

## Memo IBR 18.24 De zaken X BV en X NV en een zuster-FE

Van: 5.1.2e 5.1.2e

Aan: KG IBR

Datum: 18 juli 2018

buiten verzoek

buiten verzoek

buiten verzoek

### **vergelijkbaarheid (en de vrijheid van vestiging)**

Zowel in het arrest X Holding als in het arrest in de gevoegde zaken X NV en X BV (hierna: X & X) ging het om de situatie van een NL-moeder met een buitenlandse dochter. Het betreft dus de positie van een NL-vennootschap die zich vestigt in een andere lidstaat door oprichting van een dochtervennootschap in die andere lidstaat (situatie 1).

In al die gevallen vergeleek het HvJ die situatie zoals te doen gebruikelijk met de situatie waarin de NL-vennootschap zich door oprichting van een dochtervennootschap in Nederland vestigt (situatie 2). Telkens oordeelde het HvJ dat de NL-vennootschap in situatie 2 een voordeel toekomt (de dochter kan met de moeder worden opgenomen in een fiscale eenheid) dat haar in situatie 1 wordt onthouden.

Dat brengt het HvJ in X & X (punt 22) tot de volgende constatering:

*'In punt 19 van dat arrest (WE/MC: X Holding) heeft het Hof geoordeeld dat wanneer een moedervernootschap met een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming van dit voordeel wordt uitgesloten, het voor de moedervernootschap minder aantrekkelijk kan worden om haar vrijheid van vestiging uit te oefenen doordat zij ervan wordt afgeschrikt, dochterondernemingen in andere lidstaten op te richten.'*

Aan de basis van deze jurisprudentie staat dus een belemmering van de vrijheid van vestiging die erin bestaat dat een Nederlandse vennootschap een buitenlandse dochter koopt of opricht waarmee zij geen fiscale eenheid kan vormen, terwijl dat met een NL-dochter wel zou kunnen.

In casus IBR 18.24 is sprake van een Lux moeder (Lux-M) met twee dochters, NL-D en Lux-D. Belanghebbende betoogt dat, wanneer Lux-D in NL was gevestigd zij met NL-D een zuster-FE had kunnen vormen. Dat is juist, maar in het licht van de Groupe Steria-doctrine lijkt ons dat irrelevant.

Allereerst rijst immers de vraag welke vennootschap (in welk land) wordt belemmerd in de uitoefening van de vrijheid van vestiging.

Belanghebbendes betoog ('als Lux-D in NL zou zijn gevestigd') betekent in dat licht: als Lux M niet een Lux-dochter, maar een NL-dochter zou hebben opgericht. Welbeschouwd wordt Lux M hier dus hooguit ontmoedigd om zich... in Luxemburg te vestigen....

Los van het feit dat de oprichting van Lux-D door Lux-M een strikt Luxemburgse (lees: interne) vestigingshandeling oplevert, kan naar onze mening zeker niet worden gezegd dat Nederland hier op enigerlei wijze een Nederlandse vennootschap belemmert in de uitoefening van de vrijheid van vestiging (in een andere lidstaat).

Voor de volledigheid zij nog gewezen op punt 19 in X & X waarin het HvJ in bekende bewoordingen uitlegt dat de vrijheid van vestiging een verplichting in twee richtingen impliceert:

*'Hoewel de bepalingen betreffende de vrijheid van vestiging volgens de bewoordingen ervan het voordeel van de nationale behandeling in de lidstaat van ontvangst beogen te waarborgen, verbieden zij de lidstaat van oorsprong ook, de vestiging in een andere lidstaat van een van zijn onderdanen of van een naar zijn nationale regeling opgerichte vennootschap te bemoeilijken.'*

In de relatie tussen Lux M en NL-D is Nederland de lidstaat van ontvangst. Nederland werpt echter geen dam op tegen opname van NL-D in een zuster-FE (lees: belemmert in dat verband niet de vestiging door Lux-M door oprichting van NL-D).

De Groupe Steria-doctrine mist in casu toepassing omdat Lux-D (i) in Luxemburg is gevestigd en (ii) niet is opgericht door een NL-vennootschap. Anders dan in X Holding en X & X komt Nederland bij deze vestigingshandeling noch als lidstaat van ontvangst noch als lidstaat van oorsprong in beeld. Anders ook dan in X Holding en X & X belemmert Nederland hier geen vennootschap in de uitoefening van de vrijheid van vestiging.

NB. Bij het voorgaande dient te worden bedacht dat een zuster-FE niet mogelijk is als de moeder van beide zusters in NL is gevestigd. Die moeder moet alsdan mee in de FE. Belanghebbende zou in dat licht kunnen betogen dat de fictieve FE mede Lux-M omvat. In dat geval is echter de lening niet zichtbaar en verdwijnt de rentelast. Daar schiet de belanghebbende dus niets mee op.

### **Conclusie**

Belanghebbendes betoog (de Groupe Steria-doctrine vergt dat in de combinatie NL-D en Lux-D de voordelen van een zuster-FE worden toegekend) kan niet slagen omdat de onmogelijkheid van die FE (anders dan in X Holding en X & X) niet wordt veroorzaakt door een aan Nederland toerekenbare belemmering van de vrijheid van vestiging.<sup>1</sup>

### **2. buiten verzoek Hof Den Haag 5 december 2017**

Een buiten verzoek puntje ter aanvulling: in de (nog niet gepubliceerde) conclusie van 5 juli 2018, nr. 18/00219 adviseert Wattel tot ongegrondheid van het cassatieberoep.

buiten verzoek