



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Blauwdruk voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting

Kok, Q.W.J.C.H.; Vries, R.J. de

Citation

Kok, Q. W. J. C. H., & Vries, R. J. de. (2018). Blauwdruk voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting. *Weekblad Fiscaal Recht*, 2018(7227), 240-268. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/68304>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/68304>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

WFR 2018/37

Blauwdruk voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting

PROF. DR. Q.W.J.C.H. KOK¹ EN PROF. MR. R.J. DE VRIES²

1 Aanleiding voor onze bijdrage

1.1 EU-rechtelijke ontwikkelingen

De grensoverschrijdende aspecten van het fiscale-eenhedsregime staan al geruime tijd volop in de belangstelling. Onder de voormalige, tot 1 januari 2003 geldende fiscale-eenhedsregeling was het mogelijk feitelijk in het buitenland gevestigde moeder- en dochtermaatschappijen op te nemen in een fiscale eenheid. De wet eiste destijds weliswaar dat de moeder- en dochtermaatschappijen in Nederland waren gevestigd, maar aan die eis werd door naar Nederlands recht opgerichte BV's en NV's standaard voldaan omdat zij op grond van het toenmalige art. 2 lid 4 Wet VPB 1969 altijd werden geacht in Nederland te zijn gevestigd, ook al waren de betrokken entiteiten op basis van de feitelijk omstandigheden in het buitenland gevestigd.³ Daardoor konden feitelijk in het buitenland gevestigde BV's en NV's worden verenigd in een fiscale eenheid. Op grond van EU-rechtelijke redenen keurde de Staatssecretaris van Financiën goed dat naar buitenlands recht opgerichte dochtermaatschappijen die hun plaats van feitelijke leiding in een EU-lidstaat hadden, eveneens in een fiscale eenheid konden worden opgenomen.⁴

Vanaf 1 januari 2003 is de vestigingsplaatsfictie van art. 2 lid 4 Wet VPB 1969 echter buiten werking gesteld voor de toepassing van art. 15 Wet VPB 1969, waardoor thans alleen feitelijk in Nederland gevestigde lichamen deel kunnen uitmaken van een fiscale eenheid.⁵ De poging van belastingplichtigen om op grond van de EU-rechtelijke vrijheid van vestiging voor feitelijk in het buitenland (lees: in een andere EU-lidstaat) gevestigde vennootschappen toch toegang tot de (huidige) fiscale eenheid af te dwingen, strandde in het arrest X Holding.⁶

In 2014 heeft het Hof van Justitie EU vervolgens geoordeeld dat feitelijk in een EU-lidstaat gevestigde lichamen in een groepsstructuur er niet aan in de weg staan dat de in Nederland gevestigde vennootschappen van die groep een fiscale eenheid met elkaar kunnen vormen.⁷ Daarmee leek de discussie over de grensoverschrijdende aspecten van het fiscale-eenhedsregime min of meer te zijn afgerond. Echter, door de EU-rechtelijke arresten Groupe Steria⁸ en Finanzamt Linz⁹, de prejudiciële vra-

1 Verbonden aan Ernst & Young Belastingadviseurs LLP en de Erasmus Universiteit Rotterdam.
2 Verbonden aan Ernst & Young Belastingadviseurs LLP en de Universiteiten Leiden en Nyenrode.
3 Zie onder meer HR 29 juni 1988, nr. 24 738, BNB 1988/331c* en HR 13 november 1996, nr. 31 008, BNB 1998/47c*. Vergelijk ook HR 14 december 2001, nr. 36 602, BNB 2002/222c*. Voor een arrest over de fiscale eenheid met een in het buitenland gevestigde moedermaatschappij zij verwezen naar HR 20 december 2002, nr. 37 073, BNB 2003/286c*.
4 Besluit van 12 mei 2004, nr. CPP2004/634M, BNB 2004/284.

5 Wel wordt een uitzondering gemaakt voor in het buitenland gevestigde lichamen met een vaste inrichting in Nederland. Dergelijke lichamen kunnen namelijk ex art. 15 lid 8 Wet VPB 1969 tot een fiscale eenheid toetreden, waarbij vervolgens effectief alleen de resultaten en het vermogen van de Nederlandse vaste inrichting tot de fiscale eenheid worden gerekend.

6 HvJ EU 25 februari 2010, nr. C-337/08, BNB 2010/166c*. Wij spreken in onze bijdrage gemakshalve over EU-lidstaten en laten EER-staten dus buiten beschouwing.

7 HvJ EU 12 juni 2014, nr. C-39/13, C-40/13, C-41/13 (SCA, X AG en anderen, en MSA), BNB 2014/216c*. De poging van een belastingplichtige om hetzelfde af te dwingen ten aanzien van derde landen, zulks op basis van de non-discriminatiebepaling in het belastingverdrag met het desbetreffende land, strandde in HR 15 december 2017, nr. 16/02919, V-N 2017/62.15.

8 HvJ EU 2 september 2015, nr. C-386/14, BNB 2014/223c*.

9 HvJ EU 6 oktober 2015, nr. C-66/14.

gen van de Hoge Raad in juli 2016¹⁰ en de conclusie van A-G Campos Sánchez-Bordana ten behoeve van het Hof van Justitie EU in deze rechtsgedingen¹¹ staat dit onderwerp wederom in het middelpunt van de belangstelling. Het gaat daarbij over de zogenoemde per-elementbenadering. Deze EU-rechtelijke benadering houdt (mogelijk) in dat hoewel een grensoverschrijdende fiscale eenheid op zich niet mogelijk is, belastingplichtigen niettemin aanspraak kunnen maken op (bepaalde) voordelen die zij zouden hebben genoten als de betrokkenen (wel) een fiscale eenheid met hun buitenlandse maatschappijen¹² hadden kunnen vormen (maar welke voordelen zij dus in beginsel niet kunnen genieten omdat een dergelijke fiscale eenheid op grond van het nationale recht niet tot stand kan worden gebracht).

Er moet met de mogelijkheid rekening worden gehouden dat als de antwoorden van het Hof van Justitie EU op de gestelde prejudiciële vragen negatief uitpakken voor de Nederlandse staat, dit wel eens het einde van het fiscale-eenhedsregime zou kunnen betekenen.¹³ Een alternatief zou bijvoorbeeld kunnen zijn over te stappen naar een group relief-achtige regeling.¹⁴ Dan zou het alleen nog mogelijk zijn om de verliezen die zijn geleden door de tot een groep behorende lichamen, met winsten in die groep te salderen. Eventueel kan een dergelijke verliesoverhevelingssysteem worden aangevuld met een regeling voor belastingvrije overdrachten van (meerwaarden bevattende) vermogensbestanddelen tus-

sen groepsvennootschappen. Maar de volledige resultaten- en vermogensconsolidatie zoals die thans voortvloeit uit art. 15 lid 1 Wet VPB 1969, behoort dan tot het verleden.

1.2 Voordelen verbonden aan (het behouden van) het huidige fiscale-eenhedsregime

Wij zouden een dergelijke stap bijzonder betreuren, want daarmee gaan de vele belangrijke voordelen die (continuering van) het huidige fiscale-eenhedsregime biedt, verloren. Wat betreft die voordelen kan ten minste worden gedacht aan de volgende acht aspecten:

- a. De fiscale eenheid is (mede) gebaseerd op de neutraliteitsgedachte:¹⁵ belastingheffing zou het handelen van (rechts)personen zo min mogelijk moeten beïnvloeden. Indien er bedrijfseconomische, organisatorische en/of juridische motieven zijn om een onderneming casu quo ondernemingen te verdelen over meerdere lichamen in plaats van de onderneming(en) in één lichaam uit te oefenen, dient de belastingheffing daar zo min mogelijk obstakels tegen op te werpen. Als het fiscale-eenhedsregime verdwijnt en wordt vervangen door een "uitgeklede" regeling, leidt dit onherroepelijk tot een inbreuk op het neutraliteitsbeginsel.
- b. De positieve betekenis voor de (fiscale) rechtspraktijk van het fiscale-eenhedsregime – dat al sinds jaar en dag in Nederland bekend is, waarmee zodoende veel ervaring is opgedaan en waar de belastingplichtigen én de fiscus in de dagelijkse praktijk prima mee uit de voeten kunnen – mag onzes inziens bepaald niet worden onderschat.
- c. Handhaving van het fiscale-eenhedsregime is gunstig voor ons nationale vestigingsklimaat, aangezien Nederland zich met dit regime op positieve wijze onderscheidt van andere (EU-)landen. Dit is a fortiori van belang in tijden als de onderhavige waarin Nederland als gevolg van internationale ontwikkelingen in toenemende mate fiscale beleidsruimte aan het verliezen is.
- d. Het is uitsluitend de moedermaatschappij van een fiscale eenheid die namens alle gevoegde entiteiten de aangifte vennootschapsbelasting indient. Dit scheelt niet alleen veel fiscaal (aangifte)werk voor de betrokken belastingplichtigen omdat zij kunnen volstaan met één vennootschapsbelastingaangifte in plaats van even zoveel aangiftes als er gevoegde lichamen zijn, maar deze benadering levert tevens een belangrijk voordeel op voor de Belastingdienst. Zelfstandige

10 HR 8 juli 2016, nr. 15/00194, BNB 2016/197c* en HR 8 juli 2016, nr. 15/00878, BNB 2016/233c*.

11 Concl. van 25 oktober 2017 in de zaken C-398/16 en C-399/16, onder andere gepubliceerd in V-N 2017/52.12.

12 Met buitenlandse maatschappijen casu quo vennootschappen doelen wij op feitelijk niet in Nederland maar in de EU of EER gevestigde lichamen.

13 In de brief van de Staatssecretaris van Financiën naar aanleiding van de conclusie van A-G Campos Sánchez-Bordana (Aankondiging van enkele spoedreparatiemaatregelen in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en de Wet op de dividendbelasting 1965 inzake de fiscale eenheid) wordt opgemerkt dat – indien de EU-rechtelijke oordelen ongunstig zouden zijn voor de fiscus – het fiscale-eenhedsregime dient te worden vervangen door een regeling die uitvoeringstechnisch en juridisch toekomstbestendig is. Zie voor deze brief V-N 2017/52.13.

14 Zie voor een discussie hierover E.J.W. Heithuis, 'Het einde van de fiscale eenheid VPB in zicht?', WFR 2015/1136, R.J. de Vries, 'Fiscalisten, hun "speeltjes" en mijn stellige verwachting dat het einde van de fiscale eenheid nog lang niet in zicht is', WFR 2015/1344, het naschrift van E.J.W. Heithuis, 'Het einde van de fiscale eenheid VPB in zicht!', WFR 2015/1348 en R.J. de Vries, 'Een pleidooi voor handhaving van het huidige fiscale-eenhedsregime in de vennootschapsbelasting', WFR 2016/36.

15 Vergelijk Q.W.J.C.H. Kok, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Amersfoort: Sdu fiscale en financiële uitgevers 2005, p. 64 en 65.

belastingplicht van alle gevoegde dochtermaatschappijen in Nederland brengt namelijk mee dat de fiscus in de toekomst (ongeveer) 200.000 extra aangiftes vennootschapsbelasting zal krijgen te verwerken. Op een totaal van ongeveer 745.000 aangifteplichtigen voor de vennootschapsbelasting krijgt de fiscus dus met een toename van meer dan 1/4 van het aantal aangiftes vennootschapsbelasting te maken.¹⁶

- e. De onderlinge vermogensverhoudingen binnen de fiscale eenheid en de daarmee verband houdende vergoedingen zijn voor de heffing van vennootschapsbelasting non-existent, met als gevolg dat belastingplichtigen noch de Belastingdienst zich hoeven te bekommeren over de vennootschapsbelastinggevolgen (inclusief transfer pricing issues) van dergelijke verhoudingen en vergoedingen. Om één voorbeeld te geven: de rente die een fiscale-eenheidsmaatschappij is verschuldigd in verband met een schuldverhouding jegens een andere gevoegde entiteit, wordt genegeerd. Daardoor hoeft niet te worden onderzocht of deze rente al dan niet zakelijk is vastgesteld en al dan niet onder één van onze vele Nederlandse renteaftrekbeperkingen valt.¹⁷
- f. Vermogensoverdrachten binnen een fiscale eenheid zijn vennootschapsbelastingstechnisch “onzichtbaar”; het at arm’s length-beginsel en interne verrekenprijzen spelen daardoor voor de heffing van vennootschapsbelasting geen rol, terwijl over de meerwaarden in de verschoven activa en passiva niet afgerekend hoeft te worden. Indien de elementen e. en f. tezamen worden genomen scheelt dit (wederom) veel werk voor de fiscus én de belastingplichtigen.
- g. Doordat de overheveling van vermogensbestanddelen door de ene aan de andere gevoegde entiteit voor de heffing van vennootschapsbelasting wordt genegeerd, is het niet nodig om te beoordelen of de belastingplichtigen van andere (reorganisatie)faciliteiten – denk hierbij in het bijzonder aan de bedrijfsfusie (art. 14 Wet VPB 1969), de zuivere splitsing en af-

splitsing (art. 14a Wet VPB 1969) alsmede de juridische fusie (art. 14b Wet VPB 1969)¹⁸ – gebruik kunnen maken. Aanspraak kunnen maken op die (reorganisatie)faciliteiten is in de fiscale rechtspraktijk om diverse redenen aanmerkelijk gecompliceerder dan gebruikmaking van de fiscale eenheid; denk wat betreft deze complicaties onder meer aan (i) het gegeven dat al deze (reorganisatie)faciliteiten slechts door de belastingplichtigen kunnen worden ingeroepen indien de door hen verrichte rechtshandelingen niet in overwegende mate zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, een toets die in de dagelijkse praktijk tot de nodige discussie met de Belastingdienst aanleiding geeft, en (ii) civielrechtelijke beperkingen die samenhangen met de juridische (af)splitsing en de juridische fusie.¹⁹

- h. Bij de overgang van het ene (gecompliceerde²⁰) en veel gebruikte regime naar een ander (gecompliceerd) stelsel zal zich (complexe) overgangsproblematiek voordoen. Wij verwijzen in dit kader korthedshalve naar de volgende passage uit het rapport dat door de Commissie fiscale eenheid van de Vereniging voor Belastingwetenschap is uitgebracht, welke passage deel uitmaakt van één van de aanbevelingen die door deze commissie zijn gedaan:²¹ “De afschaffing, de noodzakelijke overgangsmaatregelen en de introductie van een nieuw regime vormt daarnaast op zich al een niet te onderschatten belasting voor de praktijk.”

1.3 Opzet en bedoeling van deze bijdrage

In onze bijdrage willen wij daarom een alternatief uitwerken dat onze voorkeur heeft ten opzichte van (bijvoorbeeld) een groep reliefs-achtige regeling. In plaats van het fiscale-eenheidsregime volledig af te schaffen

¹⁶ De vermelde cijfers zijn ontleend aan Kamerstukken II 2017/18, 34 323, nr. 21, p. 14 en 15. In het kader van de “Papillon fiscale-eenheidswetgeving” (Kamerstukken II 2015/16, 34 323, nr. 6, p. 5) heeft de bewindsman voorts terecht benadrukt dat de huidige fiscale eenheid een belangrijk en veelgebruikt instrument is voor het MKB. Hij concludeert aldaar: “Handhaving van dit regime is derhalve zeker ook in het belang van het MKB.” Hij noemt hier overigens iets andere getallen, maar deze getallen zijn dan ook ouder.

¹⁷ Art. 10a, 10b, 13l, 14a lid 12 en 13, 14b, lid 9 en 10, en art. 15ad Wet VPB 1969. Daarbij laten wij de zogenoemde herkwalficatiejurisprudentie en onzakelijke-leningrecht-spraak nog buiten beschouwing. Wat betreft de voordelen onder e. en f. abstraheren wij (uiteraard) van de door de bewindsman voorwaardelijk aangekondigde spoedreparatiemaatregelen fiscale eenheid.

¹⁸ Wij beperken ons wat betreft de (af)splitsing en de juridische fusie tot de (af)splitsende, verdwijnende en verkrijgende rechtspersonen en abstraheren van de participanten in deze lichamen.

¹⁹ Korthedshalve volstaan wij met een verwijzing naar R.J. de Vries, ‘Een pleidooi voor handhaving van het huidige fiscale-eenheidsregime in de vennootschapsbelasting’, WFR 2016/36, onderdeel 5.

²⁰ Voor de volledigheid merken wij op dat hoewel het huidige fiscale-eenheidsregime gecompliceerd is, dit niet betekent dat de praktijk er niet goed mee uit de voeten kan. Zie punt b. hierboven.

²¹ Zie de Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 199, Deventer: Kluwer 1996, p. 125. De Commissie fiscale eenheid was breed samengesteld, te weten uit vertegenwoordigers van het Ministerie van Financiën, de Belastingdienst, de wetenschap, het belastingadvieswezen, het bedrijfsleven en de (fiscale) advocatuur.

of danig in te perken, is het naar onze mening namelijk mogelijk om – principieel – te kiezen voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid: in die benadering wordt het de belastingplichtigen toegestaan om buitenlandse moeder- en dochtermaatschappijen op te nemen in een fiscale eenheid. Echter, wij zorgen met behulp van diverse flankerende maatregelen voor een zodanige inbedding van de grensoverschrijdende fiscale eenheid in de Wet VPB 1969 dat enerzijds de Nederlandse belastinggrondslag wordt beschermd en anderzijds de verdeling van heffingsrechten tussen de diverse staten op grond van belastingverdragen en het internationale belastingrecht niet wordt doorkruist.

“Grensoverschrijdende fiscale eenheid toestaan om binnenlandse fiscale eenheid te redden”

Wij realiseren ons niet de eerste te zijn die dit idee van een grensoverschrijdende fiscale eenheid lanceren.²² Reeds in 1996 schetste Van Sonderen in zijn oratie de contouren van een grensoverschrijdend fiscale-eenhedsregime.²³ En in 2010 brak ook De Smit een lans voor het invoeren van een dergelijke regeling teneinde het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat te verbeteren.^{24, 25} Wij stellen ons echter ten doel in de onderhavige bijdrage de systematiek voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid in meer (technisch) detail uit te werken teneinde duidelijk te maken dat een dergelijk regime op evenwichtige wijze in ons vennootschapsbelastingstelsel kan worden geïncorporeerd. In onderdeel 2 schetsen wij daartoe allereerst aan de hand van diverse voorbeelden de belangrijkste gevolgen

die de per-elementbenadering kan oproepen. Enerzijds beogen wij daarmee de relevantie van de door ons te behandelen problematiek te onderstrepen en anderzijds zijn deze voorbeelden behulpzaam bij de bespreking van het door ons voorgestelde grensoverschrijdende fiscale-eenhedsregime. Het conceptuele kader van deze fiscale-eenhedsvariant schetsen wij vervolgens in onderdeel 3. In onderdeel 4 bespreken wij de fiscale gevolgen van ons voorstel aan de hand van de in onderdeel 2 aan de orde gestelde onderwerpen met betrekking tot de per-elementbenadering. Daarna staan wij in onderdeel 5 separaat stil bij de buitenlandse moedermaatschappij van een grensoverschrijdende fiscale eenheid en in onderdeel 6 bij de bezwaren die de wetgever in het verleden en de Staatssecretaris van Financiën recentelijk heeft aangevoerd tegen (enige vorm van) de grensoverschrijdende fiscale eenheid. Het betoog besluiten wij ten slotte in onderdeel 7 met een overkoepelende slotbeschouwing waarin onze belangrijkste bevindingen zijn terug te vinden.

In dit artikel zullen wij geen (concept)wetteksten opnemen. Onze primaire doelstelling is aan te tonen dat het zeer wel mogelijk is om een goed werkend en solide grensoverschrijdend fiscale-eenhedsregime in te passen in de huidige fiscale-eenheidssystematiek casu quo de Wet VPB 1969. Wij beogen daarmee duidelijk te maken dat – mocht de EU-rechtelijke jurisprudentie over de per-elementbenadering inderdaad negatief uitpakken voor Nederland²⁶ – niet automatisch hoeft te worden gekozen voor integrale afschaffing van de huidige fiscale-eenhedsregeling en een grensoverschrijdende fiscale eenheid met flankerende maatregelen heel goed inpasbaar is in het huidige regime.

Een algemene opmerking tot slot. Ons voorstel tot een grensoverschrijdende fiscale eenheid is niet ingegeven vanuit de gedachte dat het internationale bedrijfsleven bijzonder zit te wachten op een dergelijk regime casu quo het internationale bedrijfsleven een gunstige regeling te bieden. Nee, het doel van het toestaan van een (met flankerende maatregelen omgeven) grensoverschrijdende fiscale eenheid is om het belangrijke regime van de fiscale eenheid – en daarmee de zojuist in onderdeel 1.2 opgesomde voordelen – te behouden voor de binnenlandse gevallen, waaronder de vele bedrijven die in het MKB actief zijn.

²² Wij beogen wij met onze navolgende literatuuropsomming geen volledigheid na te streven.

²³ J.C.M. van Sonderen, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 1996.

²⁴ R.C. de Smit, 'Onbegrensde kans', *WFR* 2010/4.

²⁵ Meer recente voorstanders van de grensoverschrijdende fiscale eenheid zijn Daniël Smit, <http://taxlive.nl/-/stop-spoed-reparatiemaatregelen-fiscale-eenheid-een-betere-oplossing-is-voorhanden>, en Hein Vermeulen, 'De zaak Argenta en implicaties voor art. 13l Wet VPB 1969', *V-N* 2017/54.0. Vergelijk tevens D.S. Smit, 'Kwade wolk boven het fiscale-eenhedsregime: valt het tij nog te keren?', *MBB* 2018/1, p. 13-19.

²⁶ Wij gaan ervan uit dat de conclusies van A-G Campos Sánchez-Bordana worden gevolgd, dus dat de art. 10a-zaak door Nederland zal worden verloren en de valutaverlies-zaak door Nederland zal worden gewonnen.

2. Belangrijkste gevolgen van de per-elementbenadering

2.1 Algemeen

In dit onderdeel zullen wij niet de EU-rechtelijke achtergrond en de argumenten pro en contra de per-elementbenadering behandelen. Wij verwijzen hiervoor kortheidshalve naar de relevante literatuur.²⁷ Wel passen hierna de belangrijkste fiscale gevolgen die uit de per-elementbenadering binnen de fiscale-eenheidscontext kunnen voortvloeien, de revue. Deze voorbeelden zijn gebaseerd op de veronderstelling dat het Hof van Justitie EU de per-elementbenadering (met uitzondering van de valutaverlieszaak, C-398/16) ook (principiële)²⁸ zal omarmen voor Nederlandse fiscale-eenheidsdoeleinden. In onderdeel 4 bespreken wij vervolgens hoe de onderstaande onderwerpen concreet uitpakken binnen het door ons uitgewerkte regime voor de grensoverschrijdende fiscale eenheid.

2.2 Verliessaldering

Eén van de belangrijkste voordelen die samenhangen met een fiscale eenheid, is de directe resultatensaldering tussen de gevoegde lichamen (in de literatuur vaak aangeduid met de niet geheel zuivere terminologie horizontale verliesverrekening). Sinds het arrest X Holding weten wij dat het niet toestaan van een grensoverschrijdende fiscale eenheid gerechtvaardigd is, omdat anders grensoverschrijdende verliessaldering mogelijk wordt en daarmee een evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheden tussen de EU-lidstaten in gevaar zou

komen.²⁹ In het arrest X Holding ging het Hof van Justitie EU niet in op zogeheten “definitieve verliezen”. Definitieve verliezen van een dochtervennootschap kunnen dus – op basis van dit arrest – waarschijnlijk niet in aanmerking worden genomen. De verdiscontering van dergelijke verliezen dient blijkbaar op indirecte wijze, dat wil zeggen via de liquidatieverliesregeling van art. 13d e.v. Wet VPB 1969, te gebeuren. De eventuele toepassing van de per-elementbenadering op het Nederlandse fiscale-eenheidsregime brengt hier geen verandering in, want deze heeft juist betrekking op de fiscale-eenheidsaspecten die in het arrest X Holding niet aan de orde zijn gekomen (en dus niet de verliessaldering).

2.3 Overdracht van vermogensbestanddelen

Binnen een fiscale eenheid kunnen vermogensbestanddelen worden overgedragen zonder heffing van vennootschapsbelasting over de meerwaarden (stille reserves en niet-geactiveerde goodwill) in de desbetreffende activa en passiva. In het arrest X Holding is dit aspect slechts zijdelings aan de orde gekomen.³⁰ Wij menen dat de per-elementbenadering niet met zich brengt dat Nederland belastingheffing achterwege moet laten indien vermogensbestanddelen door een Nederlandse fiscale-eenheidsmaatschappij aan een buitenlands (gevoegd) concernlichaam worden overgedragen. Dat zou namelijk een inbreuk betekenen op de evenredige verdeling van heffingsbevoegdheden tussen de EU-lidstaten. Veeleer ligt het voor de hand aan te nemen dat Nederland ter zake wel degelijk een vennootschapsbelastingaanslag mag opleggen, maar deze pas mag invorderen zodra de meerwaarde in het desbetreffende vermogensbestanddeel door de buitenlandse (dochter)maatschappij is gerealiseerd, of na verloop van een aantal jaren.³¹

²⁷ Zie o.a. D.M. Weber, ‘De per element benadering onder het fiscale-eenheidsregime nader bezien in het licht van de Finanzamt Linz- en de Groupe Steria-zaak’, WFR 2015/696, J.J.A.M. Korving, ‘Groupe Steria: hersenspinsels en hoofdbreken’, NTFR-B 2015/35, Q.W.J.C.H. Kok, ‘De fiscale eenheid in het licht van het EU-recht na de arresten Groupe Steria en Finanzamt Linz’, MBB 2015/12, p. 379-387, S. Jankie, ‘Het arrest-Groupe Steria is irrelevant voor de Nederlandse fiscale eenheid’, WFR 2016/43, Q.W.J.C.H. Kok, ‘De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting in EU-rechtelijk perspectief’, TFO 2016/146.1 en A.W. Ravelli, ‘Art. 10a Wet VPB 1969 en Groupe Steria, waar gaat dit heen?’, MBB 2016/11, p. 447-460.

²⁸ Als de per-elementbenadering ook ten aanzien van het Nederlandse fiscale-eenheidsregime geldt, wil dat overigens niet zeggen dat elk element zonder meer strijdigheid met het EU-recht oplevert. Zie bijvoorbeeld onderdeel 2.3 (over de overdracht van vermogensbestanddelen binnen een (grensoverschrijdende) fiscale eenheid) en onderdeel 2.4 (over onderlinge rechtsverhoudingen binnen een (grensoverschrijdende) fiscale eenheid).

²⁹ Men kan zich overigens afvragen of dit argument – vanuit Nederlands perspectief – nog steeds valide is na de introductie van de objectvrijstelling (ex art. 15e e.v. Wet VPB 1969). Zie onder meer F.A. Engelen, ‘De fiscale eenheid als dekmantel voor verboden discriminatie’, NTFR 2012/102 en J.J.A.M. Korving, ‘X Holding na de objectvrijstelling: een achterhaald arrest?’, WFR 2012/1140.

³⁰ Namelijk alleen in r.o. 18 en r.o. 24. Maar bij de bespreking van de rechtvaardigingsgrond om in het buitenland gevestigde lichamen buiten de fiscale eenheid te houden, gaat het Hof alleen in op de grensoverschrijdende verliessaldering.

³¹ Vergelijk National Grid Indus, HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10, BNB 2012/40c* en art. 5 ATAD. Voor de ATAD verwijzen wij naar V-N 2016/37.1-37-3, V-N 2016/65.5 en V-N 2017/36.1-36.3.

2.4 Onderlinge rechtsverhoudingen

Binnen een (grensoverschrijdende) fiscale eenheid zijn onderlinge rechtsverhoudingen – zoals vordering-schuldrelaties, licentieovereenkomsten, huurverhoudingen, enz. – fiscaal non-existent. Dit betekent dat (toegepast op vordering-schuldverhoudingen) de rentebaten en (corresponderende) rentelasten ook fiscaal non-existent zijn. Indien sprake is van een vordering op een buitenlandse dochtermaatschappij kunnen de belastingplichtigen met een beroep op de per-elementbenadering betogen dat desbetreffende rentebaten geen deel uitmaken van de Nederlandse vennootschapsbelastinggrondslag, aangezien de vordering in een binnenlandse situatie “onzichtbaar” is. Wij zijn overigens de opvatting toegedaan dat dit argument EU-rechtelijk niet houdbaar is, omdat een dergelijke benadering de evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheden tussen de EU-lidstaten doorkruist.

Dit fenomeen van het wegvallen van onderlinge vermogensverhoudingen omvat in het geval van een (grensoverschrijdende) fiscale eenheid uiteraard eveneens de aandeelhoudersrelatie tussen de moedermaatschappij en de gevoegde dochters.³² Indien sprake is van niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen die in het buitenland zijn gevestigd en niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen, betekent de mogelijkheid om op basis van de per-elementbenadering een grensoverschrijdende fiscale eenheid tot stand te brengen dat de uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling ex art. 13 lid 9 e.v. Wet VPB 1969 kan worden ontgaan.

2.5 Renteaftrekbeperkingen: art. 10a en art. 13l Wet VPB 1969

De toepasbaarheid van art. 10a Wet VPB 1969 staat centraal in de eerder genoemde zaak C-398/16. De redenering ten gunste van de belastingplichtige in dit dispuut luidt (in feite) als volgt: indien een moedermaatschappij van de fiscale eenheid of een ander gevoegd lichaam een lening bij een verbonden en niet gevoegd lichaam opneemt ter financiering van een kapitaalstorting in een dochtermaatschappij die deel uitmaakt van dezelfde fiscale eenheid, is deze kapitaalstorting voor vennootschapsbelastingdoeleinden onzichtbaar en vindt art. 10a Wet VPB 1969 (reeds) om die reden geen toepassing.³³ Een buitenlandse dochtervennootschap kan ech-

ter op basis van het nationale recht niet worden gevoegd in onze fiscale eenheid,³⁴ waardoor de kapitaalstorting in een dergelijke dochter dus niet “onzichtbaar” is en art. 10a Wet VPB 1969 dientengevolge in principe toepassing kan vinden. Dit onderscheid is, zo luidt de redenering, EU-rechtelijk niet houdbaar.

Ten aanzien van art. 13l Wet VPB 1969 kan een vergelijkbare redenering worden opgezet. Fiscaal gevoegde dochtermaatschappijen zijn vennootschapsbelastingtechnisch immers “onzichtbaar” en worden niet meer als een deelneming beschouwd in de zin van art. 13 Wet VPB 1969. Daarom mist art. 13l Wet VPB 1969 met betrekking tot alle gevoegde dochtermaatschappijen toepassing. Buitenlandse dochtermaatschappijen worden op grond van art. 15 Wet VPB 1969 in beginsel niet tot de fiscale eenheid toegelaten en kunnen de status van “deelneming” dus niet kwijtraken;³⁵ art. 13l Wet VPB 1969 is ten aanzien van hen dan ook in principe op de gebruikelijke manier van toepassing.³⁶ Dit verschil tussen binnenlandse en buitenlandse ($\geq 95\%$ deelnemingen) is, zo kan betoogd worden, EU-rechtelijk niet aanvaardbaar.

2.6 Valutaverliezen

In de zaak C-399/16 staat de rechtsvraag centraal of de per-elementbenadering meebrengt dat valutaverliezen ten aanzien van een buitenlandse deelneming (op indirecte wijze) in Nederland in aftrek kunnen worden gebracht. De Hoge Raad licht dit geschil als volgt toe: ingeval de buitenlandse dochter in Nederland gevestigd zou zijn geweest, had zij kunnen worden opgenomen in een fiscale eenheid.³⁷ Alsdan waren de vermogensbestanddelen van de gevoegde buitenlandse dochtermaatschappij voor de heffing van vennootschapsbelasting aangemerkt als vermogensbestanddelen van de moedermaatschappij en zouden daarop de regels ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing zijn geweest. De Hoge Raad gaat er hierbij dus vanuit dat de

³² Zie HR 4 juni 1986, nr. 23 381, BNB 1986/282*.

³³ Hetzelfde geldt uiteraard voor de andere – door art. 10a Wet VPB 1969 gewraakte – rechtshandelingen binnen fiscale-eenheidsverband. Op de vraag wat rechtens is indien de gevoegde dochtermaatschappij met de verkregen gelden zelf een “besmette” en vennootschapsbelastingtechnisch zichtbare rechtshandeling in de zin van art. 10a Wet VPB 1969 financiert, wordt door ons nu niet ingegaan.

³⁴ Wij laten buitenlandse dochtermaatschappijen als bedoeld in art. 15 lid 8 Wet VPB 1969 buiten beschouwing.

³⁵ De aandeelhoudersrelaties met buitenlandse dochtermaatschappijen met een vaste inrichting die ex art. 15 lid 8 Wet VPB 1969 met hun Nederlandse vaste inrichting tot een fiscale eenheid kunnen toetreden, blijven (eveneens) zichtbaar.

³⁶ Ook los van de interactie met het fiscale-eenheidsregime rijzen overigens in het licht van het recente Argenta-arrest – HvJ EU 26 oktober 2017, nr. C-39/16, BNB 2018/23c* – vragen over de verenigbaarheid van art. 13l Wet VPB 1969 met het EU-recht.

³⁷ Uiteraard veronderstelt dit uitgangspunt dat de desbetreffende dochtermaatschappij aan alle fiscale-eenheidsvereisten voldoet.

buitenlandse vermogensbestanddelen en de buitenlandse activiteiten van de desbetreffende dochter een vaste inrichting naar Nederlandse maatstaven zouden hebben opgeleverd. Valutaresultaten die met een vaste inrichting zijn behaald, worden in Nederland niet vrijgesteld op grond van de objectvrijstelling. Daardoor komt de rechtsvraag op of valutaverliezen ter zake van vermogensbestanddelen die aan een kwalificerende buitenlandse dochtermaatschappij toebehoren, in Nederland effectief aftrekbaar dienen te zijn.

In zijn conclusie in de zaak C-399/16 komt A-G Campos Sánchez-Bordana³⁸ tot de slotsom dat de per-elementbenadering Nederland niet gebiedt dit soort indirecte valutaverliezen in aftrek toe te laten. De A-G vermag namelijk niet in te zien waarom het arrest X AB³⁹ niet gewoon van toepassing is op dit soort gevallen.

Bij (de redenering in) deze conclusie kunnen onze inziens vraagtekens worden geplaatst. Immers, een wezenlijk kenmerk van de fiscale eenheid is nu eenmaal dat er na de voeging geen sprake meer is van een deelneming in de gevoegde dochtermaatschappij. Dat gegeven levert juist een argument op voor de stelling dat de regels omtrent de deelnemingsvrijstelling (waaronder X AB) niet van toepassing zijn. Maar onze inziens is er een ander argument aan te voeren waarom Nederland een dergelijk valutaverlies niet in aftrek hoeft toe te staan. Dat argument is gelegen in de evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheden tussen de EU-lidstaten. Stel, wij abstraheren voor een moment van het fiscale-eenheidsregime. Begin 2016 wordt een lichaam opgericht in het Verenigd Koninkrijk en aldaar feitelijk gevestigd. Per 1 januari 2017 verplaatst dit lichaam zijn feitelijke leiding naar Nederland en wij nemen aan dat de verdragsvestigingsplaats ook Nederland wordt. Het lichaam start vervolgens Nederlandse activiteiten. Kan deze belastingplichtige nu betogen dat indien het gedurende 2016 al in Nederland gevestigd zou zijn geweest, het een valutaverlies op haar Engelse activiteiten zou hebben geleden en het desbetreffende lichaam dus per ultimo 2016 over een fiscaal compensabel verlies had beschikt en dat het niet kunnen verrekenen van dit compensabele verlies een belemmering is? Indien het antwoord op deze vraag ontkennend luidt, omdat deze benadering een inbreuk op de evenredige verdeling van heffingsbevoegdheden tussen de EU-lidstaten betekent, is het in onze beleving nog maar een (heel) klein stapje naar de volgende conclusie: het – wegens het (fictief) vormen van een grensoverschrijdende fiscale eenheid met een buitenlandse dochtermaatschappij – door Nederland in aanmerking moeten nemen van valutaverliezen betekent (eveneens) een inbreuk op de evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheden tussen de EU-lidstaten.

³⁸ Zie V-N 2017/52.12.

³⁹ HvJ EU 10 juni 2015, nr. C-686/13.

2.7 Samentelling van bezitspercentages in niet-gevoegde dochters

Stel, vennootschap A bezit 100% van de aandelen in vennootschap B. Zowel A als B bezitten (elk) 3% van het nominaal gestorte aandelenkapitaal in vennootschap X. Omdat deze belangen niet ten minste 5% van X's nominaal gestorte kapitaal uitmaken, kunnen zij geen van beiden de deelnemingsvrijstelling op hun belang in X toepassen.⁴⁰ Indien A en B echter met elkaar gevoegd zijn in een fiscale eenheid, geldt voor de fiscale eenheid wel de deelnemingsvrijstelling omdat het belang in X dan wegens de fiscale vermogensconsolidatie 6% van het nominaal gestorte aandelenkapitaal in X bedraagt.

Indien moederverenootschap A een in Nederland gevestigd lichaam is en dochtermaatschappij B een in het buitenland gevestigde – en met een BV vergelijkbare – vennootschap is, kan op grond van het nationale recht echter geen fiscale eenheid tussen hen tot stand worden gebracht (en mist de deelnemingsvrijstelling dus toepassing op het belang in X). Dit zou op basis van de per-elementbenadering zeer wel een verboden belemmering kunnen zijn.

2.8 Afdekken van valutarisico's ter zake van deelnemingen

Op basis van art. 13 lid 7 Wet VPB 1969 kan het resultaat dat is behaald met rechtshandelingen die strekken tot het afdekken van valutarisico's op een deelneming, desgewenst onder de deelnemingsvrijstelling worden gebracht. Volgens de Staatssecretaris van Financiën geldt dit alleen voor het afdekken van valutarisico's op directe deelnemingen.⁴¹ Stel, dat een Nederlandse BV een 100%-belang heeft in een Luxemburgse dochtervennootschap. Het enige bezit van deze Luxemburgse dochter is een 100% belang in een Engelse kleindochter. De Luxemburgse vennootschap heeft geen schulden. De Nederlandse en Luxemburgse vennootschap rapporteren commercieel en fiscaal in euro's. De Engelse vennootschap heeft een Britse onderneming en rapporteert commercieel en fiscaal in Britse ponden. Hoewel het rechtstreekse belang van de BV een participatie

⁴⁰ Wij zien af van de mogelijkheid dat belangen kleiner dan 5% van het nominaal gestorte aandelenkapitaal zich onder omstandigheden kunnen kwalificeren voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Vergelijk (bijvoorbeeld) art. 13 lid 3, 5 en 16 Wet VPB 1969.

⁴¹ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 20 januari 2017, nr. BLKB2016/803M, Stcrt. 2017, 5003, BNB 2017/142*. R.J. de Vries betoont zich in onderdeel 4.3 van zijn noot bij het beleidsbesluit kritisch ten aanzien van dit door de bewindsman ingenomen standpunt.

in een euro-vennootschap is, zegt dit naar onze mening niets over het valutarisico dat zij in casu de facto loopt. Zij loopt namelijk – vanwege haar indirecte belang in de Engelse kleindochter – een Britse-pondenrisico. Als het pond ten opzichte van de euro in waarde daalt, leidt dat namelijk – ceteris paribus – tot een waardedaling van de Engelse vennootschap en daarmee tot een waardedaling van de Luxemburgse dochtervennootschap. Desondanks is de Staatssecretaris van Financiën van mening dat het afdekken van het Britse-pondenrisico niet met toepassing van art. 13 lid 7 Wet VPB 1969 kan plaatsvinden. Hier kan men weliswaar zeer wel anders over denken,⁴² maar laten wij er “for argument’s sake” even van uitgaan dat de bewindsman op dit punt gelijk heeft.

Wederom worden wij met een per-elementsituatie geconfronteerd. Indien de Luxemburgse dochtervennootschap immers in Nederland gevestigd zou zijn geweest, had zij met haar Nederlandse moedermaatschappij kunnen worden opgenomen in een fiscale eenheid en zou de Engelse vennootschap daarmee een rechtstreekse deelneming van de fiscale eenheid zijn geworden. De fiscale eenheid had alsdan ook in de visie van de bewindsman op de voet van art. 13 lid 7 Wet VPB 1969 een beschikking kunnen aanvragen.

2.9 Herinvesteringsreserves

Indien de ene fiscale-eenheidsmaatschappij een vermogensbestanddeel met een boekwinst aan een derde verkoopt en een andere fiscale-eenheidsmaatschappij ter zake een herinvesteringsvoornemen heeft, kan de fiscale eenheid desgewenst de boekwinst doteren aan een herinvesteringsreserve.⁴³ Omdat buitenlandse vennootschappen op basis van het Nederlandse fiscale recht niet in een fiscale eenheid kunnen worden gevoegd,⁴⁴ kunnen hun eventuele herinvesteringsvoornemens niet als basis dienen voor de vorming van een herinvesteringsreserve op fiscale-eenheidsniveau. De per-elementbenadering kan echter met zich brengen dat de herinvesteringsvoornemens van buitenlandse dochtermaatschappijen eveneens tot de vorming van een herinvesteringsreserve bij de fiscale eenheid kunnen leiden.

Wij tekenen echter wel meteen aan dat indien het afboeken van de gereserveerde boekwinst op een herin-

vestering door een buitenlandse vennootschap zou leiden tot het verloren gaan van de Nederlandse claim op de herinvesteringsreserve – omdat Nederland niet mag heffen over het vervangende (buitenlandse) bedrijfsmiddel –, dit in onze visie een inbreuk betekent op de evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheden tussen de EU-lidstaten. Nederland mag dit – zij het op proportionele wijze – tegengaan, bijvoorbeeld door het opleggen van een vennootschapsbelastingaanslag terwijl met de invordering van die aanslag wordt gewacht tot de aldus gecreëerde meerwaarde in het vervangende (buitenlandse) bedrijfsmiddel wordt gerealiseerd in het verkeer met derden (of – bij de implementatie van ATAD 1 – na ommekomst van een periode van vijf jaar).

2.10 Houdsterverliesregeling

Ten aanzien van de houdsterverliesregeling ex art. 20 lid 4 e.v. Wet VPB 1969 spelen in ieder geval de volgende drie aspecten.

Op de eerste plaats leidt de voeging van een dochtermaatschappij er toe dat de deelneming in die dochter niet langer zichtbaar is voor de heffing van vennootschapsbelasting.⁴⁵ Dit gegeven is van invloed op de – voor toepassing van art. 20 lid 4 Wet VPB 1969 van belang zijnde – ratio houdsteractiviteiten : overige activiteiten.

Op de tweede plaats worden het vermogen en de werkzaamheden van een gevoegde dochtermaatschappij toegerekend aan de moedermaatschappij van de desbetreffende fiscale eenheid. Ook dit gevolg is van invloed op de – met het oog op art. 20 lid 4 Wet VPB 1969 relevante – ratio houdsteractiviteiten : overige activiteiten.

Ten slotte geldt dat vordering-schuldverhoudingen tussen gevoegde lichamen vennootschapsbelastingstechnisch “onzichtbaar” zijn. Aangezien groepsfinancieringen meetellen als houdsteractiviteit, is ook het wegvallen van deze onderlinge vermogensrelatie van invloed op de – voor de toepassing van art. 20 lid 4 Wet VPB 1969 van belang zijnde – ratio houdsteractiviteiten : overige activiteiten.

Kortom, het kunnen opnemen van buitenlandse dochtermaatschappijen in een fiscale eenheid kan voor de belastingplichtigen gunstig uitpakken met het oog op de toepassing van de houdsterverliesregeling. En daarmee dient zich wederom potentieel een per-elementgeval aan.

⁴² Zie ook Q.W.J.C.H. Kok, ‘Vreemde valuta en de deelnemingsvrijstelling’, WFR 2009/115.

⁴³ Zie voor de toekomstige afboeking van de gevormde herinvesteringsreserve art. 15a lid 5 Wet VPB 1969.

⁴⁴ Afgezien van de gevallen die onder art. 15 lid 8 Wet VPB 1969 vallen.

⁴⁵ Zie HR 4 juni 1986, nr. 23 881, BNB 1986/282*.

2.11 Handel in verliesvennootschappen

Als onderdeel van de spoedreparatiemaatregelen inzake de fiscale eenheid is door de bewindsman aangekondigd dat (ook) voor de toepassing van art. 20a Wet VPB 1969 de fiscale eenheid moet worden genegeerd. Het is ons eerlijk gezegd niet helemaal duidelijk welk fiscaal lek hier potentieel kan ontstaan. Wellicht is de Staatssecretaris van Financiën bevreesd voor het volgende: als de activiteiten van de moedermaatschappij weliswaar (fors) worden ingekrompen, zijn deze activiteiten mogelijkwijs toch niet ingekrompen tot minder dan 30% ten opzichte van het oudste verliesjaar⁴⁶ indien een actieve (buitenlandse) dochtermaatschappij is/wordt gevoegd (waardoor de verliezen dus verrekenbaar blijven). Misschien is de bewindsman daarnaast van mening dat het houden van ($\geq 95\%$) deelnemingen onder omstandigheden is aan te merken als “beleggen”, hetgeen een relevant gegeven is voor de beleggingstest in art. 20a lid 4 aanhef Wet VPB 1969. Door de deelnemingen te voegen kan er onder omstandigheden voor worden gezorgd dat de bezittingen van de moedermaatschappij van de fiscale eenheid niet grotendeels uit beleggingen bestaan. In die visie kan de per-elementbenadering dus nadelig uitpakken voor de fiscus.

3 Conceptueel kader

3.1 Algemeen en belastingverdragencontext

3.1.1 Voorstel in het kort

Ons voorstel houdt in dat buitenlandse dochtermaatschappijen kunnen worden gevoegd in een fiscale eenheid met een Nederlandse moedermaatschappij. Het vermogen en de werkzaamheden van de gevoegde buitenlandse dochtermaatschappijen worden toegerekend aan – en worden daardoor vennootschapsbelastingtechnisch vermogen en werkzaamheden van – de Nederlandse moedermaatschappij van de grensoverschrijdende fiscale eenheid.^{47,48}

⁴⁶ Zie art. 20a lid 4 onderdeel a Wet VPB 1969. Vergelijk voorts art. 20a lid 4 onderdeel b Wet VPB 1969 over de intentie tot het inkrimpen van de activiteiten.

⁴⁷ In onderdeel 5 bespreken wij de fiscale eenheid tussen een buitenlandse moedermaatschappij en één of meer Nederlandse dochtermaatschappijen.

⁴⁸ Tenzij expliciet anders wordt vermeld, gaan wij niet in op de gevolgen van een grensoverschrijdende fiscale eenheid voor andere (belasting)wetten dan de vennootschapsbelasting, zoals de Wet op de dividendbelasting 1965 en de Invorderingswet 1990.

3.1.2 Belastingverdragencontext

Wanneer wij het hebben over het opnemen van buitenlandse vennootschappen in een fiscale eenheid is de eerste vraag die moet worden beantwoord, de volgende: gaat het daarbij alleen om in het buitenland gevestigde dochtermaatschappijen, of dient het eveneens mogelijk te zijn om in het buitenland gevestigde lichamen als moedermaatschappij van een grensoverschrijdende fiscale eenheid te laten fungeren? Hoewel deze rechtsvraag zeker niet onbelangrijk is, hebben wij er om didactische redenen voor gekozen die vraag meer aan het einde van onze bijdrage, te weten in onderdeel 5, te beantwoorden. Vooralsnog bespreken wij dan ook uitsluitend de systematiek waarin een in Nederland gevestigde moedermaatschappij 95% of meer van de aandelen bezit in een dochtermaatschappij die feitelijk in het buitenland is gevestigd.

Bij het openstellen van het fiscale-eenheidsregime voor buitenlandse lichamen moet de keuze worden gemaakt of het dan alleen zal gaan om in de EU gevestigde lichamen of ook om in derde landen gevestigde lichamen. Naar onze mening is het onnodig om de grensoverschrijdende fiscale eenheid te beperken tot in de EU gevestigde lichamen. Ons voorstel tot een grensoverschrijdende fiscale eenheid leidt namelijk naar onze mening tot een evenwichtig systeem, waardoor er geen angst hoeft te zijn voor een ruim(er) toepassingsbereik van de grensoverschrijdende fiscale eenheid. Zou “onze” systematiek wel ongewenste fiscale effecten oproepen, dan kan uiteraard beter überhaupt niet voor de grensoverschrijdende fiscale-eenheidsvariant worden gekozen.

De basisconceptie van “ons” grensoverschrijdende fiscale-eenheidsregime is gegrondvest op dezelfde gedachte als die van de thans geldende fiscale-eenheidsregeling, namelijk dat alle gevoegde lichamen worden behandeld alsof sprake is van één belastingplichtige in die zin dat voor vennootschapsbelastingdoeleinden het gehele vermogen en alle werkzaamheden van alle tot de fiscale eenheid behorende dochtermaatschappijen worden toegerekend aan de moedermaatschappij van die eenheid.

Onder het huidige regime zijn de gevoegde dochtermaatschappijen subjectief belastingplichtig. Dit gegeven roept onmiddellijk de vraag op hoe de samenloop van de fiscale-eenheidsregeling en (de toepassing van) onze belastingverdragen uitwerkt. Dit is bij de grensoverschrijdende fiscale eenheid een uiterst belangrijk vraagstuk. Stel, dat sprake is van een in Nederland gevestigde moedermaatschappij en een in een verdragsland gevestigde dochtermaatschappij. Er laten zich nu in principe twee benaderingen denken. Op de eerste plaats kan het belastingverdrag op de gebruikelijke wijze worden toegepast op de gevoegde buitenlandse dochtermaatschappij, want dit lichaam is immers “gewoon” zichtbaar als belastingsubject. Nederland zal op basis

van het toepasselijke belastingverdrag normaal gesproken geen heffingsrechten hebben ten aanzien van de buitenlandse dochtermaatschappij (tenzij laatstbedoeld lichaam een vaste inrichting in Nederland heeft). En als Nederland geen heffingsrechten jegens de buitenlandse dochtermaatschappij geldend kan maken, valt er als gevolg daarvan – zo zou de redenering kunnen zijn – ten aanzien van die dochter niets te consolideren. Kortom, in het geval van een buitenlandse dochtermaatschappij zonder enige nexus met Nederland wordt het object van dit lichaam door de toepassing van belastingverdragen dus niet meegenomen in de fiscale vermogens- en resultatenconsolidatie van de (grensoverschrijdende) fiscale eenheid.

Op de tweede plaats kan ervoor gekozen worden om eerst het gehele vermogen en alle werkzaamheden van de buitenlandse dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij van de (grensoverschrijdende) fiscale eenheid toe te rekenen, vervolgens het belastingverdrag op de desbetreffende moeder (en aldus op fiscale-eenheidsniveau) toe te passen en op die wijze te bepalen waarover Nederland effectief belasting kan heffen. De Hoge Raad heeft deze tweede benadering omarmd.⁴⁹

Het is natuurlijk denkbaar dat de wetgever gaat bepalen dat de verdragstoepassing *voorafgaat* aan de fiscale toerekening ex art. 15 lid 1 Wet VPB 1969 (de eerste hierboven genoemde benadering). Zou dat het ei van Columbus voor de grensoverschrijdende fiscale eenheid kunnen zijn? En wat zou een dergelijke benadering in concreto betekenen? Bij een fiscale eenheid met een buitenlandse dochtermaatschappij wordt het buitenlandse object dan niet in de consolidatie meegenomen. Dit roept echter onmiddellijk allerlei vragen op. Hoe moet in die benadering bijvoorbeeld worden omgegaan met de overdracht van vermogensbestanddelen door de (Nederlandse) moedermaatschappij aan de buitenlandse dochter? Deze overdracht is in beginsel onzichtbaar en geeft dus geen aanleiding tot belastingheffing, maar Nederland verliest de heffingsrechten ter zake van de overgedragen vermogensbestanddelen. En hoe bijvoorbeeld te denken over een – via een lening van een verbonden lichaam buiten fiscale eenheid gefinancierde – kapitaalstorting door de (Nederlandse) moeder in haar buitenlandse dochtermaatschappij die daarmee vervolgens een machine koopt? Aangezien deze kapitaalstorting voor vennootschapsbelastingdoeleinden “onzichtbaar” is wegens de fiscale toerekening, zal art. 10a Wet VPB 1969 niet van toepassing zijn op de verschuldigde rente. Nederland

heeft echter geen heffingsrechten ten aanzien van deze dochtermaatschappij, zodat de Nederlandse belastinggrondslag aldus zou worden uitgehold. Op zich kunnen deze – wat wij maar even aanduiden als – onevenwichtigheden wel weer worden opgelost, maar deze voorbeelden illustreren onzes inziens dat deze benadering – verdragstoepassing gaat vooraf aan de fiscale toerekening – conceptueel gecompliceerd is.

“Goede inkadering grensoverschrijdende fiscale eenheid in het internationaal belasting- recht is van groot belang”

Wij vinden daarom alles afwegend een op de tweede fiscale leest (eerst toerekening, dan verdragstoepassing) geschoeide benadering de aangewezen weg om binnen de verdragscontext te komen tot een evenwichtige grensoverschrijdende fiscale eenheid. Bij de concrete vormgeving van de regeling voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid dient naar onze mening wel recht te worden gedaan aan de internationaal aanvaarde en tevens in belastingverdragen neergelegde verdeling van heffingsbevoegdheden. Dit is een belangrijke randvoorwaarde omdat (1) anders de doorwerking van de grensoverschrijdende fiscale eenheid naar de verdragstoepassing in strijd met het belastingverdrag kan komen,⁵⁰ (2) de grensoverschrijdende fiscale eenheid geen planningsmogelijkheden mag bieden en (3) deze fiscale-eenheidsvariant geen negatieve budgettaire gevolgen mag oproepen.⁵¹

3.1.3 Mismatchproblematiek

Het voegen van een buitenlandse dochtermaatschappij in de fiscale eenheid met een Nederlandse moedermaatschappij kan leiden tot internationale mismatches. Immers, vanuit het Nederlandse gezichtspunt wordt de buitenlandse

⁴⁹ HR 29 juni 1988, nr. 24 738, BNB 1988/331c* en HR 13 november 1996, nr. 31 008, BNB 1998/47c*. Zie eveneens HR 11 juli 2008, nr. 43 484, BNB 2008/305c* (prejudiciële vragen in de zaak X Holding die hebben geleid tot HvJ EU 25 februari 2010, nr. C-337/08, BNB 2010/166c*).

⁵⁰ Wij verwijzen naar de concl. van A-G Wattel voor HR 20 december 2002, nr. 37 073, BNB 2003/286c* en HR 11 juli 2008, nr. 43 484, BNB 2008/305c* waarin hij in detail ingaat op de doorwerking van de fiscale eenheid in verdragssituaties.

⁵¹ Zie nader onderdeel 6.2. Recentelijk heeft de Staatssecretaris van Financiën namelijk te kennen gegeven dat hij de mogelijke budgettaire gevolgen als een nadeel van de grensoverschrijdende fiscale eenheid ziet. Bij de vormgeving van de grensoverschrijdende fiscale eenheid moet het budgettaire aspect daarom zwaar worden meegewogen.

dochtermaatschappij effectief “onzichtbaar”, terwijl het buitenland de Nederlandse fiscale eenheid in principe zal negeren en deze dochter gewoon zal blijven zien. Men zou kunnen zeggen dat Nederland – door het toestaan van een grensoverschrijdende fiscale eenheid – in feite de mogelijkheid biedt om de buitenlandse dochtermaatschappij aan te merken als een transparante entiteit, terwijl het buitenland de desbetreffende dochter op de gebruikelijke wijze als non-transparant in de belastingheffing zal blijven betrekken. Hierdoor wordt de buitenlandse dochtermaatschappij (de facto) een hybride entiteit. In ATAD 2⁵² wordt de volgende definitie gegeven van een hybride entiteit: “alle entiteiten of regelingen die krachtens de wetgeving van één rechtsgebied als een belastbare entiteit worden beschouwd en waarvan de winst of de uitgaven krachtens de wetgeving van een ander rechtsgebied als de winst of de uitgaven van een of meer andere personen worden beschouwd.” In navolging van de doelstelling van ATAD 2 is het uiteraard niet de bedoeling dat door ons voorstel mismatches tussen Nederland en het buitenland ontstaan.⁵²

In onderstaande bespreking van “ons” fiscale-eenheden-regime zullen diverse mismatch-vormen aan de orde komen. Op deze plaats willen wij daar al wat op vooruitlopen en een tweetal voorbeelden behandelen. Aan de hand van deze voorbeelden zullen wij de samenloop van de grensoverschrijdende fiscale eenheid en ATAD 2 alsmede de door ons – in dat licht – voorgestane oplossing ter wegneming van die mismatches bespreken.⁵³

Voorbeeld 1:⁵⁴

Stel, dat een Nederlandse moedermaatschappij een vordering heeft op een gevoegde buitenlandse dochtermaatschappij. Vanuit Nederlandse fiscale optiek zal deze vordering in beginsel “onzichtbaar” zijn en dus niet leiden tot vennootschapsbelastingheffing over de ter zake ontvangen rente. Vanuit buitenlandse optiek zal de schuld wel zichtbaar zijn en kan de rente (in beginsel⁵⁵) in af-

trek worden gebracht. Dit is een mismatch (deduction / no inclusion). Op grond van art. 2 lid 9 juncto art. 9 lid 2 onderdeel a ATAD 2⁵⁶ dient het buitenland deze mismatch weg te nemen door geen fiscale aftrek toe te staan. Doet het buitenland dat niet,⁵⁷ dan zal Nederland op grond van art. 9 lid 2 onderdeel b ATAD 2 de mismatch moeten wegnemen door de rentebate alsnog te belasten.

Voorbeeld 2:⁵⁸

Stel, dat een buitenlandse gevoegde dochtermaatschappij een schuld heeft opgenomen om een dividenduitkering of kapitaal terugbetaling aan de Nederlandse moedermaatschappij te doen. De Nederlandse moeder koopt met de aldus verkregen middelen een machine die zij in haar Nederlandse onderneming gaat gebruiken. Vanwege de fiscale toerekening ex art. 15 lid 1 Wet VPB 1969 zullen de schuld en de rentekosten voor Nederlandse vennootschapsbelastingdoeleinden worden toegerekend aan de moedermaatschappij. De rentekosten zullen dientengevolge in Nederland aftrekbaar zijn. In het buitenland zullen de rentekosten echter ook in aftrek kunnen worden gebracht, geabstraheerd van lokale renteaftrekbeperkingen zoals art. 10a-achtige regelingen of earningsstrippingmaatregelen. Er is wederom sprake van een mismatch (double deduction). Op grond van art. 9 lid 1 onderdeel a ATAD 2 dient het land van de investeerder, in casu Nederland, deze mismatch weg te nemen door geen fiscale aftrek toe te staan.

Uit de voorgaande voorbeelden volgt dat mismatches al worden bestreden door ATAD 2. Soms is het buitenland de eerst aangewezen partij om een mismatch weg te nemen, en soms is dat Nederland. Het mooie van ATAD 2 is dus dat er reeds een kant-en-klaar rechts- en regelkader bestaat om eventueel uit het regime van de grensoverschrijdende fiscale eenheid (conceptueel) voortvloeiende potentiële mismatches tegen te gaan.⁵⁹

52 Richtlijn (EU) 2017/952 van de Raad van 29 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybride mismatches met derde landen.

53 De voorbeelden omvatten leningen. Ook in het vervolg van deze bijdrage zullen wij aan de hand van leningssituaties de mismatchproblematiek toelichten. Wel moet dan steeds bedacht worden dat de mismatchproblematiek zich ook kan voordoen ter zake van andere interne rechtsverhoudingen (bijvoorbeeld de ter beschikkingstelling van vermogensbestanddelen). Deze mismatches kunnen uiteraard op dezelfde wijze worden weggenomen als de mismatches in leningsgevallen.

54 Vergelijk ook onderdeel 3.2.2.2.

55 Het is natuurlijk mogelijk dat in het buitenland een renteaftrekbeperking, bijvoorbeeld een earningsstrippingregeling, de aftrek van rente verbiedt. Wij abstraheren echter van lokale renteaftrekbeperkingen.

56 ATAD 2 bevat wijzigingen van en toevoegingen aan ATAD 1. Wij gebruiken in deze bijdrage de artikelnummering die de bepalingen in ATAD 1 krijgen als gevolg van ATAD 2.

57 Omdat het desbetreffende buitenland geen EU-lidstaat is of, als het desbetreffende buitenland wel een EU-lidstaat is, ATAD 2 niet op juiste wijze is geïmplementeerd.

58 Vergelijk ook onderdeel 3.2.2.2.

59 Indien Nederland in situaties waarin (op basis van ATAD 2) het buitenland (als het een EU-lidstaat betreft) de eerst aangewezen partij is om mismatches tegen te gaan, het buitenland daar desondanks niet mee wil opzaden, kunnen wij ons op zich voorstellen dat Nederland als het ware proactief zelf de mismatch wegneemt door de in ATAD 2 opgenomen defensive rules als uitgangspunt te nemen in de nationale vennootschapsbelastingwetgeving. Maar nodig is dat niet, want de – door de voeging opgeroepen – mismatch is principieel niet anders dan een mismatch die bijvoorbeeld ontstaat door een verschil in kwalificatie van een samenwerkingsverband.

3.2 Elementen van een grensoverschrijdende fiscale eenheid

3.2.1 Algemeen

Zoals gezegd, “ons” grensoverschrijdende fiscale-eenhedsregime is gebaseerd op hetzelfde uitgangspunt als de huidige regeling, namelijk de fiscale toerekening op de voet van art. 15 lid 1 Wet VPB 1969. Het gehele vermogen en alle werkzaamheden van de gevoegde dochters worden toegerekend aan de moedermaatschappij van de fiscale eenheid en de betrokken lichamen worden gezamenlijk behandeld alsof sprake is van één belastingplichtige.

Het vermogen en de werkzaamheden van de gevoegde buitenlandse dochtermaatschappijen worden dus integraal toegerekend aan de moedermaatschappij van de desbetreffende fiscale eenheid. Wat betreft de toegerekende vermogensbestanddelen bestaat een viertal mogelijkheden. Allereerst kunnen de vermogensbestanddelen van de buitenlandse dochter in haar land van feitelijke vestiging een onderneming vormen. Ten tweede kunnen de vermogensbestanddelen van de buitenlandse dochtermaatschappij een in een ander land (niet zijnde Nederland) gedreven onderneming vormen. Op de derde plaats kunnen de vermogensbestanddelen van de buitenlandse dochtermaatschappij een in Nederland gedreven onderneming vormen. Ten slotte kunnen de vermogensbestanddelen van de buitenlandse dochtermaatschappij bestaan uit niet-ondernemingsgebonden activa en passiva. Hierna behandelen wij in de onderdelen 3.2.2 t/m 3.2.5 achtereenvolgens de fiscale gevolgen van deze vier situaties.

3.2.2 Buitenlandse dochter drijft een onderneming in haar land van vestiging

3.2.2.1 Algemeen

Als gevolg van de fiscale toerekening die uit de grensoverschrijdende fiscale eenheid voortvloeit, “transformeert” de onderneming van de buitenlandse dochter in haar land van feitelijke vestiging tot een onderneming van de moedermaatschappij in hetzelfde land.⁶⁰ De desbetreffende onderneming “converteert” dus in een vaste inrichting van de moedermaatschappij van de grensoverschrijdende fiscale eenheid. Het gevolg hiervan is dat alle vermogensbestanddelen die aan de buitenlandse dochtermaatschappij toebehoren, via de voeging voor

het eerst in de Nederlandse heffingssfeer terecht komen. Op grond van de hierna uiteen te zetten systematiek (toepassing van de objectvrijstelling) worden de met deze vermogensbestanddelen gerealiseerde winsten echter niet effectief in Nederland belast. Het lijkt (op het eerste gezicht) logisch om de bedoelde vermogensbestanddelen op de – door de voeging ontstane – vaste-inrichtingsbalans op te nemen tegen de alsdan geldende marktwaarde omdat zij door de voeging van de buitenlandse dochtermaatschappij voor het eerst zichtbaar worden op de balans van de Nederlandse moedermaatschappij. Wij tekenen daar echter wel uitdrukkelijk bij aan dat dit in beginsel betekent dat voor de berekening van een eventueel in de toekomst in aanmerking te nemen stakingsverlies (zie onderdeel 3.2.2.5) dan ook van die marktwaarde zal worden uitgegaan. Heel anders dan de aankoop door een Nederlands vennootschapsbelastingplichtig lichaam van een buitenlands, naar Nederlandse maatstaven beoordeeld, transparant samenwerkingsverband met een buitenlandse onderneming is dat niet. Indien dit gevolg met het oog op de stakingsverliezen door de wetgever echter als ongewenst zou worden ervaren (hetgeen wij ons kunnen voorstellen), kan worden bepaald dat een eventueel in de toekomst in aanmerking te nemen stakingsverlies wordt berekend op basis van de in het buitenland bij de dochtermaatschappij geldende boekwaarden ten tijde van de voeging.

Indien de buitenlandse dochter is gevestigd in een verdragsland, is – vanuit de moedermaatschappij van de grensoverschrijdende fiscale eenheid bezien – sprake van een vaste inrichting in het desbetreffende verdragsland. Wordt bovendien voor doeleinden van het relevante belastingverdrag voldaan aan de voorwaarden voor het constateren van een vaste inrichting in dat land, dan geldt het volgende: zoals zojuist in onderdeel 3.1 is besproken, vindt in onze benadering verdragstoepassing niet plaats op het niveau van de buitenlandse dochtermaatschappij, maar op het niveau van de moedermaatschappij van de fiscale eenheid. Op basis van de objectvrijstelling⁶¹ of het toepasselijke belastingverdrag zal de vaste-inrichtingswinst in Nederland worden vrijgesteld (hetzij omdat dit verdrag voorziet in een eigen voorkomingsbepaling, hetzij omdat in het belastingverdrag wordt verwezen naar de voorkomingsregels die in de Nederlandse wetgeving zijn opgenomen). Hieronder gaan wij – tenzij anders vermeld – alleen in op de (nationale) objectvrijstelling en laten wij belastingverdragen met eigen voorkomingsbepalingen buiten beschouwing.

Alle vermogensbestanddelen en alle werkzaamheden van de buitenlandse dochtermaatschappij worden dus toegerekend aan de moeder van de grensoverschrijdende fiscale eenheid en dragen dientengevolge bij aan haar we-

⁶⁰ Vooruitlopend op onderdeel 3.2.5 merken wij nu reeds op dat door de buitenlandse dochtermaatschappij gehouden vermogensbestanddelen die niet aan een onderneming/vaste inrichting toerekenbaar zijn (bijvoorbeeld vrije beleggingen), in ons voorstel bij wijze van fictie tot een buitenlandse vaste inrichting worden gerekend. Zie onderdeel 3.2.5 voor onze onderbouwing van deze benadering.

⁶¹ Art. 15e e.v. Wet VPB 1969.

reldwinst, waarna die bijdrage vervolgens op grond van de objectvrijstelling uit de wereldwinst van die eenheid wordt geëlimineerd. Dit geldt echter niet voor laagbelaste buitenlandse beleggingsondernemingen.⁶² Dit laatste rechtsgevolg is terecht, aangezien anders in Nederland een heffingslek ontstaat. Laagbelast passief inkomen zou dan namelijk onbelast onder Nederland kunnen worden geplaatst.⁶³ Hier moeten wij echter wel een opmerking maken over belastingverdragen met een eigen vrijstellingsbepaling. Oudere belastingverdragen kennen soms wel een vrijstelling voor laagbelaste passieve vaste inrichtingen. Daardoor ontstaat mogelijk een probleem voor de Nederlandse schatkist: indien het desbetreffende buitenlandse lichaam niet zou zijn gevoegd, was de deelnemingsrelatie zichtbaar gebleven en had de deelnemingsvrijstelling daarop mogelijk niet van toepassing kunnen zijn.⁶⁴ Er zijn voor dit probleem conceptueel twee oplossingen denkbaar. Op de eerste plaats kan men dit gevolg voor lief nemen. Budgettair zal het (naar alle waarschijnlijkheid) geen grote gevolgen hebben omdat er thans niet veel niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen zijn. Het probleem zal zich bovendien in de loop der tijd vanzelf oplossen omdat deze oude belastingverdragen in de toekomst zullen worden vervangen door nieuwe belastingverdragen waarin de bedoelde vrijstelling ontbreekt. Op de tweede plaats kunnen niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen worden uitgesloten van het fiscale-eenheidsregime. Deze oplossing zal dan zowel voor binnenlandse als buitenlandse niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen moeten gelden.

3.2.2.2 Allocatievraagstukken (met name inzake financieringskosten)

Het in het vorige onderdeel uiteengezette uitgangspunt is op zich betrekkelijk eenvoudig. Echter, er zijn diverse aandachtspunten bij de concrete implementatie van dit uitgangspunt die nadere aandacht verdienen. Allereerst geldt dat de objectvrijstelling wordt berekend met inachtneming van Nederlandse maatstaven. Hoe het buitenland het resultaat van de desbetreffende dochtermaatschappij berekent, doet met andere woorden niet ter zake.

Een voorbeeld kan verduidelijken hoe dit gegeven kan uitwerken. Stel, een (Nederlandse) moedermaatschappij neemt een externe geldlening op en doet daarmee een kapitaalstorting in een buitenlandse dochtermaatschappij, die met deze gelden vervolgens een machine verwerft voor haar buitenlandse activiteiten. Voor de lokale winst-

bepaling van de buitenlandse dochter zijn geen rentekosten zichtbaar. Met het oog op de wereldwinst van de fiscale eenheid moeten echter wel rentekosten in aanmerking worden genomen. Vervolgens moet vanuit het Nederlandse gezichtspunt worden beoordeeld in hoeverre die rentekosten – op basis van de vaste inrichting-winstallocatieregels – aan de vaste inrichting dienen te worden toegerekend. De – aan de vaste inrichting – toegerekende rentekosten verminderen namelijk de vrij te stellen vaste-inrichtingswinst. Indien op grond van de nationale allocatieregels niet alle rentekosten toerekenbaar zijn aan de vaste inrichting, is sprake van een “allocatieverschil” in het voordeel van de belastingplichtige. Immers, het volledige bedrag aan externe rentekosten vermindert de wereldwinst van de fiscale eenheid, terwijl in een dergelijk geval een kleiner bedrag van die interestlasten in mindering wordt gebracht op de vrij te stellen vaste-inrichtingswinst. Dit fenomeen kan zich voordoen indien voor de allocatie van schulden aan vaste inrichtingen gebruik wordt gemaakt van de – door de Staatssecretaris van Financiën voorgestane – fungibility approach.⁶⁵ Om dit nadeel voor de schatkist te voorkomen, zal moeten worden gekozen voor de historische methode (tracing approach). Alsdan zal in het onderhavige voorbeeld de schuld toerekenbaar zijn aan de vaste inrichting en zullen de daarmee verband houdende rentelasten in Nederland dientengevolge niet aftrekbaar zijn. Voor de belastingplichtigen levert zulks uiteraard een nadeel op: het buitenland zal een schuld op moedermaatschappijniveau zien (het buitenland “erkent” de fiscale eenheid immers niet) en dientengevolge geen aftrek van rentekosten toestaan. De rentekosten worden dus nergens afgetrokken. Op zich is dat onwenselijk, maar zulks is naar onze mening een uitvloeisel van de gekozen systematiek, en mismatches ten nadele van belastingplichtigen worden in ATAD 2 niet geadresseerd.

Allocatieproblematiek doet zich ook voor met betrekking tot schulden van de buitenlandse dochtermaatschappij. Aangezien de activiteiten van die dochter worden gezien als een buitenlandse onderneming van de moedermaatschappij van de grensoverschrijdende fiscale eenheid, komt de vraag op of die schulden al dan niet allocerbaar zijn aan deze vaste inrichting. Ten aanzien van de vraag hoeveel schuld toerekenbaar is aan een vaste inrichting, heeft de Staatssecretaris van Financiën dus zijn voorkeur uitgesproken voor de zogenoemde fungibility approach. Dit kan betekenen dat (een gedeelte van de) schulden die civieljuridisch in de buitenlandse dochtermaatschappij “zitten”, fiscaalrechtelijk (toch) toerekenbaar zijn aan het hoofdhuis: in casu dus de Nederlandse moedermaatschappij. Dit zou een double dip opleveren en is onwenselijk. Daarom zal een historische allocatie (tracing) van schulden (aan de door de voeging ontstane vaste inrichting) moeten

62 Art. 15g Wet VPB 1969.

63 Vergelijk onderdeel 3.2.5 voor een nadere uiteenzetting.

64 Art. 13 lid 9 Wet VPB 1969. Wij gaan op deze plaats niet in op de per 1 januari 2019 op basis van ATAD 1 in te voeren CFC-regeling.

65 Besluit van 15 januari 2011, nr. IFZ2010/457 M, Stcrt. 2011, 1375, BNB 2011/91.

worden voorgeschreven.⁶⁶ Dit betekent trouwens ook dat schulden die civieljuridisch door de moedermaatschappij van de grensoverschrijdende fiscale eenheid zijn aangegaan maar niet zijn gebruikt om de buitenlandse dochter te financieren, fiscaalrechtelijk niet aan de vaste inrichting worden toegerekend. Aldus zijn dergelijke rentekosten op de gebruikelijke wijze in Nederland aftrekbaar.

Verder vragen wij aandacht voor de zogenoemde Sara-kreek-situaties. Een (Nederlandse) moedermaatschappij leent vanuit het eigen vermogen geld uit aan een gevoegde buitenlandse dochtermaatschappij, die daar vervolgens een machine mee koopt. De rentekosten zullen in het buitenland aftrekbaar zijn bij de dochtermaatschappij en de aldaar verschuldigde (vennootschaps)belasting verminderen; het buitenland zal namelijk geen rekening houden met onze fiscale eenheid. Vanwege de fiscale toerekening ex art. 15 lid 1 Wet VPB 1969 zijn de interne lening en de daarmee verband houdende rentebaten en rentelasten in beginsel “onzichtbaar” binnen de grensoverschrijdende fiscale eenheid. Vanuit Nederlands fiscale-eenheidsperspectief is alleen een met eigen vermogen gekapitaliseerde vaste inrichting te zien en de vrij te stellen vaste-inrichtingswinst wordt dus in principe niet verminderd met enig bedrag aan rentekosten.⁶⁷ Er dreigt zodoende een internationale mismatch: aftrekbare rentekosten in het buitenland en effectief geen pick up van rentebaten in Nederland. Onder het huidige fiscale-eenheidssysteem is deze mismatch ook mogelijk, maar daarvoor is een oplossing gevonden via art. 15ac lid 5 Wet VPB 1969. Bij interne royaltybetalingen kan zich deze mismatch overigens ook voordoen en art. 15ac lid 5 Wet VPB 1969 omvat vanaf 1 januari 2018 ook die gevallen.⁶⁸ Het is duidelijk dat dergelijke internationale mismatches niet de bedoeling zijn. ATAD 2 schrijft in art. 9 lid 2 onderdeel a voor dat het bui-

tenland in dergelijke situaties geen fiscale aftrek zal mogen verlenen. Voor gevallen waarin het buitenland wel aftrek geeft, zal Nederland de betaling moeten belasten. Dat kan op grond van een bepaling als art. 15ac lid 5 Wet VPB 1969 (voor zowel interne rentekosten als interne royaltybetalingen en alle andere binnen de grensoverschrijdende fiscale eenheid niet zichtbare vergoedingen waardoor een internationale mismatch kan ontstaan).

“Hopperzuiger-leer met flankerende maatregelen ter behoud Nederlandse claims”

Ten slotte wijzen wij op de situatie waarin de gevoegde buitenlandse dochtermaatschappij een vordering heeft op de Nederlandse moedermaatschappij. In beginsel is een vordering-schuldverhouding tussen vaste inrichting en hoofdhuis niet zichtbaar, zodat Nederland geen renteaftrek hoeft toe te staan. In sommige gevallen is dit echter anders, omdat vordering-schuldverhoudingen tussen hoofdhuis en vaste inrichting niet altijd “onzichtbaar” zijn. Zolang het buitenland over de rentebate belasting heft (en dat zal in het algemeen het geval zijn omdat het buitenland ondanks de grensoverschrijdende fiscale eenheid de vordering-schuldverhouding gewoon blijft zien), is dat niet problematisch.

3.2.2.3 Overdracht van vermogensbestanddelen binnen de grensoverschrijdende fiscale eenheid

Een ander belangrijk aandachtspunt is hoe moet worden omgegaan met vermogensbestanddelen met stille reserves/niet-geactiveerde goodwill die door de (Nederlandse) moedermaatschappij of door gevoegde Nederlandse dochters worden overgedragen aan de buitenlandse dochtermaatschappij. Dergelijke overdrachten zullen op het niveau van de grensoverschrijdende fiscale eenheid niet tot heffing van vennootschapsbelasting aanleiding geven. Deze vermogensbestanddelen maken na hun overdracht deel uit van de (fictieve) vaste inrichting en via de Hopperzuiger-doctrine zal Nederland de desbetreffende meerwaarden vervolgens langzaam maar zeker in de vennootschapsbelastingheffing gaan betrekken.⁶⁹

⁶⁶ Dit wil overigens niet zeggen dat elke schuld die civieljuridisch door de buitenlandse dochtermaatschappij is aangegaan, toerekenbaar is aan de vaste inrichting. Stel bijvoorbeeld dat de buitenlandse dochtermaatschappij een schuld heeft opgenomen en de aldus verkregen middelen uitkeert als dividend aan de Nederlandse moeder, die deze middelen vervolgens aanwendt in haar Nederlandse onderneming. Als dan is de schuld te traceren naar de Nederlandse onderneming (het Nederlandse hoofdhuis) en is de rente in beginsel aan Nederland toerekenbaar. Dit kan echter leiden tot dubbele aftrek (in het buitenland en in Nederland), hetgeen uiteraard niet de bedoeling is. Op grond van art. 9 lid 1 onderdeel a ATAD 2 zal Nederland geen aftrek mogen toestaan. Zie onderdeel 3.1.3.

⁶⁷ Wij veronderstellen dat er ook anderszins geen rentekosten aan de vaste inrichting toerekenbaar zijn.

⁶⁸ Zie de Wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Overige fiscale maatregelen 2018). De aanleiding voor deze uitbreiding van art. 15ac lid 5 Wet VPB 1969 is HR 23 juni 2016, nr. 14/05100, BNB 2016/171c*.

⁶⁹ HR 12 februari 1964, nr. 15 068, BNB 1964/95*. Ook onder ATAD 1 blijft Nederland de Hopperzuiger-benadering toepassen. Zie het Consultatiedocument ATAD 1 van 10 juli 2017 dat is te vinden op www.internetconsultatie.nl/consultatiedocumentatad1.

En wat gebeurt er indien de buitenlandse dochtermaatschappij vervolgens, dat wil zeggen na de overdracht van meerwaarden bevattende vermogensbestanddelen vanuit Nederland aan die dochter, wordt ontvoegd? Geschiedt dit binnen de sanctieperiode van art. 15ai Wet VPB 1969, dan is er voor de Nederlandse schatkist in het algemeen niets aan de hand. De herwaarderingswinst als gevolg van de toepassing van art. 15ai Wet VPB 1969 zal op basis van de Hopperzuiger-leer worden afgewikkeld. Ingeval (i) de ontvoeging van deze dochter plaatsvindt na de sanctietermijn van art. 15ai Wet VPB 1969, dan wel (ii) sprake is van een niet-besmette overdracht ex art. 15ai lid 3 onderdeel a Wet VPB 1969, ontstaat echter een fiscaal probleem doordat Nederland het heffingsrecht ten aanzien van de overgedragen vermogensbestanddelen door de ontvoeging verliest. Wij stellen daarom het volgende voor: indien een buitenlandse dochtermaatschappij waaraan binnen de grensoverschrijdende fiscale eenheid vermogensbestanddelen met stille reserves/niet-geactiveerde goodwill zijn overgedragen, wordt ontvoegd, wordt dit ontvoegen gekwalificeerd als een vervreemding van de desbetreffende vermogensbestanddelen.

Als gevolg van die fictieve vervreemding kan de Hopperzuiger-leer in volle omvang toepassing vinden. Overigens ligt hier wel een EU-rechtelijk probleem op de loer. Belastingheffing ineens in dit soort van gevallen is een belemmering, want bij de ontvoeging van een binnenlandse dochtermaatschappij wordt – ingeval art. 15ai Wet VPB 1969 toepassing mist – immers niet geheven over de meerwaarden in alle vermogensbestanddelen die in het verleden aan die dochter binnen de fiscale eenheid zijn overgedragen. Daarom zal voor de invordering van vennootschapsbelasting die wordt opgeroepen door onze fictieve vervreemding, uitstel van betaling voor een periode van vijf jaar moeten worden gegeven.⁷⁰

3.2.2.4 Valutaresultaten

Een ander rechtsgevolg van het opnemen van een buitenlandse dochtermaatschappij in een grensoverschrijdende fiscale eenheid dat speciale beoordeling vraagt, heeft te maken met de fiscale behandeling van valutaresultaten. Stel, dat de desbetreffende dochtermaatschappij een Engelse vennootschap is met een in Engeland uitgeoefende onderneming. Indien deze buitenlandse dochtermaatschappij niet wordt gevoegd, is sprake van een deelneming waarmee een valutarisico wordt gelopen.⁷¹ Valuta-

resultaten ter zake van een deelneming vallen onder de deelnemingsvrijstelling.⁷² Indien de Engelse dochtermaatschappij wordt gevoegd, “converteert” de deelneming in deze dochter echter in een vaste inrichting van de moedermaatschappij van de grensoverschrijdende fiscale eenheid. Valutaresultaten ter zake van een vaste inrichting worden onder de objectvrijstelling niet vrijgesteld en zijn dus belast/afteikbaar. Hoewel dit zowel in het voordeel als in het nadeel van de Nederlandse schatkist kan uitpakken, achten wij het goed voorstelbaar dat de wetgever dit gevolg van een grensoverschrijdende fiscale eenheid wenst uit te sluiten. Aannemende dat dit EU-rechtelijk inderdaad mogelijk is,⁷³ kan worden gedacht aan een nieuw voorschrift in art. 15e Wet VPB 1969 met de volgende inhoud: de op grond van de objectvrijstelling te elimineren valutawinst wordt bepaald in de situsmunt, dat wil zeggen de valuta die wordt gehanteerd in het land waar de buitenlandse dochtermaatschappij feitelijk is gevestigd.⁷⁴ Aldus stellen wij een lex specialis voor die in grensoverschrijdende fiscale-eenheidssituaties meebrengt dat de te elimineren vaste-inrichtingswinst eveneens valutaresultaten gaat omvatten.

3.2.2.5 Stakingsverliezen

Ten slotte rijst in dit kader de vraag hoe dient te worden omgegaan met stakingsverliezen die samenhangen met de vaste inrichting die ontstaat door het opnemen van een buitenlandse dochtermaatschappij in de grensoverschrijdende fiscale eenheid. Het lijkt ons (budgettair) niet bezwaarlijk dergelijke verliezen fiscaalrechtelijk in aftrek toe te laten.⁷⁵ Immers, de liquidatieverliesregeling ex art. 13d e.v. Wet VPB 1969 is niet meer op de gevoegde buitenlandse dochtermaatschappij van toepassing,⁷⁶ zodat dubbele verliesneming in dat opzicht niet mogelijk is.⁷⁷

3.2.3 Buitenlandse dochter heeft een vaste inrichting in een derde land

Indien de buitenlandse dochtermaatschappij over een vaste inrichting in een derde land beschikt, wordt deze vaste inrichting door de fiscale toerekening van art. 15 lid 1 Wet VPB 1969 een vaste inrichting van de moedermaatschappij van de grensoverschrijdende fiscale een-

⁷⁰ Vergelijk ATAD 1. Er zou overigens kunnen worden verdedigd dat de bedoelde periode van vijf jaar al kan beginnen te lopen vanaf het moment waarop de overdracht van het vermogensbestanddeel binnen de fiscale eenheid heeft plaatsgevonden.

⁷¹ Wij veronderstellen dat de (Nederlandse) aandeelhouder de euro als functionele valuta hanteert.

⁷² HR 9 juni 1982, nr. 21 142, BNB 1982/230*, HvJ EU 10 juni 2015, nr. C-686/13 (X AB), V-N 2015/10.16 en HR 8 juli 2016, nr. 15/00878, BNB 2016/233c*.

⁷³ Hetgeen wij aannemelijk achten. Zie onderdeel 2.6.

⁷⁴ Voor een nadere uitwerking verwijzen wij naar onderdeel 4.6.

⁷⁵ Zie onderdeel 3.2.2.1 voor de berekening van de omvang van een stakingsverlies.

⁷⁶ Vergelijk HR 4 juni 1986, nr. 23 381, BNB 1986/282* inzake de “gewone” fiscale eenheid.

⁷⁷ Zie voorts onderdeel 4.3.

heid.⁷⁸ Op de resultaten die met deze vaste inrichting worden behaald, is het belastingverdrag tussen Nederland en dat derde land en/of de objectvrijstelling van art. 15e e.v. Wet VPB 1969 van toepassing. De fiscale systematiek en de relevante aandachtspunten wijken niet af van die welke wij zojuist in onderdeel 3.2.2 in kaart hebben gebracht en besproken.

3.2.4 *Buitenlandse dochter heeft een vaste inrichting in Nederland*

Drijft de buitenlandse dochtermaatschappij in Nederland een onderneming door middel van een vaste inrichting, dan wordt die onderneming door de fiscale toerekening ex art. 15 lid 1 Wet VPB 1969 een onderneming van de moedermaatschappij van de grensoverschrijdende fiscale eenheid. Nederland zal de resultaten uit die onderneming uiteraard op de gebruikelijke wijze “meenemen” in de belastbare grondslag. Complicaties doen zich in dit verband naar onze mening niet voor. Indien bijvoorbeeld een “besmette” transactie in de zin van art. 15ai Wet VPB 1969 heeft plaatsgevonden met deze Nederlandse vaste inrichting van de buitenlandse dochtermaatschappij, behoudt Nederland het heffingsrecht en is – mede doordat art. 15ai Wet VPB 1969 op de gebruikelijke wijze toepassing kan vinden – de in onderdeel 3.2.2.3 voorgestelde “fictieve vervreemding bij ontvoeging” niet nodig.

Aangezien de vermogensbestanddelen die tot de Nederlandse vaste inrichting van de buitenlandse dochtermaatschappij behoren, zich reeds in de Nederlandse heffingsfeer bevinden, bestaat er – dit in tegenstelling tot de gevallen die in 3.2.2, 3.2.3 en 3.2.5 centraal staan – onzes inziens geen aanleiding om dit vaste-inrichtingsvermogen op het moment van de voeging voor de waarde in het economische verkeer op de fiscale-eenheidsbalans op te nemen. In navolging van de gebruikelijke systematiek voor “binnenlandse” voegingen worden de fiscale boekwaarden van het bedoelde vaste-inrichtingsvermogen in casu doorgeschoven naar de (moedermaatschappij van de) grensoverschrijdende fiscale eenheid.

3.2.5 *Buitenlandse dochter bezit niet-ondernemingsgebonden activa en passiva*

Door de fiscale toerekening van alle vermogensbestanddelen van de buitenlandse dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij van de grensoverschrijdende fiscale eenheid zullen de daarmee gerealiseerde voordelen bij die moeder in de vennootschapsbelastingheffing worden betrokken. Zoals in onderdeel 3.1 al is beschreven, past

Nederland in onze benadering het belastingverdrag niet toe op het niveau van de (gevoegde) buitenlandse dochtermaatschappij, maar op het niveau van de moedermaatschappij van de fiscale eenheid. Buitenlandse niet-ondernemingsgebonden en aan de moeder toegerekende activa en passiva komen echter niet in aanmerking voor verdragsbescherming/de objectvrijstelling, aangezien ze niet tot een vaste inrichting behoren. De met deze vermogensbestanddelen gerealiseerde voordelen worden dus wegens de nationale fiscale-eenheidssystematiek effectief in Nederland belast. Er ontstaat daardoor dubbele belastingheffing, aangezien het buitenland – waar de gevoegde buitenlandse dochtermaatschappij zelfstandig aan (vennootschaps)belasting is onderworpen – de resultaten die met deze vermogensbestanddelen zijn behaald, eveneens in de (vennootschaps)belastingheffing zal betrekken. Indien verliezen worden geleden met dergelijke vermogensbestanddelen, zal sprake zijn van dubbele verliesnemingsdoordat de beleggingsverliezen zowel in het buitenland als in Nederland verdisconteerd kunnen worden. Aldus wordt de verdragstoepassing en de internationale verdeling van heffingsbevoegdheden doorkruist, iets wat wij willen voorkomen.⁷⁹ Daarom stellen wij voor dat ook niet-ondernemingsgebonden vermogensbestanddelen van de buitenlandse dochtermaatschappij onder de werkingssfeer van art. 15e Wet VPB 1969 worden gebracht.⁸⁰ Dit kan worden gerealiseerd door te bepalen dat alle vermogensbestanddelen van een buitenlandse dochtermaatschappij, ongeacht of deze activa en passiva al dan niet tot het ondernemings- casu quo vaste-inrichtingsvermogen behoren, (bij fictie) worden aangemerkt als een buitenlandse onderneming.⁸¹

Deze systematiek brengt tegelijkertijd mee dat bij de overdrachten van vermogensbestanddelen met meerwaarden aan de buitenlandse dochtermaatschappij voorkomen moet worden dat Nederland het heffingsrecht daarover verliest. Zoals wij al hebben beschreven in onderdeel 3.2.2.3 stelt de Hopperzuiger-doctrine in combinatie met een fictieve vervreemding in het geval van ontvoeging van de desbetreffende buitenlandse dochtermaatschappij de Nederlandse fiscale claims (ook) in dit soort situaties veilig.

⁷⁹ Zie daarvoor ook onderdeel 3.1.2.

⁸⁰ Voor wat betreft het op de fiscale-eenheidsbalans opnemen voor de waarde in het economische verkeer van alle vermogensbestanddelen die aan de te voegen buitenlandse dochtermaatschappij toebehoren op het tijdstip van totstandkoming van de grensoverschrijdende fiscale eenheid, verwijzen wij naar de onderdelen 3.2.2.1 en 3.2.3.

⁸¹ In zijn conclusie voor HR 11 juli 2008, nr. 43 484, BNB 2008/305c* heeft A-G Wattel betoogd dat onder het oude regime van de fiscale eenheid (tot 1 januari 2003) dit mogelijk al de benadering van de Hoge Raad was bij de destijds mogelijke grensoverschrijdende fiscale eenheid.

⁷⁸ In onderdeel 3.2.2.1 hebben wij al opgemerkt dat alle vermogensbestanddelen die aan de buitenlandse dochter toebehoren, ten tijde van haar voeging voor de waarde in het economische verkeer op de fiscale-eenheidsbalans worden opgenomen.

Echter, er moet wel worden gewaakt tegen oneigenlijk gebruik. Binnen een fiscale eenheid is de deelnemingsrelatie tussen de moedermaatschappij en de (gevoegde) dochtermaatschappijen immers niet langer zichtbaar.⁸² Dit betekent dat waardeinstijgingen van het aandelenbelang in de buitenlandse dochtermaatschappij en winstuitkeringen door dergelijke dochters in Nederland niet zichtbaar zijn. In combinatie met de (uitgebreide) objectvrijstelling van art. 15e e.v. Wet VPB 1969 zou onze benadering meebrengen dat de belastingplichtigen laag belast passief vermogen in een buitenlandse dochtermaatschappij kunnen onderbrengen zonder dat in voorkomende gevallen⁸³ de uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling voor laag belaste beleggingsdeelnemingen ex art. 13 lid 9 e.v. Wet VPB 1969 toepassing kan vinden. Dit moet uiteraard worden tegengegaan. Wij stellen om die reden voor de objectvrijstelling niet te laten gelden voor laagbelaste beleggingsresultaten van dergelijke buitenlandse dochters.⁸⁴ Zoals is besproken in onderdeel 3.2.2.1, is het daarnaast denkbaar om niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen überhaupt geen toegang tot de fiscale eenheid te geven. Indien voor die benadering wordt gekozen, speelt de in dit onderdeel besproken problematiek alleen nog maar voor het niet-ondernemingsgebonden vermogen van een dochtermaatschappij die geen niet-kwalificerende beleggingsdeelneming is.

3.3 Inpassing van ons voorstel in de huidige fiscale wetgeving

Naar onze mening is het goed mogelijk om de grensoverschrijdende fiscale eenheid in te passen in het huidige wettelijke systeem. Wij merken voorts op dat door de introductie van een grensoverschrijdende fiscale eenheid alle gecompliceerde bepalingen voor (i) fiscale eenheden met buitenlandse dochtermaatschappijen die met een vaste inrichting in Nederland participeren in de fiscale eenheid (zie met name art. 29 t/m art. 31 Besluit fiscale eenheid 2003 en art. 34 t/m 38a Besluit fiscale eenheid 2003) alsmede (ii) "Papillon" en "zuster" fiscale eenheden integraal kunnen vervallen.⁸⁵ Dit leidt tot een niet te veronachtzamen vereenvoudiging voor zowel de belastingplichtigen als de fiscus.

⁸² HR 4 juni 1986, nr. 23 881, BNB 1986/282*.

⁸³ Als de deelneming wel onder de deelnemingsvrijstelling valt omdat ondanks de beleggingen geen sprake is van een (niet-kwalificerende) beleggingsdeelneming, wordt de toepassing van art. 13 lid 9 Wet VPB 1969 niet gefrustreerd.

⁸⁴ Vergelijk eveneens hetgeen in onderdeel 3.2.2.1 is opgemerkt ten aanzien van laagbelaste buitenlandse beleggingsondernemingen.

⁸⁵ Wij lopen met deze conclusie overigens enigszins vooruit op onze behandeling van de grensoverschrijdende fiscale eenheid met een buitenlandse moedermaatschappij in onderdeel 5.

Zoals uit de voorgaande onderdelen is gebleken en ook de navolgende onderdelen zullen uitwijzen, vereist de grensoverschrijdende fiscale eenheid diverse nieuwe flankerende maatregelen in de Wet VPB 1969. Wij stellen voor om die additionele bepalingen zo veel mogelijk te verankeren in één nieuw wetsartikel, art. 15ak (nieuw). Waar nodig kunnen detailregelingen worden opgenomen in een nieuw besluit getiteld "Uitvoeringsregeling grensoverschrijdende fiscale eenheden", dan wel in een aparte en nieuwe sectie van het Besluit fiscale eenheid 2003. Het voordeel van deze benadering is dat de bepalingen die (ook) gelden voor "normale" (binnenlandse) fiscale eenheden, ongewijzigd kunnen blijven en niet gecompliceerd(er) worden door de invoering van de grensoverschrijdende fiscale eenheid. Voor de "reguliere" fiscale eenheden blijft het regime aldus zoals dat altijd al was. Alleen de grensoverschrijdende fiscale-eenhedenvariant krijgt te maken met enkele nieuwe speciale bepalingen als aanvulling op de bestaande fiscale-eenhedenregels.

3.4 Bepalingen bij de voeging en de ontvoeging

3.4.1 Algemeen

Tot op heden zijn wij niet ingegaan op de bepalingen (met uitzondering van art. 15ai Wet VPB 1969) die spelen bij de voeging en de ontvoeging van lichamen. De meeste van die bepalingen kunnen bij een grensoverschrijdende fiscale eenheid op dezelfde wijze worden toegepast als bij een "binnenlandse" fiscale eenheid. Ten minste een tweetal bepalingen verdient echter speciale aandacht, namelijk art. 15ab lid 6 Wet VPB 1969 (onderlinge vordering-schuldverhoudingen bij voeging) en art. 13d lid 8 Wet VPB 1969 (opgeofferd bedrag in het geval van een ontvoeging).

3.4.2 Toepassing van art. 15ab lid 6 Wet VPB 1969

Art. 15ab lid 6 Wet VPB 1969 schrijft ten aanzien van een vordering-schuldverhouding tussen te voegen maatschappijen voor dat de crediteur de vordering – op het onmiddellijk aan het voegingstijdstip voorafgaande moment – op de bedrijfswaarde (met als maximum de nominale waarde) moet stellen, terwijl de debiteur de schuld op hetzelfde tijdstip moet waarderen op hetzelfde bedrag als waarvoor de corresponderende vordering ex art. 15ab lid 6 Wet VPB 1969 bij de schuldeiser is gewaardeerd. Hieronder gaan wij uit van de situatie waarin de waarde van de schuldvordering onder de nominale waarde ligt. Wij onderscheiden een viertal situaties:⁸⁶

⁸⁶ Wij gaan ervan uit dat de moedermaatschappij de crediteur is en de dochtermaatschappij de debiteur. Maar de analyse geldt mutatis mutandis voor de gevallen waarin de dochtermaatschappij de crediteur is en de moedermaatschappij de debiteur.

- (i) de vordering behoort tot het Nederlandse vermogen van de Nederlandse moedermaatschappij en de schuld behoort tot het Nederlandse vaste-inrichtingsvermogen van de buitenlandse dochtermaatschappij;
- (ii) de vordering behoort tot het Nederlandse vermogen van de Nederlandse moedermaatschappij en de schuld behoort tot het buitenlandse vermogen van de buitenlandse dochtermaatschappij;
- (iii) de vordering behoort tot het buitenlands vaste-inrichtingsvermogen van de Nederlandse moedermaatschappij en de schuld behoort tot het Nederlandse vaste-inrichtingsvermogen van de buitenlandse dochtermaatschappij;
- (iv) de vordering behoort tot het buitenlandse vaste-inrichtingsvermogen van de Nederlandse moedermaatschappij en de schuld behoort tot het buitenlandse vermogen van de buitenlandse dochtermaatschappij.

In de eerste situatie kan art. 15ab lid 6 Wet VPB 1969 effectief bij de moeder en de dochter worden toegepast. De moedermaatschappij heeft in Nederland een aftrekbaar verlies (voor zover zij dat al niet eerder in aanmerking had genomen op grond van goed koopmansgebruik), terwijl de dochtermaatschappij in Nederland een winst op de schuld in aanmerking moet nemen.

In de tweede situatie zal de Nederlandse moedermaatschappij de vordering (als dat al niet is gebeurd op basis van goed koopmansgebruik) op grond van art. 15ab lid 6 Wet VPB 1969 afwaarderen. Omdat de vordering-schuldverhouding daarna (in beginsel) "onzichtbaar" wordt – een vordering van het hoofdhuis op een vaste inrichting is (in beginsel) fiscaal "onzichtbaar" –, is sprake van een definitief afwaarderingsverlies bij de moedermaatschappij terwijl daartegenover geen winstneming bij de buitenlandse dochtermaatschappij staat omdat die dochter niet onder het toepassingsbereik van art. 15ab lid 6 Wet VPB 1969 valt. Indien de wetgever dit gevolg onwenselijk zou vinden,⁸⁷ kan wellicht worden gedacht aan het volgende: art. 15ab lid 6 Wet VPB 1969 wordt anders vormgegeven en wel in die zin dat de afwaardering van een schuldvordering bij de crediteur teruggenomen wordt op het tijdstip dat onmiddellijk aan de totstandkoming van de fiscale eenheid voorafgaat. Dus anders dan onder de huidige wettelijke systematiek wordt alsdan de partij die fiscaalrechtelijk heeft geprofiteerd van de afboeking, geconfronteerd met belas-

tingheffing over een winst die even groot is als het bedrag dat in de loop der tijd op de desbetreffende schuldvordering is afgeboekt. Wij achten dit niet echt nodig, maar willen de problematiek wel signaleren en van een mogelijke oplossing voorzien.

In de derde situatie zal art. 15ab lid 6 Wet VPB 1969 bij de moedermaatschappij effectief geen fiscale gevolgen hebben. Een waardevermindering van de vordering zal bij de moeder niet in de belastbare winst tot uiting komen (en ook niet eerder tot uiting zijn gekomen) omdat de vordering behoort tot het vrij te stellen vaste-inrichtingsvermogen. Bij de te voegen buitenlandse dochtermaatschappij zal art. 15ab lid 6 Wet VPB 1969 wel effect hebben en leiden tot winstneming. Nederland kan immers het Nederlandse vaste-inrichtingsresultaat in de belastingheffing betrekken. Het eindresultaat is dat ter zake van de schuldvordering geen afwaardering ten laste van de Nederlandse winst heeft plaatsgevonden, terwijl de buitenlandse dochter wel met winstneming (in Nederland) op haar schuld wordt geconfronteerd.

"Ook oog voor voegings- en ontvoegingsproblematiek"

In de vierde situatie zal art. 15ab lid 6 Wet VPB 1969 noch bij de moedermaatschappij, noch bij de dochtermaatschappij tot belastingheffing in Nederland leiden. Vordering en schuld bevinden zich immers effectief buiten de Nederlandse heffingssfeer.

3.4.3 Art. 13d lid 8 Wet VPB 1969

Bij de ontvoeging van een dochtermaatschappij wordt de deelnemingsrelatie tussen de moedermaatschappij en de desbetreffende dochtermaatschappij weer zichtbaar en zal een (nieuw) opgeofferd bedrag ten aanzien van die deelneming moeten worden vastgesteld. Art. 13d lid 8 Wet VPB 1969 bepaalt dat het opgeofferde bedrag wordt gesteld op het fiscale eigen vermogen van de ontvoegde dochtermaatschappij, verminderd met de fiscaal toelaatbare reserves. Deze systematiek kan in de grensoverschrijdende context potentieel onwenselijke gevolgen oproepen.

Ter illustratie geven wij het volgende voorbeeld: stel, een buitenlandse dochtermaatschappij wordt aangekocht voor 1000. Na een aantal jaren is de marktwaarde van die dochter gestegen tot 3500. Als de dochter vervolgens wordt gevoegd, zal voor de Nederlandse belastingheffing in beginsel een step up van haar vermogensbestanddelen naar de waarde in het economische

⁸⁷ Uit art. 13b en art. 13ba Wet VPB 1969 blijkt dat de wetgever in het algemeen niet is gecharmeerd van definitieve afwaarderingsverliezen op groepsvorderingen. Wij merken echter op dat het hier beschreven effect zich ook voordoet bij de voeging van een Nederlandse moedermaatschappij als crediteur met een Nederlandse dochtermaatschappij als debiteur, waarbij de schuld toerekenbaar is aan het buitenlandse vaste-inrichtingsvermogen van die dochter.

verkeer plaatsvinden.⁸⁸ Wordt deze dochter vervolgens (onmiddellijk) ontvoegd, dan is het fiscaal eigen vermogen van die dochter (naar Nederlandse maatstaven) 3500. Ingeval het opgeofferde bedrag dan wordt vastgesteld op 3500, is het opgeofferde bedrag als het ware "opgepompt". Dit kan niet de bedoeling zijn, zo zou kunnen worden betoogd. Desgewenst kan worden voorgeschreven dat bij de ontvoeging van de buitenlandse dochtermaatschappij het opgeofferde bedrag wordt bepaald op basis van het voor de buitenlandse belastingheffing geldende fiscale vermogen ten tijde van de voeging.

4 Gevolgen die aan de grensoverschrijdende fiscale eenheid zijn verbonden

4.1 Algemeen

In onderdeel 2 hebben wij aan de hand van diverse onderwerpen de belangrijkste gevolgen van de fiscale eenheid behandeld in het licht van de (dreigende) per-elementbenadering. In dit onderdeel werken wij ons voorstel tot een grensoverschrijdende fiscale eenheid in relatie tot deze onderwerpen nader uit. Soms is die uitwerking bij de bespreking van het conceptuele kader in onderdeel 3 al volledig aan de orde gekomen. Dan gaan wij er in dit onderdeel niet verder op in. Waar deze uitwerking slechts gedeeltelijk heeft plaatsgevonden, zullen wij – teneinde niet (te veel) in herhaling te vervallen – in zoverre verwijzen naar onderdeel 3.

4.2 Verliessaldering

Wat betreft de verliessaldering kan (theoretisch) onderscheid worden gemaakt tussen de volgende drie situaties:

- de buitenlandse dochter drijft in haar land van feitelijke vestiging of in een derde land een onderneming door middel van een vaste inrichting;
- de buitenlandse dochtermaatschappij drijft in Nederland een onderneming door middel van een vaste inrichting;
- de buitenlandse dochter drijft geen onderneming.

In de eerste situatie zal het buitenlandse verlies in principe door de toepassing van een belastingverdrag en/of art. 15e e.v. Wet VPB 1969 niet in aanmerking kunnen worden genomen in Nederland. Geheel in overeenstemming met het huidige stelsel beïnvloedt het buitenlandse verlies van de desbetreffende dochtermaatschappij het in Nederland belastbare resultaat van de grensoverschrijdende

de fiscale eenheid niet; complicaties doen zich in dit kader onzes inziens niet voor.⁸⁹

In het tweede geval maakt het verlies deel uit van het fiscale-eenheidsresultaat en komt zodoende in Nederland in aftrek. Ook dit rechtsgevolg is niet anders dan onder het huidige fiscale-eenheidsregime en wij zien voor de grensoverschrijdende fiscale eenheid in dit kader dan ook geen (nadere) problemen.

In de derde situatie kan het buitenlandse verlies in beginsel in mindering worden gebracht op de Nederlandse fiscale-eenheidswinst, maar wij hebben zojuist in onderdeel 3.2.5 het volgende voorgesteld: alle positieve en negatieve resultaten die samenhangen met buitenlandse, niet tot een onderneming casu quo vaste inrichting behorende vermogensbestanddelen van de buitenlandse dochter worden onder de objectvrijstelling gerangschikt. Het gevolg van ons voorstel is dan ook dat dergelijke (beleggings)verliezen de fiscale-eenheidswinst niet verlagen.⁹⁰

Met inachtneming van ons voorstel inzake de buitenlandse niet-ondernemingsverliezen levert de grensoverschrijdende fiscale eenheid naar onze mening wat betreft de verliessaldering dan ook geen zorgen casu quo bezwaren op. Van enige oneigenlijke verliesimport is bij "onze" grensoverschrijdende fiscale eenheid immers geen sprake.

4.3 Stakingsverliezen

Wij verwijzen kortheidshalve naar hetgeen wij in onderdeel 3.2.2.5 over stakingsverliezen hebben opgemerkt. Het lijkt ons niet problematisch om stakingsverliezen in Nederland via de grensoverschrijdende fiscale eenheid in aftrek toe te laten. Wel merken wij ter aanvulling het volgende op: bij een staking als gevolg van de ontvoeging van een buitenlandse dochtermaatschappij⁹¹ kan van het in aanmerking nemen van een stakingsverlies in principe geen sprake zijn. De onderneming wordt op dat moment immers voortgezet door een met de belastingplichtige verbonden lichaam (de ontvoegde dochtermaatschappij is ten tijde van de ontvoeging een verbonden lichaam van de (voormalige) moedermaatschappij van de grensoverschrijdende fiscale eenheid).⁹² Overigens los daarvan, het verlies van de buitenlandse dochtermaat-

⁸⁹ Wij abstraheren hier van laagbelast beleggingsvermogen. Zie daarvoor de onderdelen 3.2.2.1 en 3.2.5.

⁹⁰ Wij abstraheren hier wederom van laagbelast beleggingsvermogen. Vergelijk de onderdelen 3.2.2.1 en 3.2.5.

⁹¹ De moedermaatschappij houdt dan namelijk op winst uit die buitenlandse onderneming te genieten. Zie over dit onderwerp Q.W.J.C.H. Kok, 'De stakingsverliesregeling en het regime fiscale eenheid', WFR 2014/523.

⁹² Vergelijk art. 14 Besluit fiscale eenheid 2003.

⁸⁸ Zie onderdeel 3.2.2.1.

schappij zal in een dergelijk geval in het algemeen niet verloren gaan. Er is daarom sowieso geen reden om aftrek van een stakingsverlies toe te staan. Dit kan desgewenst expliciet worden geregeld in art. 15ak (nieuw).

4.4 Overdracht van vermogensbestanddelen binnen de grensoverschrijdende fiscale eenheid

4.4.1 Overdracht van vermogensbestanddelen door een gevoegd Nederlands lichaam aan een buitenlandse dochtermaatschappij

In dit verband kunnen (theoretisch) de volgende drie situaties worden onderkend:

- het aan de buitenlandse dochter overgedragen vermogensbestanddeel gaat deel uitmaken van een buitenlandse onderneming die wordt gedreven door middel van een vaste inrichting;
- het aan de buitenlandse dochtermaatschappij overgedragen vermogensbestanddeel gaat in Nederland deel uitmaken van een onderneming die wordt gedreven door middel van een vaste inrichting;
- het aan de buitenlandse dochtermaatschappij overgedragen vermogensbestanddeel gaat geen deel uitmaken van een onderneming die wordt gedreven door middel van een vaste inrichting.

In de onderdelen 3.2.2 t/m 3.2.5 hebben wij uitgewerkt hoe moet worden omgegaan met deze drie gevallen. Daarbij hebben wij bovendien aandacht besteed aan de vraag hoe Nederland het heffingsrecht over de – in de overgedragen activa en passiva ten tijde van de interne overdracht – aanwezige meerwaarden veilig kan stellen. In dat kader hebben wij ten aanzien van het zojuist onderscheiden eerste en derde geval een fictieve vervreemding voorgesteld indien de buitenlandse dochtermaatschappij/overnemer wordt ontvoegd.⁹³ In de Invorderingswet 1990 zal overigens, zoals reeds door ons is aangestipt in onderdeel 3.2.2.3, een bepaling moeten worden opgenomen die de belastingplichtigen de mogelijkheid biedt uitstel van betaling aan te vragen indien toepassing van deze fictieve vervreemding leidt tot een additionele vennootschapsbelastinglast.

4.4.2 Overdracht van vermogensbestanddelen door een buitenlandse dochtermaatschappij aan een gevoegd Nederlands lichaam

Indien een vermogensbestanddeel, al dan niet met een meerwaarde, door een buitenlandse fiscale-eenheidsmaatschappij wordt overgedragen aan een Nederlandse

fiscale-eenheidsmaatschappij en daarna in de Nederlandse heffingsfeer terecht komt, geldt het volgende. Deze overdracht binnen een grensoverschrijdende fiscale eenheid zal op dezelfde wijze moeten worden behandeld als de overdracht – buiten fiscale-eenheidsverband – van een vermogensbestanddeel vanuit een buitenlandse vaste inrichting naar het Nederlandse hoofdhuis. Zo'n overdracht heeft geen invloed op de generale balans en de wereldwinst. Voor de toepassing van de objectvrijstelling geldt dat de vaste inrichting – vanuit Nederland gezien voor de bepaling van de aftrekwinst – een winst of verlies kan realiseren. Is sprake van overdrachtswinst, dan wordt vervolgens de belastbare winst van de belastingplichtige/fiscale eenheid verlaagd met hetzelfde bedrag. Resulteert de overdracht vanuit de vaste inrichting in een verlies, dan zal de belastbare winst van de belastingplichtige/fiscale eenheid met eenzelfde bedrag moeten worden verhoogd. Dit betekent dat de wereldwinst en de voorkomingswinst uit elkaar gaan lopen: geen resultaat in de wereldwinst, maar wel voor de toepassing van de objectvrijstelling. Wij vinden dit echter geen principieel bezwaar omdat dit fenomeen bij enkelvoudige belastingplichtigen met "normale" vaste inrichtingen ook kan spelen en louter een timing-aspect betreft. Mocht het Ministerie van Financiën het bedoelde uit elkaar gaan lopen wel problematisch vinden, dan is het geen bezwaar om wat dit punt betreft een inbreuk te maken op de Hopperzuiger-doctrine.

4.5 Art. 10a en art. 13l Wet VPB 1969

Als gevolg van de opname van een buitenlandse dochtermaatschappij in een grensoverschrijdende fiscale eenheid en de daaruit voortvloeiende vermogensconsolidatie zijn interne 10a-rechtshandelingen en interne deelnemingsverhoudingen vennootschapsbelastingstechnisch non-existent. In beginsel betekent dit dat de (externe) rentelasten die met deze rechtshandelingen casu quo deelnemingen samenhangen, niet door art. 10a Wet VPB 1969 respectievelijk art. 13l Wet VPB 1969 worden bestreken.

Indien in deze situatie de buitenlandse dochtermaatschappij zelf (bijvoorbeeld) een kapitaalstorting in een niet-gevoegd verbonden lichaam doet of indien de buitenlandse dochtermaatschappij zelf niet-gevoegde deelnemingen heeft, kunnen de voormelde artikelen in voorkomende gevallen wel worden toegepast. Immers, uit hoofde van de fiscale toerekening ex art. 15 lid 1 Wet VPB 1969 is het de moedermaatschappij van de grensoverschrijdende fiscale eenheid die alsdan wordt geacht de kapitaalstorting te hebben verricht respectievelijk de niet-gevoegde deelnemingen te houden.

Stel, dat de Nederlandse moedermaatschappij bij een crediteur buiten de fiscale eenheid een schuld opneemt en daarmee een kapitaalstorting in een gevoegde buiten-

⁹³ Voor de tweede situatie is een fictieve vervreemding bij de ontvoering van een buitenlandse dochtermaatschappij niet nodig omdat Nederland het heffingsrecht behoudt. In voorkomende gevallen kan art. 15ai Wet VPB 1969 op de gebruikelijke wijze toepassing vinden. Zie ook onderdeel 3.2.4.

landse dochtermaatschappij doet. Stel voorts dat de buitenlandse dochter de ontvangen gelden in haar buitenlandse onderneming (of fictieve buitenlandse onderneming⁹⁴) aanwendt. Er is dan in het systeem van de grensoverschrijdende fiscale eenheid sprake van een schuld van de belastingplichtige (lees: Nederlandse moedermaatschappij) die op de een of andere manier samenhangt met de vaste inrichting. Wij gebruiken bewust de wat vage bewoordingen “een of andere manier”, omdat in dit kader uiteraard de allocatie van schulden aan een vaste inrichting van belang is. De Hoge Raad volgt in principe de historische methode: is een vermogensbestanddeel – dat in de vaste inrichting wordt gebruikt – gefinancierd met een schuld, dan wordt deze schuld ook aan de vaste inrichting toegerekend.⁹⁵ Zoals reeds is vermeld in onderdeel 3.2.2.2, heeft de Staatssecretaris van Financiën in een beleidsbesluit uit 2011⁹⁶ zijn voorkeur uitgesproken voor de zogenoemde fungibility approach. Hierbij wordt, in de woorden van het genoemde besluit, “de totale rentelast van de generale onderneming naar rato (...) toegerekend aan de vaste inrichting en (is) het historisch verband met een lening niet van belang”. Het zou uiteraard consistent zijn om met het oog op de allocatie van schulden aan de – als gevolg van de voeging van de buitenlandse dochtermaatschappij ontstane – (fictieve) vaste inrichting aan te sluiten bij de handelwijze ten aanzien van “normale” vaste inrichtingen. Echter, ter voorkoming van internationale mismatches hebben wij in onderdeel 3.2.2.2 beargumenteerd dat met het oog op de grensoverschrijdende fiscale eenheid qua schuldentoerekening de historische methode (de zogenoemde tracing approach) dient te worden voorgeschreven. Alsdan is het eindresultaat dat de rentekosten niet op het hoofdhuisniveau aftrekbaar zijn. Art. 10a Wet VPB 1969 en art. 13l Wet VPB 1969 spelen dan dus weliswaar niet, maar dat is geen probleem voor de fiscus aangezien de rentekosten op basis van de allocatiemethodiek in combinatie met de objectvrijstelling niet in Nederland kunnen worden afgetrokken.

4.6 Valutaverliezen

Door de “conversie” van een buitenlandse dochtermaatschappij in een (fictieve) vaste inrichting wordt valutaresultaatproblematiek de grensoverschrijdende fiscale eenheid “ingezogen”. Valutaresultaten vallen immers niet onder de objectvrijstelling en raken dientengevolge de belastbare winst van de grensoverschrijdende fiscale eenheid. Twee benaderingen zijn onzes inziens denkbaar.

⁹⁴ Zie onderdeel 3.2.5.

⁹⁵ HR 23 januari 2004, nr. 37 893, BNB 2004/214c* en HR 25 november 2005, nr. 40 858, BNB 2007/117c*.

⁹⁶ Besluit van 15 januari 2011, nr. IFZ2010/457 M, Stcrt. 2011, 1375, BNB 2011/91.

“Rol art. 10a en art. 13l Wet VPB 1969 wordt overgenomen door objectvrijstelling”

Op de eerste plaats kan men betogen dat dit gevolg geen probleem is, aangezien de fiscus hier zowel de goede als de kwade kansen heeft: een vreemde valuta kan uiteraard ten opzichte van de euro zowel in waarde stijgen als dalen. Valutafluctuaties zijn bovendien van tevoren uiterst moeilijk in te schatten; veel (gerechtvaardigde) vrees voor fiscale planning hoeft er dus wat ons betreft niet te zijn. Echter, wel moet worden bedacht dat een fiscale eenheid ex art. 15 lid 9 Wet VPB 1969 met terugwerkende kracht kan worden aangevraagd tot drie maanden na de gewenste ingangsdatum. De belastingplichtigen kunnen dusdoende achteraf (tot drie maanden) beoordelen of het – met het oog op de valutaschommelingen in deze driemaandsperiode – al dan niet gunstig is om een grensoverschrijdende fiscale eenheid aan te vragen.

Op de tweede plaats kan als volgt worden geredeneerd. Uit de conclusie van A-G Campos Sánchez-Bordana en uit ons betoog in onderdeel 2.6 volgt dat Nederland op basis van het EU-recht naar alle waarschijnlijkheid niet gedwongen is om negatieve valutaresultaten die samenhangen met vaste inrichtingen, in aftrek toe te laten. Daarom kan ten aanzien van valutaresultaten in relatie tot de (fictieve) vaste inrichting die ontstaat als uitvloeisel van de voeging van een buitenlandse dochtermaatschappij in een grensoverschrijdende fiscale eenheid, door de wetgever worden bepaald dat deze eveneens onder de objectvrijstelling vallen. Wij kunnen ons goed voorstellen dat deze laatste benadering de voorkeur heeft van het Ministerie van Financiën.⁹⁷

4.7 Samentelling van bezitspercentages in niet-gevoegde dochters

Door de voeging van een buitenlandse dochter wordt haar (aandelen)bezit in een niet-gevoegd lichaam samengeteld met het (aandelen)bezit van de andere gevoegde maatschappijen in het desbetreffende lichaam. Het gevolg kan zijn dat op fiscale-eenheidsniveau de deelnemingsvrijstelling van toepassing wordt op dit (aandelen)belang, terwijl de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing zou zijn geweest zonder de samentelling uit hoofde van de fiscale vermogensconsolidatie. Het enige oneigenlijke gebruik dat hier zou kunnen spe-

⁹⁷ Zie onderdeel 3.2.2.4.

len, is (bijvoorbeeld) de situatie waarin de moedermaatschappij van een fiscale eenheid een belang heeft van zeg 3% in een niet-gevoegde vennootschap en de buitenlandse dochtermaatschappij eveneens een belang bezit van zeg 3% in die niet-gevoegde vennootschap. Door de voeging ontstaat een onder de deelnemingsvrijstelling vallend belang van 6%. Omdat belastingplichtigen drie maanden de tijd hebben om te beslissen of zij al dan niet een fiscale eenheid wensen aan te gaan,⁹⁸ kunnen zij het waardeverloop van het belang in de niet-gevoegde vennootschap afwachten alvorens een definitieve keuze te maken. Bij een waardedaling van dit belang tijdens de driemaandsperiode vragen zij – in het weinig voor de hand liggende geval waarin dit de enige casu quo de belangrijkste afweging zou zijn om al dan niet een fiscale eenheid tot stand te brengen – geen fiscale eenheid aan en is het verlies op het bedoelde belang bij de moeder- en dochtermaatschappij aftrekbaar.⁹⁹ Bij een waardestijging vragen de betrokken entiteiten wel een fiscale eenheid met terugwerkende kracht op de voet van art. 15 lid 9 Wet VPB 1969 aan en valt de winst die is ontstaan in de bedoelde periode van drie maanden, in Nederland bij de grensoverschrijdende fiscale eenheid onder de deelnemingsvrijstelling.

Wij merken echter op dat dit “misbruik” zich ook kan voordoen als een binnenlandse moedermaatschappij en een binnenlandse (eventueel te voegen) dochtermaatschappij beide een belang van 3% in een niet-gevoegde vennootschap hebben. In onze ervaring wordt hier niet op gepland; er bestaan immers in de regel veel belangrijker redenen om wel of niet een fiscale eenheid te vormen. Mocht het door ons beschreven aspect door de wetgever echter wel als een probleem worden gezien, dan moet dit issue sowieso worden aangepakt, ongeacht of er nu wel of niet wordt gekozen voor het introduceren van een grensoverschrijdende fiscale eenheid. Kortom, van een specifiek door de grensoverschrijdende fiscale eenheid opgeroepen fiscaal probleem is geen sprake.

4.8 Afdekken van valutarisico's ter zake van deelnemingen

Wij verwijzen kortheidshalve naar onderdeel 2.8. Het lijkt ons in het geheel niet problematisch ingeval door het vormen van een grensoverschrijdende fiscale eenheid meer mogelijkheden voor het afdekken van valutarisico's op indirecte (maar door de voeging: directe) deelnemingen ontstaan. Aanleiding om speciale maatregelen op dit vlak te treffen, bestaat er naar onze mening dan ook niet.

4.9 Herinvesteringsreserves

Ten aanzien van herinvesteringsreserves speelt een tweetal bijzondere situaties. Allereerst kan worden gedacht aan de volgende casus. Een binnenlandse fiscale-eenheidsmaatschappij vervreemdt een bedrijfsmiddel met een stille reserve. De behaalde boekwinst wordt gedoteerd aan een herinvesteringsreserve en na enige tijd afgeboekt op een vervangende investering buiten Nederland door een buitenlandse dochtermaatschappij. Op deze wijze wordt de stille reserve via een fiscale reserve vanuit het “Nederlandse” fiscale-eenheidsvermogen verschoven naar het vaste-inrichtingsvermogen. In principe verliest Nederland de claim op die stille reserve echter niet vanwege de toepassing van de Hopperzuiger-doctrine. Echter, indien de buitenlandse dochtermaatschappij op enig moment wordt ontvoegd, verliest Nederland wel zijn claim op deze stille reserve. Deze problematiek is vergelijkbaar met hetgeen wij in onderdeel 3.2.2.3 hebben besproken omtrent de overbrenging van vermogensbestanddelen met een meerwaarde door een binnenlandse fiscale-eenheidsmaatschappij naar een buitenlandse dochtermaatschappij. Voor laatstbedoelde situatie hebben wij aldaar en in onderdeel 4.4.1 voorgesteld om een “fictieve vervreemding” in te voeren.

Deze oplossing is ook in casu toepasbaar. Daartoe dient het volgende in het nieuwe art. 15ak te worden bepaald: indien aan het voornemen tot herinvestering als bedoeld in art. 3.54 Wet IB 2001 juncto art. 8 lid 1 Wet VPB 1969 gevolg is gegeven door een andere (buitenlandse) maatschappij van de fiscale eenheid dan de maatschappij die het bedrijfsmiddel heeft vervreemd ter zake waarvan de herinvesteringsreserve is gevormd, wordt het bedrijfsmiddel waarin is geherinvesteerd geacht te zijn verworven door de maatschappij die het bedrijfsmiddel heeft vervreemd en onmiddellijk daarna te zijn overgedragen aan de andere maatschappij.¹⁰⁰ Door deze nieuwe bepaling treedt de door ons in de onderdelen 3.2.2.3 en 4.4.1 voorgestelde en aldaar nader uitgewerkte “fictieve vervreemding” in werking ingeval de desbetreffende buitenlandse dochtermaatschappij op enig tijdstip wordt ontvoegd.

De tweede situatie waaraan in dit verband separaat aandacht moet worden besteed, is de volgende: door een binnenlandse fiscale-eenheidsmaatschappij wordt een vermogensbestanddeel met een stille reserve overgedragen aan een buitenlandse dochtermaatschappij, waarna deze dochter dit activum vervreemdt aan een derde en ter zake een herinvesteringsreserve vormt. Ook voor deze situatie is een fictie nodig op basis waarvan de

⁹⁸ Zie art. 15 lid 9 Wet VPB 1969.

⁹⁹ Aftrekbaarheid in het buitenland is uiteraard afhankelijk van de aldaar toepasselijke fiscale regels.

¹⁰⁰ Deze benadering is ontleend aan art. 15ai lid 4 Wet VPB 1969.

herinvesteringsreserve vrijvalt op het onmiddellijk aan het ontvoegingstijdstip van die buitenlandse dochtermaatschappij voorafgaande moment.

Voor beide gevallen dient in onze visie in de Invoeringswet 1990 te worden bepaald dat door de belastingplichtigen desgewenst uitstel van betaling kan worden aangevraagd.¹⁰¹

4.10 Houdsterverliesregeling

Nog los van het feit dat de houdsterverliesregeling wat ons betreft zijn langste tijd zou moeten hebben gehad door de introductie van art. 13l Wet VPB 1969 in 2013 en straks in 2019 wegens de invoering van de earnings-strippingbepaling, geldt naar onze mening het volgende: de mogelijkheid om door de voeging van een buitenlandse dochtermaatschappij de houdsterverliesbepaling in sommige gevallen buiten toepassing te laten, is niet bezwaarlijk. Immers, houdsterverliezen ontstaan met name door rentekosten die samenhangen met de financiering van (buitenlandse) deelnemingen. Indien de buitenlandse deelnemingen echter worden gevoegd, zullen de desbetreffende rentekosten aan de aldus ontstane vaste inrichting toerekenbaar zijn. Het gevolg is dat er alsdan door de objectvrijstelling effectief geen rentekosten meer aftrekbaar zijn in Nederland.

4.11 Handel in verliesvennootschappen

In onderdeel 2.11 zijn wij ingegaan op de mogelijke gevolgen van de per-elementbenadering voor de handel in verliesvennootschappen. Dit zijn wat ons betreft echter relatief immateriële casu quo onbelangrijke punten. Wij zien dan ook geen reden om deze punten expliciet te ondervangen in het voorstel tot een grensoverschrijdende fiscale eenheid.

5 Buitenlandse moedermaatschappij

5.1 Inleiding

In ons commentaar hebben wij tot nu toe om didactische redenen uitsluitend stilgestaan bij een grensoverschrijdende fiscale eenheid met buitenlandse dochtermaatschappijen, maar er bestaat onzes inziens geen aanleiding om te veronderstellen dat de per-elementbenadering zich op grond van het EU-recht niet eveneens kan uitstrekken tot de feitelijk in een ander EU-land gevestigde moedermaatschappij (hierna: de buitenlandse moedermaatschappij) met één of meer Nederlandse dochters. In onze benadering zal het grensoverschrijdende fiscale-eenheidsregime dan ook eveneens

gaan gelden voor de buitenlandse moedermaatschappijen. Ten aanzien van deze buitenlandse moeders laten zich (conceptueel) de volgende twee situaties denken: (i) zij hebben zelf geen enkele nexus met Nederland en (ii) zij beschikken zelf al over een vaste inrichting in Nederland.

“Grensoverschrijdende fiscale eenheid ook voor buitenlandse moeders”

De eerste vraag die in dit kader moet worden beantwoord, luidt als volgt: indien een fiscale eenheid tussen een buitenlandse moedermaatschappij en één of meerdere Nederlandse dochters mogelijk wordt gemaakt, aan welk lichaam moet dan de aanslag vennootschapsbelasting worden opgelegd? In het zojuist onderscheiden geval (ii) is de buitenlandse moeder – zelfstandig bezien – (reeds) buitenlands belastingplichtig in Nederland en ligt het voor de hand haar als de relevante belastingplichtige voor vennootschapsbelastingdoeleinden aan te wijzen, zodat de bedoelde aanslag aan dergelijke buitenlandse moedermaatschappijen kan worden opgelegd. In geval (i) ligt dit daarentegen op het eerste gezicht minder voor de hand, aangezien de buitenlandse moeder – afgezien van één of meer Nederlandse dochtermaatschappijen – (zelf) immers geen enkele band met Nederland heeft. Vanuit een pragmatisch oogpunt kan er in dergelijke situaties dan ook – enigszins in navolging van de huidige wetgeving inzake de zogeheten zuster-fiscale eenheden ex art. 15 lid 2 Wet VPB 1969 – voor worden gekozen om één van de desbetreffende Nederlandse dochters door de betrokken entiteiten als aangifteplichtige te laten aanwijzen.¹⁰²

Wij achten een andere benadering in dezen echter ook zeer wel denkbaar. Immers, de – aan de (grensoverschrijdende) fiscale eenheid inherente – fiscale vermogensconsolidatie brengt mee dat de aandeelhoudersrelatie tussen de buitenlandse moeder en haar Nederlandse dochters voor de heffing van vennootschapsbelasting wegvallen en dat die dochtermaatschappijen de facto gaan fungeren als een Nederlandse vaste inrichting van de desbetreffende moeder. Met andere woorden, de buitenlandse moedermaatschappij wordt via de voeging van de Nederlandse dochters buitenlands belastingplichtig en kan desgewenst als zodanig worden aangeslagen in de vennootschapsbelasting. De wetgever kan dan ook

¹⁰² De dochtermaatschappij wordt in dit voorstel niet de moedermaatschappij, maar haar “enige” rol is het doen van aangifte namens de grensoverschrijdende fiscale eenheid.

¹⁰¹ Vergelijk de onderdelen 3.2.2.3 en 4.4.1.

desgewenst in geval (i) eveneens de keuze maken om de buitenlandse moedermaatschappij als het relevante vennootschapsbelastingplichtige lichaam te bestempelen.

De keuze om ofwel een bepaalde Nederlandse dochter met het oog op de aanslagregeling als moedermaatschappij van de onderhavige grensoverschrijdende fiscale eenheid aan te wijzen ofwel de buitenlandse moeder als zodanig te kwalificeren, heeft vervolgens de gebruikelijke fiscale gevolgen en invorderingsconsequenties. Als voorbeeld van de invorderingsgevolgen noemen wij de hoofdelijke aansprakelijkheid van alle tot een (grensoverschrijdende) fiscale eenheid behorende lichamen, dus ook de buitenlandse moedermaatschappij, ex art. 39 Invorderingswet 1990 voor de vennootschapsbelasting die door de (grensoverschrijdende) fiscale eenheid is verschuldigd. Overigens geldt mutatis mutandis hetzelfde voor de fiscale eenheid met buitenlandse dochtermaatschappijen, welke fiscale-eenheidsvariant in de voorgaande onderdelen is behandeld.

5.2 Nadere afbakening van (de reikwijdte van) de grensoverschrijdende fiscale eenheid met een buitenlandse moedermaatschappij

Teneinde te voorkomen dat het tot stand brengen van de grensoverschrijdende fiscale eenheid met een buitenlandse moedermaatschappij de verdeling van heffingsrechten tussen de geïnvolveerde landen op grond van het internationale belastingrecht gaat verstoren,¹⁰³ stellen wij qua afbakening van de belastinggrondslag van die fiscale-eenheidsvariant het volgende voor:

- De resultaten die zijn behaald met alle vermogensbestanddelen en de werkzaamheden van de buitenlandse moedermaatschappij, worden niet tot het fiscale-eenheidsresultaat gerekend behoudens voor zover deze activa/passiva/activiteiten en de daarmee samenhangende winsten/verliezen op basis van de gebruikelijke allocatieregels aan een Nederlandse vaste inrichting van die moeder kunnen worden toegerekend. Voor de buitenlandse moedermaatschappij van een grensoverschrijdende fiscale eenheid volgen wij met andere woorden dezelfde conceptuele benadering als voor een enkelvoudige buitenlandse maatschappij die via een vaste inrichting in Nederland activiteiten verricht.
- Alle vermogensbestanddelen van en het geheel aan werkzaamheden verricht door de gevoegde Nederlandse dochters blijven deel uitmaken van de belastbare grondslag in Nederland van de grensoverschrijdende fiscale eenheid met een buitenlandse moedermaatschappij. De omstandigheid dat de Nederlandse dochters worden gevoegd in een grensoverschrijdende fisca-

le eenheid met een buitenlandse moedermaatschappij, brengt met andere woorden in dat opzicht in beginsel geen verandering teweeg in hun Nederlandse belastingobject. Het gegeven dat de gevoegde Nederlandse dochtermaatschappijen in een grensoverschrijdende fiscale eenheid – vanuit het perspectief van de buitenlandse moeder gezien – “transformeren” in een Nederlandse vaste inrichting, doet daaraan dus niet af. Daardoor wordt bijvoorbeeld (blijvend) overtollig beleggingsvermogen van de gevoegde Nederlandse dochters geacht deel uit te maken van de (door de voeging ontstane) Nederlandse vaste inrichting van de buitenlandse moedermaatschappij.

Als uitvloeisel van deze grondslagafbakening doen zich naar onze mening geen specifieke knelpunten voor ten aanzien van de fiscale onderwerpen die zojuist in de onderdelen 2.2 en 4.2 (de verliessaldering) alsmede 2.3, 3.2.2 t/m 3.2.5 en 4.4 (de overdracht van vermogensbestanddelen) de revue zijn gepasseerd. De verliessaldering binnen de onderhavige fiscale eenheid omvat namelijk uitsluitend de resultaten van de (i) Nederlandse gevoegde dochters en (ii) (eventuele) Nederlandse vaste inrichting van de buitenlandse moedermaatschappij. Op deze wijze verandert de internationale grondslagafbakening tussen de betrokken landen op basis van het internationale belastingrecht dus niet door de grensoverschrijdende fiscale eenheid met een buitenlandse moedermaatschappij.

Met betrekking tot de overdracht van vermogensbestanddelen tussen de gevoegde Nederlandse dochter enerzijds en de buitenlandse moedermaatschappij anderzijds kunnen (conceptueel) de volgende twee hoofdcategorieën worden onderscheiden: 1. de Nederlandse dochtervennootschap draagt vermogensbestanddelen over aan de buitenlandse moedermaatschappij en 2. de buitenlandse moeder draagt vermogensbestanddelen over aan de gevoegde Nederlandse dochtermaatschappij. Deze twee hoofdcategorieën kunnen vervolgens weer als volgt worden onderverdeeld:

Hoofdcategorie 1: overdracht aan de buitenlandse moedermaatschappij

- 1.a De overgedragen vermogensbestanddelen verlaten de Nederlandse heffingssfeer.
- 1.b De overgedragen vermogensbestanddelen blijven in Nederland onderworpen aan de vennootschapsbelasting, aangezien zij op basis van de gebruikelijke allocatieregels toegerekend kunnen worden aan een Nederlandse vaste inrichting van de buitenlandse moedermaatschappij. Laatstbedoelde situatie kan zich op twee manieren manifesteren, te weten (i) de buitenlandse moedermaatschappij had vóór de overdracht zelf al een Nederlandse vaste inrichting en de door haar verkregen vermogensbestanddelen worden binnen die vaste inrichting aangewend, dan

¹⁰³ Vergelijk tevens de onderdelen 3.1 en 3.2.5 van onze bijdrage.

wel (ii) de buitenlandse moeder verkrijgt uit hoofde van de vermogensbestanddelen die haar Nederlandse gevoegde dochters hebben overgedragen, zelfstandig¹⁰⁴ een vaste inrichting in Nederland.

Hoofdcategorie 2: overdracht aan de gevoegde Nederlandse dochtervennootschap

- 2.a De door de gevoegde Nederlandse dochter verkregen vermogensbestanddelen komen voor het eerst feitelijk in de Nederlandse heffingsfeer terecht omdat de desbetreffende activa en passiva tot aan het tijdstip van de overdracht door de buitenlandse moedermaatschappij buiten Nederland werden gebruikt.
- 2.b De door de gevoegde Nederlandse dochtermaatschappij verkregen vermogensbestanddelen blijven in de Nederlandse heffingsfeer doordat zij voorafgaande aan de overdracht door de buitenlandse moeder werden aangewend binnen haar eigen Nederlandse vaste inrichting.

De zojuist in kaart gebrachte categorieën 1.b en 2.b zijn overdrachten binnen de Nederlandse context van de grensoverschrijdende fiscale eenheid met een buitenlandse moedermaatschappij. Dientengevolge moet net als bij een “reguliere” fiscale eenheid – bijvoorbeeld met het oog op de toepassing van (i) de winstplitsingsregels in het kader van de verliesverrekening over het voegingstijdstip heen dan wel (ii) art. 15ai Wet VPB 1969 ingeval de overdrager en/of overnemer binnen de sanctietermijn van deze bepaling wordt/worden ontvoegd – worden vastgesteld welke vennootschapsbelastingconsequenties aan deze overdrachten kleven.

De overdracht van vermogensbestanddelen door de gevoegde Nederlandse dochtermaatschappij(en) aan een buitenlandse moeder – welke vermogensbestanddelen aldus de Nederlandse heffingsfeer verlaten (categorie 1.a) – zijn overdrachten vanuit het Nederlandse vaste-inrichtingsvermogen naar het buitenlandse hoofdhuis. Daarvoor gelden dezelfde (afrekenings)regels als die welke van toepassing zijn op de verschuiving door een zelfstandige buitenlands belastingplichtige entiteit naar het buitenlandse hoofdhuis. De overdracht van activa/passiva aan de Nederlandse gevoegde dochter door de buitenlandse moedermaatschappij, welke vermogensbestanddelen daarmee voor het eerst effectief in de Nederlandse heffingsfeer terecht komen (categorie 2.a), leveren eveneens geen speciale complicaties op. Die situatie is immers vergelijkbaar met – en wordt om die reden op dezelfde wijze behandeld als – het geval waarin een buiten Nederland gevestigd enkelvoudig lichaam activa/passiva verschuift naar zijn Nederlandse vaste inrichting.

Kortom, de grensoverschrijdende fiscale-eenheidsvariant met een buitenlandse moedermaatschappij roept in dit verband onzes inziens geen speciale aandachtspunten op.

5.3 Onderlinge rechtsverhoudingen, schuldallocatie en de renteaftrekbepalingen ex art. 10a Wet VPB 1969 en art. 13l Wet VPB 1969

5.3.1 Algemeen

Onderlinge rechtsverhoudingen tussen de gevoegde Nederlandse dochters en de buitenlandse moedermaatschappij zijn binnen een grensoverschrijdende fiscale eenheid voor de heffing van vennootschapsbelasting in beginsel non-existent.¹⁰⁵ Deze conclusie geldt allereerst voor de interne vordering-schuldverhoudingen, licentieovereenkomsten, huurrelaties e.d. die aan het eventueel eigen Nederlandse vaste-inrichtingsvermogen van de buitenlandse moedermaatschappij moeten worden toegerekend. Maar hetzelfde geldt voor de situaties waarin deze verhoudingen bestaan met de buitenlandse moedermaatschappij zonder dat die onderlinge vermogensrelaties aan een eigen Nederlandse vaste inrichting van die moeder kunnen worden toegerekend. Dit laatste geval kan ongewenste fiscale gevolgen oproepen. Stel, dat een Nederlandse dochtermaatschappij een vordering heeft op haar buitenlandse moedermaatschappij (waarbij wij dus aannemen dat de corresponderende schuld niet toerekenbaar is aan een eigen Nederlandse vaste inrichting van die moeder). Als gevolg van de grensoverschrijdende fiscale eenheid is sprake van een vordering van de Nederlandse vaste inrichting op het hoofdhuis. In beginsel zijn dergelijke vordering-schuldverhoudingen fiscaalrechtelijk niet zichtbaar. Dit zou meebrengen dat Nederland niet kan heffen over de rentebate. Als er geen fiscale eenheid was geweest, had Nederland wel mogen heffen over de rentebate. De grensoverschrijdende fiscale eenheid leidt dus tot een ongewenst fiscaal effect (geen belastingheffing in Nederland, wel aftrek (in beginsel) in het buitenland). Op grond van art. 9 lid 2 onderdeel a ATAD 2 moet het buitenland de aftrek weigeren. Doet het buitenland dat niet, dan zal Nederland op grond van art. 9 lid 2 onderdeel b ATAD 2 de rente in de belastingheffing dienen te betrekken. Vergelijk ook onderdeel 3.1.3.

Indien de buitenlandse moedermaatschappij een vordering heeft op de Nederlandse dochter, geldt het volgende. Door de voeging wordt de Nederlandse dochtermaatschappij “geconverteerd” in een vaste inrichting van de buitenlandse moeder. Fiscaalrechtelijk wordt in beginsel geen vordering-schuldverhouding tussen het hoofdhuis en de

¹⁰⁴ Dat wil zeggen met voorbijgaan aan de grensoverschrijdende fiscale eenheid.

¹⁰⁵ In onder andere de onderdelen 2.4 en 3.1.3 hebben wij aandacht besteed aan de vermogensrelaties tussen een Nederlandse moeder en haar buitenlandse dochtermaatschappijen.

vaste inrichting in aanmerking genomen. Dit betekent dat er geen rentekosten in Nederland aftrekbaar zijn. Voor de belastingplichtige ontstaat zo de ongelukkige situatie dat er geen rentekosten in Nederland aftrekbaar zijn, maar dat de corresponderende rentebaten in het buitenland wel zijn belast. Dit volgt echter nou eenmaal uit het concept van de grensoverschrijdende fiscale eenheid en ATAD 2 verplicht niet tot het wegnemen van mismatches ten nadele van belastingplichtigen.¹⁰⁶

5.3.2 Schuldallocatie en renteaftrekbeperkingen

Andere allocatieproblematiek doet zich voor in de volgende situatie. Een buitenlandse moedermaatschappij neemt een lening op en doet daarmee een kapitaalstorting in de Nederlandse dochtermaatschappij. Zoals in onderdeel 3.2.2.2 is toegelicht, zijn wij ten aanzien van de allocatie van schulden aan een vaste inrichting (in de grensoverschrijdende fiscale-eenheidscontext) van mening dat de historische methode dient te worden gevolgd. In dat onderdeel stond de grensoverschrijdende fiscale eenheid met een Nederlandse moedermaatschappij en buitenlandse dochters centraal, maar hetzelfde heeft onzes inziens te gelden voor de grensoverschrijdende fiscale eenheid met een buitenlandse moeder en Nederlandse dochtermaatschappijen. Deze benadering betekent het volgende: aangezien de geleende gelden worden aangewend in Nederland, is de schuld in beginsel toerekenbaar aan de Nederlandse vaste inrichting en de daarop betrekking hebbende rentelasten zijn dus in beginsel in Nederland aftrekbaar. Deze rentekosten zijn echter (in beginsel)¹⁰⁷ ook in het buitenland aftrekbaar, omdat het buitenland de grensoverschrijdende fiscale eenheid uiteraard niet erkent. Deze dubbele aftrek is ongewenst. Op basis van art. 9 lid 1 onderdeel a ATAD 2 zal Nederland de aftrek moeten weigeren. Wij nemen namelijk aan dat Nederland in dit geval moet worden aangemerkt als “het rechtsgebied van de investeerder” (dit lijkt te volgen uit de definitie van “dubbele aftrek” in art. 2 lid 9 ATAD 2). Mochten wij deze bepaling verkeerd interpreteren, dan willen wij nog steeds geen mismatches creëren; wij stellen daarom voor dat Nederland dan toch in dergelijke situaties geen fiscale aftrek toestaat.

Ook de aandeelhoudersverhouding tussen de buitenlandse moeder en haar Nederlandse gevoegde dochtervennoot-

schap is non-existent. Dit roept tegen de achtergrond van het niet van toepassing zijn van art. 10a Wet VPB 1969 de vraag op hoe moet worden omgegaan met winstuitdelingen en kapitaalrugbetalingen binnen de grensoverschrijdende fiscale eenheid die worden gefinancierd met een “verbonden lening” van buiten de fiscale eenheid. Stel, dat een gevoegde Nederlandse dochtermaatschappij een schuld bij een verbonden lichaam buiten de fiscale eenheid opneemt en de aldus verkregen middelen als dividend uitkeert aan haar buitenlandse moedermaatschappij. Er moet worden nagegaan in hoeverre deze schuld (die civieljuridisch op het niveau door de Nederlandse dochtermaatschappij is aangegaan) aan het Nederlandse fiscale-eenheidsvermogen kan worden gealloceerd. Conform onderdeel 3.2.2.2 bepleiten wij ook nu voor de allocatie van schulden aan een vaste inrichting de historische methode. Dit betekent in casu dat – aangezien de schuld historisch is verbonden met een vermogensbestanddeel (de cash) dat door de moedermaatschappij van de grensoverschrijdende fiscale eenheid in het buitenland wordt aangewend – die schuld niet aan de Nederlandse vaste inrichting (die is ontstaan door de voeging) kan worden toegerekend. Het gevolg is dan ook dat de desbetreffende rentekosten noch in Nederland, noch in het buitenland (dat de grensoverschrijdende fiscale eenheid immers niet erkent) aftrekbaar zijn.

5.4 Valutaverliezen, samentelling van bezitspercentages, het afdekken van valutarisico's ter zake van deelnemingen en herinvesteringsreserves

De valutaverliezen zoals wij die in de onderdelen 2.6 en 4.6 aan de orde hebben gesteld, creëren in het kader van ons voorstel betreffende een grensoverschrijdende fiscale eenheid met een buitenlandse moedermaatschappij geen speciale problemen. Valutareresultaten die samenhangen met het (niet-Nederlandse) vermogen van de buitenlandse moedermaatschappij, hoeft Nederland niet in aftrek toe te laten.

Aan de samentelling van bezitspercentage als bedoeld in de onderdelen 2.7 en 4.7 wordt alleen toegekomen ingeval het – aan de buitenlandse moeder toebehorende – belang van kleiner dan 5% in het nominaal gestorte aandelenkapitaal van de niet-gevoegde deelneming aan haar eigen Nederlandse vaste-inrichtingsvermogen kan worden toegerekend. Overigens kunnen wij op dit punt volstaan met een verwijzing naar onze bespreking in de zojuist vermelde onderdelen.

Het in de onderdelen 2.8 en 4.8 aan de orde gestelde onderwerp – het afdekken van valutarisico's die worden gelopen in verband met (niet-gevoegde) deelnemingen – speelt niet in de context van een grensoverschrijdende fiscale eenheid met een buitenlandse moedermaatschappij en kan in dit verband dan ook verder onbesproken blijven.

¹⁰⁶ Wij maken dus potentieel een verschil tussen de situatie waarin een buitenlandse moedermaatschappij een vordering heeft op een Nederlandse dochtermaatschappij (rentekosten in beginsel niet-aftrekbaar) en het geval waarin een Nederlandse dochtermaatschappij een vordering heeft op de buitenlandse moedermaatschappij (rentebate belast indien het buitenland de mismatch niet wegneemt).

¹⁰⁷ Uiteraard is het toepasselijke buitenlandse fiscale recht daarvoor maatgevend.

De in de onderdelen 2.9 en 4.9 behandelde problematiek van herinvesteringsreserves kan naar onze mening niet spelen indien een Nederlandse fiscale-eenheidsdochter een bedrijfsmiddel met boekwinst vervreemdt; de grensoverschrijdende fiscale eenheid kan ter zake geen herinvesteringsreserve vormen indien (alleen) de buitenlandse moedermaatschappij een herinvesteringsvoornemen heeft.¹⁰⁸ Die moeder kan dan ook niet deze fiscale reserve (vervolgens) afboeken op een vervangend bedrijfsmiddel dat in het buitenland wordt gebruikt. Immers, noch dit hoofhuisvermogen van de buitenlandse moedermaatschappij noch de door dit lichaam buiten Nederland verrichte werkzaamheden maken effectief deel uit van de grensoverschrijdende fiscale eenheid.

5.5 Houdsterverliesregeling en handel in verliesvennootschappen

Conform de onderdelen 4.10 en 4.11 inzake buitenlandse dochtermaatschappijen zien wij wat betreft de grensoverschrijdende fiscale eenheid met een buitenlandse moedermaatschappij geen aanleiding om met het oog op (i) de houdsterverliesregeling en (ii) de handel in verliesvennootschappen in het voorstel tot een grensoverschrijdende fiscale eenheid speciale maatregelen op te nemen. Daarom volstaan wij met een verwijzing naar de genoemde onderdelen.

5.6 Bepalingen bij de voeging en de ontvoeging

In onderdeel 3.4 zijn wij ingegaan op de voeging en de ontvoeging van een buitenlandse dochtermaatschappij, waarbij enkele fiscale aspecten wat meer en detail zijn behandeld. In het kader van de grensoverschrijdende fiscale eenheid met een buitenlandse moedermaatschappij is met name de toepassing van art. 15ab lid 6 Wet VPB 1969 relevant. In onderdeel 3.4.2 zijn wij ingegaan op de toepassing van art. 15ab lid 6 Wet VPB 1969 bij het aangaan van een grensoverschrijdende fiscale eenheid met een buitenlandse dochtermaatschappij. Naar het ons voorkomt, geldt hetgeen wij daar hebben beschreven mutatis mutandis voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid met een buitenlandse moedermaatschappij. De problematiek is immers niet (wezenlijk) anders. Wij verwijzen dan ook naar onderdeel 3.4.2.

6 Bezwaren die in het verleden door de wetgever en onlangs door de staatssecretaris zijn aangevoerd tegen (enige vorm van) de grensoverschrijdende fiscale eenheid

6.1 In het verleden door de fiscale wetgever opgeworpen bezwaren tegen de grensoverschrijdende fiscale eenheid

Tijdens de parlementaire behandeling van het huidige fiscale-eenheidsregime heeft de wetgever aandacht besteed aan de grensoverschrijdende aspecten van de fiscale eenheid. Onder verwijzing naar de (toenmalige) oprichtingsfictie ex art. 2 lid 4 (oud) Wet VPB 1969 alsmede HR 29 juni 1988, nr. 24 738, *BNB* 1988/331c* en HR 13 november 1996, nr. 31 008, *BNB* 1998/47c* merkte de Staatssecretaris van Financiën op het onwenselijk te vinden dat een fiscale eenheid tot stand kon worden gebracht met een naar Nederlands recht opgericht lichaam dat feitelijk in het buitenland was gevestigd. Hij voerde daartoe twee redenen aan:¹⁰⁹

- a. Een dergelijke mogelijkheid staat op gespannen voet met de verdeling van heffingsrechten zoals die in belastingverdragen is overeengekomen.
- b. Verliesimport.

Beide bezwaren worden in ons voorstel tot een grensoverschrijdende fiscale eenheid ondervangen. Naast de omstandigheid dat het toepasselijk belastingverdrag dan wel de objectvrijstelling ex art. 15e e.v. Wet VPB 1969 bewerkstelligt dat alle resultaten die door de buitenlandse dochter buiten Nederland worden behaald met haar – vanuit Nederlandse perspectief – vaste-inrichtingsvermogen, effectief buiten de vennootschapsbelastingheffing blijven, hebben wij in onderdeel 3.2.5 hetzelfde bepleit voor alle winsten en verliezen die samenhangen met de niet-ondernemingsgebonden vermogensbestanddelen van de buitenlandse dochtermaatschappij. Slechts met betrekking tot laagbelast buitenlands beleggingsvermogen hebben wij – conform de huidige systematiek – in onderdeel 3.2.5 een uitzondering gemaakt teneinde oneigenlijk gebruik tegen te gaan. De afbakening van de fiscale jurisdictie tussen Nederland enerzijds en de betrokken overige landen anderzijds wijzigt met andere woorden door ons voorstel de facto niet.

Dezelfde systematiek geldt voor de grensoverschrijdende fiscale eenheid met een buitenlandse moedermaatschappij, aangezien (i) Nederland de resultaten van dergelijke moeders – zijnde alle buitenlandse winsten en verliezen die zijn gerealiseerd met alle aan de buitenlandse moedermaatschappijen (civielrechtelijk) toebehorende

¹⁰⁸ Tenzij die buitenlandse moeder een Nederlandse vaste inrichting heeft waaraan het vervangingsvoornemen is toe te rekenen.

¹⁰⁹ Zie Kamerstukken II 1999/2000, 26 854, nr. 3, p. 12 en p. 16.

vermogensbestanddelen – niet in de vennootschapsbelasting zal betrekken¹¹⁰ en (ii) Nederland de heffingsrechten behoudt ten aanzien van alle resultaten die zijn behaald door de gevoegde Nederlandse dochtermaatschappijen met hun eigen (Nederlandse) vermogensbestanddelen. Dit in beginsel¹¹¹ ongeacht of de activa en passiva van deze dochters op basis van een functionele analyse al dan niet tot het – na het aangaan van de grensoverschrijdende fiscale eenheid met de buitenlandse moedermaatschappij – Nederlandse vaste-inrichtingsvermogen kunnen worden gerekend. In onderdeel 5.2 hebben wij namelijk voorgesteld dat (ook) na de totstandkoming van de grensoverschrijdende fiscale eenheid met een buitenlandse moedermaatschappij alle aan de gevoegde (Nederlandse) dochters toebehorende vermogensbestanddelen tot de Nederlandse belastinggrondslag blijven behoren, waardoor de verdeling van heffingsrechten tussen Nederland en de desbetreffende buitenlandse niet wordt veranderd.

.....

“Voorstel ondervangt door de wetgever en staatssecretaris genoemde bezwaren tegen een grensoverschrijdende fiscale eenheid”

.....

“Onze” grensoverschrijdende fiscale-eenheidsregeling brengt dan ook mee dat de verliezen die zijn geleden door buitenlandse moeder- en dochtermaatschappijen – dat wil zeggen alle verliezen die niet samenhangen met een Nederlandse vaste inrichting – de Nederlandse vennootschapsbelastinggrondslag niet beïnvloeden.

Afsluitend menen wij dan ook te kunnen concluderen dat de voormelde twee bezwaren niet opgaan voor “ons” grensoverschrijdende fiscale-eenheidsregime.

6.2 Recentelijk door de staatssecretaris opgeworpen bezwaren tegen de grensoverschrijdende fiscale eenheid

In het verslag van een schriftelijk overleg betreffende de aankondiging van enkele spoedmaatregelen in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en de Wet op de dividendbelasting 1965 inzake de fiscale eenheid¹¹² gaat de Staatssecretaris van Financiën in op de grensoverschrijdende fiscale eenheid in combinatie met de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten. De bewindsman merkt t.a.p. onder meer op: “Bij de aangekondigde spoedreparatiemaatregelen is daar echter bewust niet voor gekozen. Het in buitenlandse situaties toekennen van de voordelen van de fiscale eenheid – zelfs met toepassing van de objectvrijstelling voor buitenlandse vaste inrichtingen – is naar de mening van het kabinet geen reële optie. Dat zou immers nog steeds tot gevolg hebben dat uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag door internationaal opererende bedrijven wordt vergemakkelijkt, hetgeen leidt tot een budgettaire derving. Het voorgaande acht het kabinet onwenselijk. Immers, in OESO- en EU-verband wordt, met medewerking en instemming van Nederland, juist beoogd uitholling van de belastinggrondslag te voorkomen. Om die reden kan het kabinet, mocht het HvJ EU de voor Nederland negatieve conclusie van de A-G in deze zaak volgen, niet anders concluderen dat ook na de uitspraak van het HvJ EU de voordelen in EU-situaties moeten worden onthouden. Juridisch is dat dan alleen mogelijk door in binnenlandse verhoudingen ‘strenger’ te worden.”

In de voorafgaande onderdelen van onze bijdrage hebben wij gedemonstreerd dat het heel goed mogelijk is om een grensoverschrijdende fiscale eenheid in Nederland in te voeren zonder dat gevreesd hoeft te worden voor uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag of het creëren van mismatches. De bewindsman maakt in zijn stellige antwoord aan de Tweede Kamer naar onze mening niet duidelijk waarom hij een tegengestelde opvatting is toegedaan. Zijn uitspraak dat de grensoverschrijdende fiscale eenheid “immers” tot grondslagerosie leidt, wordt niet onderbouwd. Indien de politieke wil daartoe zou bestaan, is het naar onze mening wel degelijk mogelijk om een voor alle partijen – dus inclusief de Nederlandse overheid – evenwichtig uitpakkende grensoverschrijdende fiscale eenheid te ontwerpen.

7 Slotbeschouwing

In de voorafgaande onderdelen hebben wij (technisch) uitgewerkt hoe een evenwichtig uitpakkende grensoverschrijdende fiscale-eenheidsregeling er naar onze me-

¹¹⁰ Dit geldt uiteraard niet voor het (eigen) Nederlandse vaste-inrichtingsvermogen van de buitenlandse moedermaatschappij.

¹¹¹ Zie echter onderdeel 5.3 voor onderlinge rechtsverhoudingen, schuldallocatie en de rentaftrekbeperkingen en art. 10a en 13l Wet VPB 1969.

¹¹² Kamerstukken II 2017/18, 34 323, nr. 21, V-N 2018/4.7, onderdeel 6.

ning uit kan zien. Met deze (technische) uitwerking hopen wij te hebben aangetoond dat de grensoverschrijdende aspecten van de ons voor ogen staande grensoverschrijdende fiscale eenheid met behulp van flankerende maatregelen goed kunnen worden ingepast in de huidige wettelijke systematiek, waardoor de voordelen van de huidige fiscale-eenheidsregeling behouden kunnen blijven.

Diverse belangrijke voordelen van het continueren van de huidige fiscale-eenheidsregeling, uitgebreid met het grensoverschrijdende element, hebben wij reeds in onderdeel 1 in kaart gebracht. Wij benadrukken in aanvulling hierop nog het volgende: ook in de toekomst zal de (overgrote) meerderheid van de belastingplichtigen gebruik (blijven) maken van de "gewone" fiscale eenheid; de grensoverschrijdende fiscale eenheid zal slechts bij een (kleine) minderheid van de belastingplichtigen gaan spelen. Onze benadering heeft als belangrijk voordeel dat er voor de (overgrote) meerderheid van de fiscale-eenheidsgevallen niets verandert: hun fiscale-eenheidssystematiek blijft volledig intact. Met het oog op deze belastingplichtigen zou het zonde zijn het (hele) fiscale-eenheidsroer (volledig) om te gooien.

In ons voorstel worden uitsluitend de belastingplichtigen die daadwerkelijk gebruikmaken van een grensoverschrijdende fiscale eenheid, geconfronteerd met de flankerende maatregelen die wij zojuist in de voorgaande onderdelen hebben voorgesteld en besproken. Kortom, een precisie-operatie die niet verder gaat dan nodig is en alle belastingplichtigen die niets met het "grensoverschrijdende fiscale-eenheidsgeweld" van doen hebben, ongemoeid laat.

In onderdeel 6 zijn wij ingegaan op de bezwaren die in het (wat verdere en recente) verleden zijn opgeworpen tegen een grensoverschrijdend fiscale-eenheidsregime. Naar onze mening hebben wij al die bezwaren in deze bijdrage onderzocht. Zien wij het goed dan resteert er op de keper beschouwd maar één – dogmatisch – bezwaar tegen een grensoverschrijdende fiscale eenheid: de grensoverschrijdende fiscale eenheid is een eenzijdig Nederlands fiscaal concept, omdat het voegen van buitenlandse moeder- en dochtermaatschappijen in een Nederlandse fiscale eenheid in de desbetreffende buitenlandse uiteraard niet wordt gezien, laat staan in die staten wordt erkend, waardoor conceptueel mismatches kunnen ontstaan.

Er moet echter worden bedacht dat wij met onze flankerende maatregelen er voor zorgen dat (a) de verdeling van heffingsrechten tussen de diverse landen op

grond van internationale belastingregels de facto niet wordt doorkruist, en (b) internationale mismatches ten nadele van de fiscus worden vermeden. Bij dit laatste punt merken wij op dat ATAD 2 al regelt dat mismatches worden weggenomen en daar kan dus goed bij worden aangesloten. Voorts merken wij op dat ons voorstel wel mismatches ten nadele van de belastingplichtigen kan oproepen. Dit is (min of meer) inherent aan het concept van de grensoverschrijdende fiscale eenheid en wij hebben ervoor gekozen – in lijn met hetgeen wij met ons voorstel tot een grensoverschrijdende fiscale eenheid hebben beoogd¹¹³ – deze niet weg te nemen.

Hoewel ons voorstel tot een grensoverschrijdende fiscale eenheid op het eerste gezicht de reikwijdte van de fiscale eenheid lijkt uit te breiden, is dat in wezen via de flankerende maatregelen niet aan de orde. In ons voorstel wordt de Nederlandse belastinggrondslag bovendien volledig beschermd met als gevolg dat ons voorstel geen negatieve budgettaire impact heeft.

De introductie van een evenwichtig uitpakkende grensoverschrijdende fiscale-eenheidsregeling om de door het gehele bedrijfsleven (inclusief het MKB) bijzonder gewaardeerde fiscale eenheid te behouden, achten wij in de finale afweging verre te prefereren boven het toegeven aan een dogmatische aarzeling waaraan in de rechtspraak de facto geen betekenis toekomt indien de juiste voorzorgsmaatregelen worden getroffen.¹¹⁴ Daar komt bij dat er ook een belangrijk dogmatisch argument voor de grensoverschrijdende fiscale eenheid kan worden aangevoerd, namelijk de in onderdeel 1 genoemde neutraliteitsgedachte.

Wij hopen dan ook met onze bijdrage een constructieve aanzet te hebben gegeven tot de invoering van een grensoverschrijdende fiscale eenheid indien het Hof van Justitie EU in voor de Nederlandse staat ongunstige zin mocht beslissen over de per-elementbenadering.

¹¹³ Onze doelstelling is niet zozeer een faciliteit voor het internationale bedrijfsleven tot stand te brengen, maar wij willen juist door het invoeren van een grensoverschrijdende fiscale eenheid het (voor het nationale bedrijfsleven o zo belangrijke) fiscale-eenheidsregime behouden. Zie onderdeel 1 van deze bijdrage.

¹¹⁴ En voor een deel van die voorzorgsmaatregelen, namelijk die op het terrein van de mismatches, schept ATAD 2 al een rechts-en regelkader.