

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/85371>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

# Exit grensoverschrijdende fiscale eenheid

Door: prof. mr. G.T.K.Meussen\*

Op donderdag 25 februari jl. heeft het HvJ EU<sup>1</sup> arrest gewezen in de met veel spanning omgeven zaak X Holding<sup>2</sup> inzake het Nederlandse fiscale eenheidsregime voor de vennootschapsbelasting. Het Hof spreekt in dit arrest een onomwonden nee uit tegen de grensoverschrijdende fiscale eenheid. Dit is een duidelijke overwinning voor de Nederlandse fiscale wetgever en een gevoelige nederlaag voor de belastingplichtige.

De uitkomst verwondert mij overigens niet<sup>3</sup> en is in lijn met de eerdere conclusie van A-G Kokott bij het HvJ EU.<sup>4</sup> Het moge voor iedereen duidelijk zijn dat de met afstand belangrijkste drijfveer achter de grensoverschrijdende fiscale eenheid, de mogelijkheid van grensoverschrijdende verliesverrekening is. Dit is door het Hof ook uitdrukkelijk onderkend.

Allereerst stelt het HvJ EU de vergelijking binnenlandse versus buitenlandse deelnemingen ter discussie, die qua uitgangspunt niet in dezelfde omstandigheden verkeren. Zijn een 'binnenlandse' en een 'grensoverschrijdende' fiscale eenheid objectief met elk vergelijkbaar? Ja, zegt het HvJ EU omdat de kern van de regeling is de mogelijkheid van verliesverrekening tussen gevoegde vennootschappen en dat is voor alle vennootschappen (binnenlands of buitenlands) hetzelfde. Gegeven het verschil in fiscale behandeling is daarmee dus een inbreuk op de vrijheid van vestiging (art. 43 EG-verdrag<sup>5</sup>) een gegeven.

Volgt de vraag of het hiervoor weergegeven verschil in fiscale behandeling wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang. Het Hof accepteert als rechtvaardigingsgrond: handhaving van de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten. Kernoverweging van het arrest is mijn inziens r.o. 31 waarin het Hof stelt: "Aangezien de moedervenootschap vrijelijk kan beslissen om met haar dochteronderneming een fiscale eenheid te vormen en van het ene op het andere jaar even vrijelijk kan beslissen om die fiscale eenheid op te heffen, zou zij met de mogelijkheid om een niet-ingezeten dochteronderneming in de fiscale eenheid op te nemen, de vrijheid hebben om te kiezen welke belastingregeling op de verliezen van de dochteronderneming van toepassing is en waar deze verliezen worden verrekend."

Mijns inziens heeft het HvJ EU heel goed onderkend dat een fiscale eenheid vrij gemakkelijk kan worden verbroken, bijvoorbeeld door een aandelenemissie ergens binnen of buiten het concern waardoor niet meer aan het tenminste 95%-vereiste wordt voldaan. Dit betekent dat als het HvJ EU een grensoverschrijdende fiscale eenheid zou hebben toegestaan, dit ertoe leidt dat buitenlandse dochterondernemingen naar willekeur de fiscale eenheid in- en uitgaan. Bij een

verwacht buitenlands exploitatieverlies de fiscale eenheid in, indien er in de toekomst buitenlandse winsten worden verwacht de fiscale eenheid uit. Door het in en uit de fiscale eenheid 'springen', wordt de feitelijke toepassing van de inhaalregeling illusoir en wordt de grensoverschrijdende fiscale eenheid een 'taxplanningstool'. De huidige vormgeving van de Nederlandse fiscale eenheidsregeling laat te veel ruimte open voor het naar willekeur 'droppen' van buitenlandse verliezen in de fiscale eenheid terwijl buitenlandse winsten er gemakkelijk buiten gehouden kunnen worden. In zoverre zij in herinnering te roepen de discussies die voorafgingen aan de totstandkoming van de Wet werken aan winst per 1 januari 2007, waarbij het aanvankelijke voornemen van de regering daarin bestond om weliswaar een grensoverschrijdende fiscale eenheid in te voeren, maar dan een verplicht systeem. Of alle buitenlandse dochterondernemingen er in, of allemaal er uit. Niet het beruchte 'cherry picking' waar het bij een grensoverschrijdende fiscale eenheid in zijn huidige vorm op zou neerkomen.

Interessant is nog de vergelijking tussen de buitenlandse vaste inrichting en de buitenlandse dochtermaatschappij in het kader van de toepassing van de zogenoemde proportionaliteitstest. Bij een buitenlandse vaste inrichting zijn verliezen immers aftrekbaar en winsten vrijgesteld waarbij op de afgetrokken verliezen wel een inhaalregeling van toepassing is. Toekomstige winsten zijn pas vrijgesteld nadat de in het verleden afgetrokken verliezen zijn ingehaald. Bij het toestaan van een grensoverschrijdende fiscale eenheid zou een buitenlandse gevoegde dochtermaatschappij de facto fiscaal gezien tot een buitenlandse vaste inrichting worden omgevormd. Daarbij zou dan in de ogen van belanghebbende en de Commissie toch gewoon de hiervoor aangehaalde inhaalregeling kunnen worden toegepast.

Het HvJ EU wijst dit af, met name op basis van de overweging dat in juridische zin de positie van een buitenlandse dochtermaatschappij nu eenmaal een andere is dan die van een buitenlandse vaste inrichting. De eerste is onderworpen aan de jurisdictie van het betrokken bronland, de vaste inrichting heeft geen eigen jurisdictie en is onderworpen aan de jurisdictie van de staat waarin het hoofdkantoor/bestuur >>

\* Hoogleraar belastingrecht Radboud Universiteit Nijmegen

1 Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG), thans na inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon: Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU).

2 HvJ EU 25 februari 2010, X Holding BV v. Staatssecretaris van Financiën, zaak C-337/08.

3 Zie mijn annotatie bij het verwijzingsarrest HR 11 juli 2008, nr. 43.484, na concl. A-G Wattel in BNB 2008/305.

4 Conclusie van 19 november 2009, zaak C-337/08, X Holding BV

5 Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, artikel 49 Verdrag inzake de werking van de Europese Unie, art. 49 VwEU.



van de betrokken onderneming gevestigd is.

De overwegingen van het Hof op dit punt acht ik niet erg overtuigend. Ik heb meer de indruk dat het HvJ EU gewoon geen grensoverschrijdende fiscale eenheid wilde toestaan. En vanuit een soort onderbuikgevoel het aspect van de proportionaliteit min of meer heeft 'weggeschreven'.

Het arrest op zich is duidelijk, de vraag is overigens nog wel wat dit arrest betekent voor vormen van 'group taxation' in andere lidstaten van de Europese Unie. Zo kent Duitsland de Organschaft welke evenwel is beperkt tot in Duitsland gevestigde ondernemingen. De Duitse Organschaft is ook een optioneel systeem, alleen is de betrokken onderneming daarbij verplicht om minimaal vijf jaar in de Organschaft te blijven. Deze verplichting maakt de Organschaft minder gevoelig voor manipulatie. Of dit echter voldoende onderscheidend is om af te wijken van het arrest in de zaak X Holding zal toekomstige jurisprudentie van het HvJ EU moeten uitwijzen.

Onlangs oordeelde de Hoge Raad in het Duitse verliesdochter-arrest<sup>6</sup> dat een Nederlandse moedermaatschappij het verlies van haar Duitse dochteronderneming niet in aftrek kan brengen. Met deze beide arresten is de cirkel aangaande fiscale eenheid en de onmogelijkheid van grensoverschrijdende verliesverrekening rond. Het is een onvoorwaardelijk nee, hetgeen de duidelijkheid en de rechtszekerheid ten goede komt.

## Tot slot

Met het arrest X Holding is de grensoverschrijdende fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting definitief ten grave gedragen. Afgewacht zal moeten worden in hoeverre de naderende bezuinigingen zullen leiden tot een verdere uitsluiting van de mogelijkheid van grensoverschrijdende verliesverrekening. In de bekende Sinterklaasbrief heeft de staatssecretaris aangekondigd te studeren op de mogelijkheid van integrale afschaffing van de aftrek van verliezen van buitenlandse vaste inrichtingen door de toepassing van een strikt territorialiteitsbeginsel. Deze discussie is in de aanloop naar de Wet werken aan winst overigens ook al een keer gevoerd. Afgewacht zal moeten worden of voor dit voorstel voldoende politiek draagvlak bestaat. De huidige situatie van een demissionair kabinet en landelijke verkiezingen op 9 juni 2010 maken dat allerminst zeker. ■

6 HR 2 oktober 2009, nr. 08/00900, BNB 2010/22 met noot van Marres, NTFR 2009/2163 met commentaar van Kiekebeld, FED 2009/101 met noot van Thomas.

7 Brief staatssecretaris van Financiën 5 december 2009, DB/2009/674 M, NTFR 2009/2617 met commentaar van Lohuis, V-N 2009/62.14.

8 Daarbij zal wel aftrek moet worden toegestaan van zogenoemde 'final losses'. Zie HvJ EG 13 december 2005, zaak C-466/03 (Marks & Spencer II), na concl. A-G Poiares Maduro, BNB 2006/72 met noot van P.J. Wattel.

9 Zie bijvoorbeeld Bender, Douma en Engelen, 'Werken aan winst? Werken aan de interne markt(!) (2)', WFR 2005/1069 en de in die bijdrage genoemde eerdere publicaties.