodzaak om unilaterale dubbele verliesverrekening te voorkomen, een geldige rechtvaardigingsgrond voor een belemmering in het EU-recht.

Hoofdstuk 5 Samenvatting en conclusie

Op 16 oktober 2015 is het wetsvoorstel 'Wet aanpassing fiscale eenheid' ingediend bij de Tweede Kamer. Dit wetsvoorstel heeft als doel om de bestaande wetgeving aangaande het fiscale eenheidsregime in de vennootschapsbelasting in overeenstemming te brengen met de jurisprudentie van het HvJ EU. Om te kunnen onderzoeken of het fiscale eenheidsregime na de invoering van het wetsvoorstel in overeenstemming is met het EU-recht, heb ik de onderzoeksvraag van dit onderzoek als volgt geformuleerd:

In hoeverre is het fiscale eenheidsregime van artikel 15 Wet Vpb 1969 na invoering van het wetsvoorstel 'Wet aanpassing fiscale eenheid' in overeenstemming met de vrijheid van vestiging van de artikelen 49 en 54 van het VWEU?

Teneinde een antwoord te kunnen formuleren op de onderzoeksvraag is in de eerste plaats ingegaan op de internationale aspecten van het huidige fiscale eenheidsregime. Om een fiscale eenheid te kunnen vormen, dienen belastingplichtigen aan diverse vereisten te voldoen die zijn vastgelegd in artikel 15 Wet Vpb 1969. Ingeval belastingplichtige aan deze vereisten voldoen, worden alle werkzaamheden en het vermogen van de dochtermaatschappij(en) toegerekend aan de werkzaamheden en het vermogen van de moedermaatschappij. De fiscale eenheid wordt voor de vennootschapsbelasting als één belastingplichtige beschouwd. In beginsel was het fiscale eenheidsregime slechts mogelijk voor vennootschappen die feitelijk in Nederland waren gevestigd. In de loop der jaren zijn de grenzen voor het vormen van een fiscale eenheid uitgebreid op internationaal gebied. Thans is het voor bepaalde niet naar Nederlands recht opgerichte lichamen (die feitelijk in Nederland zijn gevestigd) mogelijk om deel uit te maken van een fiscale eenheid. Daarnaast kunnen niet in Nederland gevestigde lichamen, voor wat betreft hun in Nederland aanwezige vaste inrichting, deel uitmaken van een fiscale eenheid.

Vervolgens heb ik de gevolgen van het arrest *Société Papillon* en het arrest op 12 juni 2014 van het HvJ EU op het huidige fiscale eenheidsregime behandeld. In het arrest *Société Papillon* wenste een in Frankrijk gevestigde moederverenootschap een fiscale eenheid aan te gaan met haar in Frankrijk gevestigde kleindochtervennootschappen. Dit werd echter geweigerd door de Franse Fiscus. Het HvJ EU oordeelde dat het (toenmalige) Franse fiscale eenheidsregime in strijd was met de vrijheid van vestiging, omdat een fiscale eenheid tussen een in Frankrijk gevestigde moeder- en kleindochtervennootschap niet mogelijk was, indien de aandelen in de in Frankrijk gevestigde kleindochtervennootschap werden gehouden door een niet in Frankrijk gevestigde tussenhoudstervennootschap. Ruim acht jaar later

oordeelt het HvJ EU op 12 juni 2014 inzake de Nederlandse Papillon zaken en de zustervennootschappen zaak dat het Nederlandse fiscale eenheidsregime in strijd is met het EU-recht, omdat een in Nederland gevestigde moeder- en kleindochtermaatschappij geen fiscale eenheid kunnen vormen indien de aandelen in de kleindochtermaatschappij worden gehouden door niet in Nederland gevestigde tussenhoudstervenootschap(pen). Daarnaast is in het huidige fiscale eenheidsregime niet mogelijk een fiscale eenheid te vormen tussen in Nederland gevestigde zustervennootschappen indien de aandelen in deze vennootschappen worden gehouden door een gemeenschappelijke niet in Nederland gevestigde moedervernootschap. Eind 2014 oordeelt Hof Amsterdam - in lijn met de uitspraak van het HvJ EU - dat zowel in de Nederlandse Papillon zaken als de zustervennootschappen zaak het Nederlandse fiscale eenheidsregime in strijd is met de vrijheid van vestiging.

Uit de voorgaande arresten is gebleken dat het fiscale eenheidsregime in strijd is met het EU-recht. Op 16 oktober 2015 heeft de staatssecretaris het wetsvoorstel 'Wet aanpassing fiscale eenheid' ingediend bij de Tweede Kamer. Dit wetsvoorstel ziet op de uitbreiding van het fiscale eenheidsregime met een Papillon en zusjes fiscale eenheid en heeft als doel om het fiscale eenheidsregime in overeenstemming te brengen met de jurisprudentie van het HvJ EU. Daarbij zijn de begrippen 'tussenmaatschappij' en 'topmaatschappij' geïntroduceerd. Om als tussen- of topmaatschappij te kunnen worden aangemerkt, dient een niet in Nederland gevestigde lichaam aan diverse vereisten te voldoen. Deze vereisten heb ik aan het EU-recht getoetst en ik kom tot de conclusie dat het rechtsvormvereiste, het onderworpenheidsvereiste, het vereiste van geen onderneming drijven met behulp van een vaste inrichting en het bezitsvereiste in overeenstemming is met het EU-recht. Daarentegen is het vestigingsplaatsvereiste in strijd met het EU-recht, omdat op basis van de vrijheid van vestiging in de artikelen 49 en 54 van het VWEU niet is vereist dat een tussen- of topmaatschappij op grond van een door de (lid)staat van een tussen- of topmaatschappij en een derde staat gesloten verdrag ter voorkoming van dubbele belasting in een EU/EER-staat dient te zijn gevestigd. Verder is het bezitsvereiste in het eerste lid van artikel 15 Wet Vpb 1969 (nieuw) aangescherpt. Deze aanscherping heeft als gevolg dat de uitspraak van het STAK-arrest vervalt. Hierdoor is een fiscale eenheid tussen een in Nederland gevestigde moeder- en kleindochtermaatschappij niet (langer) mogelijk indien een hybride entiteit met rechtspersoonlijkheid is tussengeschakeld. Gelet op de doel en strekking van het bezitsvereiste, zie ik geen reden voor het niet toestaan van een dergelijke fiscale eenheid. Niettemin is de aanscherping van het bezitsvereiste in overeenstemming met het EU-recht, omdat Nederland geen rechtsvorm kent dat vergelijkbaar is met een EU/EER-personenvennootschap die rechtspersoonlijkheid bezit.

Met betrekking tot een zusjes fiscale eenheid heeft de wetgever gepoogd zoveel mogelijk gelijk te stellen met een 'standaard' fiscale eenheid. Na de nota van wijziging is mijns inziens de wetgever dit grotendeels gelukt. De wetgever voorziet echter niet in een voortzettingsbepaling indien een zusjes fiscale eenheid – bestaande uit twee in Nederland gevestigde zustermaatschappijen – eindigt ingeval de als moedermaatschappij aangewezen zustermaatschappij wijzigt. In een zuivere binnenlandse situatie zou echter een dergelijke fiscale eenheid niet beëindigen. Zodoende is sprake van een ongelijke behandeling tussen een zusjes fiscale eenheid en een 'standaard' fiscale eenheid, en is artikel 15, lid 10, Wet Vpb 1969 (nieuw) in combinatie met artikel 15, lid 14, onderdeel b, Wet Vpb 1969 (nieuw) op dit punt niet in overeenstemming met het EU-recht. Daarnaast dienen de zustermaatschappijen op het voegingstijdstip hun boekjaren af te sluiten. Dit kan nadelige gevolgen hebben. Doch is deze afsluitingsvereiste niet in strijd met het EU-recht, omdat de zustermaatschappijen eveneens hun boekjaren dienen af te sluiten indien de gemeenschappelijke moederverenootschap in Nederland zou zijn gevestigd.

Verder zijn de bepalingen die zien op het voorkomen van dubbele verliesverrekening uit hoofde van een deelneming en uit hoofde van vorderingen in overeenstemming met het EU-recht, omdat deze bepalingen zien op het voorkomen van unilaterale dubbele verliesverrekening. Op basis van vaste jurisprudentie van het HvJ EU is immers de noodzaak om unilaterale dubbele verliesverrekening te voorkomen, een geldige rechtvaardigingsgrond voor een belemmering in het EU-recht.

Tot slot merk ik hierbij op dat in het wetsvoorstel 'Wet aanpassing fiscale eenheid' geen rekening is gehouden met de (eventuele) gevolgen van het arrest Groupe Steria SCA op het Nederlandse fiscale eenheidsregime. In dat arrest oordeelde het HvJ EU dat een belastingplichtige in een grensoverschrijdende situatie een beroep kan doen op bepaalde fiscale voordelen die in een binnenlandse situatie aan een (Franse) fiscale eenheid wordt toegekend. Dit houdt in dat bepaalde voordelen van het fiscale eenheidsregime in EU/EER situaties dient te worden toegekend, ondanks dat een EU/EER-gevestigde lichaam geen deel uitmaakt van een fiscale eenheid. Indien in een later stadium deze 'per-element-benadering' ook dient te worden gehanteerd in het Nederlandse fiscale eenheidsregime, dient het fiscale eenheidsregime opnieuw te worden aangepast met als gevolg dat het regime (nog) complexer wordt. Een grensoverschrijdende fiscale eenheid zou een oplossing kunnen bieden, omdat niet in Nederland gevestigde lichamen alsdan deel kunnen uitmaken van de fiscale eenheid. Dit heeft als gevolg dat een grensoverschrijdende situatie en een zuivere binnenlandse situatie gelijk worden behandeld. Alle vennootschappen, ongeacht hun plaats van vestiging, kunnen alsdan deel

uitmaken van een Nederlandse fiscale eenheid. Voorts is een grensoverschrijdende fiscale eenheid niet geheel nieuw binnen de Wet Vpb 1969. Tot 1 januari 2003 was de vestigingsplaatsfictie van toepassing op het fiscale eenheidsregime. Hierdoor konden naar Nederlands recht opgerichte lichamen die feitelijk niet in Nederland waren gevestigd, deel uitmaken van een fiscale eenheid. Zodoende was in feite een grensoverschrijdende fiscale eenheid onder het oude fiscale eenheidsregime mogelijk. Een van de redenen voor de uitsluiting van een dergelijke grensoverschrijdende fiscale eenheid was de import van buitenlandse verliezen in de Nederlandse belastinggrondslag. Per 1 januari 2012 is echter de objectvrijstelling geïntroduceerd. Deze vrijstelling geldt voor binnenlands belastingplichtigen die in het buitenland een vaste inrichting hebben. Bij het vaststellen van de wereldwinst van de binnenlands belastingplichtige wordt door de objectvrijstelling de behaalde resultaten van de buitenlandse vaste inrichting geëlimineerd. Hierdoor wordt effectief in Nederland geen belasting berekend over de buitenlandse resultaten van de vaste inrichting. Een vergelijkbare regeling zou binnen het fiscale eenheidsregime kunnen worden geïntroduceerd, indien een grensoverschrijdende fiscale eenheid wordt toegestaan. Door de buitenlandse werkzaamheden en vermogen uit de Nederlandse heffingsgrondslag te halen, wordt daarmee verliesimport voorkomen. Daarnaast blijft de evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid tussen de EU-lidstaten gewaarborgd, omdat Nederland alsdan niet het heffingsrecht naar zich toe trekt. Slechts het heffingsrecht over de vermogensbestanddelen en resultaten van een gevoegde buitenlandse maatschappij die aan Nederland toekomt, wordt in de Nederlandse heffingsgrondslag betrokken. In het geval dat de 'per-element-benadering' in het Nederlandse fiscale eenheidsregime dient te worden gehanteerd, voorkomt het toestaan van een grensoverschrijdende fiscale eenheid dat belastingplichtigen louter de voordelen van het fiscale eenheidsregime genieten. Alsdan brengt het vormen van een grensoverschrijdende fiscale eenheid zowel voor- als nadelen mee voor belastingplichtigen. Of het kabinet ooit voorstander is voor het openstellen van de grenzen voor het vormen van een fiscale eenheid? Uit de nota naar aanleiding van het verslag blijkt in elk geval dat de wetgever thans geen voorstander is van een grensoverschrijdende fiscale eenheid. Wellicht dat de wetgever op een andere gedachte stuit indien de 'per-element-benadering' dient te worden gehanteerd in het Nederlandse fiscale eenheidsregime. De tijd zal het leren.

Literatuuroverzicht

Boeken

- M.J. Boer, *Artikel 18 Besluit fiscale eenheid Juridische fusie van dochtermaatschappij binnen fiscale eenheid*, NDFR commentaar (digitale versie 2016)
- R.P.C.W.M. Brandsma, *Cursus Belastingrecht Europees Belastingrecht* (digitale versie 2016)
- I.J.J. Burgers (eindredactie), *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, 8^e druk, Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers: Den Haag (digitale versie 2015)
- J.A.R. van Eijnsden, B.J. Kiekebeld & D.S. Smit, *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 2014
- H.T.P.M. van den Hurk, *Europees Gemeenschapsrecht en directe belastingen: spanning tussen verdragsvrijheden en het Nederlands belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2001
- Q.W.J.C.H. Kok, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Den Haag: SDU Fiscale en Financiële Uitgevers 2005
- J.J.A.M. Korving, *Europees Belastingrecht*, SDU Financiële en Fiscale Uitgevers 2011, Fiscale Praktijkreeks (digitale versie 2016)
- I. de Roos, S.R. Pancham, G.W.J.M. Kampshöer & A.W. Hofman, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2014
- L.G.M. Stevens, *Elementair belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2013
- S.A.W.J. Strik, *Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer (digitale versie 2016)

Tijdschriften

- P.G.H. Albert, *Over vrijheid van vestiging, grensoverschrijdende fiscale eenheid en het mogelijke einde van de liquidatieverliesregeling en de belastingvrijstelling met progressievoorbehoud*, FED 2003/101
- M.L.M van Kempen en A.W.G Lamers, *Het wetsvoorstel persoonsvennootschappen en de gevolgen voor de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting*, TFO 2008/1

- Q.W.J.C.H. Kok, *De objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten vergeleken met de deelnemingsvrijstelling*, TFO 2013/128.2
- Q.W.J.C.H. Kok en R.J. de Vries, *De Wet aanpassing fiscale eenheid*, WFR 2015/1442
- J.L. van Leeuwen en R.P.C.W.M. Brandsma, *Van Papillon tot Vlinder: een ingrijpende klimaatverandering in de fiscale-eenheidswereld*, WFR 2015/996
- J.J.A.M. Korving, *Groupe Steria: hersenspinsels en hoofdbreken*, NTFR Beschouwingen 2015-35
- M.H.C. Ruijschop, *Wetsvoorstel aanpassing fiscale eenheid*, NTFR 2015/2830
- M.H.C. Ruijschop, *Voortgang wetsvoorstel Aanpassing fiscale eenheid*, NTFR 2016/1061
- D.E. van Sprundel & J. Van Strien, *Certificering, verpanding en (lenings)overeenkomsten bij een fiscale eenheid. Blijft de doos van Pandora gesloten?*, WFR 2010/1323
- B. Suvaal, *Art. 13l en de Wet aanpassing fiscale eenheid – over samenloop, dubbelstellingen, volzinnen en limieten*, WFR 2016/13
- Vakstudie Nieuws, *Memorie van toelichting*, V-N 2015/58.3

Kamerstukken

- Kamerstukken II 1959-1960, 6000, nr. 3
- Kamerstukken II 1999-2000, 26 854, nr. 3
- Kamerstukken II 2000-2001, 26 854, nr. 6
- Kamerstukken II 2000-2001, 26 854, nr. 7
- Kamerstukken II 2000-2001, 26 854, nr. 45d
- Kamerstukken I 2002-2003, 26 854, nr. 45a
- Kamerstukken II 2006-2007, 31 065, nr. 3
- Kamerstukken II 2007-2008, 31 065, nr. 8
- Kamerstukken II 2009-2010, 31 369, nr. 9
- Kamerstukken II 2012-2013, 33 403, nr. 3
- Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 3
- Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 6
- Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 7
- Kamerstukken II 2015-2016, 34 323, nr. 8

Besluiten

- Besluit van 18 juli 1989, nr. DB88/4852, Infobulletin 89/505, V-N 1989/2825
- Besluit van 10 augustus 1994, nr. DB94/1842M, Infobulletin 94/644
- Besluit van 13 juni 2001, nr. CPP2001/1045M, BNB 2001/390
- Besluit van 3 mei 2002, nr. CPP2001/3295M, BNB 2002/220
- Besluit van 18 december 2004, nr. CPP 2004/2730M, V-N 2005/5.12
- Besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M, V-N 2009/65.17
- Besluit van 15 januari 2011, nr. DGB 2010/8223M, V-N 2011/9.15
- Besluit van 21 november 2011, nr. DGB2011/6870M, V-N 2012/4.23.1
- Besluit van 16 december 2014, nr. BLKB2014/2137M, V-N 2015/7.13

Jurisprudentie Hof van Justitie en Conclusie van Advocaat-Generaal

- HvJ EG 28 januari 1986, zaak C-270/83 (Avoir Fiscal)
- HvJ EG 15 mei 1997, zaak C-250/95 (Futura Participations), V-N 1997/4242
- HvJ EG 21 september 1999, zaak C-307/97 (Saint Gobain), BNB 2000/75
- HvJ EU 12 september 2006, zaak C-196/04 (Cadbury Schweppes), BNB 2007/54, V-N 2006/49.15
- HvJ EU 27 november 2008, zaak C-418/07 (Société Papillon)
- HvJ EU 6 september 2012, zaak C-18/11 (Philips Electronics), V-N 2012/21.19
- HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-39/13 (SCA Group Holding BV), BNB 2014/216, V-N 2014/30.9
- HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-40/13 (X AG), BNB 2014/216, V-N 2014/30.9
- HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-41/13 (MSA International Holdings BV), BNB 2014/216, V-N 2014/30.9
- HvJ EU 2 september 2015, zaak C-386/14 (Groupe Steria SCA), BNB 2015/223

- Conclusie A-G Overgaauw, nr. 39 719, NTFR 2004/1867

Jurisprudentie Nederlandse rechtscolleges

- HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217

- HR 29 juni 1988, nr. 24 738, BNB 1988/331
- HR 23 september 1992, nr. 27 293, BNB 1993/193
- HR 16 maart 1994, nr. 27 764, BNB 1994/191
- HR 13 november 1996, nr. 31 008, BNB 1998/47
- HR 23 februari 2000, nr. 34 253, BNB 2000/215
- HR 23 februari 2000, nr. 34 775, BNB 2000/216
- HR 23 februari 2000, nr. 34 778, BNB 2000/217
- HR 18 juni 2010, nr. 08/03662, BNB 2010/266
- HR 10 juli 2015, nr. 14/05914, BNB 2015/188

- Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00824, V-N Vandaag 2013/119
- Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00587, V-N 2013/14.14
- Hof Amsterdam 17 januari 2013, nr. 11/00180, V-N Vandaag 2013/120
- Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00180bis, V-N 2015/7.11
- Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00587bis, V-N 2015/7.12
- Hof Amsterdam 11 december 2014, nr. 11/00824bis, V-N Vandaag 2014/2559

Overige

- Brief Staatssecretaris van Financiën aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, *Reactie op het commentaar van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs van 22 juni 2001*, 17 augustus 2001, V-N 2001/45.19
- European Commission Press Release, nr. IP/11/719, 16 juni 2011
- Nieuwsbericht Belastingdienst, *Fiscale-eenheidsregime aangepast*, 17 december 2014, <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2014/12/17/het-gerechtshof-in-amsterdam-heeft-op-11-december-2014-uitspraak-gedaan-in-drie-zaken-over-de-fiscale-eenheid-voor-de-vennootsc>.
- Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, *Commentaar op de Wet aanpassing fiscale eenheid*, 13 november 2015, www.nob.net
- Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, *Nader commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs inzake de Wet aanpassing fiscale eenheid (34 323)*, www.nob.net

Bijlage 1

De volledige wettekst van artikel 15 Wet Vpb 1969 (nieuw) na invoering van de Wet aanpassing fiscale eenheid:

1. Ingeval een belastingplichtige (moedermaatschappij) de gehele juridische en economische eigendom bezit van ten minste 95% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van een andere belastingplichtige (dochtermaatschappij) en dit bezit ten minste 95% van de statutaire stemrechten in de dochtermaatschappij vertegenwoordigt en in alle gevallen recht geeft op ten minste 95% van de winst en ten minste 95% van het vermogen van de dochtermaatschappij, wordt op verzoek van beide belastingplichtigen de belasting van hen geheven alsof er één belastingplichtige is, in die zin dat de werkzaamheden en het vermogen van de dochtermaatschappij deel uitmaken van de werkzaamheden en het vermogen van de moedermaatschappij. De belasting wordt geheven bij de moedermaatschappij. De belastingplichtigen tezamen worden in dat geval aangemerkt als fiscale eenheid. Van een fiscale eenheid kan meer dan één dochtermaatschappij deel uitmaken.
2. Ingeval een topmaatschappij de gehele juridische en economische eigendom bezit van ten minste 95% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van twee belastingplichtigen en dit bezit ten minste 95% van de statutaire stemrechten in elk van die belastingplichtigen vertegenwoordigt en in alle gevallen recht geeft op ten minste 95% van de winst en ten minste 95% van het vermogen van elk van die belastingplichtigen, wordt op verzoek van beide belastingplichtigen de belasting geheven alsof er één belastingplichtige is, in die zin dat de werkzaamheden en het vermogen van de ene belastingplichtige deel uitmaken van de werkzaamheden en het vermogen van de andere belastingplichtige. De laatstgenoemde belastingplichtige wordt aangemerkt als moedermaatschappij en de andere belastingplichtige als dochtermaatschappij. Bij het verzoek wordt aangegeven welke belastingplichtige als moedermaatschappij wordt aangemerkt. Een belastingplichtige waarvan aandelen worden gehouden door een andere maatschappij die deel uitmaakt van dezelfde fiscale eenheid, kan niet als moedermaatschappij optreden. Het eerste lid, tweede, derde en vierde volzin, is van overeenkomstige toepassing. De vanaf de totstandkoming van de fiscale eenheid als moedermaatschappij aangemerkte belastingplichtige sluit op het tijdstip direct voorafgaande aan de totstandkoming van de fiscale eenheid haar boekjaar af.

3. Onder een bezit als bedoeld in het eerste of tweede lid wordt mede verstaan een middellijk bezit van aandelen, mits deze aandelen onmiddellijk worden gehouden door:
 - a. één of meer belastingplichtigen die van de fiscale eenheid deel uitmaken, of
 - b. een of meer tussenmaatschappijen.
4. Het eerste of tweede lid vindt slechts toepassing indien:
 - a. de tijdvakken waarover de belasting wordt geheven voor beide belastingplichtigen samenvallen, met dien verstande dat een gedeelte van een boekjaar dat ingevolge artikel 7, vierde lid, als afzonderlijk jaar wordt aangemerkt voor de toepassing van dit onderdeel niet als afzonderlijk tijdvak wordt aangemerkt;
 - b. voor het bepalen van de winst bij beide belastingplichtigen dezelfde bepalingen van toepassing zijn of is voldaan aan de krachtens het zevende lid, tweede volzin, gegeven regels;
 - c. beide belastingplichtigen in Nederland zijn gevestigd en ingeval op een belastingplichtige de Belastingregeling voor het Koninkrijk, de Belastingregeling voor het land Nederland dan wel een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing 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 achtste lid, gestelde voorwaarden;
 - d. de moedermaatschappij, bedoeld in het eerste lid, een naamloze vennootschap, een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, een coöperatie, een onderlinge waarborgmaatschappij of een belastingplichtige als bedoeld in artikel 2, eerste lid, onderdeel d, is, dan wel een lichaam dat is opgericht naar het op de BES eilanden geldende recht dan wel het recht van 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 waarin een bepaling is opgenomen die discriminatie naar nationaliteit verbiedt voor lichamen die overigens in dezelfde omstandigheden verkeren als naar Nederlands recht opgerichte lichamen, welk lichaam voorts naar aard en inrichting vergelijkbaar is met de hiervoor genoemde naar Nederlands recht opgerichte lichamen;
 - e. de moedermaatschappij, bedoeld in het tweede lid, en iedere dochtermaatschappij een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid is, dan wel een daarmee naar aard en inrichting vergelijkbaar lichaam dat is opgericht

naar het recht van een in onderdeel d bedoeld land, bedoeld heffingsgebied binnen het Rijk of bedoelde staat;

- f. de moedermaatschappij de aandelen in de dochtermaatschappij, dan wel de topmaatschappij de aandelen in de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij, niet, middellijk of onmiddellijk, als voorraad houdt.
5. Onder een tussenmaatschappij wordt verstaan: een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid dan wel een daarmee naar aard en inrichting vergelijkbaar lichaam dat is opgericht naar het recht van een in het vierde lid, onderdeel d, bedoeld land, bedoeld heffingsgebied binnen het Rijk of bedoelde staat:
- a. die, onderscheidenlijk dat, volgens de fiscale wetgeving van een andere lidstaat van de Europese Unie of een andere staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte aldaar is gevestigd en niet, volgens een door die lidstaat of staat met een derde staat gesloten verdrag op het gebied van dubbele belastingheffing, geacht wordt te zijn gevestigd in een staat die geen lid is van de Europese Unie en geen partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte;
 - b. die, onderscheidenlijk dat, in Nederland aan de heffing van de belasting zou zijn onderworpen indien die, onderscheidenlijk dat, in Nederland zou zijn gevestigd;
 - c. die, onderscheidenlijk dat, geen onderneming drijft met behulp van een in Nederland aanwezige vaste inrichting als bedoeld in het achtste lid; en
 - d. waarvan het gehele juridische en economische eigendom van ten minste 95% van de aandelen in het nominaal gestort kapitaal wordt gehouden door belastingplichtigen die van de fiscale eenheid deel uitmaken, door een topmaatschappij of door andere maatschappijen die als tussenmaatschappij kunnen worden aangemerkt, en dat bezit ten minste 95% van de statutaire stemrechten in de vennootschap of het lichaam vertegenwoordigt en in alle gevallen recht geeft op ten minste 95% van de winst en ten minste 95% van het vermogen van de vennootschap of het lichaam.
6. Onder een topmaatschappij wordt verstaan: een naamloze vennootschap, een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, een coöperatie of een onderlinge waarborgmaatschappij, dan wel een daarmee naar aard en inrichting vergelijkbaar lichaam dat is opgericht naar het recht van een in het vierde lid, onderdeel d, bedoeld land, bedoeld

heffingsgebied binnen het Rijk of bedoelde staat die, onderscheidenlijk dat, voldoet aan de voorwaarden, bedoeld in het vijfde lid, onderdelen a, b en c.

7. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gegeven voor de beoordeling of een naar buitenlands recht opgericht lichaam naar aard en inrichting vergelijkbaar is met een naar Nederlands recht opgericht lichaam als bedoeld in het vierde lid, onderdelen d en e, vijfde lid, aanhef, en zesde lid. Tevens kunnen bij algemene maatregel van bestuur regels worden gegeven volgens welke belastingplichtigen bij wie voor het bepalen van de winst niet dezelfde bepalingen van toepassing zijn tezamen een fiscale eenheid kunnen vormen.
8. Een belastingplichtige die niet in Nederland is gevestigd en een onderneming drijft met behulp van een in Nederland aanwezige vaste inrichting, kan, in afwijking van het vierde lid, onderdeel c, onder bij algemene maatregel van bestuur te stellen voorwaarden deel uitmaken van een fiscale eenheid voor zover het heffingsrecht over de uit die onderneming genoten winst met inachtneming van de Belastingregeling voor het Koninkrijk, de Belastingregeling voor het land Nederland dan wel een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting aan Nederland toekomt, indien de plaats van de werkelijke leiding van de belastingplichtige is gelegen:
 - a. in een andere lidstaat van de Europese Unie of in andere staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, of
 - b. op de BES-eilanden dan wel in Aruba, Curaçao, Sint Maarten of een andere staat dan bedoeld in onderdeel a in de relatie waarmee een met Nederland gesloten verdrag ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing is waarin een bepaling is opgenomen die discriminatie van vaste inrichtingen verbiedt, waarbij:
 - i. indien deze belastingplichtige als moedermaatschappij deel uitmaakt van de fiscale eenheid, het aandelenbezit in de dochtermaatschappij behoort tot het vermogen van de in Nederland aanwezige vaste inrichting van deze belastingplichtige, en,
 - ii. indien deze belastingplichtige als dochtermaatschappij deel uitmaakt van de fiscale eenheid, een dochtermaatschappij van de belastingplichtige alleen tot de fiscale eenheid kan behoren ingeval de aandelen in die dochtermaatschappij aan het vermogen van de in Nederland aanwezige vaste inrichting van deze belastingplichtige zijn toe te rekenen.

In afwijking van het eerste en tweede lid kunnen de voorwaarden, bedoeld in de eerste volzin, mede betrekking hebben op de vraag voor welk deel de werkzaamheden en het vermogen van de dochtermaatschappij deel uitmaken van de werkzaamheden en het vermogen van de moedermaatschappij.

9. De fiscale eenheid komt tot stand op een door de belastingplichtigen in het verzoek, bedoeld in het eerste of tweede lid, aan te geven tijdstip, doch niet eerder dan drie maanden voor het tijdstip waarop het verzoek is gedaan.
10. De fiscale eenheid eindigt:
 - a. indien niet langer aan de bij of krachtens dit artikel gestelde vereisten wordt voldaan;
 - b. indien de belastingplichtige, bedoeld in het achtste lid, de plaats van werkelijke leiding verplaatst naar Nederland;
 - c. indien de belastingplichtige de plaats van werkelijke leiding verplaatst naar het buitenland met achterlating van een vaste inrichting in Nederland;
 - d. indien de dochtermaatschappij, bedoeld in het tweede lid, niet langer als moedermaatschappij van de fiscale eenheid wordt aangemerkt, tenzij de maatschappij die direct daaropvolgend als moedermaatschappij wordt aangemerkt pas vanaf dat moment deel is gaan uitmaken van de nieuwe fiscale eenheid;
 - e. indien bij een fiscale eenheid met een topmaatschappij een andere topmaatschappij in de plaats komt van die topmaatschappij of de topmaatschappij belastingplichtig wordt;
 - f. indien bij een fiscale eenheid zonder topmaatschappij de fiscale eenheid met betrekking tot een belastingplichtige niet langer kan voortbestaan zonder een topmaatschappij;
 - g. indien bij een fiscale eenheid met een topmaatschappij een topmaatschappij met betrekking tot een belastingplichtige niet langer nodig is voor het bestaan van de fiscale eenheid;
 - h. op gezamenlijk verzoek van de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij met ingang van het in het verzoek genoemde tijdstip doch niet eerder dan met ingang van de datum van indiening van het verzoek; met dien verstande dat indien de fiscale eenheid ten aanzien van één of meer dochtermaatschappijen wordt beëindigd, de fiscale eenheid daardoor niet eveneens ten aanzien van de andere belastingplichtigen wordt beëindigd.
11. Indien een moedermaatschappij als bedoeld in het tweede lid of een dochtermaatschappij in de loop van haar boekjaar deel gaat uitmaken van een fiscale eenheid en deze eenheid ten aanzien

van die maatschappij nog in hetzelfde boekjaar eindigt, wordt voor de tussenliggende periode ten aanzien van die dochtermaatschappij geacht geen fiscale eenheid tot stand te zijn gekomen. De vorige volzin is van overeenkomstige toepassing op een bestaande fiscale eenheid die in de loop van haar boekjaar deel gaat uitmaken van een andere fiscale eenheid en nog in hetzelfde boekjaar uit laatstgenoemde eenheid wordt ontvoegd.

12. Het verzoek bedoeld in het eerste lid, tweede lid en tiende lid, onderdeel *h*, wordt gedaan bij de inspecteur belast met de aanslagregeling van de moedermaatschappij. De inspecteur beslist op het verzoek bij voor bezwaarvatbare beschikking.
13. Ingeval de belastingplichtige bij het doen van het in het eerste of tweede lid bedoelde verzoek reeds als moedermaatschappij deel uitmaakt van een fiscale eenheid wordt dit verzoek geacht mede te zijn gedaan namens de andere belastingplichtigen die van die fiscale eenheid deel uitmaken.
14. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gegeven tot verzekering van de heffing en invordering van de belasting met het oog op de omstandigheid dat de in het eerste of tweede lid bedoelde belastingplichtigen voor de toepassing van deze wet een fiscale eenheid vormen. Onder die regels worden mede begrepen regels voor:
 - a. de omstandigheid dat de moedermaatschappij niet alle aandelen in de dochtermaatschappij bezit;
 - b. de voortzetting van een fiscale eenheid ten aanzien van een belastingplichtige ingeval sprake is van een omstandigheid als bedoeld in het tiende lid, onderdelen b, c, d, e, f, of g;
 - c. de toepassing van de artikelen 13d, achtste en negende lid, en 15ab tot en met 15af;
 - d. de berekening van de verminderingen ter voorkoming van dubbele belasting ter zake van buitenlandse resultaten;
 - e. de toepassing van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten;
 - f. de toepassing van de innovatiebox;
 - g. de toepassing van de deelnemingsverrekening;
 - h. de toepassing van de verrekening bij buitenlandse ondernemingswinsten;
 - i. de omstandigheid dat een maatschappij waarvan de aandelen door een topmaatschappij of een tussenmaatschappij worden gehouden, deel uitmaakt van een fiscale eenheid;

- j. de omstandigheid dat een belastingplichtige als bedoeld in het achtste lid deel uitmaakt van een fiscale eenheid.
15. Een krachtens het zevende, achtste en veertiende lid vastgestelde algemene maatregel van bestuur treedt niet eerder in werking dan acht weken na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin hij is geplaatst. Van de plaatsing wordt onverwijld mededeling gedaan aan de beide kamers der Staten-Generaal.

Bijlage 2

Concept Voortzettingbepaling BFE

Artikel ____ . Fiscaal geruisloze voortzetting fiscale eenheid bij beëindiging fiscale eenheid ingevolge artikel 15, lid 10, onderdeel d, e, f of g van de wet

1. Ingeval sprake is van een omstandigheid als bedoeld in artikel 15, tiende lid, onderdelen d, e, f of g van de wet en direct aansluitend aan het ontvoegingstijdstip een nieuwe fiscale eenheid tot stand komt, wordt een maatschappij voor de toepassing van de artikelen 15ae, 15af, 15ag, 15ai en 15aj, eerste lid, van de wet geacht niet te zijn ontvoegd indien:
 - a. die maatschappij deel uitmaakt van de aansluitende fiscale eenheid en
 - b. de voorgaande fiscale eenheid ten aanzien van die maatschappij niet zou zijn beëindigd indien de bij die voorafgaande fiscale eenheid of de aansluitende fiscale eenheid betrokken topmaatschappij en de eventueel betrokken tussenmaatschappijen in Nederland zouden zijn gevestigd en als moedermaatschappij, onderscheidenlijk dochtermaatschappij, deel zouden hebben uitgemaakt van de fiscale eenheid.
2. De aansluitende fiscale eenheid, bedoeld in het eerste lid, treedt voor de toepassing van de artikelen 15ad, 15ai en 20, tweede lid, van de wet in de plaats van de voorafgaande fiscale eenheid. Bij de toepassing van artikel 15ai van de wet geldt de indeplaatsstelling niet voor zover afrekening als gevolg van toepassing van de artikelen 15, tiende lid, en 15ai van de wet heeft plaatsgevonden.
3. Indien bij een voortzetting van de fiscale eenheid als bedoeld in het eerste lid de moedermaatschappij is gewijzigd, kunnen bij een latere ontvoeging uit de aansluitende fiscale eenheid niet meer verliezen van de voorafgaande fiscale eenheid achterblijven bij de nieuwe moedermaatschappij dan mogelijk zou zijn geweest wanneer de moedermaatschappij niet was gewijzigd. Voor de toepassing van de eerste volzin worden de verliezen van de voorafgaande fiscale eenheid geacht bij de moedermaatschappij van die fiscale eenheid te zijn opgekomen, tenzij op het moment van voortzetting van de fiscale eenheid aannemelijk wordt gemaakt dat de verliezen aan een andere maatschappij zijn toe te rekenen.
4. Indien bij een voortzetting van de fiscale eenheid als bedoeld in het eerste lid tevens een maatschappij van de aansluitende fiscale eenheid deel gaat uitmaken die geen deel uitmaakte van de voorafgaande fiscale eenheid, worden voor de toepassing van artikel 15a van de wet de

maatschappijen die ook deel uitmaakten van de voorafgaande fiscale eenheid als bestaande fiscale eenheid beschouwd.

5. Het eerste tot en met het vierde lid zijn van overeenkomstige toepassing indien een fiscale eenheid als bedoeld in artikel 15, eerste lid, van de wet eindigt als gevolg van een ontvoeging van de moedermaatschappij en direct aansluitend aan het ontvoegingstijdstip een nieuwe fiscale eenheid als bedoeld in artikel 15, tweede lid, van de wet tot stand komt tussen twee of meer dochtermaatschappijen van die fiscale eenheid waarbij de ontvoegde moedermaatschappij als topmaatschappij fungeert.