



Datum van
inontvangstneming

:

22/03/2013

CURIA GREFFE
Luxembourg
Entrée 25 JAN. 2013

C-41/13 -

①

Uitspraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM

Kenmerk 11/00824

Datum uitspraak: 17 januari 2013

uitspraak van de derde meervoudige belastingkamer

op het hoger beroep van

de inspecteur van de Belastingdienst Holland-Noord/kantoor Zaandam, de inspecteur,

tegen de uitspraak in de zaak met kenmerk AWB 10/3865 van de rechtbank Haarlem in het geding tussen

**MSA International Holdings B.V., belanghebbende 1,
en MSA Nederland B.V., belanghebbende 2,**
beide gevestigd te Hoofddorp, gemachtigde prof. dr. H.T.P.M. van den Hurk (Deloitte Belastingadviseurs B.V. te Eindhoven),
tezamen: belanghebbenden,

en

de inspecteur.

1. Ontstaan en loop van het geding

1.1. Bij verzoek van 25 maart 2009 is bij de inspecteur een verzoek ingediend om belanghebbende 1 - als beoogde moedermaatschappij - te voegen in een fiscale eenheid in de zin van artikel 15 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (tekst geldend in 2008, hierna: de Wet of Wet Vpb), primair, met MSA Europe GmbH en belanghebbende 2 en, subsidiair, met (alleen) belanghebbende 2, een en ander primair met ingang van 2 december 2008 en, subsidiair, met ingang van 25 december 2008.

1.2. De inspecteur heeft alle verzoeken afgewezen bij beschikking van 14 december 2009 (hierna ook: de beschikking).

1.3. Na daartegen gemaakt bezwaar heeft de inspecteur, bij uitspraak van 24 juni 2010, de beschikking gehandhaafd.

1.4. Bij uitspraak van 14 september 2011 heeft de rechtbank Haarlem (hierna: de rechtbank) - voor zover hier van belang - het door belanghebbenden tegen de uitspraak ingediende beroep gegrond verklaard, de uitspraak op bezwaar van de inspecteur vernietigd en hem opgedragen opnieuw op het bezwaar te beslissen met inachtneming van hetgeen in 4.20 van haar uitspraak is overwogen.

1.5. Het door de inspecteur tegen deze uitspraak ingestelde hoger beroep is bij het Hof ingekomen op 26 oktober 2011.

Ingeschreven in het register van het
Hof van Justitie onder nr. 926 088
Luxemburg, 28-01-2013
De Griffier,
voor deze
Fax / E-mail: Maria Manuela Ferreira
Neergelegd op 25.01.13 Hoofdadministrateur

Belanghebbenden hebben een verweerschrift, en op 16 juli 2012 een nader stuk ingediend.

1.6. Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 19 september 2012. Van het verhandelde ter zitting is een proces-verbaal opgemaakt dat met deze uitspraak wordt meegezonden. Het Hof heeft partijen bij brief van 15 november 2012 doen weten dat het prejudiciële vragen zal stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

2. Feiten

2.1. De rechtbank heeft met betrekking tot de feiten het volgende in haar uitspraak vastgesteld:

“2.1. [Belanghebbende 1] is in Nederland gevestigd en fungeert als moedermaatschappij voor een aantal dochter- en kleindochtermaatschappijen. Sinds januari 2008 is zij als moeder binnen een fiscale eenheid gevoegd met de in Nederland gevestigde MSA Eurex B.V. als dochtervennootschap.

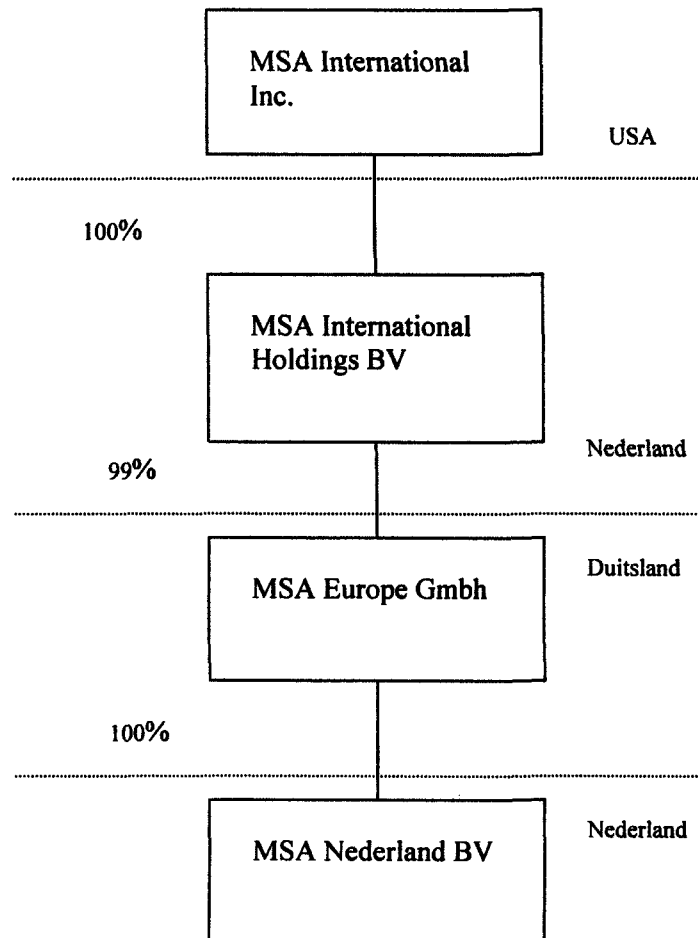
2.2. Eén van de dochtervennootschappen van [belanghebbende 1] is MSA Europe GmbH. [Belanghebbende 1] bezit 99% van de aandelen in deze vennootschap. MSA Europe GmbH is in Duitsland gevestigd en heeft geen vaste inrichting in Nederland. Ze fungeert als houdstermaatschappij voor een tiental kleindochtervennootschappen, waaronder [belanghebbende 2]. [Belanghebbende 2] is een 100% dochter van MSA Europe GmbH en is in Nederland gevestigd.

2.3. De inbreng van de deelnemingen in [belanghebbende 1] heeft vrijwel volledig plaatsgevonden in de vorm van een kapitaalstorting. In het boekjaar 2007/2008 behaalde [belanghebbende 1] een fiscaal resultaat van negatief € 352.311. Naar verwachting zal het fiscale resultaat gelet op de houdsteractiviteiten blijvend negatief zijn.”

2.2. Nu tegen deze feiten door geen der partijen bezwaren zijn ingebracht, zal ook het Hof van die feiten uitgaan.

2.3. Hieraan voegt het Hof nog toe dat de moedervennootschap van belanghebbende 1, MSA International Inc., is gevestigd in de Verenigde Staten van Amerika (hierna: de VS).

2.4. Ter verduidelijking volgt hieronder een schema van het relevante gedeelte van de concernstructuur.



3. Geschil in hoger beroep

Ook in hoger beroep heeft de inspecteur zich op het standpunt gesteld dat hij terecht heeft geweigerd belanghebbende 2, als middellijk gehouden kleindochtervennootschap, met belanghebbende 1 in een fiscale eenheid in de zin van artikel 15 van de Wet op te nemen omdat de tussenhoudstervervennootschap MSA Europe GmbH (hierna: MSA GmbH) niet in Nederland is gevestigd.

Het gaat daarbij om de vraag of de Nederlandse wettelijke regeling waarop de inspecteur zijn weigering heeft gebaseerd, in strijd is met het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap van 25 maart 1957, zoals gewijzigd bij het Verdrag betreffende de Europese Unie van 10 maart 2011 (hierna: het EG-Verdrag), en in het bijzonder met de in de artikelen 43 EG (thans: artikel 49 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie, hierna: VWEU) juncto 48 EG (thans: artikel 54 VWEU) gewaarborgde vrijheid van vestiging.

In hoger beroep hebben belanghebbenden niet langer betwist dat MSA GmbH niet als tussenhoudster in een fiscale eenheid met belanghebbenden (als moeder en kleindochter) kan worden opgenomen.

4. Beoordeling van het geschil

Beoordeling naar nationaal recht

4.1. De rechtbank heeft omtrent het toetsingskader naar nationaal recht het volgende overwogen:

“4.1. Artikel 15, eerste lid, Wet Vpb eist voor de inwilliging van een verzoek tot het vormen van een fiscale eenheid dat de moedermaatschappij de juridische en economische eigendom bezit van ten minste 95% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van de dochtermaatschappij. In het tweede lid van genoemd artikel is bepaald dat onder een bezit als bedoeld in het eerste lid mede wordt verstaan een middellijk bezit van aandelen, mits deze onmiddellijk worden gehouden door één of meer belastingplichtigen die van de fiscale eenheid deel uitmaken. Ingevolge het derde lid onderdeel c dient de belastingplichtige in Nederland te zijn gevestigd om deel uit te kunnen maken van de fiscale eenheid.

4.2. Vaststaat dat [belanghebbende 1] middellijk 99% van de aandelen in [belanghebbende 2] bezit. Het belang van [belanghebbende 1] in [belanghebbende 2] wordt gehouden via een in Duitsland gevestigde vennootschap. Deze in Duitsland gevestigde vennootschap heeft geen vaste inrichting in Nederland en kan geen deel uitmaken van een fiscale eenheid met [belanghebbende 1] als moedermaatschappij (X Holding BV HvJ EG, 25 februari 2010, zaak nr. C-337/08; hierna X Holding).”

4.2. Het Hof acht deze overwegingen van de rechtbank juist en neemt ze over.

4.3.1. Het voegt daaraan toe dat, indien aan de voorwaarden voor een fiscale eenheid wordt voldaan, de betrokken vennootschappen vrij zijn deze op ieder gewenst moment aan te vragen. Er geldt niet een minimale duur voor een fiscale eenheid.

4.3.2. Doordat bij een fiscale eenheid de belasting wordt geheven alsof er één belastingplichtige is, in die zin dat de werkzaamheden en het vermogen van alle tot de fiscale eenheid behorende vennootschappen deel uitmaken van de werkzaamheden en het vermogen van de moedervennootschap, kunnen de in een jaar door een tot de fiscale eenheid behorende vennootschap gemaakte verliezen fiscaal worden verrekend met in dat jaar behaalde winsten van andere tot die fiscale eenheid behorende vennootschappen (hierna: horizontale verliescompensatie).

Een ander gevolg van de fiscale eenheid is dat bij een overdracht van een vermogensbestanddeel van een tot de fiscale eenheid behorende vennootschap aan een andere vennootschap binnen de fiscale eenheid geen resultaat wordt gerealiseerd. Immers, het vermogen van de dochtervennootschappen wordt ingevolge artikel 15, lid 1, van de Wet geacht deel uit te maken van het vermogen van de moedervennootschap, waardoor bij een overdracht binnen een fiscale eenheid in fiscaal opzicht geen sprake is van een overdracht. Ook bij diensten en andere (rechts)handelingen tussen vennootschappen van de fiscale eenheid zullen fiscaal geen resultaten worden gerealiseerd, omdat alle werkzaamheden van de tot de fiscale eenheid behorende dochtervennootschappen aan de moedervennootschap worden toegerekend. De facto is sprake van een volledige fiscale consolidatie. Dat de (in de fiscale eenheid) gevoegde vennootschappen aangemerkt worden als één belastingplichtige, kan ook fiscale nadelen hebben, zoals het voor de fiscale eenheid slechts eenmaal van toepassing zijn van bepaalde fiscale faciliteiten.

4.3.3. Indien een dochtervennootschap niet in een fiscale eenheid wordt opgenomen, kunnen fiscale verliezen van die vennootschap niet worden verrekend met de fiscale winst van de moedervennootschap. Het Nederlandse belastingrecht kent ook niet een andere faciliteit waarbij vennootschappen hun winsten en verliezen onderling kunnen verrekenen.

4.3.4. De inspecteur beslist bij voor bezwaar vatbare beschikking op een verzoek tot voeging in een fiscale eenheid.

4.4.1. De onderhavige procedure betreft de beschikking waarbij een zodanig verzoek is afgewezen. Het verzoek beoogt, kort gezegd, de fiscale consolidatie van de werkzaamheden en het vermogen van de Nederlandse kleindochtervennootschap van belanghebbende 1, MSA Nederland B.V. ofwel belanghebbende 2, met de werkzaamheden en het vermogen van (de al bestaande fiscale eenheid van) belanghebbende 1. Met het verzoek beoogt belanghebbende 1 met name mogelijk te maken haar negatieve fiscale resultaten te verrekenen met fiscale winsten van belanghebbende 2.

4.4.2. Niet in geschil is dat de in Duitsland gevestigde tussenhoudstervernootschap, MSA Europe GmbH, feitelijk in Duitsland is gevestigd, geen vaste inrichting in Nederland heeft en ook overigens niet in Nederland is onderworpen aan de vennootschapsbelasting.

4.4.3. Evenmin is in geschil dat, indien in casu een fiscale eenheid tot stand zou komen, het heffingsrecht van Nederland en Duitsland als zodanig niet zou wijzigen: aan Nederland komt hoe dan ook het exclusieve heffingsrecht toe over de winst van de in Nederland gevestigde moeder- en kleindochtervennootschap, terwijl aan Duitsland het exclusieve heffingsrecht toekomt over de winst van de in Duitsland gevestigde tussenhoudstervernootschap.

4.5. Op grond van hetgeen hiervoor is vastgesteld en overwogen staat - ook tussen partijen - vast dat volgens de Nederlandse wettelijke regeling het voor de in Nederland gevestigde kleindochter/belanghebbende 2 niet mogelijk is voor de heffing van Nederlandse vennootschapsbelasting tezamen met belanghebbende 1 in een fiscale eenheid te worden opgenomen, omdat de tussenhoudstervernootschap in een andere lidstaat is gevestigd. Het verzoek stuit af op de vereisten dat slechts in Nederland gevestigde vennootschappen deel kunnen uitmaken van een fiscale eenheid en dat een fiscale eenheid slechts bestaanbaar is binnen een ononderbroken keten van te consolideren moeder- en dochtervennootschappen, zodat een fiscale eenheid tussen een moedervennootschap en een kleindochtervennootschap, zonder dat de tussenliggende dochtervennootschap ook daarin is gevoegd, niet tot de mogelijkheden behoort.

Beoordeling naar Europees recht

4.6. De Nederlandse regeling van de fiscale eenheid heeft tot gevolg dat de verliezen van belanghebbende 1 niet met winsten van belanghebbende 2 als kleindochter kunnen worden verrekend terwijl zulks wel mogelijk zou zijn indien belanghebbende 2 een dochtervennootschap van een in Nederland gevestigde, met belanghebbende 1 in een fiscale eenheid gevoegde, tussenhoudstervernootschap zou zijn.

Belanghebbenden hebben gesteld dat de regeling van artikel 15 van de Wet een met de artikelen 43 EG en 48 EG strijdige beperking van de vrijheid van vestiging oplevert omdat haar aldus per definitie de mogelijkheid tot fiscale consolidatie in Nederland wordt onthouden, terwijl daartoe wel een (keuze)mogelijkheid zou openstaan indien MSA GmbH een in Nederland gevestigde tussenhoudstervernootschap zou zijn.

4.7. Voor de feiten die (mede ten behoeve door het Hof van Justitie van de Europese Unie, hierna: HvJ EU) naar het oordeel van het Hof relevant zijn voor de Europeesrechtelijke beoordeling verwijst het Hof naar onderdeel 2 van deze uitspraak.

4.8. De volgende (in het onderhavige jaar van kracht zijnde) bepalingen van Nederlands nationaal recht zijn met name van belang voor de beoordeling van de Europeesrechtelijke aspecten van de onderhavige casus.

4.8.1. Artikel 15 van de Wet bepaalt, voor zover thans relevant, het volgende:

“1. Ingeval een belastingplichtige (moedermaatschappij) de juridische en economische eigendom bezit van ten minste 95 percent van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van een andere belastingplichtige (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. Onder een bezit als bedoeld in het eerste lid wordt mede verstaan een middellijk bezit van aandelen, mits deze onmiddellijk worden gehouden door één of meer belastingplichtigen die van de fiscale eenheid deel uitmaken.

3. Het eerste lid vindt slechts toepassing indien:

- a. de tijdvakken waarover de belasting wordt geheven voor beide belastingplichtigen samenvallen, (...);
- b. voor het bepalen van de winst bij beide belastingplichtigen dezelfde bepalingen van toepassing zijn;
- c. beide belastingplichtigen in Nederland zijn gevestigd en ingeval op een belastingplichtige de Belastingregeling voor het Koninkrijk 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;
- d. de moedermaatschappij 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 is dat is opgericht naar het recht van de Nederlandse Antillen, Aruba, 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 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 of bedoelde staat;
- f. (...).

4. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gegeven volgens welke belastingplichtigen bij wie voor het bepalen van de winst niet dezelfde bepalingen van toepassing zijn, in afwijking van het derde lid, onderdeel b, tezamen toch een fiscale eenheid

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

- a. de plaats van de werkelijke leiding van deze belastingplichtige is gelegen in de Nederlandse Antillen, Aruba, 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, bedoeld in onderdeel a, een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, dan wel een daarmee naar aard en inrichting vergelijkbaar lichaam is; en
- c. in het geval de belastingplichtige, bedoeld in onderdeel a, als moedermaatschappij deel uitmaakt van de fiscale eenheid, het aandelenbezit, bedoeld in het eerste lid, in de dochtermaatschappij behoort tot het vermogen van de in Nederland aanwezige vaste inrichting van deze moedermaatschappij.

In afwijking van het eerste lid kunnen de in de vorige volzin bedoelde voorwaarden 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.

(...)

10. 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 lid bedoelde belastingplichtigen voor de toepassing van deze wet een fiscale eenheid vormen. Onder die regels worden mede begrepen regels voor:

- a. 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 de onderdelen d en e van het derde lid;

(...)"

4.8.2. In het Besluit fiscale eenheid 2003 (Besluit van 17 december 2002, *Stb.* 646, tekst voor het jaar 2008; hierna: het Besluit) zijn de hiervóór in artikel 15, leden 4 en 10, van de Wet bedoelde nadere regels gegeven voor het (kunnen) bestaan van een fiscale eenheid. In artikel 3 van het Besluit is nader bepaald onder welke voorwaarden niet naar Nederlands recht opgerichte lichamen als vergelijkbaar worden beschouwd met naar Nederlandse recht opgerichte lichamen. Artikel 16 van het Besluit geeft regels voor de berekening van het liquidatieverlies ter zake van een ontvoegde tussenhoudstermaatschappij en haar deelneming(en).

In Hoofdstuk VII (artikelen 29 e.v.) van het Besluit zijn specifieke bepalingen neergelegd voor een fiscale eenheid met een of meer buitenlandse belastingplichtige(n), waaronder (in

Afdeling 2, “*Fiscale eenheid met een buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij*”):

Voorwerp van de belasting; terminologie

Art. 32

1. Bij een fiscale eenheid met een buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij wordt de belasting geheven naar het belastbare Nederlandse bedrag.
2. Bij een fiscale eenheid met een buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij worden alle werkzaamheden en het gehele vermogen van een binnenlands belastingplichtige dochtermaatschappij geacht 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 dochtermaatschappij wordt opgevat op de voet van hoofdstuk II van de wet [Hof: betreffende “*Voorwerp van de belasting bij binnenlands belastingplichtigen*”].
3. (...)

Rechtsverhoudingen tussen hoofdhuis van moedermaatschappij en dochtermaatschappijen

Art. 33

Rechtsverhoudingen tussen een dochtermaatschappij van een fiscale eenheid en het hoofdhuis van een buitenlands 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.”

en in Afdeling 3 (“*Fiscale eenheid met een buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij*”):

Voorwerp van de belasting

Art. 34

1. Bij een fiscale eenheid met een binnenlands belastingplichtige moedermaatschappij en een buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij, wordt de belasting geheven naar het belastbare bedrag.
2. Bij een fiscale eenheid met een buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij worden 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 [Hof: betreffende “*Voorwerp van de belasting bij buitenlandse belastingplichtigen*”].”

Buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is

Buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is

Art. 35

1. Met betrekking tot de deelneming van een maatschappij in een buitenlandse belastingplichtige die als dochtermaatschappij deel gaat uitmaken van een fiscale eenheid met die maatschappij, blijft voor het gehele belang sprake van een deelneming waarop de regelingen inzake de deelnemingsvrijstelling, uitsluitingen van de deelnemingsvrijstelling en alle regelingen die daarmee verband houden onverminderd van toepassing zijn als ware er geen fiscale eenheid.

2. Onderlinge schuldverhoudingen

Onverminderd het eerste lid is artikel 15 van de wet onverkort van toepassing met betrekking tot schuldverhoudingen tussen een buitenlands belastingplichtige maatschappij en een andere maatschappij die deel uitmaakt van dezelfde fiscale eenheid.

3. Onverminderd het eerste lid, is artikel 13c, derde lid, van de wet van overeenkomstige toepassing op een deelneming als bedoeld in het eerste lid.

4. Voorkoming dubbele verliesneming; liquidatieverlies

Het opgeofferde bedrag voor een deelneming als bedoeld in het eerste lid, wordt slechts in aanmerking genomen voorzover de belastingplichtige aannemelijk maakt dat dit bedrag in absolute zin uitgaat boven de aan de buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij sinds de voeging toe te rekenen winst van de fiscale eenheid, indien die per saldo uitkomt op een negatief bedrag.

5. Artikel 13d, achtste lid, van de wet, is niet van toepassing bij de ontvoeging van een deelneming als bedoeld in het eerste lid. Een beperking van het in aanmerking nemen van het opgeofferde bedrag op de voet van het vierde lid blijft onverminderd van toepassing na de ontvoeging van die deelneming.

6. Voor de toepassing van artikel 13d van de wet met betrekking tot een deelneming als bedoeld in het eerste lid of een deelneming die voorheen kwalificeerde als een deelneming als bedoeld in het eerste lid, wordt de in de jaren, bedoeld in artikel 13d, derde lid, van de wet aan de buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij toe te rekenen winst van de fiscale eenheid geacht mede als positief voordeel uit hoofde van de deelneming te zijn genoten, indien deze winst per saldo uitkomt op een positief bedrag. De vorige volzin is niet van toepassing voorzover de belastingplichtige aannemelijk maakt dat hij deze winst niet feitelijk op enigerlei wijze direct of indirect als positief voordeel uit hoofde van de deelneming heeft genoten in de jaren, bedoeld in artikel 13d, derde lid, van de wet.

7. Bij de toepassing van het vierde en vijfde lid is artikel 15 ah van de wet van overeenkomstige toepassing.

8. Ministeriële regeling

Bij ministeriële regeling kunnen nadere regels worden gesteld over de vaststelling van het opgeofferde bedrag en de positieve voordelen met betrekking tot een deelneming als bedoeld in het eerste lid indien meer dan één maatschappij een belang in die buitenlandse belastingplichtige heeft of indien het belang van een maatschappij in die buitenlandse belastingplichtige gedurende het bestaan van de fiscale eenheid is overgegaan op een andere maatschappij.

Buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij waarop de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is

Art. 36

1. Indien een buitenlandse belastingplichtige als dochtermaatschappij deel gaat uitmaken van een fiscale eenheid en het belang in die dochtermaatschappij een laagbelaste beleggingsdeelneming betreft, stelt de buitenlandse belastingplichtige op het tijdstip onmiddellijk voorafgaand aan het tijdstip waarop de fiscale eenheid ten aanzien van haar tot stand komt haar activa en passiva te boek op de waarde in het economische verkeer en voegt zij de door haar gevormde fiscale reserves toe aan de winst. Artikel 35, eerste en tweede lid, is van overeenkomstige toepassing.

2. Op gezamenlijk verzoek van de moedermaatschappij en de buitenlandse belastingplichtige blijft het eerste lid buiten aanmerking.

3. Voor de toepassing van artikel 13aa van de wet worden positieve voordelen uit hoofde van het belang, bedoeld in het eerste lid, bij de bepaling van de winst van de fiscale eenheid niet in aanmerking genomen, voorzover aannemelijk is dat deze samenhangen met of

voortvloeien uit aan de buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij toe te rekenen winst van de fiscale eenheid. Indien ten aanzien van de buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij een verzoek is gedaan als bedoeld in het tweede lid, blijft de eerste volzin buiten toepassing tot het bedrag dat ingevolge dat verzoek niet in de heffing is betrokken.

4. Voor de toepassing van artikel 13aa van de wet, worden negatieve voordelen uit hoofde van het belang, bedoeld in het eerste lid, met inachtneming van het zesde lid van dat artikel, bij de bepaling van de winst van de fiscale eenheid slechts in aanmerking genomen voorzover aannemelijk is dat deze samenhangen met of voortvloeien uit werkzaamheden of vermogen van het hoofdhuus.

5. Indien op het ontvoegingstijdstip de waarde in het economische verkeer van een belang, bedoeld in het eerste lid, lager is dan de boekwaarde van dat belang, wordt dat belang op het onmiddellijk daaraan voorafgaande tijdstip teboekgesteld op de waarde in het economische verkeer.

6. Voor de toepassing van het derde lid, wordt de aan de buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij toe te rekenen winst van de fiscale eenheid berekend alsof zij geen deel uitmaakt van de fiscale eenheid, waarbij winsten en verliezen van voor het voegingstijdstip buiten aanmerking blijven."

4.9. Het instituut van de fiscale eenheid is sinds het Besluit op de Winstbelasting 1940 onderdeel van de Nederlandse vennootschaps-/winstbelasting. De regeling is een aantal keren herzien, doch daarbij is het uitgangspunt, een winstbepaling op 'geconsolideerde' grondslag, niet gewijzigd. Het regime bewerkstelligt dat, binnen een groep van vennootschappen, de verschillende vennootschapsresultaten en -vermogensbestanddelen aan de moedervennootschap worden toegerekend, waardoor deze de facto worden geconsolideerd. Een dergelijke consolidatie vormt voor de betrokken vennootschappen in de regel een fiscaal voordeel, onder meer doordat het fiscale verlies van verliesgevende vennootschappen onmiddellijk, althans sneller wordt verrekend met de fiscale winst van andere vennootschappen van de fiscale eenheid, hetgeen voor de groep van vennootschappen een liquiditeitsvoordeel (cashflowvoordeel) oplevert.

Omtrent het al of niet opnemen in een fiscale eenheid van buitenlandse lichamen blijkt uit de wetsgeschiedenis en de Nederlandse jurisprudentie het volgende.

4.9.1. In zijn arrest van 29 juni 1988, nr. 24 738, BNB 1988/331, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een naar Nederlands recht opgerichte, maar feitelijk buiten Nederland gevestigde vennootschap - ingevolge de werking van de vestigingsplaatsfictie van artikel 2, lid 4, van de Wet - ook in aanmerking komt voor opname in een fiscale eenheid. De vestigingsplaatsfictie hield (en houdt) in dat een lichaam, opgericht naar Nederlands recht, voor de toepassing van de Wet steeds geacht werd (wordt) in Nederland te zijn gevestigd.

4.9.2. Volgend op het arrest van de Hoge Raad van 16 maart 1994, nr. 27 764, BNB 1994/191, waarin de Hoge Raad - op grond van het in de Belastingregeling voor het Koninkrijk opgenomen non-discriminatiebeginsel - oordeelde dat een fiscale eenheid niet kan worden onthouden aan een naar Antilliaans recht opgerichte, maar feitelijk in Nederland gevestigde dochtervennootschap/N.V., heeft de staatssecretaris van Financiën (hierna: de staatssecretaris) beleid ontwikkeld op grond waarvan een niet naar Nederlands recht opgericht, doch feitelijk in Nederland gevestigd lichaam voor toepassing van artikel 15 in aanmerking kan komen indien dat lichaam "een rechtsvorm heeft die qua aard en inrichting vergelijkbaar is met de naar Nederlands recht opgerichte naamloze vennootschap (hierna: NV), besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (hierna: BV) (...)" (Mededeling

staatssecretaris van 10 augustus 1994, nr. DB94/1842; gepubliceerd in V-N 1994, 2702 (pt. 20) en Infobulletin 94/644).

4.9.3. In het arrest van 13 november 1996, nr. 31 008, BNB 1998/47, heeft de Hoge Raad zijn hiervoor in 4.9.1 genoemde arrest uit 1988 in zoverre bevestigd dat - als gevolg van de toepassing van de vestigingsplaatsfictie op het fiscale-eenheidsregime - het verlies van een gevoegde, maar feitelijk in een ander land gevestigde (naar Nederlands recht opgerichte) dochtermaatschappij rechtstreeks kan worden begrepen in het resultaat van de in Nederland gevestigde moedermaatschappij, ondanks het feit dat het met dat andere land gesloten belastingverdrag het heffingsrecht over dat verlies toeweest aan het vestigingsland van die dochtermaatschappij.

4.9.4. In 1998 is aangevangen met een wetsvoorstel waarin een principiële herbezinning op de fiscale eenheid werd beoogd. Bij wet van 11 december 2002 tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 c.a., *Stb.* 2002, 618, is het regime van de fiscale eenheid uiteindelijk alleen 'technisch' herzien en op onderdelen gewijzigd. Daarbij is wel - met ingang van het jaar 2003 - wettelijk geregeld (artikel 15, lid 3, sub c en d, en lid 4) dat naar buitenlands recht opgerichte lichamen die in Nederland zijn gevestigd, alsmede in Nederland gelegen vaste inrichtingen van in het buitenland gevestigde lichamen, deel uit kunnen maken van een fiscale eenheid mits aan een aantal nadere voorwaarden wordt voldaan. Daarnaast werd met artikel I, onderdeel A, van de wijzigingswet - met ingang van het jaar 2003 - de werking van artikel 2, lid 4, van de Wet (de vestigingsplaatsfictie) ter zake van de fiscale eenheid uitgesloten.

4.9.5. Voor het jaar 2002 heeft de staatssecretaris bij besluit van 12 mei 2004, nr. CPP2004/634M, BNB 2004/284, voorts nog de voeging in een fiscale eenheid goedgekeurd van buiten Nederland, maar feitelijk binnen de EU gevestigde, naar buitenlands recht opgerichte dochtervennootschappen. In het besluit is vermeld dat eind 2002 bij de Belastingdienst een aantal verzoeken daartoe was ingediend, waarin veelal een beroep werd gedaan op "bepalingen uit het EG-Verdrag die discriminatie dan wel belemmering verbieden". Volgens de staatssecretaris zou letterlijke toepassing van artikel 15 van de Wet (zoals die bepaling luidde tot 1 januari 2003) meebrengen dat deze verzoeken zouden moeten worden afgewezen omdat immers is vereist dat moeder- en dochtermaatschappijen in Nederland gevestigde vennootschappen zijn. Afwijzing van de verzoeken zou echter, aldus de staatssecretaris, "betekenen dat de behandeling van deze naar buitenlands recht opgerichte en feitelijk in een EG-lidstaat gevestigde vennootschappen zou afwijken van de behandeling van naar Nederlands recht opgerichte en feitelijk in een EG-lidstaat gevestigde vennootschappen: door de fictie in artikel 2, vierde lid, (van de) Wet (...) werden de naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen ook voor de toepassing van artikel 15 (van de) Wet geacht in Nederland te zijn gevestigd en was opnemings in een fiscale eenheid mogelijk. Ik acht de kans groot dat het Hof van Justitie van de EG zou oordelen dat een dergelijk verschil in behandeling in strijd is met het EG-Verdrag".

4.9.6. De ingevolge de hiervoor bedoelde goedkeuring tot stand gekomen fiscale eenheden met een 'buitenlandse' dochtervennootschap werden per 1 januari 2003 van rechtswege beëindigd omdat op dat tijdstip niet (meer) werd voldaan aan de onder het nieuwe regime gestelde eisen (art. V Wet van 11 december 2002, *Stb.* 618). Volgens de staatssecretaris is per 1 januari 2003 ten aanzien van de naar buitenlands recht opgerichte en in het buitenland gevestigde dochtervennootschap geen sprake meer van een met het gemeenschapsrecht strijdig verschil in behandeling met een naar Nederlands recht opgerichte en in het buiten-

land gevestigde vennootschap (beide hierna ook: een buitenlandse dochter). Na beëindiging van de fiscale eenheid kan een dergelijke buitenlandse dochter ná 1 januari 2003 dan ook niet meer in een Nederlandse fiscale eenheid worden opgenomen, aldus de staatssecretaris.

4.9.7. In de parlementaire geschiedenis is omtrent de wijziging per 1 januari 2003 onder meer het volgende opgenomen:

(4.9.7.1.) “Behoudens voor de bepalingen die betrekking hebben op de fiscale begeleiding van de juridische fusie en splitsing geldt de vestigingsplaatsfictie van artikel 2, vierde lid, voor de gehele Wet. De fictie geldt derhalve ook bij de toepassing van het fiscale eenheidsregime. Dit is komen vast te staan in het arrest van de Hoge Raad van 29 juni 1988, BNB 1988/331. In dit arrest ging het om een naar Nederlands recht opgerichte dochtermaatschappij waarvan de leiding feitelijk was gevestigd in het Verenigd Koninkrijk. De Hoge Raad concludeerde dat op grond van artikel 2, vierde lid, van de Wet de vestigingsplaats voor de toepassing van de Nederlandse wetgeving in Nederland was gelegen, ondanks het feit dat de dochtermaatschappij voor de toepassing van het met het Verenigd Koninkrijk gesloten belastingverdrag inwoner van dat land was. Aldus kon de dochtermaatschappij in een fiscale eenheid worden opgenomen, met als gevolg dat de resultaten van die dochtermaatschappij, hoewel onder het verdrag slechts belastbaar in het andere land, rechtstreeks onderdeel uitmaakten van de Nederlandse heffingsgrondslag. In het arrest van 13 november 1996, BNB 1998/47, werd bevestigd dat het verlies van een feitelijk in een ander land gevestigde, gevoegde dochtermaatschappij rechtstreeks kan worden begrepen in het resultaat van de in Nederland gevestigde moedermaatschappij, ondanks het feit dat het met dat andere land gesloten belastingverdrag het heffingsrecht over dat verlies toewijst aan het vestigingsland van die dochtermaatschappij.

Naar mijn oordeel is een ongewenst gevolg van de toepassing van de vestigingsplaatsfictie op het fiscale eenheidsregime dat hierdoor verliezen van zelfstandige, niet in Nederland gevestigde rechtssubjecten in de Nederlandse heffingsgrondslag worden begrepen, waarover Nederland zonder toepassing van de fiscale eenheid op grond van een belastingverdrag geen heffingsrecht zou hebben. Meer in zijn algemeenheid is sprake van een situatie die op gespannen voet staat met de verdeling van heffingsrechten zoals die in de belastingverdragen overeen is gekomen.

Daarom stel ik voor de vestigingsplaatsfictie niet langer van toepassing te laten zijn op fiscale eenheden. Dit betekent dat de vestigingsplaats van naar Nederlands recht opgerichte lichamen voor de toepassing van het fiscale eenheidsregime in beginsel zal worden bepaald op basis van artikel 4 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen, dat wil zeggen: op basis van de feiten en omstandigheden van het geval. Het is daarbij overigens niet uitgesloten dat de op basis van de nationale wet bepaalde vestigingsplaats van een lichaam afwijkt van de voor de toepassing van een belastingverdrag geldende vestigingsplaats, zodat sprake is van een dubbele woonplaats. Om dit voor de toepassing van het regime van de fiscale eenheid te voorkomen, is bepaald dat de maatschappijen die een fiscale eenheid wensen aan te gaan, ook voor de verdragstoepassing in Nederland gevestigd dienen te zijn.”

MvT, Kamerstukken II 1999/2000, 26 854, nr. 3.

(4.9.7.2.) “Uitgangspunt bij de heffing van vennootschapsbelasting is de subjectieve belastingplicht, dat wil zeggen dat elk lichaam afzonderlijk in de heffing wordt betrokken. Dit geldt in beginsel ook voor lichamen die deel uitmaken van een concern, met als gevolg dat ook bij concerns alle lichamen zelfstandig hun fiscale winst dienen te bepalen en ook afzonderlijk daarvan aangifte moeten doen. Een uitvloeisel hiervan is dat er ook binnen een concern in beginsel geen onderlinge verrekening mogelijk is van winsten en verliezen die

door de concernlichamen worden behaald. Behaalt het ene concernlichaam een winst, dan is dat lichaam daarover in beginsel vennootschapsbelasting verschuldigd (eventuele 'eigen' verliescompensatie daargelaten) ook al behalen de andere concernlichamen een verlies. Dit laatste vormde bij het ontwerp van de Wet op de winstbelasting 1940 de aanleiding een bepaling op te nemen op basis waarvan onderlinge verliesverrekening mogelijk zou worden. De bepaling is uiteindelijk geïntroduceerd in artikel 27 van het Besluit op de Winstbelasting 1940 en vervolgens opgenomen in artikel 15 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (...)."

MvT, Kamerstukken II 1999/2000, 26 854, nr. 3, p. 2.

(4.9.7.3.) "[B]ij het huidige fiscale eenheidsregime (is het) mogelijk (...) gebleken een fiscale eenheid aan te gaan met een naar Nederlands recht opgericht lichaam waarvan de feitelijke leiding en de feitelijke werkzaamheden in het buitenland plaatsvinden (arrest van 13 november 1996, BNB 1998/47). Dit ligt echter niet in lijn met de verdeling van fiscale jurisdictie tussen de betrokken landen en kan tevens leiden tot verliesimport. Deze gevolgen acht ik ongewenst. De vergelijking van enerzijds een fiscale eenheid met een dual resident lichaam en anderzijds een vaste inrichting van een Nederlands hoofdhuis gaat bovendien mank. Bij de juridische eenheid van een hoofdhuis en haar vaste inrichting in het buitenland heeft Nederland namelijk in beginsel het heffingsrecht over het wereldinkomen van het hoofdhuis inclusief de vaste inrichting. Bij dual resident lichamen is dit heffingsrecht niet in alle gevallen verzekerd."

NV, Kamerstukken II 2000/01, 26 854, nr. 6, p. 17.

(4.9.7.4.) "De leden van de fracties van PvdA en CDA vragen zich af waarom niet tevens is geregeld dat twee feitelijk in Nederland gevestigde dochtermaatschappijen van een buitenlandse moedermaatschappij die niet over een Nederlandse vaste inrichting beschikt, een fiscale eenheid kunnen vormen. Dit is — aldus deze leden — wel mogelijk op grond van artikel 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag en artikel 43 van het EG-verdrag. Dit wordt eveneens aangevoerd in punt 14.i) van het commentaar van de Orde.

Een fiscale eenheid tussen zustermaatschappijen past niet binnen het fiscale eenheidsregime. Bij een fiscale eenheid vindt namelijk altijd — net als in de commerciële jaarrekening — verticale consolidatie plaats. De gedachte hierachter is dat resultaten van een dochtermaatschappij wel de moedermaatschappij, maar niet de zustermaatschappij aangaan. De reikwijdte van artikel 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag en artikel 43 EG-Verdrag wordt naar mijn mening niet zo geïnterpreteerd dat aan Nederlandse zustermaatschappijen van een buitenlandse moedermaatschappij de mogelijkheid gegeven moet worden een fiscale eenheid te vormen indien de buitenlandse moedermaatschappij niet over een Nederlandse vaste inrichting beschikt waaraan de aandelen van de twee Nederlandse dochtermaatschappijen moeten worden toegerekend."

NV, Kamerstukken II 2000/01, 26 854, nr. 6, p. 22.

(4.9.7.5.) "Tevens vragen deze leden [*Hof*: van de fracties van GPV en RPF] waarom een Nederlandse kleindochter van een Belgische dochter van een Nederlandse moedermaatschappij niet kan deelnemen aan een fiscale eenheid terwijl dat wel zou kunnen als de Belgische dochtermaatschappij een vaste inrichting in Nederland zou hebben. Gegeven de geschetste situatie, waarbij de Nederlandse moedermaatschappij de juridische en economische eigendom heeft van ten minste 95% van de aandelen in de Belgische dochtermaatschappij kan worden gesteld dat op grond van het directe belang van de moedermaatschappij in de in Nederland gelegen vaste inrichting het in de lijn van het fiscale eenheidsregime ligt een fiscale eenheid toe te staan voor deze in Nederland gelegen vaste

inrichting. Indien echter de Belgische dochtermaatschappij haar activiteiten in Nederland laat plaatsvinden in een Nederlandse kleindochter is niet langer sprake van een direct economisch en juridisch belang voor de vorming van een fiscale eenheid.”

NV, Kamerstukken II 2000/01, 26 854, nr. 6, p. 23 en 24.

4.9.8. De wet van 30 november 2006, houdende wijziging van belastingwetten ter realisering van de doelstelling uit de nota “Werken aan winst”, *Stb.* 2006, 631, welke per 1 januari 2007 in werking is getreden, bevatte geen inhoudelijke wijzigingen in het regime voor de fiscale eenheid.

Het aanvankelijk gedane voorstel om verrekening van verliezen van buitenlandse dochtervennootschappen mogelijk te maken is, aldus de staatssecretaris, ingetrokken omdat het HvJ EU in zijn arrest van 13 december 2005, C-446/03, *Marks & Spencer II*, BNB 2006/72, heeft aanvaard dat “de combinatie van gevaar voor belastingontwijking, het voorkomen van dubbele verliesnemingen en de noodzaak van een goede verdeling tussen nationale heffingsbevoegdheden, een rechtvaardigingsgrond oplevert voor de beperking van de vrijheid van vestiging die ontstaat door het beperken van de mogelijkheden voor grensoverschrijdende verliesverrekening” (*MvT, Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 7*). Volgens de staatssecretaris biedt de liquidatieverliesregeling voor deelnemingen (artikel 13d van de Wet) reeds een voldoende mogelijkheid voor verliesverrekening in de situaties waarin dat volgens de jurisprudentie van het HvJ EU is vereist.

4.9.9. De latere wijzigingen van het fiscale-eenheidsregime houden geen voor de onderhavige doeleinden relevante wijzigingen in.

4.10. In de fiscale vakliteratuur is de vraag opgeworpen of de Nederlandse regeling van de fiscale eenheid wel op alle punten in overeenstemming is met het Europese recht. Daarbij is, onder verwijzing naar de uitspraak van het HvJ EU in de zaak *Papillon* (HvJ EU 27 november 2008, C-418/07, VN 2008/59.20), met name aandacht gevraagd voor de situatie dat een in Nederland gevestigde moedervennootschap geen fiscale eenheid kan vormen met haar in Nederland gevestigde kleindochtervennootschap indien de tussenliggende dochtervennootschap niet in Nederland is gevestigd en evenmin in Nederland een vaste inrichting aanhoudt tot welker vermogen de aandelen in de kleindochtervennootschap behoren. Voorts is gewezen op de situatie dat twee in Nederland gevestigde zustervennootschappen wier (middellijke) moedervennootschap niet in Nederland is gevestigd en evenmin in Nederland een vaste inrichting aanhoudt, samen geen fiscale eenheid kunnen vormen.

4.11. De Europese Commissie heeft bij brief van 16 juni 2011, nr. IP/11/719, gepubliceerd in V-N 2011/31.19, Nederland verzocht om zijn regime voor de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting te wijzigen. De Commissie deed dit verzoek in de vorm van een met redenen omkleed advies (de tweede stap in de EU-inbreukprocedure).

De Commissie is van mening dat, gelet op het arrest *Papillon*, de huidige Nederlandse wetgeving betreffende de fiscale eenheid in strijd is met de vrijheid van vestiging van artikel 49 en artikel 54 VWEU en artikel 31 en artikel 34 van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte. Zij refereert in haar brief (onder meer) expliciet aan de situatie van “twee Nederlandse zusterbedrijven van eenzelfde groep, die in handen zijn van een buitenlandse moedermaatschappij”. Het is, zo stelt de Commissie, in strijd met de EU-wetgeving dat deze zusterbedrijven geen fiscale eenheid kunnen vormen; zij ziet geen rechtvaardigingsgrond voor deze beperking.

In zijn brief aan de Tweede Kamer van 17 april 2012, nr. DB/2012/163 U, gepubliceerd in V-N 2012/21.23, heeft de staatssecretaris vermeld dat de Nederlandse regering de

Commissie heeft laten weten dit advies niet op te volgen en dat “tot op heden” de Commissie deze zaak nog niet aanhangig heeft gemaakt bij het HvJ EU.

4.12.1. De rechtbank heeft omtrent de toepassing van het Europese recht het volgende overwogen:

“4.4. Anders dan [de inspecteur] als meest verstrekkend verweer aanvoert, komt [belanghebbenden] in casu een beroep toe op het VwEU. De omstandigheid dat de tussenhoudster is gevestigd in een andere EU-lidstaat (Duitsland) staat in de weg aan vorming van de gezochte fiscale eenheid. Derhalve kan niet worden gezegd dat sprake is van een geheel interne aangelegenheid. Teneinde het bestaan van een met het VwEU strijdige discriminatie vast te stellen, moet de vergelijkbaarheid van een communautaire situatie met een zuiver interne situatie worden onderzocht, daarbij rekening houdend met de door de betrokken nationale bepalingen nagestreefde doeleinden (punt 27 Papillon en punt 22 X Holding).

4.5. De wettelijke regeling inzake de fiscale eenheid heeft tot doel om tot een bepaalde groep behorende vennootschappen voor de heffing van vennootschapsbelasting samen te voegen, zodat de werkzaamheden en het vermogen van de gevoegde vennootschappen geacht worden deel uit te maken van de werkzaamheden en het vermogen van de moedermaatschappij. Hierdoor worden de winsten en verliezen van de in de fiscale eenheid opgenomen vennootschappen geconsolideerd op het niveau van de moedervennootschap en blijven transacties binnen deze groep van vennootschappen fiscaal neutraal. De wetgever gaat hierbij uit van volledige consolidatie met betrekking tot de vennootschappen die op verzoek van de betrokken belastingplichtigen in de fiscale eenheid zijn gevoegd.

4.6. Die doelstelling moet volgens [belanghebbenden] zowel kunnen worden bereikt in de situatie van een in een lidstaat ingezeten moedervennootschap die een ook in die lidstaat ingezeten kleindochtervennootschap via een eveneens ingezeten dochtervennootschap houdt, als in de situatie van een in een lidstaat ingezeten moedervennootschap die een daar eveneens ingezeten kleindochtervennootschap houdt via een in een andere lidstaat gevestigde dochtervennootschap.

4.7. [De inspecteur] heeft in dit verband naar voren gebracht dat het ook niet mogelijk is een fiscale eenheid te vormen tussen een feitelijk in Nederland gevestigde moedervennootschap en een feitelijk in Nederland gevestigde kleindochtervennootschap, indien de tussenhoudster weliswaar in Nederland is gevestigd, maar deze tussenhoudster niet is gevoegd in de fiscale eenheid. De rechtbank gaat voorbij aan dit verweer nu de keuze om de tussenhoudster in die situatie niet in de fiscale eenheid te voegen een keuze is van de moedervennootschap, terwijl de belastingplichtige in gevallen als de onderhavige, waarbij sprake is van een in een andere lidstaat gevestigde tussenhoudster, een vergelijkbare keuze niet toekomt. Het criterium dat de tussenhoudster deel moet uitmaken van de fiscale eenheid werkt aldus in feite ten nadele van grensoverschrijdende situaties als hier aan de orde omdat elke keuzemogelijkheid ontbreekt.

4.8. Gelet op de doelstelling van de bepalingen van de fiscale eenheid zijn de twee genoemde situaties (binnenlands en grensoverschrijdend) objectief vergelijkbaar en leidt de wettelijke regeling tot een ongelijke behandeling op grond van de plaats waar de zetel van de tussenhoudster zich bevindt. Dit levert een beperking op die in beginsel ingevolge de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging verboden is (vgl. punt 24 X Holding).

4.9. Een beperking van de vrijheid van vestiging is slechts toelaatbaar wanneer zij gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang. Daarenboven moet in een dergelijk geval de beperking geschikt zijn om het aldus nagestreefde doel te verwezenlijken en mag zij niet verder gaan dan voor het bereiken van dat doel noodzakelijk is (Papillon punt 33 en X Holding punten 25 en 26).

4.10. De rechtbank stelt voorop dat de beoogde fiscale eenheid uitsluitend in Nederland gevestigde vennootschappen betreft. Verdeling van heffingsbevoegdheid gaat derhalve niet op als rechtvaardigingsgrond voor afwijzing van de verzochte fiscale eenheid.

4.11. Het toestaan van een fiscale eenheid als door [belanghebbenden] voorgestaan, brengt echter het gevaar van binnenlandse dubbele verliesverrekening met zich mee. Dit doet zich voor ingeval verliezen die in de relatie met de buitenlandse tussenhoudster tot uitdrukking zijn gekomen bij de moedermaatschappij door middel van de door haar in de buitenlandse tussenhoudster gehouden aandelen, (deels) zijn veroorzaakt door verliezen van de kleindochtermaatschappij, terwijl die verliezen eveneens binnen de fiscale eenheid zijn verrekend met de winsten van de moedermaatschappij. Ook in de situatie dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op de aandelen in de buitenlandse tussenhoudster, bestaat genoemd gevaar van dubbele verliesverrekening, namelijk ingeval van liquidatie van de buitenlandse tussenhoudster waarbij op de voet van artikel 13d Wet Vpb verliezen in aanmerking worden genomen, terwijl die verliezen reeds binnen de fiscale eenheid tussen moedermaatschappij en kleindochtermaatschappij tot uitdrukking zijn gebracht. [De inspecteur] heeft in dit verband voorts gewezen op de situatie dat een lening door de moedermaatschappij wordt verstrekt aan de niet gevoegde in een andere EU-lidstaat gevestigde tussenhoudster. Door verliezen van de in Nederland gevestigde kleindochtervennootschap kan deze vordering in waarde dalen en ten laste komen van de winst van de moedervennootschap terwijl het verlies van kleindochtervennootschap tevens in de winst van de fiscale eenheid tot uitdrukking is gekomen. Voorts kan, zo begrijpt de rechtbank het betoog van [de inspecteur], een voorziening in de vorm van een passiefpost bij de moedervennootschap zijn getroffen die betrekking heeft op de relatie met de buitenlandse tussenhoudster die veroorzaakt is door een verlies bij de kleindochter.

4.12. Gelet op het hierboven geschetste gevaar van nationale dubbele verliesverrekening waarborgt de weigering een fiscale eenheid toe te staan in situaties als de onderhavige de samenhang van de belastingheffing in het kader van de regeling van de fiscale eenheid. De vraag is evenwel of de voorwaarde dat de tussenhoudster in Nederland moet zijn gevestigd of alhier over een vaste inrichting moet beschikken, niet verder gaat dan noodzakelijk is voor het waarborgen van genoemde samenhang van de regeling van de fiscale eenheid. In dit verband dient te worden beoordeeld of de genoemde doelstelling met minder beperkende maatregelen kan worden bereikt. Dienaangaande overweegt de rechtbank als volgt.

4.13. Gelet op het hiervoor weergegeven gevaar van dubbele verliesverrekening gaat het erom vast te stellen of en in hoeverre er een oorzakelijk verband bestaat tussen verliezen van de in een ander EU-land gevestigde tussenhoudster en de in Nederland gevestigde kleindochtervennootschap. Zoals in Papillon punten 53-59 is overwogen, kunnen praktische moeilijkheden op zich geen inbreuk op de verdragsvrijheid rechtvaardigen en biedt de communautaire regelgeving, te weten richtlijn 77/799/EEG van de Raad van 19 december 1977 betreffende wederzijdse bijstand van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten op het gebied van directe belastingen (JO L 226, blz. 15), de lidstaten de mogelijkheid om van de bevoegde autoriteiten van andere lidstaten alle inlichtingen te verlangen die relevant kunnen

zijn voor de vaststelling van het precieze bedrag van de vennootschapsbelasting. Gesteld noch gebleken is dat het voor de Nederlandse belastingautoriteiten niet mogelijk zou zijn genoemd oorzakelijk verband vast te stellen met behulp van informatieverzoeken op basis van deze richtlijn. Door de onderhavige voorwaarde, namelijk dat de tussenhoudster in Nederland moet zijn gevestigd, is op voorhand uitgesloten tegenbewijs te leveren dat er in het kader van de fiscale eenheid geen dubbele verliesverrekening plaatsvindt.

4.14. Onder voorwaarden is het ingevolge artikel 15, vierde lid, Wet Vpb mogelijk een fiscale eenheid te vormen met de in Nederland aanwezige vaste inrichting van een in het buitenland gevestigde dochtermaatschappij. Zoals [belanghebbenden] terecht betogen zou een regeling vergelijkbaar met de bepalingen in art. 34 e.v. van het Besluit fiscale eenheid 2003 (besluit van 17 december 2002, St. 646, zoals gewijzigd op 19 december 2006, Stb. 2006, 685; hierna ook: het Besluit), genoemd gevaar van dubbele verliesverrekening kunnen wegnemen en kan aldus de doelstelling van de regeling worden bereikt met maatregelen die de vrijheid van vestiging minder beperken dan de onderhavige voorwaarde in artikel 15, tweede lid, Wet Vpb. Op de zichtbaar gebleven aandeelhoudersrelatie met de buitenlandse dochtermaatschappij kan de deelnemingsvrijstelling al dan niet van toepassing zijn. Voor beide situaties beoogt genoemd besluit een regeling te treffen in de artikelen 35 en 36.

4.15. Indien op de zichtbaar gebleven aandeelhoudersrelatie de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, zou in geval van liquidatie van de buitenlandse dochtervennootschap dubbele verliesverrekening kunnen ontstaan. Een vaste-inrichtingsverlies zou dan door de moedermaatschappij enerzijds in aanmerking kunnen worden genomen doordat het door de werking van de fiscale eenheid rechtstreeks bij de moedervennootschap tot uitdrukking komt en anderzijds door het op de voet van artikel 13d Wet Vpb nemen van een liquidatieverlies op de deelneming in de buitenlandse dochtervennootschap. Het bepaalde in artikel 35 lid 4 van genoemd besluit beoogt dit ongewenste effect te voorkomen. Ingevolge deze bepaling wordt het opgeofferde bedrag voor een buitenlandse deelneming slechts in aanmerking genomen voor zover dit bedrag in absolute zin uitgaat boven de aan de buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij sinds de voeging toe te rekenen winst van de fiscale eenheid, indien die (vaste-inrichtingswinst) per saldo uitkomt op een negatief bedrag. Dit betekent volgens de nota van toelichting bij het besluit dat het opgeofferde bedrag van de buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij wordt verlaagd voor zover sinds het voegingstijdstip per saldo een verlies van de vaste inrichting bij de fiscale eenheid tot uitdrukking is gekomen. In de leden 5 tot en met 8 van artikel 35 van het Besluit is de samenloop met artikel 13d Wet Vpb verder uitgewerkt.

4.16. Artikel 36 van het Besluit is van toepassing indien op de zichtbaar gebleven aandeelhoudersrelatie de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is. In het vierde lid van dat artikel is bepaald dat negatieve voordelen van de buitenlands belastingplichtige dochtervennootschap, met inachtneming van artikel 13aa, zesde lid, Wet Vpb, slechts in aanmerking worden genomen voor zover aannemelijk is dat deze samenhangen met, of voortvloeien uit, werkzaamheden of vermogen van het hoofdhuis.

4.17. De rechtbank is van oordeel dat vergelijkbare bepalingen als in genoemd besluit het door [de inspecteur] geschetste gevaar van dubbele verliesverrekening zouden kunnen voorkomen in de voorgestane fiscale eenheid. Een dergelijke regeling zou geschikt zijn en minder beperkend dan de onderhavige voorwaarde waarbij de fiscale eenheid in geval van een buitenlandse tussenhoudster per definitie en zonder mogelijkheid van tegenbewijs is uitgesloten. [De inspecteur] brengt in dit verband naar voren dat de vaste inrichting aan

materiële eisen moet voldoen (fysieke aanwezigheid en duurzaamheid) en dat die eisen in veel mindere mate gelden voor een dochtermaatschappij, hetgeen volgens [de inspecteur] constructiegevoeligheid met zich brengt. De rechtbank kan [de inspecteur] hierin niet volgen nu Nederland ten aanzien van een in Nederland gevestigde kleindochtervennootschap volledig heffingsbevoegd is en van extra constructiegevoeligheid niet is gebleken.

4.18.1. De vraag of in de EU-lidstaat van de dochtervennootschap (in casu Duitsland) dezelfde verliezen kunnen worden verrekend met als gevolg grensoverschrijdende dubbele verliesverrekening is in het arrest Papillon niet aan de orde geweest. De rechtbank acht dit ook niet relevant bij de beantwoording van de voorliggende vraag. Het door [de inspecteur] geconstateerde gevaar van grensoverschrijdende dubbele verliesverrekening bestaat in beginsel namelijk ook indien de door [belanghebbenden] verzochte fiscale eenheid niet wordt toegestaan.

4.18.2. [De inspecteur] heeft in dit verband betoogd dat het toestaan van de fiscale eenheid internationale dubbele verliesverrekening in de hand kan werken en dat deze mogelijkheid zonder het toestaan hiervan niet bestaat. Hierbij geeft [de inspecteur] als voorbeeld dat de binnenlandse kleindochter wordt geliquideerd en in het verleden geleden verliezen van de kleindochter in de loop van de tijd in mindering strekten op de winst van de in de fiscale eenheid gevoegde moedervennootschap. Ervan uitgaande dat in de lidstaat waar de tussenhoudster is gevestigd het liquidatieverlies op de kleindochtervennootschap in aanmerking wordt genomen, zou het toestaan van de fiscale eenheid dubbele verliesverrekening in de hand werken, aldus [de inspecteur]. De rechtbank is van oordeel dat dit in het voorbeeld genoemde gevolg in beginsel moet worden aanvaard als zijnde veroorzaakt door de omstandigheid dat de directe belastingwetgeving van de EU-lidstaten – gelet op de huidige stand van harmonisatie op dit terrein – nog onvoldoende op elkaar zijn afgestemd (dispariteit).

4.18.3. Het door [de inspecteur] genoemde gevaar van grensoverschrijdende dubbele verliesverrekening dient daarom naar het oordeel van de rechtbank buiten beschouwing te blijven bij de beoordeling van de vraag of er een rechtvaardiging bestaat voor het gemaakte onderscheid en of de regeling proportioneel is.

4.19. De omstandigheid dat winsten en verliezen op intragroeptransacties tussen de moedervennootschap/kleindochtervennootschap enerzijds en de buitenlandse tussenhoudster anderzijds wel tot uitdrukking komen en dat zulke transacties in de relatie tussen de moedervennootschap en kleindochtervennootschap niet tot uitdrukking komen in de fiscale winst, acht de rechtbank evenmin reden de gevraagde fiscale eenheid af te wijzen. De - door [belanghebbenden] gemotiveerd weersproken - stellingen van [de inspecteur] dat aanvaarding hiervan oneigenlijk gebruik van de regeling van de fiscale eenheid in de hand kan werken en de mogelijkheid winsten en verliezen te doen neerslaan waar dat het beste uitkomt, kan de rechtbank niet volgen en leiden niet tot een ander oordeel.

4.20. [Belanghebbenden] verzochten aanvankelijk de fiscale eenheid in te laten gaan per 2 december 2008. Het verzoek is ingediend op 25 maart 2009. Artikel 15, vijfde lid, Wet Vpb bepaalt dat een fiscale eenheid niet eerder tot stand komt dan drie maanden voor het tijdstip waarop het verzoek is gedaan. Dit betekent dat de fiscale eenheid niet eerder dan op 25 december 2008 kan ingaan. Nu de mogelijkheid bestaat dat tijdens het bestaan van de verzochte fiscale eenheid verliezen worden geleden die kunnen worden toegerekend aan [belanghebbende 2], dient [de inspecteur] in de gelegenheid te worden gesteld om in

overeenstemming met het voorgaande en binnen het in artikel 15 Wet Vpb gegeven delegatiekader, nadere voorwaarden te verbinden aan het toestaan van de verzochte fiscale eenheid.

4.21. Gelet op het vorenoverwogene dient het beroep gegrond te worden verklaard.”

4.12.2. De inspecteur heeft deze redenering van de rechtbank betwist.

Hij stelt in de eerste plaats dat het antwoord op de vraag of twee in Nederland gevestigde vennootschappen een fiscale eenheid kunnen aangaan, een interne kwestie is. Belanghebbende 1 heeft weliswaar gebruik gemaakt van de vrijheid van vestiging door het vestigen van een dochtervennootschap in Duitsland, maar MSA GmbH is niet bij het fiscale-eenhedsverzoek betrokken.

Subsidiair stelt de inspecteur dat geen sprake is van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen. De gewenste fiscale eenheid tussen belanghebbende 1 en belanghebbende 2 had evenmin tot stand kunnen komen indien de beide tussenhoudsters in Nederland zouden zijn gevestigd. De uitsluiting is in casu “een logisch en geïntegreerd onderdeel (...) van een samenhangend systeem van regelgeving”. De Franse regeling van de ‘intégration fiscale’ is onvoldoende vergelijkbaar met het fiscale-eenheds-regime.

Meer subsidiair beroept de inspecteur zich op de fiscale coherentie van het fiscale-eenhedsregime als rechtvaardiging voor de weigering van de fiscale eenheid.

4.12.3. De (overige) standpunten van partijen zal het Hof waar nodig hierna behandelen.

4.13. Het Hof komt, in het licht van de jurisprudentie van het HvJ EU, tot de volgende beoordeling.

inzake toegang tot het EG-Verdrag

4.13.1. Het Hof verwerpt het standpunt van de inspecteur dat ingeval van voeging in een fiscale eenheid van de kleindochtervennootschap/belanghebbende 2 met belanghebbende 1 sprake is van een geheel interne aangelegenheid en dat belanghebbenden daarom toegang tot het gemeenschapsrecht moet worden ontzegd. Immers, juist het gegeven dat de aandelen van de kleindochtervennootschap door belanghebbende 1 worden gehouden door middel van een in een andere lidstaat gevestigde tussenhoudstervernootschap, MSA GmbH, maakt dat de kleindochter voor de regeling van de fiscale eenheid in Nederland anders wordt behandeld dan een in Nederland gevestigde kleindochter wier aandelen worden gehouden door een in Nederland gevestigde tussenhoudstervernootschap. Aldus is het grensoverschrijdende element in het onderhavige geval oorzaak van de ongelijke behandeling.

Nu voorts zowel in Duitsland als in Nederland sprake is van de daadwerkelijke en duurzame uitoefening van een economische activiteit, moet worden geoordeeld dat zowel belanghebbende 1 (‘outbound’) als MSA GmbH (‘inbound’) gebruik heeft gemaakt van haar recht van vrije vestiging in Duitsland respectievelijk Nederland.

Onder die omstandigheden en mede gelet op het arrest van het HvJ EU van 21 november 2002, C-436/00, *X, Y and Riksskatteverket* kan (ook) aan belanghebbenden de toegang tot het gemeenschapsrecht niet worden onthouden.

Mitsdien is naar het oordeel van het Hof redelijkerwijs niet voor twijfel vatbaar dat belanghebbenden toegang hebben tot het gemeenschapsrecht en in het bijzonder tot het recht van vrije vestiging.

4.13.2. Dat in de onderhavige casus slechts de vrijheid van vestiging aan de orde is, acht het Hof evenmin redelijkerwijs voor twijfel vatbaar. Partijen hebben terzake ook niet een ander standpunt ingenomen.

inzake de vraag of sprake is van een belemmering

4.13.3. Dat de onderhavige regeling, door niet de voeging toe te staan van belanghebbende 1 met haar in Nederland gevestigde kleindochtervennootschap/belanghebbende 2 omdat deze wordt gehouden door een in een andere lidstaat gevestigde tussenhoudstervernootschap, in beginsel voor belanghebbenden een belemmering vormt, acht het Hof evident. De winsten en verliezen van een dergelijke kleindochtervennootschap kunnen immers niet met de winsten en verliezen van belanghebbende 1 (inclusief die van de overigens met haar gevoegde vennootschappen) worden verrekend, terwijl zulks wel mogelijk zou zijn indien de tussenhoudstervernootschap in Nederland zou zijn gevestigd en met belanghebbende 1 in een fiscale eenheid zou zijn gevoegd. Hetzelfde geldt voor de overdracht (zonder fiscale gevolgen) van vermogensbestanddelen en voor de overige aan het bestaan van een fiscale eenheid verbonden voordelen.

Door dit een en ander wordt het voor in Nederland gevestigde moedervennootschappen minder aantrekkelijk de vrijheid van vestiging uit te oefenen door middel van in andere lidstaten gevestigde tussenhoudstervernootschappen. Aan die conclusie staat niet in de weg dat de nadelen waarmee belanghebbenden zich geconfronteerd zien, zouden worden vermeden bij alternatieve structurering van de Nederlandse activiteiten, bijvoorbeeld door de kleindochtervennootschap te houden door middel van een in Nederland gevestigde tussenhoudstervernootschap, dan wel door middel van een Nederlandse vaste inrichting van MSA GmbH. Aan de vrijheid van vestiging is immers inherent de vrijheid om de adequate rechtsvorm te kiezen die bij de uitoefening van de activiteiten in de andere lidstaat past.

4.13.4. Met de voorgaande constatering staat echter nog niet vast dat de Nederlandse regelgeving betreffende de fiscale eenheid ook een (verboden) beperking vormt van de vrijheid om de rechtsvorm te kiezen die bij de uitoefening van werkzaamheden in een andere lidstaat past (vgl. HvJ EU 6 september 2012, C-18/11, *Philips Electronics UK Ltd.*). Daartoe dient eerst te worden onderzocht of en in hoeverre de situatie van de door belanghebbenden beoogde fiscale eenheid voldoende objectief vergelijkbaar is met de gevallen waarin een fiscale eenheid – wel – kan worden aangegaan.

Immers, alleen indien sprake is van situaties die objectief vergelijkbaar zijn, behoeft een dergelijke beperking rechtvaardiging uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang.

inzake objectieve vergelijkbaarheid

4.13.5. De rechtbank heeft geoordeeld dat in casu sprake is van een ongelijke behandeling van objectief vergelijkbare gevallen, omdat volgens haar de grensoverschrijdende situatie, met een buitenlandse tussenhoudstervernootschap, vergelijkbaar is met de situatie van een binnenlandse (Nederlandse) tussenhoudstervernootschap waarbij, aldus de rechtbank, niet ter zake doet dat ingeval van een binnenlandse ongevoegde tussenhoudstervernootschap de binnenlandse kleindochtervennootschap (ook) niet kan worden gevoegd. Een moedervennootschap heeft immers niet de keuze om haar in een andere lidstaat gevestigde tussenhoudstervernootschap in een fiscale eenheid te voegen, zodat het vereiste dat de tussenhoudstervernootschap deel moet uitmaken van de fiscale eenheid in feite ten nadele van grensoverschrijdende situaties werkt en, zo verstaat het Hof de rechtbank, daarom voor de onderhavige vergelijking buiten aanmerking moet worden gelaten.

4.13.6. Het Hof is van oordeel dat het te hanteren toetsingskader in zoverre verduidelijking behoeft en overweegt als volgt.

Uit de rechtspraak van het HvJ EU volgt dat de vergelijkbaarheid van een communautaire situatie met een zuiver nationale situatie moet worden onderzocht op basis van de door de betrokken nationale bepalingen nagestreefde doeleinden (vgl. HvJ 27 november 2008, C-418/07, *Papillon*, VN 2008/59.20, r.o. 27, en HvJ EU 25 februari 2010, C-337/08, *X Holding B.V.*, BNB 2010/166, r.o. 21/22).

4.13.7. Omtrent die doeleinden blijkt uit de parlementaire geschiedenis van de onderhavige regeling dat bij een fiscale eenheid “altijd - net als in de commerciële jaarrekening - verticale consolidatie plaats(vindt). De gedachte hierachter is dat resultaten van een dochtermaatschappij wel de moedermaatschappij, maar niet de zustermaatschappij aangaan” (zie 4.9.8.4, *NV, Kamerstukken II 2000/01, 26 854, nr. 6, p. 22*).

Het in een fiscale eenheid voegen van een fiscaal in het buitenland gevestigd lichaam “ligt niet in lijn met de verdeling van fiscale jurisdictie tussen de betrokken landen en kan tevens leiden tot verliesimport (zie 4.9.8.3, *NV, Kamerstukken II 2000/01, 26 854, nr. 6, p. 17*).

Dat een buitenlandse vaste inrichting van een Nederlandse vennootschap wel kan worden gevoegd, en een buitenlandse dochtervennootschap (van een Nederlandse vennootschap) niet, vindt zijn grondslag in het feit dat Nederland “in beginsel het heffingsrecht over het wereldinkomen van het hoofdhuis inclusief de vaste inrichting (heeft)”, hetgeen bij een buitenlands lichaam niet het geval is (zie 4.9.8.3, *NV, Kamerstukken II 2000/01, 26 854, nr. 6, p. 17*).

Dat een kleindochter niet kan worden gevoegd indien zij gehouden wordt door een buitenlandse dochter, tenzij die dochter een (gevoegde) Nederlandse vaste inrichting heeft aan wie de aandelen in de kleindochter behoren, is een gevolg van de gedachte dat “op grond van het directe belang van de moedermaatschappij in de in Nederland gelegen vaste inrichting het in de lijn van het fiscale eenheidsregime ligt een fiscale eenheid toe te staan voor deze in Nederland gelegen vaste inrichting. Indien echter de [buitenlandse] dochtermaatschappij haar activiteiten in Nederland laat plaatsvinden in een Nederlandse kleindochter is niet langer sprake van een direct economisch en juridisch belang voor de vorming van een fiscale eenheid” (*NV, Kamerstukken II 2000/01, 26 854, nr. 6, p. 23 en 24*).

4.13.8. Uit het voorgaande volgt dat het regime van de fiscale eenheid is gebaseerd op de verticale consolidatiegedachte: er is één moedervennootschap bij wie een volledige consolidatie of ‘voeging’ van de dochtervennootschappen plaatsvindt. De aandelen van een in de fiscale eenheid te voegen vennootschap moeten steeds worden gehouden door een vennootschap die zelf ook is gevoegd. Er moet dus sprake zijn van een ononderbroken, verticale keten van gevoegde vennootschappen. Binnen die keten vallen alle onderlinge transacties, inclusief leenverhoudingen en aandelenbezit, weg.

Het Hof stelt in dit verband vast dat het (ook) in binnenlandse situaties niet mogelijk is om - uitsluitend - een fiscale eenheid tussen moeder en kleindochter te vormen indien niet ook de dochter/tussenhoudster daarin is opgenomen.

4.13.9. Op grond van het vorenstaande overweegt het Hof dat er de volgende - mogelijk doorslaggevende, zie hierna - verschillen bestaan tussen het fiscale-eenheidsregime en het Franse integratieregime dat in de zaak *Papillon* aan de orde was.

In het (indertijd vigerende) Franse systeem is de moeder weliswaar als enige belastingplichtig, maar is sprake van een algebraïsche som van de resultaten van elke vennootschap van de groep, die daartoe dus alle zelfstandig haar resultaat moeten bepalen (een winst-

berekening opmaken) en ook alle zelf aangifte moeten doen. Op die bij elkaar opgetelde resultaten worden vervolgens correcties aangebracht teneinde transacties binnen de groep te neutraliseren. Het Hof verwijst naar onderdelen 3, 5 en 6 van het arrest van het HvJ EU. Dit systeem van winst 'pooling' is anders, en zijn uitkomsten zijn anders dan onder een volledig consolidatiesysteem zoals van de fiscale eenheid. Daar wordt de groep vennootschappen behandeld alsof er één vennootschap is waaraan het vermogen en de werkzaamheden van de samenstellende onderdelen worden toegerekend.

4.13.10. Voorts overweegt het Hof dat in verband met de afbakening van zijn toetsingskader nog het volgende vraagpunt bestaat.

Ofschoon in de zaak *Papillon* duidelijk is dat voor opname in de groep van een (Franse) kleindochter, ook de Franse tussenhoudster gevoegd moet zijn (zie r.o. 4), refereren de gestelde vragen daar niet aan (zie r.o. 13 sub 1) maar spreken van "aandeelhouderschap van deze kleindochtervennootschap (...) via een dochtervennootschap die (...) niet aan de Franse vennootschapsbelasting is onderworpen en dus zelf geen deel kan uitmaken van de groep". Het HvJ EU overwoog dat de doelstelling (fiscale integratie) ook kan worden bereikt indien de tussenliggende dochtervennootschap buiten Frankrijk is gevestigd. Aldus is de focus gericht op de niet-onderworpenheid van de tussenhoudster en is onduidelijk gebleven, bij de beoordeling of in *Papillon* sprake was van een situatie die objectief met een binnenlandse situatie vergelijkbaar was, welke vergelijking het HvJ EU hanteerde (zie ook r.o. 17 en r.o. 20): die van een Franse tussenhoudster die wel of die niet in de fiscale integratie-groep was opgenomen?

In dit verband wijst het Hof erop dat tevens een verschil valt te constateren met de casus in *Philips Electronics UK Ltd.*: in die zaak behoorde de verliesoverdracht vanuit een Britse vaste inrichting naar een Britse groepsmaatschappij in beginsel op grond van de wettelijke 'group relief'-regels wel tot de mogelijkheden; die overdracht werd alleen geweigerd omdat niet duidelijk was dat er buiten het Verenigd Koninkrijk, inclusief in andere lidstaten, nooit een aftrek of verrekening van het over te dragen verlies zou kunnen plaatsvinden. Toch zou in de vergelijkbare situatie in Nederland nog geen fiscale eenheid tussen de binnenlandse moedervennootschap en de kleindochtervennootschap kunnen worden gevormd, indien de binnenlandse tussenhoudster-/dochtervennootschap niet ook zou zijn gevoegd.

4.13.11. In dit licht bezien en gegeven de hiervoor overigens omschreven omstandigheden, is naar het oordeel van het Hof niet buiten redelijke twijfel verheven met welke binnenlandse situatie de aan het verzoek van belanghebbende ten grondslag liggende situatie moet worden vergeleken:

(i) Is de verticale consolidatiegedachte (één moeder met een 'ononderbroken keten' van gevoegde dochters) een zodanig wezenlijk kenmerk van het fiscale-eenheidsregime dat bij de vergelijking altijd uitgegaan moet worden van een situatie waarin de 'keten' van aandelenbezit in de dochters 'ononderbroken' is?

Indien van deze vergelijking moet worden uitgegaan, is evident dat in het geval van belanghebbenden geen sprake is van een objectief met een binnenlandse situatie vergelijkbare situatie, omdat niet een vergelijkbaar binnenlands geval bestaat waarin de fiscale eenheid (tussen – uitsluitend – moeder en kleindochter) wel wordt toegestaan. Het standpunt van de inspecteur moet dan reeds hierom gehonoreerd worden en het Hof zou niet aan een bespreking van de overige stellingen van partijen toekomen.

(ii) Indien evenwel voor de vergelijking van de relevante communautaire en nationale situatie de 'ononderbroken-keten'-gedachte mag/moet worden losgelaten en het relevante

punt van vergelijking moet worden gezocht in de mogelijkheid tot fiscale consolidatie van de in Nederland gevestigde moeder en kleindochter als het binnenlandse concerndeel, dan mag/moet in casu naar 's Hofs oordeel worden vergeleken met de zuiver binnenlandse situatie waarin voeging van zowel tussenhoudster als kleindochter in een fiscale eenheid met belanghebbende 1 op een daartoe gedaan verzoek wel wordt toegestaan. Alsdan zou de weigering van de inspecteur daarvan een belemmering van de vrijheid van vestiging opleveren welke rechtvaardiging behoeft.

4.13.12. Bij zijn hiervoor sub (ii) gegeven oordeel heeft het Hof nog het volgende in aanmerking genomen.

De geconstateerde belemmering treedt alleen op doordat MSA GmbH als tussenhoudster-vennootschap van de in Nederland gevestigde kleindochtervennootschap/belanghebbende 2 in een andere lidstaat is gevestigd. Het belang van consolidatie acht het Hof voor elke groep van verbonden Nederlandse vennootschappen hetzelfde, ongeacht of de tussenhoudster binnen of buiten Nederland is gevestigd. De binnenlandse moedervennootschap bevindt zich in dezelfde situatie. Voor de in Nederland gevestigde groepsvennootschap geldt dat in zoverre (en mutatis mutandis) evenzeer (zo al niet: zonder meer).

Voor zover de ononderbroken-keten-gedachte bij de vergelijkbaarheid buiten toepassing moet blijven, is de onderhavige casus - althans wat de objectieve vergelijkbaarheid betreft - ook niet anders dan die in de zaak *X Holding B.V.* - die ging over de mogelijkheid van het vormen van een fiscale eenheid tussen een Nederlandse moedervennootschap en een buitenlandse dochtervennootschap - aan de orde was. Het HvJ EU overwoog aldaar onder meer (r.o. 23) dat weliswaar de woonplaats van belastingplichtigen een rechtvaardigingsgrond kan zijn voor een verschillende fiscale behandeling, doch dat dit geen regel is, en voorts, dat, indien een lidstaat in alle gevallen een andere behandeling zou mogen toepassen alleen omdat de zetel van een vennootschap in een andere lidstaat is gevestigd, daarmee aan artikel 43 EG elke inhoud zou worden ontnomen. Het HvJ EU concludeerde vervolgens (r.o. 24) dat "de situatie van een ingezeten moedervennootschap die met een ingezeten dochteronderneming een fiscale eenheid wil vormen, (...) uit het oogpunt van de doelstelling van een belastingregeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, objectief vergelijkbaar (is) met de situatie van een ingezeten moedervennootschap die met een niet-ingezeten dochteronderneming een fiscale eenheid wil vormen, voor zover beide in aanmerking willen komen voor de voordelen van deze regeling, waardoor met name de winst en het verlies van de in de fiscale eenheid opgenomen vennootschappen kunnen worden geconsolideerd op het niveau van de moedervennootschap en de intragroepstransacties fiscaal neutraal kunnen blijven".

4.13.13. In dit verband heeft het Hof nog de vraag onder ogen gezien of het in 4.13.11 - omtrent de te vergelijken binnenlandse situatie - gestelde, in het geval van MSA nog een andere benadering vergt. Immers, indien MSA GmbH in Nederland niet door middel van een dochtervennootschap (MSA Nederland B.V./belanghebbende 2) zou opereren, maar via een vaste inrichting (welker vermogen de activa en passiva zouden omvatten die nu aan MSA Nederland B.V./belanghebbende 2 toebehoren), zou haar een voeging met belanghebbende 1 - althans wat het vermogen en de werkzaamheden van haar Nederlandse vaste inrichting betreft - op grond van artikel 15, vierde lid, van de Wet niet (kunnen) worden geweigerd. Naar 's Hofs oordeel valt niet in te zien waarom daarmee niet - evenzeer als in de in 4.13.11 sub (ii) bedoelde situatie - sprake zou zijn van een vergelijkbare binnenlandse situatie waarin de fiscale eenheid wel wordt toegestaan. De vrijheid van vestiging brengt voor vennootschappen van een lidstaat nu eenmaal het recht mee om in de lidstaat van ontvangst hun bedrijfsactiviteit uit te oefenen door middel van een dochtervennootschap, een filiaal of een

agentschap (arresten HvJ EU 28 januari 1986, C-270/83, *Commissie/Frankrijk (avoir fiscal)*, FED 1990/3, en HvJ EU 21 september 1999, C-307/97, *Saint-Gobain*, BNB 2000/75, alsmede de zaak *Marks & Spencer II*). Zo bezien, zou de in 4.13.11 opgeworpen vraag voor het onderhavige geval niet (ook) behoeven te worden beantwoord.

4.13.14. Gelet op hetgeen in 4.13.6 tot en met 4.13.13 is overwogen acht het Hof ruimte voor twijfel aanwezig over de voor de objectieve vergelijkbaarheid - de grensoverschrijdende situatie van MSA vs. de binnenlandse situatie - aan te leggen toets. Het Hof zal dan ook op dit punt prejudiciële vragen stellen aan het HvJ EU.

4.13.15. Voor het vervolg van deze uitspraak zal het Hof veronderstellenderwijs aannemen dat in het onderhavige geval sprake is van een situatie die objectief vergelijkbaar is met de situatie van een Nederlandse moedervennootschap die is gevoegd met haar dochter- en kleindochtervennootschappen.

Mitsdien moet worden onderzocht of de in 4.13.3 geconstateerde belemmering wordt gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang en, zo dat het geval is, of zij geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken en niet verder gaat dan nodig is voor het bereiken van dat gerechtvaardigde doel.

inzake rechtvaardiging, effectiviteit en proportionaliteit van de belemmering

4.14.1. Het HvJ EU heeft enkele arresten gewezen in situaties waarin een lidstaat tot een concern behorende, verbonden lichamen niet toestond dat verliezen onderling werden overgedragen of verrekend, omdat een van de verbonden lichamen in een andere lidstaat was gevestigd. Het Hof noemt hier *Marks & Spencer II*, *Papillon*, *X Holding B.V.* en *Philips Electronics UK Ltd.*

In *Marks & Spencer II* en in *X Holding B.V.* heeft het HvJ EU de noodzaak om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven, als een (van de) rechtvaardigingsgrond(en) voor de uit de betrokken regelgeving voortvloeiende beperking van de vrijheid van vestiging aanvaard, in de beide andere genoemde zaken (*Papillon* en *Philips Electronics UK Ltd.*) niet.

4.14.2. In de zaken *Marks & Spencer II* en *X Holding B.V.* ging het (evenals in de zaak HvJ EU 18 juli 2007, C-231/05, *Oy AA*, V-N 2007/57.13, en in de zaak HvJ EG 15 mei 2008, C-414/06, *Lidl Belgium*, BNB 2009/85) om een binnenlandse vennootschap die het verlies van een buitenlandse vennootschap wenste te 'importeren'. In al deze zaken aanvaardde het HvJ EU de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de twee betrokken lidstaten, al of niet onder verwijzing naar de symmetrie tussen het recht op belastingheffing over de winst en de mogelijkheid tot aftrek van de verliezen, als een (van de) rechtvaardigingsgrond(en) voor de geconstateerde belemmering.

4.14.3. In *Papillon* en in *Philips Electronics UK Ltd.* ging het om de verrekening van een binnenlands verlies met een binnenlandse winst, hetgeen door de betrokken lidstaat werd geweigerd vanwege de betrokkenheid van een buitenlandse vennootschap (respectievelijk als tussenhoudstervennootschap en als hoofdhuis).

In de laatstgenoemde zaak oordeelde het HvJ EU dat de lidstaat van ontvangst zich niet kon beroepen op de handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten als rechtvaardigingsgrond voor de ongelijke behandeling ten opzichte van een vergelijkbare binnenlandse situatie. Het overwoog in dat verband dat de verlieslijdende economische activiteit van de kleindochtervennootschap respectievelijk de vaste inrichting

op het grondgebied van de lidstaat van ontvangst werd uitgeoefend, zodat sprake was van hoe dan ook - reeds - onder de heffingsbevoegdheid van de lidstaat van ontvangst vallende verliezen. Die heffingsbevoegdheid werd dus geenszins geraakt door de mogelijkheid dat de verliezen van de binnenlandse kleindochter respectievelijk vaste inrichting aan een binnenlandse vennootschap werden overgedragen.

4.14.4. Gelet hierop verwerpt het Hof de stelling van de inspecteur dat de zaak *Papillon* anders is beslist dan de andere genoemde zaken (*Oy AA, Marks & Spencer II* en *X Holding B.V.*) omdat Frankrijk zich in die procedure (kennelijk:) ten onrechte alleen heeft beroepen op de noodzaak van het voorkomen van unilaterale dubbele verliesverrekening. Naar het oordeel van het Hof is in de zaak *Papillon* (evenals in de zaak *Philips Electronics UK Ltd.*) wel degelijk een doorslaggevend verschil - qua heffingsbevoegdheid - te onderkennen met de andere hiervoor genoemde zaken.

4.14.5. Het Hof verwerpt eveneens de stelling van de inspecteur dat uit de zaak *X Holding B.V.* "nu eenmaal volgt dat buitenlandse tussenhoudsters niet kunnen worden opgenomen in een fiscale eenheid", voor zover deze daaraan de conclusie verbindt dat Nederland niet op grond van het gemeenschapsrecht verplicht kan zijn om in 'Papillon-achtige' situaties de binnenlandse kleindochtervennootschap, in de fiscale eenheid te voegen. Ook kan naar 's Hofs oordeel uit het arrest inzake *X Holding B.V.* niet worden afgeleid dat in casu sprake is van een geval waarin het gemeenschapsrecht niet de eventueel nadelige gevolgen kan wegnemen van de wijze waarop het internationaal opererende MSA concern zijn structuur heeft vorm gegeven. In het onderhavige geval (en veronderstellenderwijs ervan uitgaande dat sprake is van objectief vergelijkbare gevallen) is voor het Hof buiten redelijke twijfel dat de onderhavige belemmering niet als een dispariteit kan worden aangemerkt.

4.14.6. In het arrest *Philips Electronics UK Ltd.* (r.o. 31-34) heeft het HvJ EU voorts overwogen, kort gezegd, dat, nu aan de heffingsbevoegdheid van de lidstaat van ontvangst geenszins wordt afgedaan doordat de overgedragen (vaste inrichting) verliezen in voorkomend geval ook in de andere lidstaat (bij het hoofdhuis) kunnen worden verrekend, de lidstaat van ontvangst het voorkomen van (bilaterale) dubbele verliesverrekening, noch als zodanig, noch in combinatie met het handhaven van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, kan aangrijpen om de verliesverrekening uit te sluiten. Onder verwijzing naar dit arrest heeft de inspecteur ter zitting van het Hof uitdrukkelijk bevestigd in de onderhavige zaak niet langer een beroep te doen op (de combinatie van) deze gronden ter rechtvaardiging van de ongelijke behandeling. Het Hof acht dit standpunt van de inspecteur juist. Immers, ook in het onderhavige geval zou het tot stand brengen van een fiscale eenheid zoals door belanghebbenden verzocht niet raken aan de heffingsbevoegdheid van Nederland en Duitsland (zie 4.4.3) zodat de weigering van een fiscale eenheid niet op die grond kan worden gestoeld.

4.14.7. De inspecteur heeft zich evenmin - naar het oordeel van het Hof, gelet op het arrest *Papillon*, evenzeer terecht - beroepen op de voorkoming van unilaterale dubbele verliesverrekening als zelfstandige rechtvaardigingsgrond. Naar het oordeel van het Hof is hierbij mede in aanmerking te nemen dat het gevaar voor belastingontwijking door dubbele verliesverrekening bij voorbaat uitgesloten moet worden geacht indien de verliezen in één en dezelfde lidstaat worden verantwoord.

4.14.8. De inspecteur stelt evenwel, mede onder verwijzing naar enerzijds het verschil in uitkomst tussen de zaken *Marks & Spencer II* en *X Holding B.V.*, en anderzijds de zaak *Papillon*, dat de weigering van de onderhavige verzoeken wordt gerechtvaardigd door de noodzaak tot behoud van de fiscale coherentie van het fiscale-eenheidsregime (zowel op zich als in relatie tot andere regimes uit de Wet), zulks in samenhang met het gevaar c.q. de voorkoming van een unilaterale (binnenlandse) en/of bilaterale dubbele verrekening van verliezen, en al of niet tevens in samenhang met de voorkoming van oneigenlijk gebruik. Hij heeft er daarbij op gewezen dat de regeling inzake de fiscale eenheid, anders dan de Britse 'group-relief' regels, verderstrekkende gevolgen heeft dan alleen resultaat 'pooling' - de (horizontale) verrekening van winsten en verliezen -, zoals fiscale neutraliteit bij de overdracht van vermogens(bestanddelen) en horizontale liquidatieverliesverrekening. Voorts voorziet het fiscale-eenheidsregime, aldus de inspecteur, in de mogelijke samenloop met het regime van de deelnemingsvrijstelling en met "talloze andere regimes in de Wet" (inzake verliesverrekening en voorkoming van dubbele belasting), en voorts met de houdster-verliesregeling van artikel 20, vierde lid, van de Wet en de renteaftrekbeperking (thin-capitalisationregeling) van artikel 10d van de Wet, welke in een binnenlandse situatie kunnen worden vermeden door een fiscale eenheid aan te gaan.

4.14.9. De inspecteur leidt uit het arrest *Philips Electronics UK Ltd.* (met name r.o. 20 en 27-29) af dat het HvJ EU zich daarin heeft gebaseerd op de premisse dat het Verenigd Koninkrijk "buitenlands voorwaarden hanteert (ter voorkoming van bilaterale dubbele verliesneming) die het binnenlands niet hanteert". In dit licht heeft de inspecteur er op gewezen dat het fiscale-eenheidsregime dubbele verliesneming juist hoe dan ook (in buitenlandse, maar eerst en vooral in binnenlandse, situaties) uitsluit. Dit ligt, aldus de inspecteur, in het bijzonder besloten in de fiscale eliminatie van zowel aandelen in, als leningen tussen, tot dezelfde fiscale eenheid behorende vennootschappen. Die eliminatie is volgens de inspecteur noodzakelijk om te bereiken dat de desbetreffende aandeelhouder respectievelijk crediteur binnen de fiscale eenheid niet (nogmaals) een (liquidatie- of afwaarderings)verlies kan nemen indien daaraan feitelijk verliezen ten grondslag liggen die binnen de fiscale eenheid reeds horizontaal zijn of kunnen worden verrekend. De genoemde eliminatie is volgens hem een kenmerk/gevolg van de in het fiscale-eenheidsregime besloten liggende consolidatie; het regime van de 'group relief' strekt minder ver en berust in elk geval niet op consolidatie. De fiscale eliminatie van aandelen en leningen binnen de groep (evenals alle daarvan afgeleide fiscale gevolgen) ontbreekt dus in een regime als dat van de 'group relief', aldus de inspecteur. De inspecteur is daarom van mening dat aan de zaak *Philips Electronics UK Ltd.* voor de onderhavige procedure geen conclusies (anders dan die, verwoord in 4.14.6) kunnen worden verbonden, althans niet voor zover in die zaak een beroep werd gedaan op het behoud van de fiscale coherentie (waar volgens de inspecteur ook de genoemde eliminatie van aandelen en leningen toe moet worden gerekend).

4.14.10. Het Hof overweegt als volgt. Voor zover de inspecteur met dit betoog heeft bedoeld dat in *Philips Electronics UK Ltd.* geen sprake was van een rechtvaardigingsgrond alleen omdat de staat van ontvangst ter zake van de aan de orde zijnde regeling binnenlands en buitenlands geen identieke eisen hanteerde en zulks in het geval van MSA anders is (het Nederlandse fiscale-eenheidsregime kent wel bepalingen waardoor binnenlands de dubbele verrekening van verliezen wordt voorkomen), verwerpt het Hof diens standpunt. Het Hof heeft hierbij in aanmerking genomen, enerzijds, de context waarin de desbetreffende rechts-overwegingen van het HvJ EU zijn geplaatst en, anderzijds, dat moet worden aangenomen dat te dezen gerefereerd wordt aan de gewraakte wettelijke voorwaarde dat het *binnenlandse* verlies niet *buiten* het Verenigd Koninkrijk in aftrek kan worden gebracht. De omstandigheid

dat die voorwaarde niet voor de verliesoverdracht tussen binnenlandse lichamen gold, acht het Hof in dit deel van de redenering van het HvJ EU - het voorkomen van dubbele verliesverrekening en/of de verdeling van de heffingsbevoegdheid als rechtvaardigingsgrond(en) - niet (in enige mate van betekenis) relevant. Dat de toepasselijke Britse wetgeving niet - overigens - zou voorzien in een voorkoming van de hier aan de orde zijnde unilaterale (binnenlandse) dubbele verliesaftrek, acht het Hof niet goed voorstelbaar.

4.14.11. Het Hof ziet voorts niet goed waarom, mede gelet op de arresten in de zaak *Eckelkamp* (HvJ EU 11 september 2008, nr. C-11/07, V-N 2008/43.21) en in de zaken *Eurowings* (HvJ EU 26 oktober 1999, nr. C-294/97, BNB 2001/394) en *Cadbury Schweppes* (HvJ EU 12 september 2006, nr. C-196/04, BNB 2007/54), belastingplichtigen ingeval van een Nederlandse fiscale eenheid niet zouden mogen profiteren van de verschillen tussen de belastingstelsels van Nederland en de andere betrokken lidstaat of lidstaten. Daarbij komt nog dat het HvJ EU in de zaak *Rewe Zentralfinanz* (arrest van 29 maart 2007, C-347/04, V-N 2007/18.14) heeft geoordeeld (r.o. 48) dat de afschrijving op een buitenlandse deelneming in een dochtervennootschap niet impliceert dat aldus het verlies van de dochtervennootschap tevens (als zodanig) bij de afschrijvende moedervennootschap wordt verrekend, zodat het nog maar de vraag is of, in de onderhavige casus, ingeval van een 'Duits' afwaarderings- of liquidatieverlies sprake is van een bilaterale dubbele verliesverrekening.

4.14.12. De inspecteur heeft voorts gesteld dat de weigering van het verzoek van belanghebbenden wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat de fiscale coherentie van het fiscale-eenheidsregime gestalte krijgt in de eis van een ononderbroken, verticale keten van (geconsolideerde) vennootschappen. Reeds die constatering volstaat volgens de inspecteur om de weigering van het onderhavige verzoek als fiscaal coherent aan te merken: een fiscale eenheid tussen uitsluitend een moedervennootschap en haar kleindochtervennootschap past simpelweg niet in het fiscale-eenheidsregime, binnenlands noch buitenlands. Voor zover de eis van een ononderbroken, verticale keten van vennootschappen niet reeds volstaat om de afwijzing van het verzoek van belanghebbende als gerechtvaardigd aan te merken, wijst de inspecteur erop dat het fiscale-eenheidsregime naar zijn wezen (en dus als onderdeel van die fiscale coherentie) onder meer een gevaar voor unilaterale dubbele verliesverrekening uitsluit. Volgens de inspecteur moet reeds om die reden de weigering van het onderhavige verzoek als fiscaal coherent worden aangemerkt. In *Papillon* kwam het HvJ EU immers tot een identiek oordeel, zo betoogt de inspecteur.

4.14.13. Daarenboven brengt volgens de inspecteur het behoud van de fiscale coherentie mee dat (zowel unilateraal als) bilateraal dubbele verliesverrekening moet worden voorkomen en vereist een dergelijke voorkoming de bepaling dat in de gegeven omstandigheden geen fiscale eenheid kan worden gevormd.

In dit verband heeft de inspecteur erop gewezen dat de Nederlandse regeling voor de fiscale eenheid een 'totaalregime' geeft dat de normale heffing op "tamelijk indringende wijze" doorbreekt. Daarvan is, aldus de inspecteur, de logische tegenhanger dat een horizontaal binnen de fiscale eenheid gecompenseerd verlies niet nogmaals (in of buiten de heffingsjurisdictie van Nederland) in aanmerking kan worden genomen, bijvoorbeeld als verlies bij liquidatie van een verlieslijdende gevoegde dochtervennootschap, of ter zake van een lening van een andere concernvennootschap aan een verlieslatende gevoegde dochtervennootschap. In de verzochte, 'grensoverschrijdende' fiscale eenheid kan echter niet worden uitgesloten dat een verlies op de aandelen en/of op de leningen wordt genomen door niet-gevoegde concernvennootschappen die in het buitenland zijn gevestigd. In de

binnenlandse situatie is die uitsluiting (wel) gewaarborgd. De inspecteur stelt dat het daarom gerechtvaardigd is dat bij de fiscale eenheid extra voorwaarden worden gesteld, onder meer ter voorkoming van bilaterale dubbele verliesverrekening.

Deze rechtvaardigingsgrond, de noodzaak tot behoud van de fiscale coherentie, is in de zaak *Philips Electronics UK Ltd.* niet aan de orde (gesteld), maar in de zaak *Papillon* aanvaard om redenen die in de onderhavige procedure des te meer opgaan, aldus de inspecteur.

4.14.14. Het Hof overweegt als volgt.

Naar de vaste jurisprudentie van het HvJ EU (zie onder meer r.o. 42-51 in het arrest *Papillon*) kan een beroep op een dergelijke rechtvaardigingsgrond alleen slagen indien er een rechtstreeks verband bestaat tussen het betrokken fiscale voordeel en de verrekening van dat voordeel door een bepaalde belastingheffing, welk rechtstreeks verband op basis van de door de betrokken belastingregeling nagestreefde doelstelling moet worden aangetoond.

4.14.15. Naar het oordeel van het Hof lijkt het in casu, anders dan bij het Franse integratieregime dat in de zaak *Papillon* aan de orde was, niet zozeer te gaan om het 'binnenlands' compenseren van een eerder, bij de regeling van de fiscale eenheid, genoten voordeel. Veeleer lijkt de hier door de inspecteur bedoelde coherentie verband te houden met het compenseren van mogelijk 'buitenlands' fiscaal voordeel dat vanwege het bestaan van de betrokken Nederlandse fiscale eenheid zou kunnen worden benut (zie ook 4.14.11). Het is dan de vraag in hoeverre een dergelijke compensatie de coherentie van de Nederlandse belastingheffing kan dienen. Voorts wijst het Hof ook in dit verband op het gegeven dat, kennelijk, een dergelijk coherentie-bezwaar zich niet voordoet bij het voegen van een vaste inrichting van MSA GmbH met belanghebbende 1 (zie 4.13.13). Het Hof acht, mede gelet op hetgeen in 4.13.7 tot en met 4.13.13 omtrent het fiscale-eenhedsregime, en in het bijzonder omtrent de verticale consolidatiegedachte, is overwogen, ook te dezen reden voor twijfel aanwezig over de aan te leggen toets. Het zal daarom op dit punt eveneens een prejudiciële vraag voorleggen aan het HvJ EU.

4.14.16. Indien veronderstellenderwijs zou worden aangenomen dat de weigering van een fiscale eenheid in het onderhavige geval wordt gerechtvaardigd door de noodzaak om de fiscale coherentie van het Nederlandse fiscale systeem veilig te stellen en om bilaterale dubbele verliesverrekening te voorkomen, staat vervolgens buiten kijf dat de regeling waarop die weigering is gebaseerd, geschikt is om de verwezenlijking van deze doelstelling te waarborgen. Alsdan dient nog te worden onderzocht of zij niet verder gaat dan noodzakelijk is om deze doelstelling te bereiken.

4.14.17. In het Besluit zijn maatregelen opgenomen die, gelijk de rechtbank heeft overwogen (zie 4.17 van haar uitspraak), in beginsel zouden kunnen worden toegepast op een fiscale eenheid zoals door belanghebbenden voorgestaan, waarbij de te hanteren voorwaarden - mutatis mutandis - zouden worden opgelegd aan de in het buitenland gevestigde tussenhoudster. Voorts is voorstelbaar dat in individuele gevallen nadere afspraken worden gemaakt, bijvoorbeeld omtrent controle door de Nederlandse belastingdienst van de boeken van de niet-ingezetene tussenhoudstervennootschap. Bij dit alles maakt het ten principale geen verschil of de Duitse tussenhoudstervennootschap al of niet in de fiscale eenheid wordt gevoegd, nu immers per saldo toch uitsluitend de binnenlandse winst in Nederland belastbaar is. In deze omstandigheden lijkt het disproportioneel om voeging in een fiscale eenheid voor moeder- en kleindochtervennootschap in gevallen als het onderhavige categorisch te weigeren.

4.14.18. De inspecteur heeft in dit verband nog het volgende gesteld. Binnen doel en wettelijke systematiek van de Nederlandse regeling is sprake van een toerekening van werkzaamheden en vermogen waaruit de gevolgen voor de heffing voortvloeien. In de Franse regeling is sprake van overheveling van een verlies waarop bepaalde correcties zijn aangebracht. Voor een tegenbewijsregeling zoals door het HvJ EU in *Papillon* voor de Franse regeling van de 'intégration fiscale' proportioneel werd geacht, zou een fundamenteel andere faciliteit dan de huidige Nederlandse regeling benodigd zijn. Naar de mening van de inspecteur strekt het Europese recht zo ver niet.

De inspecteur heeft voorts aangevoerd dat het buitenproportioneel is om van de Nederlandse regelgever te verwachten dat hij voor elke denkbare, specifieke situatie maatregelen als hiervoor bedoeld neemt. Hij heeft erop gewezen dat tal van varianten van concernstructuren en van intra-concerntransacties denkbaar zijn, waarbij vennootschappen uit meerdere lidstaten tegelijk (en ook van buiten de EU) kunnen zijn betrokken, waar nog bijkomt dat het praktisch ondoenlijk is regelingen te treffen die voldoende rekening houden met mogelijkheden van wijzigingen in de concernstructuur, in de toepasselijke buitenlandse wetgeving en wat dies meer zij.

4.14.19. Een dergelijke (mogelijke) administratieve en uitvoeringstechnische last kan naar het voorlopige oordeel van het Hof niet de hiervoor geconstateerde inbreuk op de vrijheid van vestiging rechtvaardigen. Hierbij is in de beschouwing te betrekken het argument van belanghebbenden dat Nederland een tegenbewijsregeling zou kunnen invoeren waarbij het aan de belastingplichtige is om aan te tonen dat het gevaar van dubbele verliesverrekening zich in het concrete geval niet voordoet. Dat dit niet op voorhand en voor de toekomst kan worden bewezen, komt het Hof (anders dan de inspecteur) niet bezwaarlijk voor. Echter, ook op dit punt van de proportionaliteit acht het Hof zodanige ruimte voor twijfel omtrent de te hanteren maatstaf aanwezig dat het stellen van een prejudiciële vraag op zijn plaats is.

Slotsom

4.15. Ofschoon hetgeen hiervoor is overwogen zou kunnen leiden tot het oordeel dat sprake is van een verboden beperking van de vrijheid van vestiging, acht het Hof, gelet op de onderdelen 4.13.14, 4.14.15 en 4.14.19, ruimte voor twijfel over deze kwestie aanwezig. Het zal dan ook het HvJ EU de in die onderdelen omschreven (en daaraan voorafgaand toegelichte) vragen voorleggen en de verdere behandeling en beslissing van de onderhavige zaak aanhouden totdat het HvJ EU naar aanleiding van dit verzoek uitspraak zal hebben gedaan.

5. Beslissing

Hetgeen hiervoor is overwogen brengt het Hof ertoe de volgende vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie voor te leggen:

Vraag 1:

Is sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging in de zin van artikel 43 EG juncto artikel 48 EG, doordat aan belanghebbenden de toepassing van de Nederlandse regeling van de fiscale eenheid op de werkzaamheden en het vermogen van de in Nederland gevestigde kleindochtervennootschap/belanghebbende 2 wordt onthouden?

Is, in dat kader, in het licht van de met de Nederlandse regeling van de fiscale eenheid nagestreefde doelstellingen (zie 4.13.7 tot en met 4.13.9), de situatie van de kleindochtervennootschap/belanghebbende 2 objectief vergelijkbaar (zie 4.13.11 tot en met 4.13.13) met (i) de situatie van een in Nederland gevestigde vennootschap die dochter is van een in Nederland gevestigde tussenhoudstervenootschap welke niet ervoor heeft gekozen dat zij met haar in Nederland gevestigde moedervernootschap in een fiscale eenheid is gevoegd en die derhalve als kleindochtervennootschap evenmin als belanghebbende 2 toegang tot de regeling van de fiscale eenheid met - uitsluitend - haar grootmoedervernootschap heeft, dan wel met (ii) de situatie van een in Nederland gevestigde kleindochtervennootschap die er tezamen met haar in Nederland gevestigde moeder/tussenhoudstervenootschap voor heeft gekozen een fiscale eenheid met hun in Nederland gevestigde (groot)moedervernootschap te vormen en wier werkzaamheden en vermogen derhalve, anders dan die van belanghebbende 2, fiscaal worden geconsolideerd?

Vraag 2:

Maakt het bij de beantwoording van vraag 1, eerste volzin, nog verschil (zie 4.13.13) of de betrokken buitenlandse tussenhoudstervenootschap, indien zij in Nederland niet door middel van een dochtervennootschap zou opereren, maar via een vaste inrichting, wel ervoor zou hebben kunnen kiezen om - wat het vermogen en de werkzaamheden van die Nederlandse vaste inrichting betreft - met haar in Nederland gevestigde moedervernootschap een fiscale eenheid te vormen?

Vraag 3:

Indien en voor zover vraag 1, eerste volzin, bevestigend moet worden beantwoord, kan een dergelijke beperking dan worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, meer in het bijzonder door de noodzaak tot behoud van de fiscale coherentie, daaronder begrepen de voorkoming van unilaterale en van bilaterale dubbele verliesverrekening (zie 4.14.8 tot en met 4.14.15)?

Vraag 4:

Indien en voor zover de derde vraag bevestigend moet worden beantwoord, is een dergelijke beperking dan aan te merken als proportioneel (4.14.17 tot en met 4.14.19)?

Het Hof houdt elke verdere beslissing aan en schorst het geding totdat het Hof van Justitie van de Europese Unie naar aanleiding van het vorenstaande verzoek uitspraak zal hebben gedaan.

Aldus vastgesteld en in het openbaar uitgesproken op 17 januari 2013 door mrs. E.F. Faase, voorzitter, J. den Boer en H.E. Kostense, leden van de belastingkamer, in tegenwoordigheid van mr. L.B.M. van Bakel als griffier.

