

**ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM**

Nadruk verboden

**Erasmus School of Economics**

**Masterscriptie**

***Deelnemingen en vaste inrichtingen***

*Wie boven de verschillen uitstijgt, ziet de eenheid?*

Naam: Nadine van Kruijssen

Studentnummer: 314483

Begeleider: R.C. de Smit MSc

Rotterdam, 2012

*“WIE BOVEN DE VERSCHILLEN UITSTIJGT, ZIET DE EENHEID EN LEEFT ERNAAR”*

TSJWANG-TSE, CHINEES TAOÏSTISCH FILOSOOF 4<sup>DE</sup>-3<sup>DE</sup> EEUW V. CHRISTUS.

## Inhoudsopgave

Lijst van gebruikte afkortingen .....	7
Hoofdstuk 1 Inleiding.....	8
1.1 Introductie van het onderwerp.....	8
1.1.1 Deelnemingen, vaste inrichtingen en dubbele belasting.....	8
1.1.2 Introductie objectvrijstelling .....	9
1.1.3 Verdere behandeling deelneming versus vaste inrichting .....	10
1.2 Aanleiding en vraagstelling van het onderzoek.....	11
1.2.1 Aanleiding voor het onderzoek .....	11
1.2.2 Vraagstelling voor het onderzoek.....	11
1.3 Methode van onderzoek en toetsingscriteria .....	12
1.4 Afbakening .....	13
1.5 Opzet .....	13
Hoofdstuk 2: Vrijstelling voor actieve buitenlandse winsten.....	14
2.1 Inleiding.....	14
2.2 Voordelen uit deelneming onder de deelnemingsvrijstelling .....	14
2.2.1 Inleiding.....	14
2.2.2 Historie en achtergrond .....	14
2.2.2 Systematiek deelnemingsvrijstelling .....	15
2.3 Actieve ondernemingswinsten onder de objectvrijstelling.....	16
2.3.1 Achtergrond en historie .....	16
2.3.2 Systematiek .....	17
2.4 Beschouwing .....	19
2.4.1 Inleiding.....	19
2.4.2 Vergelijking.....	19
2.4.2 Rechtsvormneutraliteit .....	20
2.4.4 Opinie .....	24
2.5 Conclusie.....	26
Hoofdstuk 3: Buitenlandse beleggingswinsten .....	28
3.1 Inleiding.....	28
3.2 Beleggingsdeelnemingen.....	28
3.2.1 Historie en achtergrond .....	28
3.2.2. Systematiek beleggingsdeelneming.....	28
3.2.3 Verrekening .....	30

3.3 Beleggingsondernemingen .....	32
3.3.1 Historie en achtergrond .....	32
3.3.2 Systematiek beleggingsondernemingen .....	33
3.3.3 Verrekening .....	33
3.4 Beschouwing .....	34
3.4.1 Inleiding.....	34
3.4.2 Vergelijking.....	34
3.4.4 Convergentie gewenst?.....	38
3.5 Conclusie.....	39
Hoofdstuk 4: Liquidatieverliezen en stakingsverliezen.....	40
4.1 Inleiding.....	40
4.2 De liquidatieverliesregeling voor deelnemingen.....	40
4.2.1 Historie en achtergrond .....	40
4.2.2 Systematiek .....	41
4.3 De stakingsverliesregeling voor buitenlandse vaste inrichtingen.....	42
4.3.1 Historie en achtergrond .....	42
4.3.2 Systematiek .....	43
4.4 Beschouwing .....	44
4.4.1 Inleiding.....	44
4.4.2. Vergelijking.....	44
4.4.3. Jurisprudentie HvJ EU.....	46
4.4.4. Regelingen in verhouding tot EU recht .....	47
4.4.5 Convergentie gewenst?.....	50
4.5 Conclusie.....	52
Hoofdstuk 5: Valutare resultaten.....	54
5.1 Inleiding.....	54
5.2 Valutare resultaten bij buitenlandse vaste inrichtingen .....	54
5.2.1 Inleiding.....	54
5.2.2 Systematiek .....	54
5.3 Valutare resultaten bij deelnemingen .....	56
5.3.1 Inleiding.....	56
5.3.2. Systematiek .....	57
5.2.3. Tussenregeling voor valutare resultaten op deelnemingen.....	57
5.2.4 Financiële instrumenten ter afdekking van het valutarisico .....	58

5.4 Beschouwing .....	58
5.4.1 Inleiding.....	58
5.4.2 Beschouwing arrest Deutsche Shell .....	59
5.4.3 Opvattingen in de literatuur; Deutsche Shell door te trekken naar deelnemingen?.....	60
5.4.4 Convergentie gewenst?.....	63
5.5 Conclusie.....	64
Hoofdstuk 6: Overdracht van vermogensbestanddelen .....	66
6.1 Inleiding.....	66
6.2 Overdracht van vermogensbestanddelen bij vaste inrichtingen .....	66
6.2.1 Inleiding.....	66
6.2.2 Vermogensetikettering .....	66
6.2.3 Duurzame ter beschikkingstelling van bedrijfsmiddelen .....	67
6.2.4 Tijdelijke terbeschikkingstelling van bedrijfsmiddelen .....	68
6.2.5 Immateriële activa .....	69
6.2.6 Materiële activa .....	69
6.3 Overdracht van vermogensbestanddelen bij deelnemingen .....	70
6.3.1 Inleiding.....	70
6.3.2 Systematiek overdracht van of naar een deelneming .....	70
6.4 Beschouwing .....	71
6.4.1 Inleiding.....	71
6.4.2 Literatuur .....	71
6.4.3 Convergentie gewenst?.....	74
6.5 Conclusie.....	75
Hoofdstuk 7: Leningen en dienstverlening.....	76
7.1 Inleiding.....	76
7.2 Externe- en interne leningen bij vaste inrichtingen .....	76
7.2.1 Inleiding.....	76
7.2.2 Externe leningen.....	76
7.2.3 Interne leningen.....	77
7.2.4 OESO 2010 en besluit BNB 2011/91 .....	78
7.3 Interne dienstverlening bij vaste inrichtingen .....	79
7.4 Leningen en dienstverlening bij deelnemingen .....	80
7.4.1 Inleiding.....	80
7.4.2 Leningen en dienstverlening bij deelnemingen .....	81

7.4 Beschouwing .....	82
7.4.1 Inleiding.....	82
7.4.2. Visies in de literatuur.....	82
7.3.4 Convergentie gewenst?.....	85
7.5 Conclusie.....	87
Hoofdstuk 8: Conclusie .....	88
8.1 Inleiding.....	88
8.2 Samenvatting .....	88
8.3 Alternatieven .....	91
8.4 Eindconclusie .....	94
Literatuurlijst.....	96

## Lijst van gebruikte afkortingen

A-G	Advocaat-generaal
Art.	Artikel
BNB	Beslissingen in belastingzaken
BV	Besloten vennootschap
Bvdb 2001	Besluit voorkoming dubbele belasting 2001
BW	Burgelijk Wetboek
EU	Europese Unie
EU-Verdrag	Verdrag van de Europese Unie
FED	Fiscaal weekblad FED
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
MBB	Maandblad Belastingbeschouwingen
NTFR	Nederlands Tijdschrift Fiscaal Recht
NTFR-B	Nederlands Tijdschrift Fiscaal Recht Beschouwingen
NvT	Nota van Toelichting
Nr.	Nummer
MvT	Memorie van Toelichting
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
Par.	Paragraaf
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
V-N	Vakstudie Nieuws
VwEU	Verdrag betreffende de werking Europese Unie
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet VPB 1969	Wet op de Vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht

# Hoofdstuk 1 Inleiding

## 1.1 Introductie van het onderwerp

### 1.1.1 Deelnemingen, vaste inrichtingen en dubbele belasting

De fiscale behandeling van buitenlandse vaste inrichtingen en buitenlandse deelnemingen kent momenteel fundamentele verschillen. Deze verschillen kunnen een belangrijke rol spelen in de beslissing om te ondernemen in het buitenland via een vaste inrichting of via een deelneming. Een belangrijk onderscheid tussen deelnemingen en vaste inrichtingen is dat de deelneming een zelfstandige juridische vorm heeft en de vaste inrichting een juridisch onzelfstandig onderdeel is van het vermogen van het hoofdhuis. De vaste inrichting en het hoofdhuis vormen samen één belastingplichtige.

De definitie van een vaste inrichting die in het OESO-Modelverdrag wordt aangehouden is “a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on”.<sup>12</sup> Geenszins uitputtende voorbeelden zijn: een plaats waar leiding wordt gegeven, een filiaal, een kantoor, een fabriek, een werkplaats en een mijn-, olie- of gas-bron of elke andere plaats waar natuurlijke bronnen worden onttrokken.<sup>3</sup> Een bouwterrein of een constructie- of installatie project vormt alleen een vaste inrichting als de duur hiervan twaalf maanden overschrijdt.<sup>4,5</sup>

In binnenlandse situaties behoort de winst van een binnenlands filiaal tot de totale winst van het hoofdhuis en zal er geen sprake zijn van dubbele belastingheffing. In buitenlandse situaties kan dit wel het geval zijn als enerzijds het buitenland op grond van het situsbeginsel heft over die winst die met behulp van de aldaar gevestigde vaste inrichting wordt behaald en anderzijds het in Nederland gevestigde lichaam over de wereldwinst wordt belast, inclusief de winst van de vaste inrichting. Er zijn dan twee staten die belasting heffen over hetzelfde onderdeel van de winst. Dit wordt juridisch dubbele belasting genoemd; één object (bijvoorbeeld een onderdeel van de winst) wordt bij één belastingsubject (bijvoorbeeld BV of NV) tweemaal belast. Om internationale juridische dubbele belasting te voorkomen heeft Nederland bilaterale belastingverdragen gesloten. In niet-verdrags situaties kan er een beroep worden gedaan op de eenzijdige regeling opgenomen in het Besluit ter voorkoming van dubbele belasting 2001 (Bvdb 2001). De basisregel houdt in dat het situsbeginsel voorgaat op het domiciliebeginsel en Nederland terugtreedt voor wat betreft de heffing over de winst

---

<sup>1</sup> Artikel 5, eerste lid, OECD modelverdrag 2010.

<sup>2</sup> Het begrip ‘vaste inrichting’ is geen uniform begrip. Dit begrip komt (onder andere) voor in art. 17, derde lid, onderdeel a, en art. 15f Wet VPB 1969 en art. 32 Bvdb 2001, art. 6 Wet LB 1964, art. 7.2Wet IB 2001, art. 33 en 37 IW 1990, art. 15 Wet VPB 1969, art. 2 moeder/dochter-richtlijn en art. 4 van de fusierichtlijn.

<sup>3</sup> Artikel 5, tweede lid, OECD modelverdrag 2010.

<sup>4</sup> Artikel 5, derde lid, OECD modelverdrag 2010.

<sup>5</sup> Zie voor uitzonderingen artikel 5, vierde lid, OECD modelverdrag 2010.



voortgekomen uit de buitenlandse vaste inrichting. Hiermee wordt een territorialiteitsbeginsel ofwel bronbeginsel nagestreefd.

Bij een deelneming worden deze beginselen ook nagestreefd en is de dochtervennootschap zelfstandig belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting aldaar waar zij gevestigd is. De winst van de deelneming kan echter ook bij de moedervernootschap in Nederland tot uiting komen door middel van een opwaardering van de deelneming of winstuitdeling aan de moedervernootschap. In zowel binnenlandse- als buitenlandse situaties kan dit resulteren in economisch dubbele belasting. Economisch dubbele belasting betekent dus dat er sprake is van één object, wat bij twee verschillende belastingsubjecten wordt belast door één of meerdere belastingheffers.<sup>6</sup> De deelnemingsvrijstelling gaat economisch dubbele belasting in deze situatie tegen.

Het overeenkomstige economische gevolg van zowel economische- en juridische dubbele belasting is dat er in beginsel dubbele belasting wordt geheven. Toch is het onderscheid tussen beide in het verleden reden geweest om de systematiek ter voorkoming van dubbele belasting anders vorm te geven. Onderdeel van dit onderzoek zal zijn of dit inderdaad terecht is.

### 1.1.2 Introductie objectvrijstelling

Tot voor kort kon bij ondernemen in het buitenland de keuze voor een vaste inrichting met name aantrekkelijk zijn omdat de mogelijkheid bestond om direct verliezen van de buitenlandse vaste inrichting te verrekenen met de Nederlandse winsten van de moedervernootschap van dat jaar. Deze mogelijkheid tot verliesverrekening is per 2012 echter in de vennootschapsbelasting weggenomen door de invoering van de objectvrijstelling voor vaste inrichtingen. De oorsprong hiervan ligt in de zogenoemde ‘Sinterklaasbrief’<sup>7</sup> uit 2009 waar de (voormalige) Staatssecretaris van Financiën de plannen aankondigde om de wetgeving aan te passen omtrent de mogelijkheid om verliezen afkomstig uit een buitenlandse vaste inrichting in Nederland te verrekenen. Dit is tot uiting gekomen in de publicatie van het Belastingplan 2012<sup>8</sup> en sinds 1 januari 2012 is een objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten opgenomen in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB 1969).<sup>9</sup> Door de objectvrijstelling wordt het timingsvoordeel van tijdelijke verliesimport weggenomen dat voorheen bestond wanneer er sprake was van een vaste inrichting.<sup>10</sup> Daarnaast wordt door de objectvrijstelling een onevenwichtigheid tussen de vaste inrichting en de dochtervennootschap weggenomen en wordt derhalve een meer gelijke behandeling tussen beide ondernemingsvormen bereikt.<sup>11</sup> Zo ontstaat een meer solide belastingsysteem, aldus de Staatssecretaris van Financiën in het

<sup>6</sup> J.A.G. van der Geld, De deelnemingsvrijstelling, Fiscale Monografieën, Kluwer, Deventer, 2008, blz. 175.

<sup>7</sup> Kamerstukken II, 2009/10, 31.369, nr. 9.

<sup>8</sup> Belastingplan 2012, *Stb.* 2011, 639.

<sup>9</sup> Art. 15e tot en met art. 15j, art. 23d Wet VPB 1969 en art. 33b tot en met art. 33d Wet VPB 1969 (overgangsrecht).

<sup>10</sup> Kamerstukken II 2011/12, 33003, nr. 10, V-N 2011/54.2, blz. 24, 25.

<sup>11</sup> Kamerstukken II 2011/12, 33003, nr. 10, V-N 2011/54.2, blz. 24, 25.

Belastingplan 2012.<sup>12</sup> Uiteraard is de structurele budgettaire opbrengst van jaarlijks 250 miljoen ook een belangrijk voordeel.<sup>13</sup> Verschillende auteurs hebben inmiddels hun vraagtekens gezet bij het nut van de aanpassing van de regeling.<sup>14</sup> Ook wijst onder meer de NOB op de negatieve invloed die de objectvrijstelling zal hebben op het Nederlandse vestigingsklimaat. Zo zou door de objectvrijstelling de extra stimulans voor het Nederlandse bedrijfsleven vervallen om te investeren in het buitenland.<sup>15</sup>

Door de invoering van de objectvrijstelling heeft de voorkoming van juridische dubbele belasting ten aanzien van buitenlandse vaste inrichtingen in de vennootschapsbelasting een verandering ondergaan. Voor deelnemingen kent de Wet VPB 1969 ter voorkoming van economisch dubbele belasting de zogenoemde deelnemingsvrijstelling. Deze regeling behelst (thans) dat bij het bepalen van de winst de voordelen uit hoofde van een deelneming, alsmede de kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van de deelneming, buiten aanmerking blijven.<sup>16</sup> Deze voordelen kunnen zowel positief als negatief zijn. Per saldo komen beide regelingen er nu op neer dat buitenlandse winsten en verliezen van deelnemingen respectievelijk buitenlandse vaste inrichtingen objectief worden vrijgesteld van belastingheffing in Nederland.

### 1.1.3 Verdere behandeling deelneming versus vaste inrichting

Na invoering van de objectvrijstelling voor vaste inrichtingen zullen echter nog steeds verschillen in fiscale behandeling tussen vaste inrichtingen en deelnemingen bestaan. *Pötgens* en *Bellingwout* noemen de invoering van art. 15e Wet VPB 1969 dan ook een ‘quasi-objectvrijstelling’, waarmee zij willen zeggen dat er geen daadwerkelijke uitsluiting van de buitenlandse ondernemingswinsten uit de grondslag van de binnenlandse vennootschapsbelastingplichtige is.<sup>17</sup> Zo kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de overdracht van vermogensbestanddelen en de behandeling van valutaresultaten. Zoals gezegd heeft een deelneming een zelfstandige juridische vorm en vormen een buitenlandse vaste inrichting en het Nederlandse hoofdhuis samen één belastingplichtige. Vanuit deze optiek zou een verschil in fiscale behandeling dan ook verdedigbaar zijn. Bezien vanuit de moedervenootschap hoeft dit verschil in fiscale behandeling echter minder voor de hand te liggen. Bij zowel een vaste inrichting als deelneming vinden vanuit de moedervenootschap investeringen plaats in het buitenland. Mijns inziens is het een interessante vraag of het verschil in juridische vorm een verschil in fiscale behandeling noodzakelijk maakt of rechtvaardigt. Ook komt de vraag op of (verdere) convergentie tussen de fiscale behandeling van deelnemingen en vaste inrichtingen gewenst is en zo ja, in welke richting. Deze vraag is ook een aantal keer aan bod gekomen bij het Hof van Justitie EU (hierna: HvJ

---

<sup>12</sup> Belastingplan 2012, *Stb.* 2011, 639.

<sup>13</sup> *Kamerstukken I* 2011/12, nr. 33 003, nr. 3, blz. 1-2, en *Kamerstukken II* 2011/12, 33 003, nr. 3, onderdeel 6, blz. 44.

<sup>14</sup> Zie onder andere: Commissie wetsvoorstellen NOB, brief aan de vaste commissie voor Financiën van de Tweede kamer; fiscale agenda 2012 – objectvrijstelling voor de vaste inrichting, 17 mei 2011 en reactie SRA op Belastingplan 2012 van 12 oktober 2012, SRA.nl.

<sup>15</sup> G.H. de Soeten en R.H.M. Roumen, ‘Het Nederlands fiscaal vestigingsklimaat: storm op komst!’, *WFR* 2011/742.

<sup>16</sup> Art. 13 Wet VPB1969.

<sup>17</sup> F.P.G. Pötgens en J.W. Bellingwout, ‘Objectvrijstelling voor vaste inrichtingen: Much Ado About Nothing?’, *WFR* 2012/654.

EU<sup>18</sup>). Zo is een aantal zaken geweest door het HvJ EU waaruit kan worden afgeleid dat het HvJ EU zoveel mogelijk aanstuurt op een gelijke behandeling van hoofdhuis/ moedervenootschap en vaste inrichting/ dochtervenootschap. Dit was onder andere aan de orde in de zaken ‘Avoir Fiscal’ en ‘Saint Gobain’.<sup>19</sup>

## 1.2 Aanleiding en vraagstelling van het onderzoek

### 1.2.1 Aanleiding voor het onderzoek

Het is duidelijk dat de discussie omtrent de (verschillen in) fiscale behandeling van vaste inrichtingen en deelnemingen zeer actueel is. Zeker in een tijd van globalisering en het streven naar vrijheid van vestiging binnen de Europese Unie is dit onderwerp nu en in de toekomst van grote relevantie. Door de invoering van de objectvrijstelling per 2012 is een meer gelijke behandeling tot stand gekomen tussen vaste inrichtingen en deelnemingen. Ook met de objectvrijstelling blijven echter verschillen in fiscale behandeling tussen vaste inrichtingen en deelnemingen bestaan.

De leden van de PVV fractie hebben in de parlementaire behandeling de vraag gesteld of het niet beter zou zijn om voor deelnemingen en vaste inrichtingen één regeling te treffen. Het antwoord luidde dat een complete gelijkshakeling niet mogelijk is, omdat het juridische verschil in ondernemingsvorm ervoor zorgt dat de regelgeving voor beide situaties een andere invalshoek dient te hebben. Dit is echter niet nader gemotiveerd in de parlementaire behandeling.<sup>20</sup>

Dit was aanleiding voor mij om te onderzoeken welke verschillen in fiscale behandeling er vandaag de dag nog zijn, in hoeverre deze verklaarbaar, dan wel terecht zijn of dat een meer gelijke behandeling wellicht wenselijker is. Indien dit het geval is, hoe die gelijke behandeling er idealiter uit zou moeten zien.

### 1.2.2 Vraagstelling voor het onderzoek

De volgende vraagstelling zal als uitgangspunt voor mijn onderzoek dienen:

*Hoe verhoudt de fiscale behandeling voor buitenlandse vaste inrichtingen zich tot de fiscale behandeling voor buitenlandse deelnemingen en zijn de thans nog bestaande verschillen verklaarbaar, dan wel terecht? Of is een (meer) gelijke behandeling wellicht wenselijker? En hoe zou deze (meer) gelijke behandeling idealiter eruit moeten zien?*

---

<sup>18</sup> In deze scriptie zal ik ook voor zaken geweest voor 1 december 2009 de benaming ‘HvJ EU’ gebruiken.

<sup>19</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EG 28 januari 1986, nr. 270/83, *FED 1990/3* (Avoir Fiscal) en HvJ EG 21 september 1999, nr. 307/97, *BNB 2000/75* (Saint-Gobain). Zie verder hoofdstuk 2.

<sup>20</sup> Nota naar aanleiding van het verslag Belastingplan 2012, *Kamerstukken II 2011/12*, 33 003, nr. 10, V-N 2011/54.2, blz. 25.

Deze vraag zal behandeld worden aan de hand van de volgende deelvragen:

- *Deelvraag 1:* Hoe verhoudt de deelnemingsvrijstelling voor (actieve) buitenlandse deelnemingen zich tot de objectvrijstelling voor (actieve) buitenlandse ondernemingswinsten?
- *Deelvraag 2:* Hoe verhoudt de regeling voor de (niet kwalificerende) beleggingsdeelneming zich tot die voor de laagbelaste beleggingsonderneming?
- *Deelvraag 3:* Hoe verhoudt de liquidatieverliesregeling voor deelnemingen zich tot de regeling voor stakingsverliezen voor buitenlandse vaste inrichtingen?
- *Deelvraag 4:* Hoe verhoudt de fiscale behandeling van valutaresultaten bij deelnemingen zich tot die van vaste inrichtingen?
- *Deelvraag 5:* Hoe verhoudt de fiscale behandeling van de overdracht van vermogensbestanddelen aan vaste inrichtingen zich tot die van deelnemingen?
- *Deelvraag 6:* Hoe verhoudt de fiscale behandeling van (interne en externe) leningen en interne dienstverlening aan vaste inrichtingen zich tot die van deelnemingen?

### 1.3 Methode van onderzoek en toetsingscriteria

In het onderzoek zal ik per onderwerp de thans nog bestaande verschillen in fiscale behandeling analyseren en proberen te verklaren aan de hand van de fiscale vakliteratuur en politieke totstandkoming van de regeling. Vervolgens zal ik beoordelen of het verschil in behandeling mijns inziens terecht is, dan wel wenselijk. Dit zal ik ten eerste doen aan de hand van het criterium eenvoud, wat mijns inziens een belangrijk aspect in fiscale wetgeving is en wat tevens naar voren kwam in het Belastingplan 2012. Eenvoud zou een reden kunnen zijn om verschillen tussen beide regelingen weg te nemen en kan ook een reden zijn om de ene regeling boven een andere regeling te prefereren. Naast eenvoud kan ook het streven naar een rechtsvormneutrale belastingheffing reden zijn om verschillen tussen diverse regelingen weg te werken. Het ontbreken van rechtsvormneutraliteit kan tot gevolg hebben dat de overwegingen van ondernemers fiscaal gedreven worden, terwijl vanuit andere optiek (bijvoorbeeld commercieel, aansprakelijkheid en administratieve lasten) een andere rechtsvorm te prefereren is.<sup>21</sup> Tot slot zal ik het verschil in behandeling toetsen aan internationale en Europese dimensies. Passen de verschillen binnen de internationale verdragen en hierin afgesproken heffingsbevoegdheden? Het Europeesrechtelijk toetsingskader zal bestaan uit de toetsing aan de vrijheid van vestiging<sup>22</sup>, eventueel van toepassing zijnde EU richtlijnen en zal in perspectief worden geplaatst van in het verleden gewezen arresten van het HvJ EU.

---

<sup>21</sup> P.H.J. Essers, 'Rechtsvormneutraliteit', *TFO* 2011/3.

<sup>22</sup> Art. 49 VwEU.

## 1.4 Afbakening

In deze scriptie zal de focus voornamelijk liggen op het verschil in *fiscale* behandeling van deelnemingen en vaste inrichtingen, dat wil zeggen de deelnemingsvrijstelling en de objectvrijstelling in de Wet VPB 1969 en daarmee samenhangende regelingen. Eventuele commerciële en/of juridische afwegingen tussen de verschillende ondernemingsvormen komen niet specifiek aan bod. De zogenoemde ‘vaste vertegenwoordiger’ in de zin van artikel 5, lid 5 en lid 6 van het OESO-modelverdrag en de (mogelijke) invoering van de CCCTB blijven buiten beschouwing. De formeelrechtelijke aspecten en overgangsrecht laat ik eveneens zoveel mogelijk buiten beschouwing. Tot slot richt ik mij op de vennootschapsbelasting; andere belastingen zoals bijvoorbeeld de omzetbelasting zullen niet specifiek aan bod komen.

## 1.5 Opzet

In het tweede hoofdstuk zal worden ingegaan op de fiscale behandeling van actieve buitenlandse ondernemings- en deelnemingswinsten. Het derde hoofdstuk zal in het teken staan van de (niet kwalificerende) beleggingsdeelneming en de laagbelaste beleggingsonderneming, gevolgd door de behandeling van liquidatie- en stakingsverliezen in hoofdstuk 4. In hoofdstuk 5 zullen de valutaresultaten aan bod komen, in hoofdstuk 6 de overdracht van vermogensbestanddelen. De systematiek van interne en externe leningen en interne dienstverlening zullen tot uiting komen in hoofdstuk 7. Tot slot zal worden afgesloten met een samenvatting, enige alternatieven en een conclusie.

## Hoofdstuk 2: Vrijstelling voor actieve buitenlandse winsten

### 2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk komen de fiscale aspecten van winsten uit een (actieve) buitenlandse deelneming en actieve ondernemingswinsten uit een buitenlandse vaste inrichting aan bod. Hierbij zal aandacht besteed worden aan de achtergrond en ratio die ten grondslag ligt aan de desbetreffende regelingen en aan de systematiek. Daarna volgt een beschouwing waar aandacht wordt besteed aan het begrip rechtsvormneutraliteit en de vraag of het wenselijk is dat beide regelingen zich op het gebied van buitenlandse winst uit deelnemingen dan wel vaste inrichting naar elkaar toe bewegen. Tot slot wordt afgesloten met een conclusie.

### 2.2 Voordelen uit deelneming onder de deelnemingsvrijstelling

#### 2.2.1 Inleiding

De deelnemingsvrijstelling die in de vennootschapsbelasting is opgenomen in art. 13 is het onderwerp van deze paragraaf, waarbij wordt uitgegaan van een deelneming die niet kwalificeert als beleggingsdeelneming<sup>23</sup> en waar de deelnemingsvrijstelling voor geldt. De deelnemingsvrijstelling is van toepassing indien – kort gezegd – de belastingplichtige een belang van ten minste 5% heeft in de andere vennootschap. Er wordt geen verdere aandacht besteed aan de voorwaarden die worden gesteld voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling, verondersteld wordt dat hieraan wordt voldaan.<sup>24</sup>

#### 2.2.2 Historie en achtergrond

De eerste vorm van deelnemingsvrijstelling was opgenomen in de ‘Wet tot heffing ener belasting op bedrijfs- en andere inkomsten’ van het jaar 1893. Onder de ‘ne bis in idem’-gedachte werden winsten niet bij zowel het behalen van de winst als bij uitdeling naar de aandeelhouder belast, maar slechts één maal op het niveau van de dochtermaatschappij (toen werden er nog geen eisen gesteld aan het minimale aandelenbezit in de dochtervennootschap, wel moesten de aandelen op naam luiden).<sup>25</sup> In de loop der jaren heeft de deelnemingsvrijstelling zich ontwikkeld en heeft zij verschillende aanpassingen ondergaan.<sup>26</sup> Per 1 januari 2010 heeft de deelnemingsvrijstelling haar laatste wijziging genoten op het gebied van de regeling voor beleggingsdeelnemingen, wat in het volgend hoofdstuk naar voren zal komen.

---

<sup>23</sup> In de zin van art. 13, lid 9 t/m lid 15 Wet VPB 1969, zie hiervoor hoofdstuk 3.

<sup>24</sup> Voorwaarden gesteld in art. 13, lid 2 e.v. Wet VPB 1969.

<sup>25</sup> D. Juch, De deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting (diss. KUB), Fed Deventer 1974, blz. 11.

<sup>26</sup> Q.W.J.C.H. Kok, Cursus Belastingrecht, onderdeel vennootschapsbelasting, onderdeel 2.4.0.A.

De ratio achter de deelnemingsvrijstelling is het voorkomen van economisch dubbele heffing binnen hetzelfde concern.<sup>27</sup> De door de dochtervennootschap uitgedeelde winsten worden niet nogmaals bij de moedervernootschap belast, in zowel binnenlandse verhoudingen als in buitenlandse verhoudingen. Tevens is de deelnemingsvrijstelling een uiting van de ‘verlengstukgedachte’, wat inhoudt dat de deelneming gezien wordt als het verlengde van de moedervernootschap.

De deelnemingsvrijstelling is een uiting van de vrijstellingsmethode, waarbij kapitaalimportneutraliteit wordt bewerkstelligd. Ten aanzien van dubbele belasting wordt er een afweging gemaakt tussen belastingverrekening of een belastingvrijstelling waar de afweging tussen kapitaalexportneutraliteit en kapitaalimportneutraliteit van belang is. Kapitaalimportneutraliteit houdt in dat de belastingheffing niet afhankelijk mag zijn van het feit of de belastingplichtige een ingezetene of een niet-ingezetene in dat land. Dit is ongewenst omdat dit bijvoorbeeld in een situatie waarin een Nederlands bedrijf in een laagbelastend land moet concurreren met lokale bedrijven.<sup>28</sup> De concurrentiepositie van het bedrijf zou geschaad worden als de aldaar behaalde winst tegen het Nederlandse tarief wordt belast in tegenstelling tot het lokale tarief.

Bij kapitaalexportneutraliteit wordt neutraliteit gezien vanuit de woonstaat van de investeerder die in het buitenland investeert. Deze dient niet anders belast te worden dan een investeerder die in zijn eigen land investeert. Kapitaalexportneutraliteit wordt nagestreefd bij de verrekeningsmethode die in Nederland wordt toegepast ten aanzien van onder andere inkomsten uit dividenden, rente en royalty's.<sup>29</sup>

### 2.2.2 Systematiek deelnemingsvrijstelling

Onder de thans geldende deelnemingsvrijstelling wordt bij het bepalen van de winst de voordelen uit hoofde van een deelneming, alsmede de kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van die deelneming buiten aanmerking gehouden.<sup>30</sup> Onder een deelneming wordt verstaan: als de belastingplichtige voor ten minste 5% van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder is van een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld.<sup>31,32,33</sup> De regeling voor de deelnemingsvrijstelling is imperatief; wanneer er aan de voorwaarden is voldaan is de

<sup>27</sup> MvT, *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 15.

<sup>28</sup> C. van Raad, studenteneditie 2007-2008, *Cursus Belastingrecht (Internationaal Belastingrecht)*, blz 58.

<sup>29</sup> A.C.G.A.C de Graaf, P. Kavelaars, A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht, FED Fiscale Studietoets* 39, Kluwer, Deventer, 2009, blz. 87-89.

<sup>30</sup> Art. 13, lid 1, Wet VPB 1969.

<sup>31</sup> Art. 13, lid 2, onderdeel a, Wet VPB 1969.

<sup>32</sup> Van een deelneming is tevens sprake indien belastingplichtige ten minste 5% bezit van het aantal in omloop zijnde bewijzen van deelgerechtigdheid in een fonds voor gemene rekening (onderdeel b), lid is van een coöperatie of een vereniging op coöperatieve grondslag (onderdeel c), of als commanditaire vennoot een aandeel heeft in de vennootschappelijke gemeenschap van een open commanditaire vennootschap en daardoor ten minste 5% deelt in het door die vennootschap behaalde voordeel (onderdeel d).

<sup>33</sup> Ingeval de belastingplichtige in het bezit is van aandelen in een vennootschap die is gevestigd in een lidstaat van de Europese Unie waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten dat voorziet in een verlaging van belastingheffing op dividenden op grond van het aantal stemrechten, is, in afwijking van het tweede lid, aanhef en onderdeel a, eveneens sprake van een deelneming indien de aandelen in het bezit van de belastingplichtige ten minste 5% van de stemrechten vertegenwoordigen, art. 13, lid 3, Wet VPB 1969.

deelnemingsvrijstelling van toepassing. Het is geen faciliteit die op verzoek van de belastingplichtige wordt toegepast zoals bijvoorbeeld het fiscale eenheidsregime opgenomen in art. 15 Wet VPB 1969. Indien een belastingplichtige gedurende meer dan een jaar in aanmerking kwam voor de deelnemingsvrijstelling en dat belang niet langer als deelneming wordt aangemerkt omdat de omvang niet meer voldoet aan de voorwaarde van ten minste 5%<sup>34</sup> blijft, gedurende een periode van drie jaar,<sup>35</sup> de deelnemingsvrijstelling van toepassing.<sup>36,37</sup>

De deelnemingsvrijstelling werkt als een bruto-vrijstelling. Dit wil zeggen dat de deelneming voor het totale bedrag wordt vrijgesteld van de winst en niet enkel voor het netto-bedrag wat resteert na aftrek van de kosten. De kosten die verband houden met de deelneming zijn dus aftrekbaar, met uitzondering van de kosten ter verwerving of vervreemding van de deelneming.<sup>38</sup> Het begrip ‘voordelen’, omvat zowel positieve als negatieve voordelen. Winsten worden derhalve niet belast, maar verliezen zijn dan ook niet aftrekbaar (met uitzondering van stakingsverliezen, art. 13d en art. 13e Wet VPB 1969).

Veel andere landen hebben een soortgelijke regeling ter voorkoming van economisch dubbele belasting. Ten opzichte van andere landen heeft Nederland een aantal elementen in de deelnemingsvrijstelling die een gunstig effect hebben op het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat.<sup>39</sup> Zo geldt er een volledige vrijstelling (bijvoorbeeld België, Frankrijk en Italië kennen een vrijstelling van 95%<sup>40</sup>) die van toepassing is op zowel dividenden als vermogenswinsten. Ook geldt de deelnemingsvrijstelling al vanaf een belang van 5% (vergelijk Denemarken en Portugal: minimaal 10%<sup>41</sup>) en zijn liquidatieverliezen wel aftrekbaar.<sup>42</sup>

## 2.3 Actieve ondernemingswinsten onder de objectvrijstelling

### 2.3.1 Achtergrond en historie

In deze paragraaf zal de objectvrijstelling voor actieve ondernemingswinsten aan bod komen. Zoals reeds in de inleiding is uitgewerkt vervangt deze de bepalingen art. 31 t/m art. 35 van het Bvdb 2001. De gewijzigde systematiek van voorkoming van juridische dubbele belasting per 1 januari 2012 heeft

---

<sup>34</sup> Bedoeld in het tweede of derde lid, art. 13, Wet VPB 1969.

<sup>35</sup> Gerekend vanaf het tijdstip dat niet meer wordt voldaan aan de bedoelde voorwaarde.

<sup>36</sup> Het zesde, zevende en negende lid van art 13, Wet VPB 1969 zijn van overeenkomstige toepassing.

<sup>37</sup> Zie art. 13, zestiende lid, Wet VPB 1969.

<sup>38</sup> Teneinde budgettaire gevolgen te voorkomen naar aanleiding van HR 24 mei 2002, nr. 37 021, *BNB 2002/262* heeft de wetgever per 1 januari 2005 met terugwerkende kracht ingevoerd dat aankoopkosten niet in aftrek konden worden gebracht.

<sup>39</sup> MvT, *Kamerstukken II 2009/10*, 32 129, nr. 3, blz. 15

<sup>40</sup> International Bureau of Fiscal Documentation, holding companies comparison table, datum van raadplegen: 22-04-2012).

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> Art. 13d en art. 13e Wet VPB 1969, zie hoofdstuk 4 van deze scriptie.



ten doel de mogelijkheid weg te nemen om verliezen afkomstig uit een buitenlandse vaste inrichting te verrekenen en tevens is een meer gelijke behandeling ten opzichte van deelnemingen beoogd.<sup>43</sup>

Tot 2012 kwamen binnenlands belastingplichtigen met een buitenlandse vaste inrichting in aanmerking voor een belastingvrijstelling van de winst afkomstig uit de buitenlandse vaste inrichting.<sup>44</sup> Voor niet-verdrags situaties werd onder de term vaste inrichting verstaan ‘een duurzame inrichting van een onderneming met behulp waarvan de werkzaamheden van die onderneming geheel of gedeeltelijk worden uitgeoefend’.<sup>45,46</sup> De vaste inrichting moest in dat geval wel onderworpen zijn aan een belasting naar de winst.<sup>47</sup> Door een belastingvrijstelling te verlenen verminderde de woonstaat de te betalen belasting ter hoogte van het bedrag dat de woonstaat zelf over de buitenlandse winst zou heffen.<sup>48</sup> In formule vorm ziet dit er als volgt uit:

$$\text{Belastingvrijstelling} = \frac{\text{buitenlandse winst}}{\text{generale wereldwinst}} \times \text{woonlandbelasting over wereldwinst}$$

Als sprake was van verliezen in de buitenlandse vaste inrichting kwam aan de vermindering weinig betekenis meer toe, aangezien het negatieve inkomen de wereldwinst verlaagde en op deze wijze een lager bedrag aan vennootschapsbelasting in Nederland verschuldigd was. Wanneer later positief buitenlands inkomen werd genoten werd dit vrij te stellen positief inkomen verminderd met de eerder geleden buitenlandse verliezen. Dit werd de inhaalregeling genoemd.<sup>49</sup> In geval er nadien sprake was van positief buitenlands inkomen terwijl het Nederlands inkomen negatief was, deed de doorschuifregeling intrede.<sup>50</sup> Hierbij werden de vrijgestelde inkomsten in een ander jaar in aanmerking genomen.

### 2.3.2 Systematiek

Vanaf 2012 wordt onder de nieuwe methodiek de wereldwinst van een binnenlands belastingplichtige nog steeds bepaald op grond van art. 8 e.v. Wet VPB 1969. Vervolgens wordt voor de belastingplichtige met winst uit een andere staat de winst verminderd met de positieve en negatieve bedragen van de winst uit die staat.<sup>51,52</sup>

---

<sup>43</sup> *Kamerstukken II*, 2009/10, 31.369, nr. 9.

<sup>44</sup> Art. 31 Bvdb 2001 (vervallen).

<sup>45</sup> Daaronder begrepen: de zetel van de leiding van de onderneming, landbouwgronden, werken waarvan de uitvoering langer dan twaalf maanden duurt.

<sup>46</sup> Art. 2 lid 1 Bvdb 2001 (oud).

<sup>47</sup> Art. 32 lid 1 Bvdb 2001 (vervallen).

<sup>48</sup> Art. 33 Bvdb 2001 (vervallen).

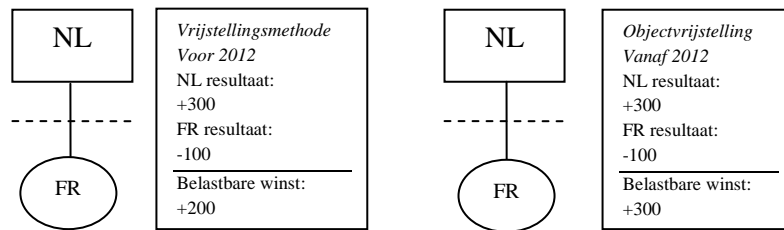
<sup>49</sup> Art. 35 Bvdb 2001 (vervallen).

<sup>50</sup> Art. 34 Bvdb 2001 (thans overgangsregeling).

<sup>51</sup> Art. 15e, lid 1 Wet VPB 1969.

<sup>52</sup> M.u.v. laagbelaste beleggingsondernemingen (art. 15g Wet VPB 1969) en regeling voor stakingsverliezen (art. 15i Wet VPB 1969).

Hier volgt een voorbeeld met een cijfermatige uitwerking van beide methoden, waarbij een Nederlandse moedervernootschap een vaste inrichting met een negatief resultaat in Frankrijk heeft.



Onder de objectvrijstelling wordt een onderscheid gemaakt naar verdragssituaties en niet-verdragssituaties.<sup>53</sup> Dit brengt met zich mee dat voor de invulling van de begrippen en de definitie van vaste inrichting of onroerende zaak wordt aangesloten bij de desbetreffende verdragen en de hierin opgenomen heffingsbevoegdheid wordt gevolgd.<sup>54</sup> Voor verdragssituaties geldt dat de winsten uit ondernemingen gevestigd in verdragslanden, opbrengsten uit in het buitenland gelegen onroerende zaken en overige voordelen onder de objectvrijstelling vallen, voor zover Nederland op grond van dat verdrag of regeling een vrijstelling ter voorkoming van dubbele belasting dient te verlenen.<sup>55</sup> Wanneer de objectvrijstelling van toepassing is en wat de reikwijdte hiervan is, hangt dus nog steeds af van het desbetreffende belastingverdrag. Voor niet-verdragslanden staan de vrijgestelde winsten opgesomd in artikel 15e lid 2 onderdeel b.<sup>56</sup> De objectvrijstelling voor buitenlandse winsten wordt bij de belastingplichtige per staat bepaald (de ‘per country-methode’).<sup>57</sup> Wanneer een belastingplichtige winst uit verschillende buitenlandse ondernemingen in dezelfde staat geniet, worden deze resultaten eerst gesaldeerd. Dit is vooral van belang voor de regelingen voor stakingsverliezen (art. 15i en art. 15j) die gelden als uitzondering op de objectvrijstelling van art. 15e Wet VPB 1969. Deze komen aan bod in hoofdstuk 4. Voor winsten uit laagbelaste beleggingsondernemingen als bedoeld in art. 15g vindt de objectvrijstelling geen toepassing, tenzij winst op grond van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting in Nederland voor een vrijstelling in aanmerking komt. Ook worden beleggingsinstellingen uitgezonderd. Beide uitzonderingen zullen in het volgende hoofdstuk aan bod komen. In lid 9 is bepaald dat onder regeling ter voorkoming van dubbele belasting mede wordt verstaan de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten.<sup>58</sup> Belangrijk om op te merken is dat de vaststelling van de vrij te stellen winst niet is veranderd. Het begrip vaste inrichting is gedefinieerd als ‘een bedrijfsinrichting met behulp waarvan de werkzaamheden van een onderneming geheel of gedeeltelijk worden uitgeoefend’ in art. 15f Wet VPB 1969. Voor bouwwerken of constructie- of installatiewerkzaamheden wordt een termijn van twaalf maanden aangehouden voor kwalificatie als vaste inrichting. Een aantal uitzonderingen hierop zijn opgesomd in het tweede lid. Het derde en vierde lid zien toe op de vaste vertegenwoordiger. Deze definities geldt voor voordelen uit

<sup>53</sup> Art. 15e lid 2 onderdeel a en b wet VPB 1969.

<sup>54</sup> MvT, Belastingplan 2012, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 003, nr. 3, blz. 94 en 95.

<sup>55</sup> Art. 15e lid 2, onderdeel a, Wet VPB 1969.

<sup>56</sup> Voor niet-verdragslanden zijn (aanvullende) definities opgenomen in het derde t/m het zesde lid van dit artikel.

<sup>57</sup> *Kamerstukken II*, 2011–2012, 33 003, nr. 3, blz. 93.

<sup>58</sup> Voor toepassing van art. 8, art. 10 en art. 13b Wet VPB 1969.

niet-verdragssituaties zoals omschreven in art. 15 e, tweede lid, onderdeel b, Wet VPB 1969.<sup>59</sup> Voor deze definitie van vaste inrichting is aansluiting gezocht bij art. 5 OESO-Modelverdrag. Tot slot is er een regeling voor de situatie waarin een vaste inrichting wordt voortgezet door een verbonden lichaam<sup>60</sup> en is er een aantal bepalingen ingevoerd als overgangsrecht.<sup>61</sup>

## 2.4 Beschouwing

### 2.4.1 Inleiding

Inmiddels zijn in de literatuur verschillende artikelen verschenen waarin auteurs hun visie op de invoering van de objectvrijstelling tot uiting brengen. In dit onderdeel zullen enkele aspecten besproken worden, waarbij ik mij voornamelijk richt op de wetsystematische elementen en in mindere mate op eventuele kanttekeningen op de objectvrijstelling<sup>62</sup> en de gewenstheid van de objectvrijstelling ten opzichte van het fiscale vestigingsklimaat.<sup>63</sup> Eerst zal een korte vergelijking worden gegeven van beide besproken regelingen, vervolgens zal de term rechtsvormneutraliteit besproken worden en in Europees perspectief worden geplaatst. In de laatste paragraaf zal ik mijn persoonlijke mening tot uiting brengen.

### 2.4.2 Vergelijking

De deelnemingsvrijstelling werkt uit als een objectieve vrijstelling en ook het nieuwe art. 15e Wet VPB 1969 heeft de benaming ‘objectvrijstelling voor buitenlandse vaste inrichtingen’ gekregen.

De wettekst van beide regelingen is echter anders geformuleerd, namelijk enerzijds ‘ Bij het bepalen van de winst blijven *buiten aanmerking* de voordelen (...)’<sup>64</sup> en anderzijds: ‘ (...) *verminderd met de positieve en de negatieve bedragen* van de winst uit die staat’.<sup>65</sup> Per saldo komt dit verschil in formulering er op neer dat de regeling voor vaste inrichtingen geen daadwerkelijke objectieve vrijstelling is maar eerder een aftrekpost die algebraïsch uitwerkt. Bij een daadwerkelijke objectvrijstelling behoort de objectvrijgestelde winst niet tot de winst. De winst van een vaste inrichting kan echter nog steeds in de Nederlandse heffingsgrondslag vallen. Dit komt omdat er nog steeds een verschil blijft bestaan tussen de bijdragewinst en de aftrekwinst. Een zuivere objectvrijstelling zou dit verschil niet meer kennen. Hoe dit verschil tussen aftrekwinst en bijdragewinst naar voren kan komen zal behandeld worden in de volgende hoofdstukken.

---

<sup>59</sup> MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, nr. 33 003, nr. 3, blz. 97.

<sup>60</sup> Art. 15j Wet VPB 1969.

<sup>61</sup> Art. 33b tot en met art. 33d Wet VPB 1969, deze zullen verder niet aan bod komen in deze scriptie.

<sup>62</sup> Zie bijvoorbeeld T. Dolderman, ‘De objectvrijstelling in de vennootschapsbelasting’, *Forfaitair* 2011/220.

<sup>63</sup> Zie bijvoorbeeld G.H. de Soeten en R.H.M. Roumen, ‘Het Nederlands fiscaal vestigingsklimaat: storm op komst!?', *WFR* 2011/742.

<sup>64</sup> Art. 13 Wet VPB 1969.

<sup>65</sup> Art. 15e Wet VPB 1969.

Wat wel voor de benaming ‘objectvrijstelling’ pleit is het feit dat meer wordt aangesloten bij het fiscale territorialiteitsbeginsel, namelijk het enkel betrekken van binnenlandse inkomsten in de Nederlandse heffingsgrondslag. Buitenlandse verliezen kunnen immers niet meer direct in aftrek worden gebracht zoals voorheen mogelijk was onder de vrijstellingsmethode.

Een ander verschil is dat de deelnemingsvrijstelling een bruto vrijstelling betreft en de regeling voor vaste inrichtingen een netto vrijstelling verleent. Het hanteren van een netto methode voor vaste inrichtingen is naar mijn idee logisch als er vanuit wordt gegaan dat in het buitenland kosten in beginsel voor aftrek in aanmerking komen. Aangezien de regeling ten doel heeft om dubbele belasting te voorkomen, hoeft dit niet verder te strekken dan het netto bedrag. De bruto vrijstelling bij de deelnemingsvrijstelling zou verdedigd kunnen worden vanuit de verlengstuk gedachte waarbij de deelneming enkel als verlengstuk wordt gezien van de moedervernootschap.

Tevens is een verschil wat hieruit voortvloeit dat onder de deelnemingsvrijstelling de kosten die verband houden met de deelneming aftrekbaar zijn, *met uitzondering van* de kosten ter verwerving of vervreemding van de deelneming.<sup>66</sup> Dit lijkt niet het geval bij de objectvrijstelling voor vaste inrichtingen. Echter, evenals bij financieringskosten worden ook aankoop- en verkoopkosten direct aan de vaste inrichting toegerekend en vallen daarmee ook in de aftrekwinst.

#### 2.4.2 Rechtsvormneutraliteit

De Staatssecretaris beoogde met de invoering van objectvrijstelling een onevenwichtigheid tussen de vaste inrichting en de dochtervennootschap weg te nemen, een meer gelijke behandeling tussen beide varianten te bereiken en het timingsvoordeel van horizontale verliesverrekening weg te nemen.<sup>67</sup>

Het staat vast dat er een juridisch verschil bestaat tussen een deelneming en een vaste inrichting. Vanuit het hoofdhuis/moedervernootschap vinden in beide gevallen investeringen plaats in het buitenland. Is het juridische verschil doorslaggevend voor de vraag of een deelneming en vaste inrichting vergelijkbaar zijn, of (niet) zouden moeten zijn?

Vanuit Nederlands perspectief ben ik van mening dat rechtsvormneutraliteit bij ondernemingsvormen erg wenselijk is. Dit vloeit voort uit het gelijkheidsbeginsel; bij ondernemen en investeren in het buitenland zou het niet uit moeten maken in welke ondernemingsvorm dit zou geschieden. Civieljuridische-, aansprakelijkheids-, bedrijfseconomische aspecten of andere overwegingen zouden de doorslag moeten geven ten aanzien van de keuze van ondernemingsvorm, niet de fiscaalrechtelijke voordelen.

---

<sup>66</sup> Teneinde budgettaire gevolgen te voorkomen naar aanleiding van HR 24 mei 2002, nr. 37 021, *BNB 2002/262* heeft de wetgever per 1 januari 2005 met terugwerkende kracht ingevoerd dat aankoopkosten niet in aftrek konden worden gebracht.

<sup>67</sup> *Kamerstukken II 2011/12, 33003, nr. 10, V-N 2011/54.2*, blz. 24, 25.

Deze problematiek is gezien vanuit Europees perspectief ook van belang en is dan ook al meer dan eens aan bod geweest bij het HvJ EU. Veelbesproken arresten zijn het arrest *Avoir Fiscal* en *St. Gobain*.<sup>68</sup> Bij *Avoir Fiscal* ging het om de Franse *avoir fiscal* (een tax credit voor uitgedeelde winsten om dubbele economische heffing te voorkomen). Deze tax credit was echter voorbehouden aan in Frankrijk gevestigde vennootschappen. Enkele verzekeringsmaatschappijen met een filiaal in Frankrijk waren hier van uitgezonderd, terwijl zij wel recht op deze tax credit hadden gehad als zij een dochtermaatschappij hadden gehouden in plaats van een filiaal. Het HvJ EU oordeelde dat vaste inrichtingen en deelnemingen in Frankrijk beide alleen belast zijn voor de in Frankrijk behaalde winst op basis van nationaal recht en de verdragen en derhalve een onderscheid voor de *Avoir Fiscal* niet was toegestaan. Ook in het arrest *Saint Gobain* genoten deelnemingen belastingvoordelen, zoals een internationale deelnemingsvrijstelling voor vennootschapsbelasting en vermogensbelasting en verrekening van elders geheven vennootschapsbelasting, die niet open stonden voor vaste inrichtingen. Ook hier oordeelde het HvJ EU dat de verschillende behandeling van filialen van buitenlandse kapitaalvennootschappen ten opzichte van binnenlandse kapitaalvennootschappen en de daaruit voortvloeiende beperking van de vrije keuze van de vorm van de vestiging moeten worden aangemerkt als een schending van art. 52 EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 43 EG) en van art. 58 EG-Verdrag (thans art. 48 EG). Uit beide zaken vloeit voort dat er geen wezenlijk verschil in behandeling mag zijn tussen een binnenlands belastingplichtige/deelneming en buitenlands belastingplichtige/vaste inrichting.

Ook de arresten *Commerzbank*<sup>69</sup>, *RBS*<sup>70</sup> en *CLT-UFA*<sup>71</sup> weerspiegelen dezelfde gedachtegang.<sup>72</sup> In *Commerzbank* ging het om een Engelse regeling die enkel binnen het Verenigd Koninkrijk gevestigde (rechts)personen een ‘aanvulling bij teruggaaf’ in de vorm van rente verleende. Bij *RBS* was sprake van een Grieks stelsel waarbij vaste inrichtingen in Griekenland van in andere EU-lidstaten gevestigde vennootschappen uitgesloten waren van de mogelijkheid om voor een lager tarief in de winstbelasting in aanmerking te komen. Bij het Luxemburgse *CLT UFA* die een vaste inrichting hield in Duitsland gold een belastingtarief van 42%, terwijl wanneer zij de activiteiten in de vorm van een deelneming had ontplooid dit een percentage van 33,5% of 30% zou zijn (afhankelijk van moment van uitkeren aan moedervenootschap). Bij elk van deze arresten is de ongelijke behandeling tussen vaste inrichting respectievelijk deelneming in strijd bevonden met de vrijheid van vestiging.

Gelijke gevallen dienen gelijk behandeld te worden, ongelijke gevallen ongelijk naar mate van hun ongelijkheid. *Kiekebeld* is dan ook van mening dat op grond van de gewezen jurisprudentie afgeleid kan worden dat rechtsvormneutraliteit geldt in inbound situaties, maar niet altijd geldt voor outbound

---

<sup>68</sup> HvJ EU 28 januari 1986, C 270/83, FED 1990/3 (*Avoir Fiscal*) en HvJ EU 21 september 1999, C 307/97, *BNB 2000/75* (*St. Gobain*).

<sup>69</sup> HvJ EU, 13 juli 1993, C-330/91, *BNB 1995/333* (*Commerzbank*).

<sup>70</sup> HvJ EU 29 april 1999, C-311/97, *V-N 1999/37.30* (*RBS*).

<sup>71</sup> HvJ EU, 23 februari 2006, C-253/03, *V-N 2006/14.18* (*CLT UFA*).

<sup>72</sup> Zie ook: B.J. Kiekebeld in: M.G.H. van der Kroon, ‘Verslag van het EFS-seminar ‘Vaste inrichting versus deelneming’’, *WFR* 2011/1592.

situaties.<sup>73</sup> Voorbeelden die Kiekebeld geeft zijn de arresten *Columbus Container Services*<sup>74</sup> en *X Holding BV*<sup>75</sup>, waarin wel een onderscheid mocht worden gemaakt naar juridische rechtsvorm en dit niet strijdig werd bevonden met EU recht.

In de zaak *Columbus Container Services* ging het om Duitse deelnemers in een Belgische commanditaire vennootschap, die in Duitsland werd beschouwd als fiscaal transparant en behandeld werd als vaste inrichting.<sup>76</sup> Op grond van het belastingverdrag tussen Duitsland en België zou Duitsland voor Belgische inkomsten een vrijstelling ter voorkoming van dubbele belasting verlenen. Er was echter sprake van een Duitse regeling die de vrijstellingsmethode uit een verdrag vervangt door de verrekeningsmethode in de situaties dat sprake is van passief inkomen uit een vaste inrichting die in het situsland laag belast is (in casu <30%). Het HvJ EU overwoog (r.o. 53): ‘Dienaangaande zij eraan herinnerd dat de fiscale autonomie waaraan in de punten 44 en 54 van het onderhavige arrest wordt gerefereerd, tevens inhoudt dat de lidstaten vrij zijn om te bepalen onder welke voorwaarden en op welk niveau de verschillende vestigingsvormen van nationale vennootschappen die in het buitenland opereren, zullen worden belast, mits deze vestigingsvormen daardoor niet worden gediscrimineerd ten opzichte van vergelijkbare nationale vestigingen.’ Volgens het HvJ EU werd geen onderscheid gemaakt tussen de belastingheffing over inkomsten uit winst van personenvennootschappen met zetel in Duitsland en over inkomsten uit winst van personenvennootschappen met zetel in een andere lidstaat die door deze vennootschappen op zijn grondgebied gemaakte winst tegen minder dan 30% belast. Er was geen sprake van discriminatie door ongelijke behandeling van deze twee categorieën vennootschappen.<sup>77</sup> Deze uitspraak is bevestigd in het arrest *KBC Bank*.<sup>78</sup>

Het arrest *X holding* draaide om een statutair en feitelijk in Nederland gevestigde vennootschap, die een fiscale eenheid wilde aangaan met haar statutair en feitelijk in België gevestigde dochtervennootschap waar zij een 100% belang in had. Het HvJ EU stelde vast dat het aangaan van een fiscale eenheid van een ingezetene moedervernootschap met een ingezetene dochtervennootschap objectief vergelijkbaar is met de situatie waarin een ingezetene moedervernootschap een fiscale eenheid met een niet ingezetene dochtervennootschap wenst aan te gaan.<sup>79</sup> Het Nederlandse fiscale-eenhedsregime werd in beginsel gezien als een belemmering van de vrijheid van vestiging. Dit was echter gerechtvaardigd uit noodzaak om de verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen lidstaten van de EU te handhaven die in het geding zou kunnen komen door de mogelijkheid tot horizontale

---

<sup>73</sup> B.J. Kiekebeld in: M.G.H. van der Kroon, ‘Verslag van het EFS-seminar ‘Vaste inrichting versus deelneming’’, *WFR* 2011/1592.

<sup>74</sup> HvJ EU 6 december 2007, C-298/05, *V-N 2007/59.8* (*Columbus Container Services*).

<sup>75</sup> HvJ EU, 25 februari 2010, C-337/08, *BNB 2010/166* (*X Holding*).

<sup>76</sup> HvJ EU 6 december 2007, C-298/05, *V-N 2007/59.8* (*Columbus Container Services*).

<sup>77</sup> HvJ EU 6 december 2007, C-298/05, *V-N 2007/59.8*, r.o. 39, 40 (*Columbus Container Services*).

<sup>78</sup> HvJ EU 4 juni 2009, C-439/07, *V-N 2009/35.17*, r.o. 77 t/m 81 (*KBC Bank*).

<sup>79</sup> HvJ EU, 25 februari 2010, C-337/08, *BNB 2010/166*, r.o. 24 (*X Holding*).

verliesverrekening.<sup>80</sup> De regeling is bovendien geschikt en proportioneel bevonden, naar oordeel van het HvJ EU.

Op grond van deze drie arresten stellen *Brandsma* e.a. dat het HvJ EU duidelijk uiteenzet dat een vaste inrichting en een dochtermaatschappij zich niet in een vergelijkbare situatie bevinden wat de verdeling van de heffingsbevoegdheden betreft en dus niet gelijk hoeven te worden behandeld.<sup>81</sup>

Ook *Stevens* uit zijn verbazing over de vergelijking tussen een buitenlandse deelneming en een buitenlandse vaste inrichting omdat het HvJ EU, zeker in outbound situaties, een gelijkstelling tussen beide niet nastreeft maar een vergelijking trekt tussen een binnenlandse vaste inrichting en een buitenlandse vaste inrichting.<sup>82</sup>

*Bender* ziet liever wél een verschil in behandeling tussen deelnemingen en vaste inrichtingen omdat er ook een wezenlijk verschil tussen beide bestaat: de juridische (on)zelfstandigheid.<sup>83</sup> Op het gebied van verliescompensatie is het dochterverlies juridisch gezien van de buitenlandse dochter, terwijl een vi-verlies juridisch toebehoort aan de Nederlandse belastingplichtige die daarvoor ook een aanslag ontvangt. Ten aanzien van de objectvrijstelling merkt hij op dat andere verschillen door de objectvrijstelling niet zijn weggenomen, zoals valutaresultaten en het overbrengen van vermogensbestanddelen. Tot slot vindt zij dat in het betoog van de Staatssecretaris geen reden wordt genoemd waarom de vaste inrichting thans behandeld moet worden als dochter in plaats van andersom.

Naar de mening van *Vleggeert* lijkt het erop dat het HvJ EU een vaste inrichting en een dochtervennootschap niet per definitie gelijk zal willen behandelen. Volgens hem dient een beroep op rechtsvormneutraliteit alleen te worden gehonoreerd wanneer een dochtervennootschap en een vaste inrichting zich in het concrete geval voor de toepassing van de desbetreffende regel in een vergelijkbare situatie bevinden.<sup>84</sup>

*Wattel* noemt gelijkstelling van vaste inrichting en deelneming in internationaal belastingrecht onjuist, met name aangezien beide, met name bij verliesverrekening, in een geheel andere positie zitten. Bij binnenlands belastingplichtige (buitenlandse vaste inrichting) is immers horizontale verliesverrekening mogelijk en bij een buitenlandse deelneming niet.<sup>85</sup>

---

<sup>80</sup> HvJ EU, 25 februari 2010, C-337/08, *BNB 2010/166*, r.o. 31,32 (X Holding).

<sup>81</sup> R.P.C. W.M. Brandsma, K.M. Braun, S.R. Pancham, D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht, Europees Belastingrecht*, studenteneditie 2011-2012, Deventer Kluwer 2011.

<sup>82</sup> A.J.A. Stevens, *De objectvrijstelling*, NTFRB2012-4 en A.J.A. Stevens, *De invoering van een objectvrijstelling voor vaste inrichtingswinsten*, in: Maarschappelijk ingesteld, Opstellen aangeboden aan Dr. D.A. Albrechtse ter gelegenheid van zijn afscheid van het FEI van de Erasmus Universiteit te Rotterdam, eigen uitgave FEI/EUR, Rotterdam 2011, blz. 129 e.v.

<sup>83</sup> T. Bender, 'Objectvrijstelling voor buitenlandse winst – waarom eigenlijk?', *NTFR2011-2482*.

<sup>84</sup> J. Vleggeert, *Fiscale Monografieën 132, aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht*, Kluwer, Deventer, 2009, blz. 302.

<sup>85</sup> Zie annotatie P.J. Wattel bij HvJ EU 23 oktober 2008, nr. C-157/07, *BNB 2009/86* (Krankenheim Ruhesitz am Wannsee).

Op grond van het secundair EU recht valt ook het een en ander voor rechtsvormneutraliteit te zeggen. Wanneer een dochtervennootschap wordt gehouden door tussenkomst van een vaste inrichting wordt deze vaste inrichting gelijkgesteld met een dochtervennootschap voor de Moeder-dochterrichtlijn en de interest en royalty richtlijn.<sup>86</sup> Ook in de fusierichtlijn wordt een vaste inrichting<sup>87</sup> hetzelfde behandeld als een deelneming.<sup>88</sup>

*Kavelaars* is van mening dat op grond van een aantal voornoemde arresten<sup>89</sup> en deze bepalingen in de richtlijnen het HvJ EU wel een gelijke behandeling tussen vaste inrichting/deelneming en hoofdhuis/moedervernootschap nastreeft. Hij noemt deze gelijkstelling op grond van zowel EU recht, als nationaal rechtelijk als belastingverdragsrechtelijk ook een zeer wenselijke te noemen. Wel nuanceert hij deze uitspraak dat het afhankelijk van de onderhavige regeling zou kunnen verschillen of deze parallelle benadering wenselijk is. Hier gaat hij echter niet nader op in.

#### 2.4.4 **Opinie**

Op grond van de gewezen jurisprudentie valt te concluderen dat het HvJ EU in veel gevallen aanstuurt op een gelijke behandeling van een vaste inrichting en deelneming. Dit lijkt mij ook zeer gewenst. Ondernemers zouden niet door de overheid en het rechtssysteem (negatief) beïnvloed moeten worden bij de keuze voor een juridische rechtsvorm ten aanzien van het verrichten van hun ondernemingsactiviteiten in het buitenland. De economische realiteit zou doorslaggevend moeten zijn voor de fiscale behandeling. Persoonlijk neig ik naar het standpunt dat een gelijke behandeling vanuit het oogpunt van rechtsvormneutraliteit met name in de staat van de moedervernootschap ofwel het hoofdhuis gewenst is. Er valt ook wat voor te zeggen om als (relevante) vergelijking die tussen buitenlandse vaste inrichting en binnenlandse vaste inrichting aan te houden, zoals werd overwogen in het arrest *Columbus Container Services*. In mijn optiek geldt dit voornamelijk in outbound gevallen, ten opzichte van de bronstaat waar de vaste inrichting gelegen is. Met name kan dit het geval zijn bij verliesverrekening, zoals aan de orde was bij *X Holding*. Doordat een vaste inrichting onderdeel is van de belastingplichtige en onbeperkt onderworpen binnenlands belastingplichtig is, maakt dat horizontale verliesverrekening mogelijk is. Dit is niet het geval bij een buitenlandse deelneming die niet onderworpen is in het binnenland zodat horizontale verliesverrekening per definitie uitgesloten is.

Zoals in het arrest *Columbus Container Services* is benadrukt zijn lidstaten vrij om te bepalen onder welke voorwaarden en op welk niveau de verschillende vestigingsvormen van nationale vennootschappen die in het buitenland opereren, zullen worden belast, mits deze vestigingsvormen daardoor niet worden gediscrimineerd ten opzichte van vergelijkbare nationale vestigingen. Nederland

---

<sup>86</sup> Art 1, eerste lid en art. 4 Moeder dochterrichtlijn en art. 1 en art. 3 van de interest en royaltyrichtlijn.

<sup>87</sup> Samenstel van activa en passiva.

<sup>88</sup> Zie art. 10 fusierichtlijn.

<sup>89</sup> *Avoir Fiscal*, *St. Gobain*, *Marks & Spencer*, *Lidl Belgium* en *Ruhsitz*.



kent immers al decennia lang het onderscheid in fiscale behandeling tussen een vaste inrichting in het buitenland en een deelneming, wat algemeen geaccepteerd is.

*De Wilde en Wisman* zijn van mening dat door de invoering van de objectvrijstelling er in plaats van het wegnemen van een (timings)voordeel (zoals de Staatssecretaris stelt), sprake is van de creatie van een nadeel.<sup>90</sup> Door de objectvrijstelling geldt een aftrekbeperking van reële verliezen in een grensoverschrijdende omgeving. Dit heeft tot gevolg dat belastingplichtigen gedwongen kunnen worden hun fiscale verliesverrekeningsaanspraken voor te financieren wat commercieel een cashflow nadeel met zich mee brengt. Dit geldt alleen voor belastingplichtigen die hun ondernemingsactiviteiten in het buitenland ontplooiën. Het resultaat is een marktverstoring die een belemmering vormt voor grensoverschrijdende activiteiten in de interne markt wat zeer onwenselijk is. Niettemin stellen zij vast dat de geïntroduceerde onrechtvaardigheid juridisch onaantastbaar is wanneer gekeken wordt naar de belastingverdragen en het EU-recht. Voornoemde auteurs werpen ook de vraag op of wellicht de deelneming fiscaal op dezelfde manier moet worden behandeld als de vaste inrichting onder de vroeger geldende vrijstellingsmethode.<sup>91</sup>

Mijns inziens is er wat voor te zeggen dat Nederland niet meer - zoals voorheen - verliezen uit buitenlandse vaste inrichtingen 'subsidieert' en in de nieuwe regeling meer wordt vastgehouden aan het territorialiteitsbeginsel. Desondanks zie ik ook wat in de opinie van *De Wilde en Wisman*. De wetswijziging zou schade kunnen geven aan Nederland als vestigingsland en de prikkel kunnen geven om als starter liever in eigen land te investeren dan in het buitenland. Verliezen kunnen immers niet meer onmiddellijk in mindering komen op de te betalen belasting in Nederland.<sup>92</sup> Op hun voorstel om een deelneming te behandelen als een vaste inrichting onder de vroeger geldende vrijstellingsmethode kom ik nog nader terug in hoofdstuk 8.

De convergentie tussen de deelnemingsvrijstelling en de regeling voor vaste inrichtingen heeft een positieve invloed gehad op de rechtsvormneutraliteit tussen beide ondernemingsvormen, wat ik een wenselijke verandering vind. Ook in het kader van het eenvoudsbegin­sel is de objectvrijstelling voor vaste inrichtingen gemakkelijker vorm gegeven dan de voormalige vrijstellingsmethode uit het Bvdb 2001. Of dit aspect ook geldt voor ingevoerde samenhangende regelingen, zoals de regeling voor stakingsverliezen zal in volgende hoofdstukken aan de orde komen. Ik acht het logischer dat de voorkomingsbepalingen thans zijn neergelegd in de Wet VPB 1969 in plaats van het Bvdb 2001, aangezien de deelnemingsvrijstelling hier ook staat opgenomen. Duidelijk dient gesteld te worden dat art. 15e niet een 'volledige' objectvrijstelling bevat, waardoor de winst nog steeds beïnvloed kan

---

<sup>90</sup> M.F. de Wilde en C. Wisman, 'Over de 'objectvrijstelling' en de klok van de interne markt', *FED* 2012/41.

<sup>91</sup> Zie bijvoorbeeld M.F. de Wilde en C. Wisman, 'Over de 'objectvrijstelling' en de klok van de interne markt', *FED* 2012/41.

<sup>92</sup> Onder bepaalde omstandigheden zou tijdelijke verliesimport wellicht niet een groot probleem hoeven zijn. Zie het onderdeel 'alternatieven' in de conclusie.

worden door andere (buitenlandse) bestanddelen, zoals valutaresultaten en de overdracht van vermogensbestanddelen. Dit komt naar voren in latere hoofdstukken.

## 2.5 Conclusie

In dit hoofdstuk heb ik de systematiek uitgewerkt van de deelnemingsvrijstelling. Ook is de voorheen geldende vrijstellingsmethode uit het Bvdb 2001 kort de revue gepasseerd en de thans geldende objectvrijstelling voor buitenlandse vaste inrichtingen. Hierna volgde een beschouwing over de vraag of de rechtsvormneutraliteit waar naar werd gestreefd met invoering van de objectvrijstelling een wenselijk streven is. In deze paragraaf geef ik kort mijn conclusies weer.

De ratio achter de deelnemingvrijstelling is het voorkomen van economisch dubbele heffing binnen hetzelfde concern.<sup>93</sup> Onder de thans geldende deelnemingvrijstelling wordt bij het bepalen van de winst de voordelen uit hoofde van een deelneming, alsmede de kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van die deelneming buiten aanmerking gehouden.<sup>94</sup> Het betreft hierbij een bruto-vrijstelling. De gewijzigde systematiek van voorkoming van juridische dubbele belasting per 1 januari 2012 heeft ten doel de mogelijkheid weg te nemen om verliezen afkomstig uit een buitenlandse vaste inrichting te verrekenen en tevens is een meer gelijke behandeling ten opzichte van deelnemingen beoogd. Vanaf 2012 wordt onder de nieuwe methodiek de wereldwinst van een binnenlands belastingplichtige nog steeds bepaald op grond van art. 8 e.v. Wet VPB 1969. Vervolgens wordt voor de belastingplichtige met winst uit een andere staat de winst verminderd met de positieve en negatieve bedragen van de winst uit die staat.<sup>95,96</sup> Hier gaat het om een netto-vrijstelling. Belangrijk om op te merken is dat winstbepaling van de vaste inrichting winst niet is veranderd.

Door de objectvrijstelling is de fiscale behandeling van een vaste inrichting en een deelneming geconvergeerd. De vraag is of het juist is een vaste inrichting en een deelneming fiscaal in dezelfde positie te plaatsen of dat het juridische verschil van doorslaggevende betekenis is. Het HvJ EU heeft enige uitspraken gedaan op dit gebied, bijvoorbeeld de arresten *Avoir Fiscal*,<sup>97</sup> *St. Gobain*,<sup>98</sup> *Commerzbank*<sup>99</sup>, *RBS*<sup>100</sup> en *CLT-UFA*<sup>101</sup> waaruit kan worden afgeleid dat gelijke behandeling wel gewenst is. De arresten *X holding* en *Columbus Container Services* laten echter een tegengesteld

---

<sup>93</sup> MvT, *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 15.

<sup>94</sup> Art. 13, lid 1, Wet VPB 1969.

<sup>95</sup> Art. 15e, lid 1 Wet VPB 1969.

<sup>96</sup> M.u.v. laagbelaste beleggingsondernemingen (art. 15g Wet VPB 1969) en regeling voor stakingsverliezen (art. 15i Wet VPB 1969).

<sup>97</sup> HvJ EU 28 januari 1986, C 270/83, *FED 1990/3* (Avoir Fiscal)

<sup>98</sup> HvJ EU 21 september 1999, C 307/97, *BNB 2000/75* (St. Gobain).

<sup>99</sup> HvJ EU, 13 juli 1993, C-330/91, *BNB 1995/333* (Commerzbank).

<sup>100</sup> HvJ EU 29 april 1999, C-311/97, *V-N 1999/37.30* (RBS).

<sup>101</sup> HvJ EU, 23 februari 2006, C-253/03, *V-N 2006/14.18* (CLT UFA).

geluid horen.<sup>102</sup> In de literatuur zijn verschillende opvattingen met betrekking tot de wenselijkheid van een vergelijking tussen een vaste inrichting en een deelneming. Zo menen *Kavelaars* en *Kiekebeld* dat een gelijke behandelingen tussen beide in beginsel juist is, hoewel dit niet geldt in outboundsituaties volgens *Kiekebeld*. *Brandsma e.a.*, *Stevens* en *Bender* hebben een tegengestelde mening en achten een dergelijke vergelijking niet juist. Mijns inziens is het in beginsel zeer wenselijk om rechtvormneutraliteit en dus een gelijke behandeling van beide ondernemingsvormen na te streven, maar is dit op grond van EU recht niet verplicht. Zeker in situaties waar naar het bronland wordt gekeken is eenzelfde behandeling niet vereist, wat mijns inziens ook gerechtvaardigd is wanneer het aankomt met name verliessituaties waarin de regels omtrent horizontale verliesverrekening immers verschillen tussen beide rechtsvormen. Echter, ook al is het niet verplicht op grond van EU recht, blijft mijn mening dat het wel zeer wenselijk is om rechtvormneutraliteit na te streven.

---

<sup>102</sup> HvJ EU, 25 februari 2010, C-337/08, *BNB 2010/166* (X Holding) en <sup>102</sup> HvJ EU 6 december 2007, C-298/05, *V-N 2007/59.8* (Columbus Container Services).

## Hoofdstuk 3: Buitenlandse beleggingswinsten

### 3.1 Inleiding

Voor voordelen uit (niet kwalificerende) beleggingsdeelnemingen en laagbelaste beleggingsondernemingen bestaan afwijkende regelingen ten opzichte van actieve ondernemingswinsten. De gemeenschappelijke deler van deze afwijking vormt de gedachte van de wetgever dat het niet mogelijk zou moeten zijn dat passieve inkomsten eenvoudig kunnen worden ondergebracht in het laagbelaste buitenland. In dit hoofdstuk wordt deze wetsystematiek nader uitgewerkt en volgt een beschouwing waarin de verschillen tussen beide regelingen worden besproken en waarin ook internationale aspecten aan bod zullen komen. Evenals bij het vorige hoofdstuk en de volgende hoofdstukken staat de vraag centraal of de vaste inrichting en de deelneming meer gelijkelijk moeten c.q. kunnen worden behandeld.

### 3.2 Beleggingsdeelnemingen

#### 3.2.1 Historie en achtergrond

Al onder het Besluit 1942 was de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing op beleggingsmaatschappijen. Deze regeling werd gecontinueerd in de Wet Vennootschapsbelasting 1969. De ratio van deze uitsluiting is er in gelegen om grondslaguitholling in internationaal verband te voorkomen.<sup>103</sup> Bij afwezigheid van een dergelijke regeling zou het erg gemakkelijk zijn om inkomsten uit mobiel kapitaal die ontstaan in laagbelaste landen via de Nederlandse deelnemingsvrijstelling belastingvrij te genieten. Nederland zou voorts in internationaal verband veel kritiek kunnen verwachten wanneer dit toegestaan zou zijn. De laatste aanpassingen aan de regeling voor beleggingsdeelnemingen zijn per 1 januari 2010 ingegaan en hebben ten doel meer zekerheid en vereenvoudiging te bieden.<sup>104</sup> Desondanks blijft het een gecompliceerde regeling. In de volgende paragraaf volgt een uiteenzetting waarin de hoofdlijnen van de regeling worden besproken.

#### 3.2.2. Systematiek beleggingsdeelneming

In het voorgaande hoofdstuk is behandeld dat voor (actieve en kwalificerende) deelnemingen de deelnemingsvrijstelling geldt. Voor belastingplichtigen die voor de vennootschapsbelasting als beleggingsinstellingen zijn aangemerkt, vindt de deelnemingsvrijstelling geen toepassing.<sup>105</sup> Ook wanneer sprake is van een (niet kwalificerende) beleggingsdeelneming geldt deze vrijstelling niet en geldt een verrekeningsstelsel. De regeling voor de beleggingsdeelneming is opgenomen in art. 13 lid 9 tot en met lid 15 Wet VPB 1969 en is op het eerste gezicht vrij complex te noemen. Het negende lid

---

<sup>103</sup> MvT, *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 15.

<sup>104</sup> De bestaande bezittingen- en onderworpenheidstoets werd versoepeld en daarnaast werd een oogmerktoets toegevoegd, *Stb.* 2009, 610, 23-12-2009.

<sup>105</sup> Art. 13, lid 8, Wet VPB 1969.

geeft de hoofdregel aan, deze luidt: “De deelnemingsvrijstelling is niet van toepassing op voordelen uit hoofde van een als belegging gehouden deelneming (beleggingsdeelneming), alsmede op de kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van die deelneming, tenzij sprake is van een kwalificerende beleggingsdeelneming”. Of sprake is van een ‘als belegging gehouden deelneming’ hangt af van de oogmerktoets; of de deelneming door de belastingplichtige wordt gehouden met het oog op het behalen van een rendement wat bij normaal vermogensbeheer kan worden verwacht.<sup>106</sup> Dit is in beginsel een subjectieve toets, maar kan worden geobjectiveerd door te kijken naar de aard, functie en activiteiten van de deelneming.<sup>107</sup> Indien sprake is van een gemengd oogmerk (zowel ondernemen als beleggen) is het van belang bij welk doel het zwaartepunt is gelegen.<sup>108,109</sup>

Wanneer op basis van de oogmerktoets geen sprake is van een beleggingsdeelneming kan deze alsnog fictief als een beleggingsdeelneming worden aangemerkt (lid 10). Dit is het geval als de bezittingen van de deelneming geconsolideerd beschouwd, doorgaans grotendeels bestaan uit belangen van minder dan 5%.<sup>110</sup> Ook wordt de deelneming fictief als beleggingsdeelneming aangemerkt wanneer de deelneming tezamen met de lichamen waarin de deelneming een belang van ten minste 5% heeft, grotendeels een groepsfinancieringsfunctie of een terbeschikkingfunctie vervult.

Als een deelneming op grond van lid 9 of lid 10 wordt bestempeld als beleggingsdeelneming, kan op de voordelen uit hoofde van de deelneming nog steeds de deelnemingsvrijstelling van toepassing zijn. Dit is het geval als deze beleggingsdeelneming een ‘kwalificerende’ deelneming is (lid 11). Een deelneming kwalificeert als a) de deelneming onderworpen is aan een belasting naar de winst die resulteert in een naar Nederlandse maatstaven reële heffing<sup>111</sup> (de ‘reële heffingstoets’) of b) de bezittingen van de deelneming onmiddellijk of middellijk doorgaans<sup>112</sup> voor minder dan de helft uit laagbelaste<sup>113</sup> vrije beleggingen<sup>114</sup> bestaan<sup>115</sup> (de ‘bezittingentoets’).<sup>116</sup> De doelstelling van de

---

<sup>106</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 58

<sup>107</sup> *Kamerstukken II*, 2009-2010, 32 129, nr. 8, blz. 28 (NV).

<sup>108</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 59 en 60.

<sup>109</sup> Voor het bepalen van het zwaartepunt spelen de omvang van de activiteiten, de omvang van de bezittingen, de omvang van de bruto-opbrengsten en de omvang van de winsten die aan het houden van beleggingen respectievelijk het uitoefenen van een onderneming kunnen worden gerelateerd, een rol. Hoe deze elementen moeten worden gewogen, hangt af van de omstandigheden van het specifieke geval. (Bron: *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 8, blz. 29 en 30.)

<sup>110</sup> Zie art. 13 lid 10, tevens belangen van minder dan 5% van het aantal in omloop zijnde bewijzen van deelgerechtigdheid in een fonds voor gemene rekening, met dien verstande dat daarbij het aantal andere dan enkelvoudige bewijzen van deelgerechtigdheid wordt herleid tot een daarmee overeenstemmend aantal enkelvoudige bewijzen en een aandeel als commanditaire vennoot in de vennootschappelijke gemeenschap van een open commanditaire vennootschap, welk aandeel voor minder dan 5% deelt in het door die vennootschap behaalde voordeel.

<sup>111</sup> Indien het reguliere belastingtarief waarin de deelneming is onderworpen ten minste 10% bedraagt en niet sprake is van bijzondere grondslagafwijkingen ten opzichte van de volgens Nederlandse maatstaven berekende grondslag welke ertoe leiden dat het effectieve tarief lager uitkomt dan 10%, is sprake van een naar Nederlandse begrippen reële heffing. Indien het reguliere buitenlandse tarief lager is dan 10%, kan toch sprake zijn van een naar Nederlandse maatstaven reële heffing indien de buitenlandse belastinggrondslag breder is dan de Nederlandse, *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 62.

<sup>112</sup> Een korte/incidentele periode waarin hier niet wordt voldaan behoeft afhankelijk van de omstandigheden niet gelijk uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling te betekenen.

<sup>113</sup> Zie art 13 lid 13, Wet VPB 1969.

<sup>114</sup> Zie art. 13 lid 12, en lid 15, Wet VPB 1969.

<sup>115</sup> Met dien verstande dat voor de toepassing van dit onderdeel en artikel 13a laagbelaste vrije beleggingen niet als zodanig in aanmerking worden genomen indien de bezittingen van het lichaam dat de laagbelaste vrije beleggingen bezit doorgaans ten minste hoofdzakelijk bestaan uit andere bezittingen dan laagbelaste vrije beleggingen, waarbij de deelnemingen die dat lichaam houdt worden geacht geen bezittingen te zijn, de ‘rotte appel benadering’, art 13, lid 11 tweede deel van de volzin, Wet VPB 1969.

bezittingentoets is het identificeren van laagbelaste vrije beleggingen.<sup>117</sup> Op een kwalificerende beleggingsdeelneming is dus wel de deelnemingsvrijstelling van toepassing. Voor de overige beleggingsdeelnemingen geldt de verrekeningssystematiek.

### 3.2.3 Verrekening

#### *Herwaardering naar waarde in het economisch verkeer (art. 13a Wet VPB 1969)*

Als een belastingplichtige een groot genoeg belang heeft in een deelneming, kan deze de winstuitdelingen van deze deelneming beïnvloeden. Door geen winst uit te keren kan belastingheffing uitgesteld worden.<sup>118</sup> Om dit te voorkomen is art. 13a Wet VPB ingevoerd.<sup>119</sup> Dit artikel bepaalt dat als een vennootschapsbelastingplichtige aandeelhouder, al dan niet tezamen met een verbonden lichaam, een belang van 25% of meer heeft in een lichaam, hij dat belang waardeert op de waarde in het economische verkeer. Hierbij gaat het om een belang in een lichaam dat niet is onderworpen aan een belasting naar winst die resulteert in een naar Nederlandse begrippen reële heffing en waarvan de bezittingen<sup>120</sup> bestaan uit laagbelaste vrije beleggingen. Wanneer dit artikel geen toepassing meer vindt wordt op grond van het tweede lid voorkomen dat een onmiddellijk verlies uit hoofde van een waardering op (historische) kostprijs of lagere (beurs)koers kan worden genoten. Manipulatie om onder de eis van het 25% belang te komen, tracht het derde lid te voorkomen. Op deze manier wordt tegengegaan dat belastinguitstel kan worden genoten door beleggingen onder te brengen in dergelijke (laagbelaste) deelnemingen.

#### *Brutering (art. 13aa Wet VPB 1969)*

Een laagbelaste beleggingsdeelneming (in de zin van art. 13, tiende lid Wet VPB 1969) valt niet onder de deelnemingsvrijstelling. Art. 13aa Wet VPB 1969 stelt dat in dat geval een gebruteerd bedrag van de voordelen<sup>121</sup> tot de winst gerekend wordt en vervolgens de op die voordelen drukkende winstbelasting wordt verminderd (deelnemingsverrekening). Op deze brutering heeft art. 13aa betrekking, de eigenlijke verrekening is opgenomen in art. 23c. De brutering houdt in dat het voordeel vermenigvuldigd wordt met de factor 100/95.<sup>122</sup> Op voordelen uit winstuitkeringen waar de Moeder-dochterrichtlijn op van toepassing is, kan de belastingplichtige ervoor kiezen de werkelijk betaalde belasting te verrekenen en wordt de brutering daar op aangepast. Wanneer het totaal aan gebruteerde voordelen positief is, wordt ter verrekening van op die voordelen drukkende winstbelasting op de

---

<sup>116</sup> Art. 13 lid 11 Wet VPB 1969.

<sup>117</sup> MvT, *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 65.

<sup>118</sup> MvA, *Kamerstukken I* 1989/90, 20 701, nr. 78b, blz. 17.

<sup>119</sup> Voorlopers van dit artikel zijn art. 28, vierde tot en met zesde lid, en art. 28b Wet VPB (oud).

<sup>120</sup> Onmiddellijk of middelijk, uitsluitend of nagenoeg uitsluitend.

<sup>121</sup> Met inachtneming van de kosten ter zake van de verwerving en de vervreemding (lid 3).

<sup>122</sup> Deze brutering geldt ook voor de voordelen bedoeld in art. 13, zesde en zevende lid, Wet VPB 1969.

verschuldigde vennootschapsbelasting van dat jaar een vermindering verleend volgens art. 23c Wet VBP 1969.<sup>123</sup>

### *Verrekening (art. 23c Wet VPB 1969)*

In art. 23c is de eigenlijke verrekening van buitenlandse belasting met Nederlandse vennootschapsbelasting op de voordelen uit laagbelaste beleggingsdeelnemingen geregeld. Het eerste lid verwijst terug naar de bruteringsmethodiek van art. 13aa. Er vindt verrekening plaats naar de laagste van twee gestelde limieten. De eerste limiet houdt een forfaitaire benadering in; een bedrag van 5% van het gebruteerde deelnemingsvoordeel (op grond van art.13aa), of de werkelijk betaalde belasting in situaties die onder de Moeder-dochterrichtlijn vallen.<sup>124</sup> De tweede limiet is het aan het gebruteerde deelnemingsvoordeel toe te rekenen deel van de volgens hoofdstuk V berekende Nederlandse vennootschapsbelasting. De vermindering die gegeven wordt bedraagt ten hoogste het bedrag van de op de voet van hoofdstuk V berekende belasting, verminderd met de verminderingen volgens de regels ter voorkoming van dubbele belasting.<sup>125,126</sup> Het volgende verduidelijkende voorbeeld is ontleend aan de parlementaire behandeling:<sup>127</sup>

#### Voorbeeld:

Een BV houdt een 100% belang in een laagbelaste beleggingsdeelneming waarop artikel 13a van toepassing is. De BV betaalt € 9 mln rente. Het Vpb-tarief is 25,5%. De laagbelaste beleggingsdeelneming heeft een beleggingsportefeuille van € 100 mln met een opbrengst van € 10 mln. Het vestigingsland heft jaarlijks 5% winstbelasting.

De winst van BV is € 1 mln en bestaat uit de volgende elementen:

- opwaardering laagbelaste beleggingsdeelneming: ad € 9,5 mln x 100/95 = € 10 mln;
- renteaftrek: ad € 9 mln.

Volgens hoofdstuk V bedraagt de belasting 25,5% van € 1 mln = € 0,255 mln.

De deelnemingsverrekening is het laagste van de volgende bedragen:

- de eerste limiet is 5% van € 10 mln = € 0,5 mln;
- de tweede limiet is 25,5% van (€ 10 mln minus € 9 mln) = € 0,255 mln.

Er kan dus € 0,255 mln worden verrekend.

De aanslag wordt daarmee € 0,255 mln minus € 0,255 mln = 0.

NB. Het niet verrekende deel van de eerste limiet, te weten € 0,245 mln, kan volgens het zevende lid worden voort gewenteld als de inspecteur daartoe een beschikking afgeeft.

Wanneer geen buitenlandse winstbelasting verschuldigd is, is zowel de deelnemingsvrijstelling als de deelnemingsverrekening niet van toepassing. Dit vloeit voort uit de (laagste) van de twee limieten en art. 13aa lid 7 Wet VPB 1969. Dit ligt ook in lijn met de ratio van de regelingen: er is geen sprake van economisch dubbele heffing, dus is er ook geen voorkoming nodig.

Concluderend is het ten aanzien van beleggingsdeelnemingen van belang met welk oogmerk de deelneming wordt aangehouden, welke bezittingen deze deelneming aanhoudt en welke functie deze

<sup>123</sup> Zie voor de regeling voor negatieve voordelen en andere voorwaarden art. 13aa, Wet VPB 1969.

<sup>124</sup> Zie art. 23c lid 3, Wet VPB 1969.

<sup>125</sup> Art. 23c lid 6, Wet VPB 1969.

<sup>126</sup> Zie voor verdere voorwaarden art. 23c, Wet VPB 1969.

<sup>127</sup> MvT, *Kamerstukken II 2005/06*, 30 572, nr. 3, blz. 73–74.

vervult binnen het concern. Daarnaast is van belang of de deelneming aan een naar Nederlandse maatstaven aan een reële heffing is onderworpen. Indien de deelneming op grond hiervan wordt gekenmerkt als (niet-kwalificerende) beleggingsdeelneming, worden de voordelen uit de deelneming niet vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling maar vindt herwaardering naar waarde in het economisch verkeer en verrekening plaats van de (geforfaiteerde) buitenlandse winstbelasting.

### 3.3 Beleggingsondernemingen

#### 3.3.1 Historie en achtergrond

In 2007 werd het regime voor de laagbelaste beleggingsdeelnemingen ingevoerd,<sup>128</sup> het Bvdb 2001 onderging toen echter geen (overeenkomstige) aanpassing. Art. 39 Bvdb 2001(oud) betrefte de regeling voor verrekening buitenlandse belasting bij passieve winst uit buitenlandse onderneming. Onder deze regeling kreeg de belastingplichtige in plaats van een belastingvrijstelling een belastingverrekening van de buitenlandse winstbelasting over het buitenlandse vaste inrichting resultaat. Het te verrekenen bedrag werd vastgesteld als het laagste van a) forfaitair bedrag van 50% van het hoogste percentage van het Nederlandse vennootschapstarief maal het bedrag aan passieve winst uit de buitenlandse onderneming of b) de Nederlandse belasting die toerekenbaar is aan de buitenlandse winst.<sup>129</sup> Ook kon op verzoek van de belastingplichtige de geheven buitenlandse belasting worden verrekend in plaats van het forfaitaire bedrag.<sup>130</sup> Deze bepalingen in het Bvdb 2001 zijn allen vervallen en hebben plaats gemaakt voor een bepaling in afdeling 2.10a van de Wet VPB 1969.

Hierin is een regeling ingevoerd voor laagbelaste buitenlandse beleggingsondernemingen (art. 15g Wet VPB 1969). Het doel van deze regeling is om te voorkomen dat voordelen uit kapitaal uit laagbelaste landen via de Nederlandse objectvrijstelling belastingvrij worden genoten.<sup>131</sup> Voor dergelijke inkomsten geldt de objectvrijstelling niet, tenzij deze winst op grond van een belastingverdrag ter voorkoming van dubbele belasting in Nederland (verplicht) voor een vrijstelling ter voorkoming van dubbele belasting in aanmerking komt.<sup>132</sup> In plaats van een vrijstelling worden positieve voordelen verrekend en negatieve voordelen beperkt in aanmerking genomen. De regeling gaat in voor boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2012. Een uiteenzetting van de systematiek volgt in de volgende paragraaf.

---

<sup>128</sup> Art. 13, negende t/m vijftiende lid, Wet VPB 1969.

<sup>129</sup> Art. 39, tweede lid, Bvdb 2001 (oud).

<sup>130</sup> Art. 30, derde lid, Bvdb 2001 (oud).

<sup>131</sup> MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, nr. 33 003, nr. 3, blz. 15. MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, nr. 33 003, nr. 3, blz. 97.

<sup>132</sup> Art. 15 e, lid 7, Wet VPB 1969: de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten vindt geen toepassing op winsten uit een laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming



### 3.3.2 Systematiek beleggingsondernemingen

Voor de kwalificatie als beleggingsonderneming moet eerst duidelijk zijn of sprake is van een vaste inrichting en zo ja, welke winsten en bestanddelen aan deze vaste inrichting toe te rekenen zijn. Dit is afhankelijk van de werkzaamheden en functies van de vaste inrichting.<sup>133</sup> Daarna dient getoetst te worden of sprake is van een laagbelaste beleggingsonderneming.

Van een laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming is sprake als aan twee cumulatieve vereisten is voldaan (art. 15g, lid 1). De eerste is een werkzaamhedentoets. Er is sprake van een beleggingsonderneming als de werkzaamheden van de buitenlandse onderneming, tezamen met de (pro rata) toe te rekenen werkzaamheden van de lichamen waarin de belastingplichtige een belang heeft,<sup>134</sup> grotendeels bestaan uit beleggen, passieve concernfinanciering of passieve terbeschikkingstelling. Ook hier is van beleggen sprake als het aanhouden van de vermogensbestanddelen er niet op is gericht een hoger rendement te behalen dan bij normaal vermogensbeheer kan worden verwacht.<sup>135</sup>

Ten tweede is er een onderworpenheidstoets. Er is sprake van een *laagbelaste* beleggingsonderneming als de winst uit de buitenlandse onderneming in de staat waar deze is behaald niet is onderworpen aan een belasting naar de winst die resulteert in een naar Nederlandse begrippen reële heffing. Als de werkzaamheden van de vaste inrichting als passief worden aangemerkt, maar deze wel voldoende belast zijn, is de objectvrijstelling dus alsnog van toepassing.<sup>136</sup>

In het tweede lid worden uitzonderingen gemaakt voor actieve financiering- en terbeschikkingswerkzaamheden<sup>137</sup> en werkzaamheden die zien op het houden van onroerende zaken.

### 3.3.3 Verrekening

Winsten uit laagbelaste beleggingsondernemingen vallen niet onder de objectvrijstelling en vallen derhalve in de Nederlandse heffingsgrondslag. Ter voorkoming van dubbele belasting voorziet art. 15h Wet VPB 1969 in een verrekeningsregeling. In geval van positieve winst voor de verschuldigde vennootschapsbelasting van dat jaar wordt vermindering verleend volgens art. 23d Wet VPB 1969.<sup>138</sup> Is de winst negatief, wordt de winst verminderd met 5/H deel van het bedrag, waarbij 'H' het hoogste vennootschapstarief is.<sup>139</sup> Een vermindering met een negatief bedrag betekent een verhoging van de

<sup>133</sup> MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, nr. 33 003, nr. 3, blz. 97-98.

<sup>134</sup> Onmiddellijk dan wel middellijk, een belang van 5% of meer heeft dat toerekenbaar is aan de buitenlandse onderneming

<sup>135</sup> MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, nr. 33 003, nr. 3, blz. 98.

<sup>136</sup> MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, nr. 33 003, nr. 3, blz. 99.

<sup>137</sup> Nader uitgewerkt in art. 1, art. 2a, art. 2b van Uitvoeringsbeschikking vennootschapsbelasting 1971.

<sup>138</sup> Art. 15h, lid 1, Wet VPB 1969.

<sup>139</sup> Art. 15h, lid 2, Wet VPB 1969.

winst. Dit resulteert de facto in een verliesaftrek van 20%.<sup>140</sup> Er vindt geen verrekening plaats als de belastingplichtige voor de winst uit de laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming in het buitenland is vrijgesteld van een belasting naar de winst, of aldaar is onderworpen aan een belasting naar de winst die niet resulteert in een daadwerkelijke heffing. Ook voor beleggingsinstellingen gaat deze verrekening niet op.

De verrekeningssystematiek die volgt uit art. 23d is afgeleid van de systematiek voor deelnemingsverrekening van art. 23 c. Overeenkomstig de deelnemingsverrekening bestaat het bedrag van vermindering uit het laagste van twee limieten; het forfaitaire tarief van 5% van de winst waar de objectvrijstelling niet van toepassing is en de aan de buitenlandse winst toe te rekenen Nederlandse belasting. Ook kan geopteerd worden voor het werkelijke bedrag aan buitenlandse belasting in plaats van het forfaitaire tarief onder het eerste limiet. De vermindering bedraagt niet meer dan de verschuldigde vennootschapsbelasting, na verlaging van de vermindering ter voorkoming van dubbele belasting en deelnemingsverrekening. Een teruggaaf is dus niet mogelijk. Indien geen vermindering plaatsvindt, kan dit worden doorgeschoven naar volgende jaren.

## 3.4 Beschouwing

### 3.4.1 Inleiding

In de vorige paragrafen is uiteengezet hoe de systematiek van beleggingsdeelnemingen en laagbelaste beleggingsondernemingen in elkaar zit. Hier zullen de overeenkomsten dan wel verschillen in systematiek besproken worden. Waar komen deze verschillen vandaan? Wordt met convergentie van beide regelingen nog steeds aangesloten op het doel van de regelingen? Tot slot geef ik in de laatste paragraaf mijn mening weer over de vraag of convergentie van beide regelingen gewenst is.

### 3.4.2 Vergelijking

Wanneer beide regelingen worden vergeleken, is het duidelijk dat de regeling betreffende de beleggingsdeelnemingen en laagbelaste beleggingsondernemingen overeenkomsten en verschillen kennen. Inhoudelijk is een aantal opvallende aspecten op te merken. Overeenkomstig is dat beide regelingen een gelijkklidende onderworpenheidstoets kennen,<sup>141</sup> die ook op dezelfde wijze wordt ingevuld.<sup>142</sup> De onderworpenheidstoets houdt in dat sprake moet zijn van een reële heffing als de deelneming of onderneming onderworpen is aan een reële heffing; een heffing van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven berekende heffingsgrondslag.<sup>143</sup> Een dergelijke

---

<sup>140</sup> MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, nr. 33 003, nr. 3, blz. 100.

<sup>141</sup> Vergelijk art 15g eerste lid, Wet VPB 1969 en art. 13, elfde lid, onderdeel a, Wet VPB 1969.

<sup>142</sup> MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, nr. 33 003, nr. 3, blz. 99.

<sup>143</sup> Indien het reguliere buitenlandse tarief lager is dan 10%, kan toch sprake zijn van een naar Nederlandse maatstaven reële heffing indien de buitenlandse belastinggrondslag breder is dan de Nederlandse, *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 62.

onderworpenheidstoets was voorheen niet in het Bvdb 2001 opgenomen. Ook bevatten beide regelingen een uitzondering voor het houden van onroerende zaken en voor actieve financierings- en terbeschikkingswerkzaamheden<sup>144</sup>, waardoor de regeling voor ondernemingwinsten goed aansluit bij de bepalingen in de deelnemingsvrijstelling.<sup>145</sup>

Voor beleggingsdeelnemingen is de oogmerktoets als hoofdregel opgenomen, waar vanuit de literatuur veel positieve reacties op zijn verschenen. Bij de regeling voor vaste inrichtingen is geen dergelijke oogmerktoets ingevoerd. Bij een vaste inrichting is immers geen participatie in een deelneming, maar zijn de bezittingen in de vaste inrichting van de entiteit zelf.

*Strik* is van mening dat de deelnemingsvrijstelling goed werkt, met name dankzij de in 2010 ingevoerde oogmerktoets.<sup>146</sup> Hij denkt dat hier veel bedrijven mee zijn geholpen. Door middel van de bezittingentoets valt redelijk eenvoudig tegenbewijs te leveren. Ook *Hofman* is voorstander van de oogmerktoets. Wel vindt hij dat in de huidige wetgeving afbreuk wordt gedaan aan duidelijkheid en zekerheid aangezien de mogelijkheid bestaat tot een deelneming met een gemengd oogmerk. In een dergelijk geval wordt bepaald bij welk oogmerk het zwaartepunt gelegen is. Hij verdedigt in zijn dissertatie zelfs een ‘oogmerktoets nieuwe stijl’, waarbij op grond van deze oogmerktoets de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing zou zijn op een deelneming die wordt aangehouden met het overwegende oogmerk van laagbelast beleggen.<sup>147</sup> *Litjens* en *Rutte* juichen ook de oogmerktoets toe en zijn van mening dat de bezittingentoets niet meer nodig is, aangezien in de oogmerktoets een soort bezittingentoets is ingebakken.<sup>148</sup> Immers, bij het bepalen van het zwaartepunt wordt gekeken naar de omvang van de bezittingen.

Verder is een verschil dat bij de regeling voor vaste inrichtingen minder aandacht bestaat voor de daadwerkelijke bezittingen op de balans. Bij deelnemingen is de bezittingentoets van belang (resumerend: of de bezittingen van de deelneming onmiddellijk of middellijk doorgaans<sup>149</sup> voor minder dan de helft uit laagbelaste<sup>150</sup> vrije beleggingen<sup>151</sup> bestaan<sup>152</sup>).<sup>153</sup> Bij vaste inrichtingen is echter veel meer aandacht voor de daadwerkelijk uitgeoefende werkzaamheden, terwijl dit bij deelnemingen van mindere betekenis is. De werkzaamhedentoets hield in: indien de werkzaamheden van de

---

<sup>144</sup> Art. 15g-2-a, Wet VPB 1969.

<sup>145</sup> Art. 13 lid 12, Wet VPB 1969.

<sup>146</sup> Zie: S.A.W.J. Strik, ‘De voorgelegde regeling voor beleggingsdeelnemingen: een verbeterde, maar verduidelijking gewenst!’, *WFR* 2009/969 en Strik in : A.S. G. Kamminga, ‘WFR Fiscaal Café over toekomst vennootschapsbelasting: ‘Ik ben geprikkeld, ik heb visioenen gekregen’, *WFR* 2012/320.

<sup>147</sup> Zie A.W. Hofman, *De deelnemingsverrekening*, Deventer: Kluwer 2011, par. 5.9.4 en A.W. Hofman, ‘De deelnemingsverrekening’, *TFO* 2012/121.

<sup>148</sup> J.W.E. Litjens, M.H.H. Rutten, ‘Deelnemingsvrijstelling VPB 2010: de oogmerktoets was zo gek nog niet’, *Forfaitair* 2010/201.

<sup>149</sup> Een korte/incidentele periode waarin hier niet aan wordt voldaan behoeft afhankelijk van de omstandigheden niet gelijk uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling te betekenen.

<sup>150</sup> Zie art 13 lid 13, Wet VPB 1969.

<sup>151</sup> Zie art. 13 lid 12 en lid 15, Wet VPB 1969.

<sup>152</sup> Met dien verstande dat voor de toepassing van dit onderdeel en artikel 13a laagbelaste vrije beleggingen niet als zodanig in aanmerking worden genomen indien de bezittingen van het lichaam dat de laagbelaste vrije beleggingen bezit doorgaans ten minste hoofdzakelijk bestaan uit andere bezittingen dan laagbelaste vrije beleggingen, waarbij de deelnemingen die dat lichaam houdt worden geacht geen bezittingen te zijn, de ‘rotte appel benadering’, art 13, lid 11 tweede deel van de volzin, Wet VPB 1969.

<sup>153</sup> Art. 13 lid 11 Wet VPB 1969.

buitenlandse onderneming, tezamen met de (pro rata) toe te rekenen werkzaamheden van de lichamen waarin de belastingplichtige een belang heeft,<sup>154</sup> grotendeels bestaan uit beleggen, passieve concernfinanciering of passieve terbeschikkingstelling.

De regeling voor niet kwalificerende beleggingsdeelnemingen is erg omvangrijk en complex in uitwerking. De laagbelaste beleggingsondernemingen regeling scoort wat eenvoud betreft een stuk beter. De eenvoudiger vormgegeven regeling voor ondernemingen en de verschillen tussen beide worden verklaard door de Staatssecretaris van Financiën door de gezamenlijke ratio van beide regelingen:<sup>155</sup> het tegengaan van het uit laagbelaste jurisdicties verplaatsen van onbelaste inkomsten (uit mobiel kapitaal) via de deelnemingsvrijstelling, dan wel objectvrijstelling. De mogelijkheden om passieve inkomsten te verplaatsen naar een laagbelastende jurisdictie via een buitenlandse vaste inrichting zijn echter beperkt. Het is immers zo dat de belastingplichtige met vaste inrichting niet vrij is om bezittingen, kapitaal en winst zomaar aan de vaste inrichting toe te rekenen. Deze toerekening geschiedt onder meer afhankelijk van de werkzaamheden en functies van de vaste inrichting. Beleggingsvermogen en overtollige liquiditeiten zullen zo (vrijwel) nooit toe te rekenen zijn aan de vaste inrichting.<sup>156</sup> Daarom wordt volstaan met een minder gedetailleerde regeling dan in het kader van de deelnemingsvrijstelling en zijn het oogmerk en de bezittingen minder relevant, wel is er meer interesse in de daadwerkelijke werkzaamheden van de vaste inrichting.

Een ander verschil is dat de ‘doorgaans’ toets die verwerkt is in de bezittingentoets van de beleggingsdeelnemingen (lid 10), niet is overgenomen in de regeling voor beleggingsondernemingen. De ‘doorgaans’ toets houdt in dat de deelnemingsvrijstelling ook van toepassing is als de bezittingen voor een korte periode voor 50 % of meer bestaan uit laagbelaste vrije beleggingen. Dit is naar mijn idee een wenselijke invulling aangezien er hierdoor geen continue toets nodig is en er meer aandacht is voor hoe de balans er doorgaans uit ziet.

Dat dit begrip niet terugkomt bij de regeling voor vaste inrichtingen acht ik niet zo opvallend omdat deze stap reeds door toerekening heeft plaatsgevonden. Vermogen wordt immers enkel aan de vaste inrichting toegerekend als dit dienstbaar is aan de onderneming, wat doorgaans niet enkel voor zeer korte tijd zal zijn.

De systematiek van verrekening vertoont grote gelijkenissen en dit was ook de bedoeling van de wetgever.<sup>157</sup> Er is echter geen sprake van brutering voor de buitenlandse laagbelaste beleggingsondernemingen, die wel geldt voor beleggingsdeelnemingen (art. 13aa). De winst van de buitenlandse ondernemingen wordt in de Nederlandse heffingsgrondslag opgenomen zonder rekening

---

<sup>154</sup> Onmiddellijk dan wel middellijk, een belang van 5% of meer heeft dat toerekenbaar is aan de buitenlandse onderneming

<sup>155</sup> *Kamerstukken II*, 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 97-98.

<sup>156</sup> Zie HR 7 mei 1997, nr. 31 795, *BNB 1997/264*.

<sup>157</sup> MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, nr. 33 003, nr. 3, blz. 101.

te houden met de in het buitenland te betalen belasting.<sup>158</sup> Er zijn geen netto winsten die eerst gebruteerd dienen te worden.

Wel valt op dat voor beleggingsdeelnemingen art. 13a in het leven is geroepen die herwaardering naar de waarde in het economisch verkeer tot gevolg heeft. Een soortgelijke bepaling is niet ingevoerd ten aanzien van de regeling voor vaste inrichtingen. Mijns inziens is dit het gevolg van het feit dat het vermogen van de vaste inrichting onderdeel is van het totale vermogen van de onderneming. Een vaste inrichting kan derhalve geen winst uitdelen naar het hoofdhuis. De uitstel van winstuitdelingen en daarmee de uitstel van belastingheffing was juist de ratio achter art. 13a, waardoor een soortgelijke regeling voor vaste inrichtingen niet logisch lijkt.

In de literatuur is ook de vraag opgekomen hoe art. 13a Wet VPB 1969 zich verhoudt tot EU recht. *Kiekebeld, Merks* en *Smit* zijn van mening dat, mede gelet op het arrest *Cadbury Schweppes*, de bepaling te generiek en derhalve niet EU-proof is.<sup>159</sup> Volgens *Hofman* gaat de herwaardering naar de waarde in het economisch verkeer verder dan volstrekt kunstmatige constructies en is daarom dan ook niet verenigbaar met het gemeenschapsrecht.<sup>160</sup>

*Van de Streek* merkt op dat het in buitenlandse verhoudingen belasten van winsten die nog niet zijn gerealiseerd, op gespannen voet staat met door het HvJ EG gewezen jurisprudentie.<sup>161</sup> Hierbij verwijst hij naar de zaken *Hughes de Lasteyrie du Saillant* en zaak N.

*Albert* meent dat art. 13a niet in strijd is met EU recht, aangezien directe belastingen tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren en Nederland in casu geen onderscheid maakt tussen binnenlandse en buitenlandse deelnemingen.<sup>162</sup>

Naar mijn idee trekt Nederland door middel van art. 13a Wet VPB 1969 heffingsrecht naar zich toe, door te heffen over ongerealiseerde winsten uit het buitenland, wat een belemmering ten aanzien van het vrij verkeer van vestiging dan wel kapitaal kan betekenen. Deze maatregel zou gerechtvaardigd kunnen zijn door het doel om misbruiksituaties te voorkomen en volstrekt kunstmatige constructies te bestrijden. Er is echter geen tegenbewijsmogelijkheid gecreëerd, waardoor ook niet kunstmatige constructies getroffen worden door deze bepaling. Dit zou mijns inziens op gespannen voet kunnen staan met het arrest *Cadbury Schweppes*.

---

<sup>158</sup> MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, nr. 33 003, nr. 3, blz. 100.

<sup>159</sup> B.J. Kiekebeld, P.F.E.M. Merks en D.S. Smit, *Cadbury Schweppes: analyse en de gevolgen voor de fiscale behandeling van buitenlandse concernfinanciering onder de huidige Wet VPB 1969*, *WFR* 2007/129.

<sup>160</sup> A.W. Hofman, *De deelnemingsverrekening* (FM 138), Deventer: 2011, blz. 60–85.

<sup>161</sup> J.L. van de Streek, 'De nieuwe deelnemingsverrekening: verhouding tot internationaal en Europees belastingrecht (deel 1)', *WFR* 2007/649.

<sup>162</sup> P.G.H. Albert, *Deelnemingsvrijstelling*, *Fiscale Geschriften* 28, Hoofdstuk 6.5.

### 3.4.4 Convergentie gewenst?

Een verschil tussen deelnemingen en vaste inrichting *an sich* is dat bij vaste inrichtingen toerekening plaatsvindt van bezittingen, kapitaal en winst tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting. Dit is voor de Staatsecretaris van Financiën reden geweest om de regeling voor vaste inrichtingen eenvoudiger vorm te geven. Naar mijn mening kan dit een terechte afweging zijn om de regeling zo vorm te geven en volstaat deze vormgeving ook. Immers, voor het doel van de regeling, het tegengaan van het uit laagbelaste jurisdicties verplaatsen van onbelaste inkomsten, is de onderworpenheidstoets van belang. De werkzaamheden van de vaste inrichting zijn van belang voor de toerekening van de bezittingen, het kapitaal en de winst en geven de functie van de vaste inrichting weer die van belang is voor het doel van de regeling. De bezittingen zijn reeds toebedeeld door de winsttoerekening tussen hoofdhuis en vaste inrichting en zijn minder van belang.

De toetsen hebben een praktische invulling gekregen; het is een duidelijke materiële kijk op de feitelijke werkzaamheden en de toets of deze al dan niet laagbelast zijn. Op deze manier zijn minder discussiepunten en grijze gebieden mogelijk die wel kunnen opkomen onder de oogmerktoets wanneer sprake is van een gemengd oogmerk. Dit is mijns inziens in het kader van rechtszekerheid toe te juichen. Ook is op het punt van eenvoud de regeling voor de vaste inrichting te prefereren.

De vraag komt dan op of convergentie tussen beide regelingen gewenst is; is het wenselijk om de regeling voor deelnemingen (deels) zo vorm te geven als de regeling voor vaste inrichtingen?<sup>163</sup> Op de criteria eenvoud en rechtsvormneutraliteit mijns inziens wel. Maar of dit praktisch gezien ook wenselijk uitwerkt, daar heb ik zo mijn twijfels bij. De eerste stap van winsttoerekening is een elementair onderdeel die plaatsvindt voordat de kwalificatie van beleggingsonderneming plaatsvindt. De uitkomst hiervan is dat beleggingen minder snel aan vaste inrichtingen toe te rekenen zijn aangezien deze dienstbaar moeten zijn aan de vaste inrichting. Tussen deelnemingen is het echter gemakkelijker om mobiel kapitaal te verschuiven. Aangezien dit makkelijker is, is het mijns inziens ook noodzakelijker om nauwkeurige toetsen aan te leggen om een deelneming als beleggingsdeelneming te kwalificeren. Enkel de werkzaamhedentoets (en de onderworpenheidstoets) zoals deze zijn geformuleerd voldoen hier niet. Een deelneming die niet door de werkzaamhedentoets (art. 15g) komt, kan niet als beleggingsdeelneming aangemerkt worden, terwijl op grond van de bezittingentoets (art. 13, lid 10) deze deelneming wel als beleggingsdeelneming aangemerkt zou worden. De hoofdregel van de oogmerktoets voor deelnemingen werkt in de praktijk kennelijk redelijk (zie onder andere de uitingen van de eerdergenoemde auteurs). Mijn conclusie is dan ook dat convergentie op dit punt niet wenselijk is, omdat het doel van de regeling voor beleggingsdeelnemingen zo in mindere mate wordt bereikt.

---

<sup>163</sup> Hierbij ga ik verder niet in op de vraag hoe de regeling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen verbeterd ofwel vereenvoudigd kan worden, maar enkel op de vraag of convergentie wenselijk of mogelijk zou kunnen zijn.

### 3.5 Conclusie

Dit hoofdstuk stond in het teken van (niet kwalificerende) beleggingsdeelnemingen en laagbelaste beleggingsondernemingen. Hiervoor zijn speciale regelingen in het leven geroepen waardoor voordelen hieruit niet onder de deelnemingsvrijstelling ofwel objectvrijstelling vallen. De ratio hiervoor ligt in het voorkomen van grondslaguitholling in internationaal verband.<sup>164</sup> Bij afwezigheid van een dergelijke regeling zou het erg gemakkelijk zijn om inkomsten uit mobiel kapitaal die ontstaan in laagbelaste landen via de Nederlandse deelnemingsvrijstelling belastingvrij te genieten. Ter kwalificatie van een (niet-kwalificerende) beleggingsdeelnemingen is van belang het oogmerk waarmee de deelneming wordt aangehouden, welke bezittingen deze deelneming aanhoudt en welke functie deze vervult binnen het concern. Daarnaast is van belang of de deelneming aan een naar Nederlandse maatstaven reële heffing is onderworpen. Indien de deelneming op grond hiervan wordt gekenmerkt als (niet-kwalificerende) beleggingsdeelneming, worden de voordelen uit deelneming niet vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling maar vindt verrekening plaats.

Ook winsten uit laagbelaste beleggingsondernemingen vallen niet onder de objectvrijstelling en vallen derhalve in de Nederlandse heffingsgrondslag waardoor verrekening kan plaatsvinden. Voor kwalificatie tot laagbelaste beleggingsonderneming is een werkzaamhedentoets en een onderworpenheidstoets ingevoerd.

Een duidelijk verschil tussen beide regelingen is dus dat voor vaste inrichtingen geen oogmerktoets bestaat, hierbij meer aandacht is voor de werkzaamheden en minder voor de bezittingen die op de balans van de vaste inrichting staan. Dit is te verklaren door de internationale toerekening van bezittingen, kapitaal en winst tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting die hier aan vooraf gaat. Mijns inziens is dit een terecht argument om de regeling eenvoudiger vorm te geven en volstaat deze in het kader van het doel van de regeling. Convergentie tussen beide regelingen is mijns inziens niet wenselijk aangezien een elementair onderdeel bij de regeling voor inrichtingen de winsttoerekening is. Aangezien tussen deelnemingen (thans) geen winsttoerekening geschiedt, is de mogelijkheid om mobiel kapitaal te verschuiven veel groter en zou het doel van het tegengaan hiervan in mindere mate bereikt worden wanneer enkel wordt vastgehouden aan de werkzaamhedentoets en de onderworpenheidstoets.

---

<sup>164</sup> MvT, *Kamerstukken II 2009/10*, 32 129, nr. 3, blz. 15.

## Hoofdstuk 4: Liquidatieverliezen en stakingsverliezen

### 4.1 Inleiding

Dit hoofdstuk staat in het teken van de liquidatieverliesregeling voor deelnemingen en de regeling voor stakingsverliezen voor buitenlandse vaste inrichtingen. Ook hier bestaan afwijkende regelingen voor ten opzichte van de regelingen voor actieve winsten. Deze regelingen staan kort gezegd toe dat definitieve (buitenlandse) verliezen toch in aftrek bij het hoofdhuis c.q. moedervernootschap in aftrek kunnen worden gebracht. Vanzelfsprekend geldt deze regeling niet voor de passieve winsten die in het vorige hoofdstuk aan de orde zijn gekomen. Die resultaten worden immers niet vrijgesteld, hetgeen impliceert dat verliezen wel (direct) in aftrek kunnen worden gebracht van de belastbare winst. In paragraaf 4.2 passeert de liquidatieverliesregeling voor deelnemingen in grote lijnen de revue, waarna in paragraaf 4.3 de stakingsverliesregeling voor buitenlandse vaste inrichtingen aan bod komt. In paragraaf 4.4 volgt een beschouwing waar de verschillen en overeenkomsten van beide regelingen besproken worden en waar deze in Europees perspectief worden geplaatst, aangezien dit aanleiding was voor de Staatssecretaris van Financiën om de stakingsverliesregeling voor vaste inrichtingen in te voeren per 1 januari 2012. Er wordt afgesloten met een conclusie in paragraaf 4.5.

### 4.2 De liquidatieverliesregeling voor deelnemingen

#### 4.2.1 Historie en achtergrond

Wanneer een in Nederland gevestigde deelneming verlies lijdt, kan verliescompensatie door middel van carry back ofwel carry forward plaatsvinden.<sup>165</sup> Voor een in het buitenland gevestigde deelneming gelden de aldaar bestaande verliescompensatie regels. Normaliter kan een verlies uit deelneming dus enkel op het niveau van de deelneming worden verrekend en niet nogmaals op het niveau van de moedervernootschap. Dit is een uitwerking van de (reeds in hoofdstuk 2 besproken) ‘ne-bis-in-idem’ gedachte die ten grondslag ligt aan de deelnemingsvrijstelling.<sup>166</sup> Dit verandert als sprake is van liquidatiesituaties. In dit geval zouden verliezen in de deelneming onverrekend kunnen blijven en zouden door liquidatie definitief verloren gaan. Dit acht de wetgever onwenselijk en daarom is reeds sinds de invoering van de Wet VPB 1969 hier een bepaling in opgenomen die het verlies ter zake van de liquidatie van een deelneming niet onder de deelnemingsvrijstelling schaaft.<sup>167</sup> De systematiek van de regeling zoals deze thans is opgenomen in de vennootschapsbelasting wordt besproken in het volgende onderdeel.

---

<sup>165</sup> Zie art. 20 Wet VPB 1969.

<sup>166</sup> Er wordt dan ook wel gesteld dat de liquidatieverliesregeling geen uitzondering is op de hoofdregel van de deelnemingsvrijstelling maar een onderdeel van de beoogde systematiek. Zie M.J. van Dieren en C.L. van Lindonk, ‘Liquidatieverliesregeling; een uitzondering op de deelnemingsvrijstelling?’, *WFR* 2005/1589.

<sup>167</sup> MvT, *Kamerstukken II* 1959/60, 6000, nr. 3, blz 14, 20.



## 4.2.2 Systematiek

De liquidatieverliesregeling is opgenomen in art. 13d, Wet VPB 1969. Hierin is bepaald dat de deelnemingsvrijstelling geen toepassing vindt ten aanzien van een verlies op een deelneming dat tot uitdrukking komt nadat het lichaam waarin de belastingplichtige deelneemt is ontbonden<sup>168</sup>. Pas wanneer de deelneming is ontbonden, het vermogen vereffend en de liquidatie uitkering aan de aandeelhouders ter beschikking is gesteld, vindt deze bepaling toepassing.<sup>169</sup> Het liquidatieverlies wordt gesteld op het verschil tussen het door de belastingplichtige opgeofferde bedrag<sup>170,171</sup> en het totaal van de liquidatie-uitkeringen verkregen uit deze deelneming.<sup>172</sup> Het totaal aan liquidatie-uitkeringen zijn de positieve voordelen uit hoofde van deelneming genoten in het jaar waarin het ontbonden lichaam zijn onderneming geheel of nagenoeg geheel heeft gestaakt, in de vijf daaraan voorafgaande jaren en de daaropvolgende jaren. Ook de positieve voordelen in het zesde tot en met het tiende jaar voorafgaande aan de (nagenoeg) gehele staking vallen hieronder als het lichaam volgens zijn jaarrekening verlies heeft geleden.<sup>173</sup>

Indien onmiddellijk of middellijk tot het vermogen van het ontbonden lichaam een deelneming heeft behoord die deel uitmaakt van de liquidatie-uitkering, of die is vervreemd en die in waarde is gedaald sinds de verkrijging van de deelneming in het ontbonden lichaam, wordt het liquidatieverlies slechts in aanmerking genomen voor zover dit verlies het bedrag van die waardedaling te boven gaat.<sup>174</sup> Deze bepaling gaat tegen dat een verlies op een deelneming van een tussenhoudster bij de aandeelhouder tot uitdrukking komt door een liquidatieverlies op de deelneming in de tussenhoudster. Voor zover de tussenhoudster een liquidatieverlies heeft geleden, wordt dit liquidatieverlies ook geëlimineerd bij de berekening van het liquidatieverlies bij ontbinding van de tussenhoudster.<sup>175</sup>

Het tijdstip waarop het liquidatieverlies in aanmerking wordt genomen, is vastgesteld op het moment dat de vereffening van de ontbonden deelneming is voltooid. In dat jaar wordt het liquidatieverlies in mindering gebracht op de winst in dat jaar waarin de vereffening is voltooid. Dit tijdstip geldt enkel als geen recht bestaat op enigerlei tegemoetkoming bij de belastingheffing en dus *het recht op verliescompensatie daadwerkelijk verloren is gegaan*.<sup>176</sup> Ook moet de onderneming in het ontbonden lichaam geheel gestaakt zijn of geheel of gedeeltelijk zijn voortgezet uitsluitend door een ander dan de

---

<sup>168</sup> In de zin van art. 2:19 BW.

<sup>169</sup> De Staatssecretaris van Financiën staat toe de hardheidsclausule (art. 63 AWR) toe te passen in situaties waarin een deelneming formeel niet is (of niet kan worden) ontbonden, maar die materieel wel vergelijkbaar zijn met een liquidatie. Ook voor een langlopend faillissement of een langlopende liquidatie van een deelneming gaat dit op. Zie besluit van 1 februari 2006, nr. CPP2005/2702M, *NTFR 2006/254*, Besluit van 26 februari 2008, nr. CPP2008/257M, *BNB 2008/121* en Besluit 12 juli 2010, nr. DGB2010/2154M, *V-N 2010/36.2*.

<sup>170</sup> Bijvoorbeeld aankoopprijs, (in)formele stortingen en aankoopkosten.

<sup>171</sup> Voor aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid die later een deelneming vormen, een deelneming worden verkregen van een verbonden lichaam, of met de belastingplichtige deel uitmaakt van een fiscale eenheid, zie art. 13d, zesde, zevende en achtste lid, Wet VPB 1969.

<sup>172</sup> Tot het opgeofferde bedrag behoren mede de elementen genoemd in art. 13d, tweede lid, Wet VPB 1969.

<sup>173</sup> Art. 13d, derde lid, Wet VPB 1969.

<sup>174</sup> Art. 13d, vierde lid, Wet VPB 1969.

<sup>175</sup> Art. 13d, vijfde lid, Wet VPB 1969.

<sup>176</sup> Art. 13d, negende lid, onderdeel a, Wet VPB 1969.

belastingplichtige of een met hem verbonden lichaam.<sup>177,178</sup> Bij voortzetting van de onderneming na liquidatie treedt art. 13e Wet VPB 1969 in werking.<sup>179</sup> Tot slot moet de omvang van het liquidatieverlies blijken<sup>180</sup>, wat wil zeggen dat de bewijslast op de belastingplichtige ligt.<sup>181</sup> Al met al resulteert deze regeling erin dat op deze wijze geen verliezen in de deelneming onverrekenend blijven en door liquidatie definitief verloren kunnen gaan.

### 4.3 De stakingsverliesregeling voor buitenlandse vaste inrichtingen

#### 4.3.1 Historie en achtergrond

In aanvulling op hoofdstuk 2 volgt nog een korte uiteenzetting van de inhaalregeling. Onder het Bvdb 2001 (tot 1 januari 2012) gold dat ingeval de buitenlandse winst die werd toegerekend aan de vaste inrichting negatief was, als gevolg van heffing over de wereldwinst onder de vrijstellingsmethode, het verlies in mindering werd gebracht op de Nederlandse verschuldigde vennootschapsbelasting. Om te voorkomen dat dubbel voordeel zou kunnen worden genoten; namelijk de onmiddellijke vermindering van de te betalen belasting in Nederland en de vrijstelling bij eventuele latere winsten van de vaste inrichting, werd het verlies voor de berekening van de belastingvrijstelling<sup>182</sup> als buitenlands verlies naar het volgend jaar uit die staat aangemerkt. Op deze manier werd het bedrag van de latere buitenlandse winsten vrijgesteld voor zover het de negatieve winst van het voorgaande jaar overtrof. De verliezen moesten dus eerst ingehaald worden, vandaar de naam 'inhaalregeling'. Ingevolge het tweede lid van deze bepaling vond dit geen toepassing als met het negatieve bedrag al rekening was gehouden bij de toepassing van art. 13c (omzetting vaste inrichting in deelneming, deze bepaling is thans vervallen) of de belastingplichtige aannemelijk maakte dat het negatieve bedrag aan buitenlandse winst al had geleid tot een verlies dat niet meer verrekenbaar was vanwege de gelimiteerde termijnen van verliesverrekening: één jaar achterwaartse verliesverrekening en negen jaren voorwaartse verliesverrekening.<sup>183</sup> In het geval dat de activiteiten in de buitenlandse vaste inrichting dus werden gestaakt, resulteerde dit in verliessituaties in een directe vermindering van te betalen vennootschapsbelasting in Nederland. Wanneer later weer winsten uit dit land werden genoten, deed de inhaalregeling haar intrede.

Thans is voor buitenlandse vaste inrichtingen ook een regeling in het leven geroepen om stakingsverliezen in aftrek te brengen. Dit heeft te maken met bij het HvJ EU gewezen jurisprudentie omtrent stakingsverliezen,<sup>184</sup> hier wordt nader op ingegaan in paragraaf 4.4. Eerst wordt ingegaan op

<sup>177</sup> Art. 13d, negende lid, onderdeel b, Wet VPB 1969.

<sup>178</sup> Verbonden lichaam in de zin van art. 10a lid 4, Wet VPB 1969.

<sup>179</sup> Zie ook art. 13d, elfde lid Wet VPB 1969.

<sup>180</sup> 'Overtuigend moet worden aangetoond' (HR 27 januari 1971, nr. 16.456, BNB 1971/55).

<sup>181</sup> Art. 13d, negende lid, onderdeel c, Wet VPB 1969.

<sup>182</sup> Art. 33 Bvdb 2001 (oud).

<sup>183</sup> Art. 20 lid 2, Wet VPB 1969

<sup>184</sup> *Kamerstukken II*, 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 15.

de systematiek van deze nieuwe regeling die anders is vormgegeven dan de oude systematiek die gold onder het Bvdb 2001.

### 4.3.2 Systematiek

De systematiek van stakingsverliezen voor buitenlandse vaste inrichtingen vindt zijn grondslag in art. 15i Wet VPB 1969. Ingeval de belastingplichtige ophoudt winst uit een andere staat te genieten, vindt de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten geen toepassing met betrekking tot het op de voet van dit artikel berekende verlies uit die staat (stakingsverlies). Het ophouden winst uit een andere staat te genieten moet bezien worden vanuit art. 15e, lid 2 Wet VPB 1969; er wordt geen winst meer genoten uit een buitenlandse onderneming, onroerende zaken of overige voordelen (in verdragssituaties). Ook wordt het stakingsverlies enkel in aanmerking genomen voor zover hier in de andere staat geen tegemoetkoming voor wordt verleend.<sup>185</sup> Indien het wel het geval is, wordt het verlies overeenkomstig verminderd en resteert een eenmalige tegemoetkoming.<sup>186</sup> Dit geldt tevens wanneer andere dan de belastingplichtige of een met hem verbonden persoon enigerlei recht heeft op een tegemoetkoming.<sup>187</sup> Voor het tijdstip waarop het liquidatie verlies in aftrek wordt gebracht, wordt aangehouden het moment dat de belastingplichtige ophoudt winst te genieten uit die andere staat, mits de activiteiten niet in een andere staat (in belangrijke mate<sup>188</sup>) reeds zijn of worden voorgezet<sup>189,190</sup> door een verbonden lichaam<sup>191</sup> en wederom voor zover de hoogte van het liquidatieverlies is gebleken (de bewijslast ligt bij de belastingplichtige). Als de belastingplichtige binnen drie jaren na dit tijdstip weer winst uit die andere staat gaat genieten, wordt het bedrag wat als stakingsverlies in aanmerking was genomen aan de winst toegevoegd.<sup>192</sup> Hierbij is het irrelevant in welke vorm de belastingplichtige buitenlandse ondernemingswinst genoot en gaat genieten en wat de omvang hiervan is. Op deze winsttoevoeging is de objectvrijstelling niet van toepassing en is dus een belaste winst bijtelling.<sup>193</sup> Enkele formele aspecten komen naar voren in het zevende lid van dit artikel.

In het geval dat de activiteiten die tot de winst hebben geleid in belangrijke mate zijn of worden voortgezet door een verbonden lichaam,<sup>194</sup> wordt het saldo aan winst dat bij de belastingplichtige in aanmerking is genomen op grond van art. 15e doorgeschoven naar het verbonden lichaam die de activiteiten voortzet (art. 15j Wet VPB 1969). Dit saldo wordt bij het verbonden lichaam opgenomen op de voet van art. 15e. Bij het voorzetten vallen onder meer de situaties van verkoop, juridische fusie

---

<sup>185</sup> Art. 15i, lid 2, Wet VPB 1969.

<sup>186</sup> *Kamerstukken II*, 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 102

<sup>187</sup> Art. 15i, lid 3, Wet VPB 1969.

<sup>188</sup> 30% of meer.

<sup>189</sup> Onder meer verkoop, juridische fusie en voeging in fiscale eenheid vallen hier onder, *Kamerstukken II*, 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 103)

<sup>190</sup> Indien dit wel het geval is wordt het saldo van het stakingsverlies mee met de voortgezette activiteiten naar het verbonden lichaam, wat verder geregeld wordt in art. 15j. Zie de volgende alinea.

<sup>191</sup> In de zin van art. 10a, lid 4, Wet VPB 1969.

<sup>192</sup> Art. 15i, lid 5, Wet VPB 1969.

<sup>193</sup> Art. 15i, lid 6, Wet VPB 1969.

<sup>194</sup> In de zin van art. 10a, lid 4, Wet VPB 1969.

en voeging in fiscale eenheid.<sup>195</sup> Een voortzetting in het zicht van staking wordt geacht geen voortzetting te zijn en dan vindt geen doorschuiving plaats.<sup>196</sup> Hier is in elk geval sprake van bij een staking binnen drie jaar, maar hier bestaat wel een tegenbewijsmogelijkheid voor.<sup>197</sup> Deze laatste bepaling moet voorkomen dat het latente stakingsverlies kunstmatig wordt overgedragen naar verbonden lichamen die wel over voldoende grondslag beschikken als de belastingplichtige dit zelf niet heeft.

## 4.4 Beschouwing

### 4.4.1 Inleiding

In dit onderdeel zullen de liquidatieverliesregeling en de regeling voor stakingsverliezen voor buitenlandse vaste inrichtingen (hierna: stakingsverliesregeling) vergeleken worden. Hierbij zullen de verschillen besproken worden en zullen beide regelingen in Europees perspectief worden geplaatst. Er zullen een aantal arresten van het HvJ EU besproken worden met betrekking tot stakingsverliezen. Hoe verhouden (elementen van) de Nederlandse regelingen zich tot deze arresten? Uiteindelijk zal ik wederom antwoord geven op de vraag of convergentie tussen beide regelingen gewenst zou kunnen zijn.

### 4.4.2. Vergelijking

Ter samenvatting een overzicht van de belangrijkste elementen van de regeling voor liquidatie verliezen en de regelingen voor stakingsverliezen.

<i>Liquidatieverliesregeling</i>	<i>Stakingsverliesregeling</i>
Het lichaam waarin de belastingplichtige deelneemt is <i>ontbonden</i>	<i>Ophoudt winst</i> uit een andere staat te <i>genieten</i>
Geen recht geldt op enigerlei tegemoetkoming	Generlei tegemoetkoming
Het tijdstip waarop de vereffening is <i>voltooid</i>	Het tijdstip waarop de belastingplichtige <i>ophoudt winst</i> uit de andere staat te <i>genieten</i>
Geheel of gedeeltelijk is voortgezet uitsluitend door een ander dan de belastingplichtige of een met hem verbonden lichaam;	Niet in belangrijke mate reeds zijn of worden voortgezet door een met de belastingplichtige verbonden lichaam
De omvang van het liquidatieverlies is gebleken	De hoogte van het stakingsverlies is gebleken
Het bedrag waarmede het door de belastingplichtige voor de deelneming opgeofferde bedrag (lid 2&6) het totaal van de liquidatie-uitkeringen (lid 3) overtreft.	
	Binnen drie jaren na het tijdstip waarop het stakingsverlies in aftrek is gekomen weer winst uit die andere staat gaat genieten, wordt een bedrag ter grootte van het in aftrek gekomen verlies aan de winst toegevoegd.

<sup>195</sup> Onder meer verkoop, juridische fusie en voeging in fiscale eenheid vallen hier onder, Kamerstukken II, 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 103)

<sup>196</sup> Art. 15j, lid 2, Wet VPB 1969.

<sup>197</sup> Zie voor formele aspecten art.15j, lid 3, Wet VPB 1969.

Beide regelingen hebben de ratio als achtergrond dat verliezen die onverrekenbaar dreigen te worden, alsnog verrekenbaar zouden moeten zijn in de moedervenootschap dan wel het hoofdhuis. Ook het HvJ EU heeft dit principe hoog in het vaandel, zo blijkt uit de arresten Lidl Belgium en Marks & Spencer. De systematiek van de stakingsverliesregeling heeft duidelijk kenmerken die overgenomen zijn van de liquidatieverliesregeling. Zo is er een bepaling die erop toeziet dat geen dubbele verliesverrekening plaats kan vinden. Voorwaarde voor verliesverrekening is namelijk dat in de andere staat generlei tegemoetkoming is verleend. Ook een ander mag niet recht hebben op enigerlei tegemoetkoming.

Een andere gemeenschappelijke bepaling heeft een anti misbruik karakter en ziet erop toe dat de activiteiten niet worden voortgezet door een ander dan de belastingplichtige of een met hem verbonden lichaam.

Tot slot is er een overeenkomstig formeel aspect. Het in aanmerking te nemen stakingsverlies moet zijn gebleken, wat inhoudt dat de bewijslast bij de belastingplichtige ligt in beide regelingen.

Het verschil in juridische vorm werkt echter ook door in de liquidatieverliesregeling en stakingsverliesregeling. Waar art. 13d, eerste lid, spreekt over dat de deelneming ‘ontbonden’ moet zijn in de zin van art. 2:19 BW, haakt de stakingsverliesregeling aan bij de term ‘ophouden winst te genieten’ uit die andere staat. Dit vloeit direct voort uit het feit dat een vaste inrichting geen rechtspersoon is als bedoeld in art. 2:19, eerste lid BW. Opmerkelijk gevolg van dit onderscheid is dat het splitsen van de ondernemersactiviteiten van een buitenlandse vaste inrichting over twee vennootschappen voordelig kan zijn voor de belastingplichtige. Het vergroot en vervroegt de kans om de stakingsverliezen in aanmerking te nemen.<sup>198</sup> De ‘per-country’ benadering draagt hier aan bij. Er is immers sprake van een stakingsverlies wanneer de belastingplichtige géén winst uit een onderneming, onroerende zaken of overige voordelen uit die staat geniet en dit kan dus positief uitpakken. Dit kan echter ook negatief uitpakken, bijvoorbeeld als de activiteiten van een vaste inrichting zijn gestaakt maar er nog wel winsten uit onroerende zaken worden genoten. Het nemen van stakingsverliezen uit een onderneming gedreven door middel van een buitenlandse vaste inrichting kan zo lang op zich laten wachten.

Thans geldt onder de stakingsverliesregeling een uitzondering, als binnen drie jaren weer winst wordt ontvangen uit de andere staat wordt de aftrek van het stakingsverlies wederom bijgeteld. Dit betekent dat na verloop van de drie jaren geen consequenties meer zijn verbonden aan het opnieuw winst genereren uit die staat. Dit verschilt aanmerkelijk met de onbeperkte tijdsduur van de voorheen geldende inhaalregeling uit het Bvdb 2001. Dit kan dus voordelig uitpakken voor de belastingplichtige ten opzichte van de vroegere regeling.

---

<sup>198</sup> Zie ook: Q.W.J.C.H. Kok, R.C de Smit, ‘Wijzigingen in de vennootschapsbelasting’, *MBB* 2012/01.

Voor de liquidatieverliesregeling geldt voor het tijdstip van het in aanmerking nemen van het liquidatieverlies het moment van vereffening. Er is derhalve geen toekomst meer voor de vennootschap in kwestie waardoor bovenstaande herleving van winst uit de andere staat niet van toepassing kan zijn op die deelneming. Dit is een duidelijk verschil tussen beide regelingen en tevens een gevolg van de (niet) aanwezig zijnde rechtspersoonlijkheid.

#### 4.4.3. Jurisprudentie HvJ EU

Zoals reeds in paragraaf 4.3, is opgemerkt is de stakingsverliesregeling ingevoerd met het oog op Europees recht. Er volgt een korte beschouwing van arresten die deze regeling in Europees perspectief plaatsen. In de literatuur<sup>199</sup> is opgemerkt dat het zal gaan om de arresten Marks & Spencer II,<sup>200</sup> Krankenhaus<sup>201</sup> en Lidl Belgium.<sup>202</sup> Een korte uiteenzetting van deze arresten volgt.

Ten eerste is het Marks & Spencer II<sup>203</sup> arrest van belang. Hier was sprake van een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap die dochtervennootschappen hield in Frankrijk, België en Duitsland. Deze dochtervennootschappen werden stopgezet (Duitsland en België) en verkocht (Frankrijk). De moedervennootschap wenste de verliezen die hiermee gepaard gingen af te trekken van de in het Verenigd Koninkrijk behaalde winst. Dit werd niet toegestaan op grond van de Engelse regeling voor groepsaftrek die enkel verrekening van verliezen met winsten binnen het concern toe liet als de verlieslijdende onderneming een inwoner was van het Verenigd Koninkrijk of daar economische activiteiten verricht. HvJ EU besliste dat de Engelse regeling strijdig is met de vrijheid van vestiging en hoewel hier wel rechtvaardiging voor bestaat in de vorm van dwingende redenen uit algemeen belang, gaat de regeling verder dan nodig is om de nagestreefde doelstellingen te bereiken. Zoals Wattel in zijn noot formuleert is ‘het territorialiteitsbeginsel bevestigd, maar dit wordt desondanks opzijgezet door het altijd-ergens-beginsel’.<sup>204</sup> Indien de belastingplichtige alle mogelijkheden tot verliesverrekening heeft uitgeput hetzij bij de dochtervennootschap zelf, hetzij bij een derde ingeval van verkoop (en hiervoor ook in de toekomst geen mogelijkheden voor zijn) dan moet het verlies ‘altijd-ergens’ in aanmerking genomen worden en is het derhalve strijdig als dit niet bij de moedervennootschap in aftrek kan worden gebracht.

Het volgende arrest wat gewezen is, betrof de Duitse vennootschap Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee<sup>205</sup> met een vaste inrichting in Oostenrijk. Tot 1990 lijdt de vaste inrichting verlies, tussen 1991 en 1994 is het tij gekeerd en is sprake van winst. De Duitse belastingdienst heeft rekening gehouden met de verliezen en de latere winsten bijgeteld als naheffing voor de verliezen die eerder

---

<sup>199</sup> M.M.A. van Graafeiland, ‘Ontwikkelingen EU-recht; CCCTB’, *WFR* 2012/411, T.P.J. van der Pol en M. Evers, ‘Verslag YIN-seminar Belastingplan 2012’, *WFR* 2012/28, Q.W.J.C.H. Kok, R.C de Smit, ‘Wijzigingen in de vennootschapsbelasting’, *MBB* 2012/01 en NDFR commentaar bij art. 15i, onderdeel 1.2

<sup>200</sup> HvJ EU 13 mei 2005, nr. C-446/03, *BNB* 2006/72 (Marks & Spencer II).

<sup>201</sup> HvJ EU 23 oktober 2008, nr. C-157/07, *BNB* 2009/86 (Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee).

<sup>202</sup> HvJ EU 15 mei 2008, C-414/06, *BNB* 2009/85 (Lidl Belgium).

<sup>203</sup> HvJ EU 13 december 2005, C-446/03, *BNB* 2006/72 (Marks & Spencer II).

<sup>204</sup> HvJ EU 13 december 2005, C-446/03, *BNB* 2006/72 met noot van P.J. Wattel (Marks & Spencer II).

<sup>205</sup> HvJ EU 23 oktober 2008, C-157/07, *BNB* 2009/86 (Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee).

waren afgetrokken. In Oostenrijk werden de winsten ook in heffing betrokken, maar werd geen rekening gehouden met de verliezen. In geding was de bijtelling voor de winsten in Duitsland. Het HvJ EU heeft hierbij geoordeeld dat dit een beperking is van de vrijheid van vestiging, maar dat deze beperking wordt gerechtvaardigd door de noodzaak om de samenhang van de Duitse fiscale regeling te garanderen. De bijtelling van het bedrag aan verlies van de vaste inrichting was het onlosmakelijke en logische complement van de verliezen die eerder in aanmerking zijn gekomen.

Tot slot ging het in de zaak Lidl Belgium<sup>206</sup> om een in Duitsland gevestigde vennootschap met een vaste inrichting in Luxemburg. Volgens het belastingverdrag Duitsland-Luxemburg werden de inkomsten van de vaste inrichting alleen aan Luxemburg toegerekend (objectvrijstelling). De vaste inrichting leed verlies in het jaar 1999 en kon dit verrekenen met winsten in het jaar 2003. De belastingplichtige wenste dit verlies van de belastinggrondslag in Duitsland af te trekken. Het HvJ EU oordeelde dat sprake was van een beperking van de vrijheid van vestiging, maar dat hier wel een rechtvaardiging voor was: de noodzaak van handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid van beide landen en de voorkoming van dubbele verliesverrekening. De verliezen hoefden niet in Duitsland in aanmerking genomen te worden voor zover de inkomsten uit vaste inrichting volgens het verdrag in Luxemburg worden belast, waar de betrokken verliesjaren kunnen worden verrekend met de winsten van die vaste inrichting in toekomstige boekjaren.

#### 4.4.4. Regelingen in verhouding tot EU recht

In mijn optiek was het van belang om bij de vormgeving van de regeling voor stakingsverliezen voor buitenlandse vaste inrichtingen rekening te houden met deze gewezen jurisprudentie. Een algehele objectvrijstelling zonder uitzondering voor de stakingsverliezen had niet door de beugel gekund op grond van het Europese recht. Desondanks is deze uitzondering voor stakingsverliezen niet voorbehouden voor buitenlandse vaste inrichtingen in EU lidstaten/EER landen, maar geldt dit tevens voor vaste inrichtingen in derde landen. Op de YIN seminar was men van mening dat aan de ‘M&S-final losses exception’ lijkt te zijn voldaan.<sup>207</sup> Ook Kiekebeld is van mening dat de stakingsverliesregeling meer in lijn is met EU recht dan de liquidatieverliesregeling, omdat het daadwerkelijk geleden verlies in aanmerking wordt genomen.

Het is mijns inziens echter maar de vraag of de definitie van stakingsverlies (het ophouden winst te genieten in de zin van art. 15, tweede lid) zich verhoudt tot het arrest Marks & Spencer. Met het arrest Marks & Spencer, werd door HvJ EU het ‘altijd-ergens’- beginsel geïntroduceerd. Dit houdt in dat verliezen, ingeval de mogelijkheden tot verliesverrekening in het desbetreffende belastingjaar maar ook in vroegere en toekomstige belastingjaren zijn uitgeput en de moedervenootschap dit kan

---

<sup>206</sup> HvJ EU 15 mei 2008, nr. C-414/06, *BNB 2009/85* (Lidl Belgium).

<sup>207</sup> T.P.J. van der Pol en M. Evers, ‘Verslag YIN-seminar Belastingplan 2012’, *WFR* 2012/28.

aantonen, altijd ergens verrekenend zouden moeten kunnen worden.<sup>208</sup> Als de activiteiten van een vaste inrichting zijn gestaakt maar nog wel winsten uit onroerende zaken worden genoten, kan het nemen van stakingsverliezen uit een onderneming gedreven door middel van een buitenlandse vaste inrichting lang op zich laten wachten. In de huidige stakingsverliesregeling is geen tegenbewijsmogelijkheid ingebouwd die hier op zou kunnen toezien. Daarentegen kan volgens *Pötgens* en *Bellingwout* ook uit het arrest vennootschap Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee<sup>209</sup> worden afgeleid dat zelfs in het geval van definitieve verliezen het systeem van de hoofdhuis-staat niet volledig hoeft aan te sluiten bij het systeem van de vaste inrichtingstaat.<sup>210</sup>

### *Liquidatieverliesregeling*

Op grond van de Marks & Spencer leer zou ook ten aanzien van de liquidatieverliesregeling betoogd kunnen worden dat het verlies op het moment van onverrekenbaarheid al ‘altijd ergens’ in aanmerking genomen zou moeten worden en niet pas op het moment van vereffening. Er kan namelijk al sprake zijn van een onverrekenbaar verlies voordat de vereffening van de ontbonden deelneming is voltooid.

In het kader van EU recht heeft *Kiegebeld* zijn bedenkingen bij de liquidatieverliesregeling.<sup>211</sup> Hij vraagt zich af of het proportioneel is dat bij (een minieme) voortzetting van de onderneming binnen concern in beginsel geen liquidatieverlies in aftrek kan worden gebracht.

Ook is het volgens *Kiegebeld* de vraag of het opgeofferde bedrag het definitief geleden verlies wel voldoende benadert. Hierbij geeft hij het volgende voorbeeld: Als de moedermaatschappij een deelneming voor € 1 koopt met een aandelenkapitaal van € 100 en negatieve winstreserves van € 100, mag de moedermaatschappij op grond van de liquidatieverliesregeling slechts € 1 in aftrek brengen, terwijl de dochter een definitief verlies lijdt van € 100. *Kiegebeld* acht het onzeker of het Hof van Justitie EU deze berekening van de definitieve verlies zal accepteren.

Eenzelfde opinie hebben van *Sonderen* en *Kok*.<sup>212</sup> Volgens hen is het de vraag of de liquidatieverliesregeling wel ver genoeg gaat. Zij overwegen: “Zou het buitenlandse verlies dan ook niet in Nederland aftrekbaar moeten zijn als het verlies in het buitenland om een andere reden dan als gevolg van een liquidatie niet meer verrekenbaar is, bijvoorbeeld als gevolg van het verstrijken van de verliesverrekeningstermijnen of als gevolg van een met art. 20a Wet VPB 1969 vergelijkbare regeling?” Zij achten de liquidatieverliesregeling wat dat betreft te beperkt. Ook stellen zij de vraag of het forfaitaire karakter van de liquidatieverliesregeling wel acceptabel is. Immers, op grond van art. 13d Wet VPB 1969 wordt het bij de moedermaatschappij in aftrek komende liquidatieverlies berekend als het verschil tussen het opgeofferde bedrag en de liquidatie-uitkering. Zij

<sup>208</sup> Zie HvJ EG van 13 mei 2005, nr. C-446/03, *BNB 2006/72*, r.o. 55,56 (Marks & Spencer).

<sup>209</sup> HvJ EU 23 oktober 2008, C-157/07, *BNB 2009/86* (Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee).

<sup>210</sup> F.P.G. Pötgens, J.W. Bellingwout, ‘Objectvrijstelling voor vaste inrichtingen: Much Ado About Nothing?’, *WFR* 2012/654.

<sup>211</sup> B.J. Kiegebeld in: M.G.H. van der Kroon, ‘Verslag van het EFS-seminar ‘Vaste inrichting versus deelneming’’, *WFR* 2011/1592.

<sup>212</sup> J.C.M. van Sonderen en Q.W.J.C.H. Kok, ‘Over verliesverrekening in de tijd, grensoverschrijdende fiscale eenheden, de liquidatieverliesregeling en een aftrekbeperking voor aandelen en opties’, *MBB* 2006/07/08.



menen dan ook: “Het liquidatieverlies zal slechts bij toeval overeenkomen met het door de dochtermaatschappij werkelijk geleden verlies. Zou het op grond van Marks & Spencer niet geïndiceerd zijn dat het in aanmerking te nemen (liquidatie)verlies wordt gesteld op het door de dochtermaatschappij werkelijk geleden verlies (bepaald op basis van Nederlandse maatstaven)? Ook hier lijkt de liquidatieverliesregeling onzes inziens te beperkt.”

*Kemmeren* daarentegen acht de liquidatieverliesregeling passend in het Europeesrechtelijk kader zoals het HvJ EU dit heeft uitgelegd in het arrest Marks & Spencer.<sup>213</sup> Hij stelt dat met een onverrekenbaar verlies van een in het buitenland gevestigde deelneming op een vergelijkbare wijze wordt rekening gehouden als met een onverrekenbaar verlies van een deelneming gevestigd in Nederland.

Ook constateert hij dat door de wijze van berekening van het liquidatieverlies (opgeofferde bedrag minus liquidatie uitkeringen) het mogelijk is, of zelfs zeer waarschijnlijk is dat het daadwerkelijke verlies van de in het buitenland gevestigde dochter, dat aldaar niet kan worden verrekend, niet in aanmerking wordt genomen. Dit is volgens hem geen belemmering, omdat het verlies in zowel binnenlandse als buitenlandse situaties op dezelfde wijze wordt berekend en het niet in aanmerking nemen een gevolg is van dispariteiten tussen de belastingssystemen van de lidstaten.

*Kemmeren* concludeert dat deze punten uit de liquidatieverlies regeling dan ook ‘EU proof’ zijn.

### *Specifieke onderdelen stakingsverliesregeling*

*Kiekebeld* merkt op dat ten aanzien van de uitzonderingen waarbij het verlies niet in aanmerking wordt genomen, het de vraag is of deze regelingen conform EU recht zijn.<sup>214</sup> Hierbij doelt hij op de situatie waarin de in belangrijke mate voortgezette activiteiten (30% of meer) binnen 3 jaren na aanvang van de voortzetting worden gestaakt<sup>215</sup>, of in het geval de belastingplichtige binnen 3 jaren na staking wederom winst uit buitenlandse onderneming uit die staat gaat genieten.<sup>216</sup>

Ook *Pötgens* en *Bellingwout* geven aandacht aan hoe deze regelingen zich verhouden tot EU recht.<sup>217</sup> Zij nemen aan dat deze regelingen zijn ingevoerd om misbruik te bestrijden,<sup>218</sup> wat een rechtvaardigingsgrond in het EU recht kan vormen.<sup>219</sup> Zij merken op dat het 3 jaars vereiste niet wordt gesteld bij staking van binnenlandse ondernemingsactiviteiten terwijl deze eis wel een timings- of liquiditeitsnadeel tot gevolg kan hebben. Dit onderscheid tussen binnenlandse en buitenlandse ondernemingsactiviteiten kan een belemmering ten aanzien van het vrij verkeer van vestiging vormen. Als mogelijke rechtvaardigingsgronden dragen zij het tegengaan van dubbele verliesverrekening / het

<sup>213</sup> E.C.C.M. Kemmeren, ‘Marks & Spencer: balanceren op grenzeloze verliesverrekening’, *WFR* 2006/211.

<sup>214</sup> B.J. Kiekebeld in: M.G.H. van der Kroon, ‘Verslag van het EFS-seminar ‘Vaste inrichting versus deelneming’’, *WFR* 2011/1592.

<sup>215</sup> Art. 15i, lid 4 onderdeel a jo. art. 15j lid 1 Wet VPB 1969.

<sup>216</sup> Art. 15i, lid 5 Wet VPB 1969.

<sup>217</sup> F.P.G. Pötgens, J.W. Bellingwout, ‘Objectvrijstelling voor vaste inrichtingen: Much Ado About Nothing?’, *WFR* 2012/654.

<sup>218</sup> *Kamerstukken II* 2011/12, 33 003, nr. 10, blz. 93.

<sup>219</sup> Vergelijk HvJ EU 17 september 2009, nr. C-182/08, *V-N* 2009/47.20 (Glaxo Welcome).

waarborgen van de evenwichtige verdeling van heffingsrechten en misbruikbestrijding aan. Dubbele verliesverrekening kan zich echter niet voordoen omdat het stakingsverlies enkel in aanmerking wordt genomen voor zover in die andere staat generlei tegemoetkoming bij de belastingheffing is verleend.<sup>220</sup>

*Pötgens* en *Bellingwout* vervolgen:

“De regeling van artikel 15i lid 5 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 bewerkstelligt via een winstbijtelling dat de verliezen worden doorgeschoven naar de nieuwe activiteiten. Dit lijkt, de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU in acht nemende, in beginsel een voldoende proportionele regeling vanuit het perspectief van het in aanmerking nemen van verliezen. Zij kan echter disproportioneel zijn indien door deze regeling verliezen teloorgaan. Wat betreft de misbruikbestrijding is de regeling naar onze mening in ieder geval disproportioneel. Immers, zij kan ook gevallen treffen die niet als een volstrekt kunstmatige constructie kunnen worden aangemerkt die tot doel hebben de belasting te omzeilen die normaal verschuldigd is.<sup>221</sup> De wetgever hanteert hiermee dus een vermoeden van misbruik en de belastingplichtige moet in de gelegenheid gesteld worden aan te tonen dat met het opstarten van de nieuwe activiteiten geen sprake is van een kunstmatige constructie die is gericht op het omzeilen van de belastingheffing.<sup>222</sup>”

Art. 15j, tweede lid voorziet wel in een tegenbewijsregeling, maar volgens *Pötgens* en *Bellingwout* kan ook deze disproportioneel zijn indien verliesverrekening teloor gaat omdat de belastingplichtige naar wie de verliezen terugkeren de verrekening daarvan niet meer kan effectueren, bijvoorbeeld, doordat aanslagen onherroepelijk vaststaan.

Eveneens stelt *Dolderman* dat de regeling van art. 15i disproportioneel is.<sup>223</sup> Wanneer de belastingplichtige na staking van de ondernemingsactiviteiten in de andere staat binnen drie jaren opnieuw via een vaste inrichting wil ondernemen, maar deze keer met een totaal ander doel, wordt het hoofdhuis altijd geconfronteerd met het eerder in aftrek genomen stakingsverlies. *Dolderman* wijst er echter op dat dit gemakkelijk te omzeilen is door in plaats van te ondernemen via een vaste inrichting een deelneming op te richten in het andere land.

#### 4.4.5 Convergentie gewenst?

Het duidelijke verschil tussen beide regelingen is dat de liquidatieverliesregeling spreekt van ‘ontbonden en de vereffening is voltooid’, terwijl de stakingsverliesregeling geformuleerd is als ‘ophoudt winst uit de andere staat te genieten’.

In beginsel hoeft dit verschil in formulering niet tot andere uitwerkingen te leiden, maar wel als bijvoorbeeld art 15i, lid 5 in werking treedt: de ‘claw back regeling’ in geval binnen drie jaren opnieuw winst uit die staat wordt genoten. Mijns inziens zou deze regeling inderdaad in strijd met EU recht kunnen zijn, hierbij stem ik in met het betoog van *Pötgens*, *Bellingwout* en *Dolderman*. Het betreft een regeling die toeziet op misbruiksituaties en daarbij wordt een eis gesteld die in buitenlandse

<sup>220</sup> Art. 15i, tweede lid, Wet VPB 1969.

<sup>221</sup> HvJ EU 12 september 2006, nr. C-196/04, *BNB 2007/54* (Cadbury Schweppes).

<sup>222</sup> HvJ EU 12 september 2006, nr. C-196/04, *BNB 2007/54* (Cadbury Schweppes).

<sup>223</sup> T. Dolderman, ‘De objectvrijstelling in de vennootschapsbelasting?’, *Forfaitair* 2011/220.

situaties wel geldt en in binnenlandse situaties niet (een binnenlandse vaste inrichting is immers niet mogelijk). Dit verschil is mijns inziens een beperking ten aanzien van de vrijheid van vestiging. Het gevaar van misbruik is een rechtvaardigingsgrond, maar het is mijns inziens ook de vraag of de regeling vervolgens proportioneel is om het doel te bereiken. Indien daadwerkelijk sprake is van kunstmatige constructies, opgezet om normaal verschuldigde belasting te ontwijken, acht ik de regeling proportioneel. Maar wanneer daadwerkelijke nieuwe economische activiteiten (met een ander doel) worden uitgeoefend, lijkt mij dit niet het geval.<sup>224</sup>

Ook als de activiteiten van een vaste inrichting zijn gestaakt, maar nog wel bijvoorbeeld winsten uit onroerende zaken worden genoten, kan het nemen van stakingsverliezen van een buitenlandse vaste inrichting lang op zich laten wachten. Ondanks dat deze inkomsten van geringe omvang kunnen zijn, wordt wel het gehele stakingsverlies bijgeteld wat voorheen in aftrek is gebracht.

De liquidatieverliesregeling voldoet mijns inziens ook niet aan het ‘altijd ergens’ criterium van Marks & Spencer; er kan namelijk al sprake zijn van een onverrekenbaar verlies voordat de vereffening van de ontbonden deelneming is voltooid.

Een oplossing voor deze aspecten uit beide regelingen zou wellicht een tegenbewijsmogelijkheid kunnen zijn waarbij de belastingplichtige aannemelijk maakt dat sprake is van verliezen waarbij de mogelijkheden tot verliesverrekening in het desbetreffende belastingjaar, maar ook in vroegere en toekomstige belastingjaren zijn uitgeput.<sup>225</sup> Mijns inziens sluiten beide regelingen daarbij beter aan bij het doel: te voorkomen dat verliezen (uit deelnemingen en vaste inrichtingen die gestaakt zijn) definitief verloren dreigen te gaan. Tegelijkertijd zouden de regelingen dan beter in overeenstemming zijn met EU recht en beter gericht zijn op misbruiksituaties zonder dat de regelingen disproportioneel zijn.

Ook ben ik van mening dat de berekening van het liquidatie verlies (opgeofferd bedrag minus liquidatie uitkeringen) twijfelachtig is wanneer dit in Europees perspectief wordt geplaatst. Op grond van Marks & Spencer zouden definitief geleden verliezen altijd ergens in aftrek moeten worden gebracht. Het gaat daarbij om de absolute verliezen van de entiteit zelf en de forfaitaire benadering die de wetgever met het liquidatieverlies in aanmerking genomen kunnen worden hoeft hier absoluut niet mee te stroken. De regeling is al met al vrij ingewikkeld en sluit daarbij ook niet aan bij de economische werkelijkheid.

---

<sup>224</sup> HvJ EU 12 september 2006, nr. C-196/04, *BNB 2007/54* (Cadbury Schweppes).

<sup>225</sup> Zie HvJ EU van 13 mei 2005, nr. C-446/03, *BNB 2006/72*, r.o. 55,56 (Marks & Spencer).

## 4.5 Conclusie

In dit hoofdstuk stond de behandeling van de liquidatieverliesregeling voor deelnemingen en de regeling voor stakingsverliezen voor buitenlandse vaste inrichtingen centraal. De systematiek van beide regelingen is besproken, waarna deze vergeleken zijn en in Europees perspectief zijn geplaatst. In deze paragraaf geef ik mijn conclusies weer.

De liquidatieverliesregeling is in het leven geroepen om te voorkomen dat verliezen uit deelnemingen die geliquideerd worden definitief verloren dreigen te gaan. Dit houdt in dat de deelnemingsvrijstelling geen toepassing vindt ten aanzien van een verlies op een deelneming dat tot uitdrukking komt nadat het lichaam waarin de belastingplichtige deelneemt is ontbonden.<sup>226</sup> Het verlies kan daardoor in aftrek komen op de winst van de moederverenootschap.

Met de invoering van de objectvrijstelling per 2012 is een soortgelijke regeling ingevoerd voor buitenlandse vaste inrichtingen. Ingeval de belastingplichtige ophoudt winst uit een andere staat te genieten, vindt de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten geen toepassing met betrekking tot het op de voet van dit artikel berekende verlies uit die staat (voor zover hier in de andere staat geen tegemoetkoming voor wordt verleend). Het ophouden winst uit een andere staat te genieten moet bezien worden vanuit art. 15e, lid 2 Wet VPB 1969; er wordt geen winst meer genoten uit een buitenlandse onderneming, onroerende zaken of overige voordelen (in verdragssituaties).

De stakingsverliesregeling is ingevoerd met het oog op Europees recht naar aanleiding van de arresten Marks & Spencer II, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee en Lidl Belgium, die alle over verliessituaties gingen. Op grond van deze arresten dienen onverrekenbare verliezen ‘altijd ergens’ in aanmerking te worden genomen.

Duidelijk is dat de liquidatieverlies regeling en de stakingsverliesregeling dezelfde ratio en achtergrond hebben en grote gelijkenissen vertonen. Maar door het verschil in rechtspersoonlijkheid kunnen deze toch in uitwerking verschillen. Beide regelingen bevatten thans aspecten die op gespannen voet staan met Europees recht. Het feit dat onverrekenbare verliezen in sommige situaties niet direct verrekend kunnen worden, is niet in overeenstemming met het ‘altijd ergens’ beginsel uit het arrest Marks & Spencer. Dit is bijvoorbeeld ingeval een deelneming nog niet daadwerkelijk ontbonden is, of er nog steeds andere inkomsten dan inkomsten uit onderneming worden genoten uit de andere staat.

Een oplossing hiervoor zou wellicht een tegenbewijsmogelijkheid kunnen zijn waarbij belastingplichtige de mogelijkheid krijgt om aannemelijk te maken dat de mogelijkheden tot verliesverrekening in het desbetreffende belastingjaar, maar ook in vroegere en toekomstige

---

<sup>226</sup> In de zin van art. 2:19 BW.

belastingjaren zijn uitgeput.<sup>227</sup> Mijns inziens sluiten beide regelingen daarbij beter aan bij het doel: te voorkomen dat verliezen (uit deelnemingen en vaste inrichtingen die gestaakt zijn) definitief verloren dreigen te gaan. Tegelijkertijd zouden de regelingen dan beter in overeenstemming zijn met EU recht en beter gericht zijn op misbruiksituaties zonder dat de regelingen disproportioneel zijn.

---

<sup>227</sup> Zie HvJ EU van 13 mei 2005, nr. C-446/03, *BNB 2006/72*, r.o. 55,56 (Marks & Spencer).

## Hoofdstuk 5: Valutaresultaten

### 5.1 Inleiding

Naast de behandeling van actieve winsten, passieve beleggingswinsten, verliezen en stakings- dan wel liquidatieverliezen zijn ook andere elementen van belang voor de fiscale behandeling van deelnemingen en vaste inrichtingen. In dit hoofdstuk krijgen valutaresultaten de aandacht. Eerst geef ik een uiteenzetting over de fiscale behandeling van valutaresultaten bij vaste inrichtingen en daarna over valutaresultaten bij deelnemingen. Dan zal een beschouwing volgen waarin valutaresultaten vanuit Europees perspectief bekeken worden. Het HvJ EU heeft namelijk met *Deutsche Shell* een interessant arrest gewezen met betrekking tot valutaresultaten.<sup>228</sup> Besproken wordt wat dit arrest voor invloed zou kunnen hebben voor de Nederlandse fiscale behandeling van valutaresultaten. Evenals in de voorgaande hoofdstukken ga ik in op de vraag of de twee regelingen meer gelijk kunnen worden behandeld. Valutaresultaten kunnen zich zowel voordoen bij deelnemingen als bij vaste inrichtingen. Is er reden om de fiscale behandeling te laten verschillen? Tot slot volgt in de laatste paragraaf een conclusie.

### 5.2 Valutaresultaten bij buitenlandse vaste inrichtingen

#### 5.2.1 Inleiding

Voor (multinationale) ondernemingen kan de fiscale behandeling van valutaresultaten van aanzienlijk belang zijn. Een voorbeeld waarbij dit tot uiting kan komen is wanneer een BV een vaste inrichting in de Verenigde Staten heeft. Tot het vermogen van deze vaste inrichting behoort een vordering in euro's. Door een koerswijziging wordt, in dollars berekend, een verlies geleden op deze vordering, waar dit in euro's uiteraard niet het geval is. Het is de vraag hoe fiscaal moet worden omgegaan met dergelijke valutaveranderingen. In de totstandkoming van deze fiscale behandeling heeft jurisprudentie een belangrijke rol gespeeld.

#### 5.2.2 Systematiek

Reeds in het jaar 1954 oordeelde de Hoge Raad met betrekking tot deze problematiek dat slechts vrijstelling hoeft te worden gegeven voor de winst die in het buitenland tot uiting komt of kan komen.<sup>229</sup> Koerswinsten konden niet aldaar tot uiting komen en waren niet toe te schrijven aan de bedrijvigheid van de vaste inrichting en waren derhalve niet vrijgesteld. Dit is later verduidelijkt in de zogenaamde rupiah-arresten.<sup>230</sup> Hier was sprake van een Nederlands bedrijf met een vaste inrichting in Indonesië. De totale winst in guldens behaald met behulp van deze vaste inrichting werd beïnvloed

---

<sup>228</sup> HvJ EU 28 februari 2008, nr. C-293/06, NTFR 2008/561 (*Deutsche Shell*).

<sup>229</sup> HR 31 maart 1954, BNB 1954/180

<sup>230</sup> HR 4 mei 1960, BNB 1960/161 t/m 167.

door koerswijziging. Volgens de Hoge Raad kon de winst in roepiah's elementen bevatten welke niet (althans niet tot hetzelfde bedrag), in de winst in guldens kon worden teruggevonden. De aftrekwinst wordt in beginsel berekend in de situsmunt, waarna deze winst wordt omgerekend tegen de gemiddelde jaarkoers<sup>231</sup> voor toepassing van de vrijstellingsmethode.<sup>232</sup> De aftrekwinst wordt ook wel situswinst of voorkomingswinst genoemd waarvoor (op grond van Bvdb 2001 of verdragen) voorkoming van dubbele belasting kan worden geclaimd.<sup>233</sup> De bijdragewinst wordt berekend door het eindvermogen tegen de op dat moment geldende koers te berekenen (bij vlottende vermogensbestanddelen) of tegen historische koers (bij duurzame vermogensbestanddelen<sup>234</sup>). De bijdragewinst is het aandeel van de vaste inrichting in de totale generale winst van de belastingplichtige, de noemer in breuk van de vroeger geldende vrijstellingsmethode.<sup>235</sup> Wanneer gebruik werd gemaakt van de regeling functionele valuta,<sup>236</sup> nam de Staatssecretaris van Financiën het standpunt in dat de vrijstelling ook in de functionele valuta berekend diende te worden.<sup>237</sup>

De Rupiah arresten zijn redelijk gedateerd, maar ook later heeft de Hoge Raad zich hier over uitgesproken. Voorbeeld is het Cruzeiro arrest waar de rupiah leer nog eens is verfijnd met betrekking tot valutaverliezen die waren geleden door Braziliaanse hyperinflatie (2422 % in het jaar 1993).<sup>238</sup>

Dat de kwestie valutaresultaten ook op Europees niveau de aandacht heeft, bewijst het HvJ EU in het arrest *Deutsche Shell*.<sup>239</sup> *Deutsche Shell* heeft in 1974 een vaste inrichting in Italië opgericht, waarin tussen 1974 en 1991 liquiditeiten zijn ingebracht als dotatiekapitaal. De door de vaste inrichting behaalde winsten werden gerepatriëerd tegen koerswaarde op dat moment. In 1992 werd de activa gecedeerd aan een dochtermaatschappij en de aandelen van deze dochtermaatschappij overgedragen. Op dezelfde dag werd het bedrag wat deze transactie opbracht overgemaakt aan *Deutsche Shell* als terugbetaling van het oorspronkelijke dotatie kapitaal tegen de op dat moment geldende wisselkoers. Dit resulteerde in een wisselkoersverlies wat de Duitse Finanzamt niet in aanmerking wilde nemen (vanwege een objectvrijstelling). Het wisselkoers verlies kon ook niet in aanmerking worden genomen in Italië, omdat dit in de boekhouding aldaar niet zichtbaar was. Het HvJ EU besliste dat het aan de verwijzende rechter was om te oordelen of een daadwerkelijk economisch verlies was geleden. Aangenomen dat dit het geval was, oordeelde het HvJ EU dat sprake was van een belemmering voor de vrijheid van vestiging. De aangevoerde rechtvaardigingsgronden (samenhang van het belastingstelsel en verdeling heffingsbevoegdheden tussen Duitsland en Italië) konden deze belemmering niet wegnemen en de conclusie luidde dan ook dat de Duitse regeling in strijd was met EU recht en de wisselkoersverliezen in Duitsland in aanmerking dienden te worden genomen.

<sup>231</sup> Zie voor een uitzondering HR 5 december 2003, nr. 37.743, *NtFR 2003/2084*

<sup>232</sup> Zie commentaar bij HvJ EG/EU 28 februari 2008, nr. C-293/06, *NtFR 2008/561*.

<sup>233</sup> A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars, A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, Kluwer, Deventer 2009, blz. 139.

<sup>234</sup> Zie HR 27 april 1960, nr. 14 104, *BNB 1960/161*.

<sup>235</sup> A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars, A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, Kluwer, Deventer 2009, blz. 139.

<sup>236</sup> Art. 7, lid 5, Wet VPB 1969.

<sup>237</sup> Besluit 2 augustus 2006, CPP2006/1094M, Stcrt 2006/152.

<sup>238</sup> HR 5 december 2003, nr. 37 743, *BNB 2004/139* (Cruzeiro arrest).

<sup>239</sup> HvJ EU 28 februari 2008, nr. C-293/06, *NtFR 2008/561* (*Deutsche Shell*).

In beginsel had dit arrest voor Nederland weinig betekenis,<sup>240</sup> aangezien Nederland op grond van de Rupiah arresten reeds de valutavertaalresultaten niet in de aftrekwinst meenam. Toch heeft het arrest wel de discussie op gang gebracht of Nederland valutaverliezen met betrekking tot een deelneming waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, in aftrek zou moeten toestaan.<sup>241</sup> Hier wordt verder op ingegaan in de volgende paragraaf.

Met de invoering van de objectvrijstelling was het de vraag of bij het wetvoorstel ook aandacht zou zijn voor de behandeling van valutaresultaten.<sup>242</sup> Dit is echter niet het geval gebleken en zo blijven valutaresultaten die niet in het resultaat van een buitenlandse onderneming tot uitdrukking kunnen komen, tot de Nederlandse heffingsgrondslag behoren en blijft de Rupiah-leer onverminderd van toepassing.<sup>243</sup> Valutavertaalresultaten blijven dus belast en aftrekbaar en zijn expliciet niet onder de reikwijdte van de objectvrijstelling gebracht. Een nadere beschouwing over de wenselijkheid hiervan volgt in paragraaf 5.4.

## 5.3 Valutaresultaten bij deelnemingen

### 5.3.1 Inleiding

Ook bij deelnemingen kunnen valutaresultaten zich voordoen. Om weer te geven hoe de problematiek van valutaresultaten tot uiting kan komen, volgt een voorbeeld:<sup>244</sup> Een belastingplichtige koopt een deelneming voor \$1.000, wanneer de dollar € 1 waard is. De waarde van de deelneming in euro's is € 1.000 op dat moment.<sup>245</sup> Een jaar later is de waarde van de deelneming in dollars nog steeds \$1.000, maar is de dollarkoers gestegen naar € 1,10. In euro's is de deelneming nu € 1.100 waard. Als de belastingplichtige de deelneming verkoopt, zou een winst gemaakt worden van € 100. Dit had uiteraard ook kunnen resulteren in een verlies als de dollarkoers niet gestegen maar gedaald zou zijn. De vraag die hierbij opkomt is of deze voordelen (positief of negatief) onder de deelnemingsvrijstelling vallen of niet. De deelnemingsvrijstelling opgenomen in art. 13, eerste lid, Wet VPB 1969 is vrij algemeen geformuleerd door de wetgever. Onder de deelnemingsvrijstelling blijven bij het bepalen van de winst buiten aanmerking de voordelen uit hoofde van een deelneming, alsmede de kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van die deelneming. De Hoge Raad heeft in 1982 hier meer duidelijkheid over gegeven.<sup>246</sup>

<sup>240</sup> Zie bijvoorbeeld commentaar van E. Nijkeuter bij HvJ EG/EU 28 februari 2008, C-293/06, *NFR2008/561*.

<sup>241</sup> Zie commentaar bij HvJ EG/EU 28 februari 2008, C-293/06, *V-N 2008/13.8*.

<sup>242</sup> Zie bijvoorbeeld : H. Lohuis, 'Verschillen en overeenkomsten winstbepaling vaste inrichting en dochtermaatschappij', *TFO* 2011/138.

<sup>243</sup> *Kamerstukken II*, 2011–2012, 33 003, nr. 3, blz. 67.

<sup>244</sup> Ontleend aan: Q.W.J.C.H. Kok, 'Valutaresultaten en deelnemingsvrijstelling', *Forfaitair* 2007/180.

<sup>245</sup> Niet in alle situaties wordt daadwerkelijk valutarisico gelopen, denk aan de situatie waarbij er enkel kasgeld in de deelneming aanwezig is in de vorm van euro's.

<sup>246</sup> HR 9 juni 1982, nr. 21 142, *BNB 1982/230* met noot A. Nooteboom.



### 5.3.2. Systematiek

In het arrest door de Hoge Raad gewezen in 1982 had belanghebbende X BV buitenlandse dochtervennootschappen.<sup>247</sup> Deze deelnemingen werden aan het einde van het boekjaar fiscaal gewaardeerd naar intrinsieke waarde, waar de belanghebbende onderscheid wenste te maken tussen waardeverschillen die tot uitdrukking kwamen in de buitenlandse winst van deze dochters en waardeverschillen ten gevolgen van waardeveranderingen van buitenlandse valuta waarin de boekhouding van de deelnemingen werd gevoerd ten opzichte van de Nederlandse gulden. Deze waarderingsmethode uitte zich in een verlies in het jaar 1976. Belanghebbende stelde zich op het standpunt dat dit verlies geen (negatief) voordeel ‘uit hoofde van een deelneming’ was, maar aangemerkt moest worden als een verlies wat enkel ‘verband hield’ met een deelneming en derhalve aftrekbaar zou moeten zijn. Hierbij maakt belanghebbende ook een vergelijking met de situatie van een vaste inrichting en de Rupiah arresten. De Hoge Raad besliste echter dat het in strijd met de bewoordingen van de Wet zou zijn om de valutaresultaten van de vrijstelling uit te zonderen en de wetsgeschiedenis geen aanwijzingen biedt dat de wetgever uitzonderingen had beoogd op dit punt. Op grond van dit arrest vallen valutaresultaten derhalve onder de deelnemingsvrijstelling en zijn deze niet aftrekbaar en belast.

### 5.2.3. Tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen

De laatste tijd worden echter vraagtekens gezet bij deze systematiek, met name na het arrest Deutsche Shell.<sup>248</sup> De wetgever vreesde dat de mogelijkheid om valutaresultaten aftrekbaar te stellen op grond van de jurisprudentie van het HvJ EU grote budgettaire gevolgen zou hebben. Hierop is de tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen ingevoerd, art. 28b Wet VPB 1969.<sup>249</sup> Indien de belastingplichtige een negatief valutaresultaat uit hoofde van een deelneming ten laste van de winst brengt, of heeft gebracht, en dit negatieve valutaresultaat daadwerkelijk in het jaar of enig voorafgaand jaar ten laste van de winst komt, of is gekomen, vindt in het jaar, in afwijking in zoverre van artikel 13, eerste lid, de deelnemingsvrijstelling geen toepassing op opgekomen positieve valutaresultaten uit hoofde van deelnemingen.<sup>250</sup> Deze regeling treedt enkel in werking ten aanzien van belastingplichtigen die valutaverliezen aftrekken en dit uiteindelijk bij de rechter gehonoreerd zien. Als de belastingplichtigen voor de rechter in het ongelijk worden gesteld heeft de tussenregeling van art. 28b

---

<sup>247</sup> HR 9 juni 1982, nr. 21 142, *BNB 1982/230* met noot A. Nooteboom.

<sup>248</sup> Zie bijvoorbeeld: S.C.W. Douma, ‘Valutaverlies op deelneming: aftrekbaar!’, *NTFR* 2008-2327, Redactie Vakstudie Nieuws commentaar bij Deutsche Shell arrest, V-N 2008/13.8. A.J.A. Stevens, ‘Het Shell arrest: een tussenstand’, *NTFRB* 2008-27, M. Koerts, ‘Deutsche Shell: dispariteit of belemmering van het vrije verkeer binnen de EG?’, *WFR* 2008/72 en Zie Kiekebeld in M.G.H. van der Kroon, ‘Verslag van het EFS-seminar ‘Vaste inrichting versus deelneming’’, *WFR* 2011/1592 en M. Sanders en A.J.A. Stevens, ‘De tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen’, *WFR* 2011/1290.

<sup>249</sup> *Kamerstukken II* 2010/11, 32 818, nr. 2.

<sup>250</sup> Zie voor een meer gedetailleerde uitwerking van de tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen: M. Sanders en A.J.A. Stevens, De tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen, *WFR* 2011/1290.

Wet VPB 1969 geen gevolgen. Inmiddels heeft de tussenregeling voor valutaresultaten de nodige kritiek ontvangen met name met betrekking tot hoe deze regeling zich verhoudt tot het EU recht.<sup>251</sup>

#### 5.2.4 Financiële instrumenten ter afdekking van het valutarisico

Een belastingplichtige kan ervoor kiezen valutarisico af te dekken door bijvoorbeeld termijncontracten of (put)opties af te sluiten. Ook is het mogelijk om valutarisico af te dekken door de verwerving van een deelneming te financieren met een lening aangaan in dezelfde valuta. Wanneer valutaverlies optreedt op een deelneming, is dit verlies zoals reeds uiteengezet, niet aftrekbaar. De winst op het afdekkingsinstrument zal in beginsel echter wel belast zijn.<sup>252</sup> Op grond van art. 13, lid 7, Wet VPB 1969 behoort dit voordeel uit de desbetreffende rechtshandeling tot de voordelen uit hoofde van de deelneming en is dus niet belast.<sup>253</sup> Dit geldt alleen indien de inspecteur hier *vooraf* een voor bezwaar vatbare beschikking voor heeft afgegeven, eventueel onder nader te stellen voorwaarden. Het feit dat dit vooraf dient te geschieden is mijns inziens logisch, omdat anders de belastingplichtige een beschikking kan aanvragen afhankelijk van de koersontwikkeling, wat onwenselijk is.

### 5.4 Beschouwing

#### 5.4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk is het duidelijk geworden dat de fiscale behandeling omtrent valutaresultaten grote verschillen vertoont. Al decennia lang behoren op grond van de rupiah-leer de valutaresultaten ten aanzien van buitenlandse vaste inrichtingen tot de Nederlandse heffingsgrondslag en kunnen valuta verliezen derhalve afgetrokken worden. Bij deelnemingen vallen valutaresultaten op grond van BNB 1982/230 onder de ‘voordelen uit hoofde van deelnemingen’ en aldus vallen deze onder de deelnemingsvrijstelling. Valutaverliezen zijn niet aftrekbaar en valutawinsten niet belast.

In dit hoofdstuk zal nader worden ingegaan op de gewezen arresten op dit gebied. Heeft het HvJ EU een terecht oordeel geveld in de zaak Deutsche Shell? In hoeverre past het arrest BNB 1982/230 bij de ratio van de deelnemingsvrijstelling? Is dit arrest achterhaald na het arrest Deutsche Shell? Of is het arrest Deutsche Shell niet zomaar door te trekken op deelnemingssituaties? Tot slot zal antwoord gegeven worden op de vraag of deze thans verschillende behandeling nog past in het Europees recht, wenselijk is, of dat wellicht een gelijktrekking in behandeling wenselijker is.

---

<sup>251</sup> Hier ga ik niet nader op in, zie hiervoor: Aantekening Redactie Vakstudie Nieuws bij het wetsvoorstel, V-N 2011/32.14; M.F. de Wilde & C. Wisman, ‘Tussenregeling valutaresultaten; gooit Gielen roet in het eten?’, *NtFR* 2011/1646, alsmede het NOB-commentaar op het wetsvoorstel van 1 september 2011, punt 9 en M. Sanders en A.J.A. Stevens, ‘De tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen’, *WFR* 2011/1290.

<sup>252</sup> HR 17 oktober 1993, 28 818, *BNB* 1994/273 (concl. A-G Verburg; m.nt. Aardema).

<sup>253</sup> Sinds 1 januari 2007. Onder art. 13, lid 1, laatste volzin, Wet VPB 1969 (oud) waren leningen expliciet uitgezonderd en was het niet mogelijk een schuld waarmee een valutarisico was afgedekt onder de deelnemingsvrijstelling te brengen.

#### 5.4.2 Beschouwing arrest Deutsche Shell

Niet iedereen is overtuigd van de juistheid van de uitkomst van het arrest Deutsche Shell. Zo meent *Koerts* dat deze beslissing een inbreuk is op het soevereine recht van de lidstaten om directe belastingen te heffen. Het niet in aanmerking nemen van valutaresultaten in beide lidstaten is geen belemmering die voortvloeit uit de wetgeving, maar het resultaat van de toepassing van twee zelfstandige belastingstelsels die op zodanige wijze zijn afgebakend dat het wisselkoersverlies in geen van beide staten in aftrek kan worden gebracht. Het feit dat een wisselkoersverlies in Italië niet kan opkomen, kan volgens haar niet met zich meebrengen dat Duitsland dan verplicht wordt met het verlies rekening te houden.<sup>254</sup> Ook Nijkeuter ziet dezelfde bezwaren en noemt de uitspraak dan ook discutabel.<sup>255</sup>

Eveneens *Wattel* vindt het arrest Deutsche Shell een onjuist arrest omdat het HvJ EU een jurisdictiekus maakt (een hoofdstaattoewijzing) waartoe hij niet bevoegd is.<sup>256</sup>

Om dit probleem verder in Europees perspectief te plaatsen, volgt een vergelijking met het arrest *Marks & Spencer II*<sup>257</sup> (zie hoofdstuk 4). Hierbij werd het territorialiteitsbeginsel ter zijde geschoven indien verliezen nergens anders meer in aftrek konden worden gebracht. Het ‘altijd ergens’-beginsel is ook belangrijk in de zaak Deutsche Shell omdat in beginsel wel sprake is van een werkelijk economisch verlies maar de resultaten in de vestigingsstaat van de deelneming onzichtbaar blijven.

Toch is er ook een verschil tussen beide arresten, zo was het bij *Marks & Spencer* namelijk duidelijk dat onder de Engelse wet een onderscheid werd gemaakt tussen buitenlandse dochters (waarbij verliezen via Group relief niet overgedragen konden worden) en binnenlandse dochters (waarbij dit wel mogelijk was). Bij het arrest Deutsche Shell werd geen specifiek onderscheid gemaakt naar binnenlandse of buitenlandse situaties, maar was de belemmering slechts een gevolg van de toepassing van twee zelfstandige belastingstelsels. *Stevens* en *Sanders* zijn op grond hiervan van mening dat er eerder sprake is van een dispariteit dan van een belemmering.<sup>258</sup>

In mijn optiek zou er inderdaad sprake kunnen zijn van een dispariteit. Bij dispariteiten zijn er obstakels bij het vrije verkeer binnen de Europese Unie veroorzaakt door verschillen tussen de belastingssystemen van twee of meerdere lidstaten.<sup>259</sup> Dit verschilt van discriminaties of belemmeringen, waar er sprake is van een probleem veroorzaakt door één lidstaat.

---

<sup>254</sup> M. Koerts, Deutsche Shell: ‘dispariteit of belemmering van het vrije verkeer binnen de EG?’, *WFR* 2008/72.

<sup>255</sup> HvJ EU 28 februari 2008, nr. C-293/06, *NTFR* 2008-561 met commentaar van E. Nijkeuter.

<sup>256</sup> P.J. Wattel in: W.W. Monteiro en M. Koerts, ‘Verslag van de NOB-rondetafelbijeenkomst, sectie EU-recht’, *WFR* 2011/319.

<sup>257</sup> HvJ EU 13 mei 2005, nr. C-446/03, *BNB* 2006/72: (*Marks & Spencer II*).

<sup>258</sup> M. Sanders en A.J.A. Stevens, ‘De tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen’, *WFR* 2011/1290, paragraaf 2.1.

<sup>259</sup> Zie B.J.M. Terra, P.J. Wattel, *European Tax Law*, FED fiscale studieris nr. 29, Kluwer, Deventer 2012, blz. 63, 64.

Desondanks is naar mijn idee de uitspraak van het HvJ EU wel een juiste geweest. Wanneer sprake is van een werkelijk economisch verlies wat wordt geleden in de lokale valuta van het hoofdhuis, terwijl dit bij de lidstaat van de vaste inrichting niet zichtbaar is, zou het een belemmering van de vrijheid van vestiging betekenen om dit verlies niet in aftrek te nemen in de lidstaat van het hoofdhuis. Weliswaar betreft dit geen belemmering die beoogd is door de lidstaten, maar feitelijk zal dit wel een belemmering vormen in het grensoverschrijdend ondernemen. Een inbreuk op het soevereine recht van de lidstaten om directe belastingen te heffen, zoals Koerts dit verwoordt, is mijns inziens dan ook geoorloofd. Het ‘altijd ergens’ beginsel van Marks & Spencer ‘overruled’ naar mijn mening het feit dat sprake is van een dispariteit. Ook kan de belastingplichtige wisselkoersresultaten in de praktijk niet (of nauwelijks) voorspellen of overzien.<sup>260</sup> Het gevaar van misbruik is naar mijn mening dat ook niet reëel aanwezig.

#### 5.4.3 Opvattingen in de literatuur; Deutsche Shell door te trekken naar deelnemingen?

Zowel bij vaste inrichtingen als bij deelnemingen kunnen werkelijke verliezen worden geleden in de lokale valuta van de moedermaatschappij/hoofdhuis die in het land van de dochtermaatschappij/vaste inrichting niet zichtbaar zijn. De Nederlandse deelnemingsvrijstelling is consistent in het gelijk behandelen van binnenlandse en buitenlandse deelnemingen, winsten worden niet belast en verliezen worden niet afgetrokken. Maar zoals de redenering van het HvJ EU bij de zaak Deutsche Shell luidde kan door valutakoersen sprake zijn van een daadwerkelijk economisch verlies, waardoor dit een belemmering kan vormen ten aanzien van het grensoverschrijdend ondernemen. Economisch gezien is de situatie dus vergelijkbaar, de vraag is alleen of het verschil in juridische entiteit voor het HvJ EU tot een andere uitkomst zou (moeten) leiden.

Bezien vanuit de ratio van de deelnemingsvrijstelling (zie hoofdstuk 2), het ‘ne bis in idem’- beginsel waarbij de door de dochtervennootschap uitgedeelde winsten niet nogmaals bij de moedervennootschap dienen te worden belast, kunnen vraagtekens worden gesteld bij het arrest BNB 1982/230.<sup>261</sup> De winst in de deelneming wordt in de lokale valuta berekend waardoor verschillen tussen de euro en de lokale valuta aldaar nooit in de boekhouding tot uiting kunnen komen. Economische of internationaal juridische dubbele belastingheffing doet zich dus niet voor.<sup>262</sup> Ook vanuit de verlengstuk gedachte kan ik hier geen verklaring voor vinden. De winst bij de moedermaatschappij is immers niet eerder behaald door de dochtermaatschappij en zal zelf nooit behaald worden door de dochtermaatschappij. De onderbouwing die de Hoge Raad in arrest BNB 1982/230 geeft, namelijk dat het in strijd met de bewoordingen van de Wet zou zijn de

---

<sup>260</sup> Uitzonderingssituaties daargelaten, bijvoorbeeld wanneer er sprake is van een zeer onstabiele economie.

<sup>261</sup> HR 9 juni 1982, nr. 21 142, *BNB 1982/230* met noot A. Nooteboom.

<sup>262</sup> S.C.W. Douma, ‘Valutaverlies op deelneming: aftrekbaar!’, *NTFR* 2008-2327.

valutaresultaten van de vrijstelling uit te zonderen en de wetsgeschiedenis geen aanwijzingen biedt dat de wetgever uitzonderingen had beoogd op dit punt, vind ik dan ook erg summier.

In de fiscale vakliteratuur is vele malen de vraag gesteld wat de reikwijdte van het arrest *Deutsche Shell* is en of de uitkomst van dit arrest wellicht ook toepasbaar zou zijn moeten of kunnen zijn voor deelnemingsituaties (op grond van Europees recht). Er volgen een aantal invalshoeken die zijn opgekomen in de literatuur.

Zo is *Douma* van mening dat in Nederland het valutaverlies in aanmerking zou moeten worden genomen vanuit het oogpunt dat een daadwerkelijk economisch verlies wordt geleden wat niet in de vestigingsstaat van de deelneming tot uiting komt. Tevens redeneert hij vanuit de achtergrond van de deelnemingsvrijstelling (zie vorige pagina).<sup>263</sup>

Ook *Kiekebeld* is van mening dat voor deelnemingsituaties eenzelfde redenering kan worden gevolgd als in *Deutsche Shell* en naar die analogie valutaverliezen op een deelneming aftrekbaar zouden moeten zijn, ondanks de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Hierbij moet het volgens hem wel gaan om gerealiseerde valutaverliezen en gaat dit niet op voor deelnemingen die gevestigd zijn in derde landen.<sup>264</sup>

Een voorzichtigere benadering heeft *Stevens*, hij stelt zich op het standpunt dat valutaverlies in aftrek nemen bij deelnemingen wellicht voor het HvJ EU nog een brug te ver zal zijn, maar ziet vanuit de rechtsvormneutrale behandeling van deelnemingen en vaste inrichtingen een uitsluitel gevend rechterlijk oordeel graag tegemoet.<sup>265</sup>

Volgens *Stevens* en *Sanders* is het nog onzeker hoe het Hof van Justitie EU zou oordelen over valutaresultaten in de deelnemingsvrijstelling, mocht deze kwestie via prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU worden voorgelegd.<sup>266</sup> Volgens hen kan op grond van de bestaande jurisprudentie niet worden opgemaakt of het Hof van Justitie EU de economische redenering uit het *Deutsche Shell*-arrest ook zal toepassen in moeder-dochterverhoudingen, dan wel voor een meer juridische benadering zal kiezen. Bij een deelnemings situatie berust de afbakening niet enkel op territoriale en functionele toerekening, maar ook op het juridische scherm tussen de resultaten van de moedervenootschap en de deelneming.

Een geheel tegengestelde mening heeft *Koerts*, die betoogt dat vergelijkbare gevallen gelijk behandeld dienen te worden, maar ongelijke situaties ongelijk naar de mate van ongelijkheid. Het verschil in

---

<sup>263</sup> S.C.W. Douma, 'Valutaverlies op deelneming: aftrekbaar!', *NtFR* 2008-2327.

<sup>264</sup> Zie B.J. Kiekebeld in M.G.H. van der Kroon, 'Verslag van het EFS-seminar 'Vaste inrichting versus deelneming'', *WFR* 2011/1592.

<sup>265</sup> A.J.A. Stevens, 'Het Shell arrest: een tussenstand', *NtFRB* 2008-27.

<sup>266</sup> M. Sanders en A.J.A. Stevens, 'De tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen', *WFR* 2011/1290.

juridische status is volgens haar een objectief verschil wat resulteert in het feit dat beide situaties niet vergelijkbaar zijn en dus ook niet gelijk behandeld dienen te worden. Voor de Nederlandse deelnemingsvrijstelling ziet zij dus ook geen gevolgen naar aanleiding van het arrest *Deutsche Shell*.<sup>267</sup>

Ook *Arts* ziet zeker een belangrijk verschil in de juridische vorm bij de vraag of het arrest *Deutsche Shell* ook opgaat voor deelnemingen.<sup>268</sup> Hij stelt:

“Het HvJ EU beroept zich in het arrest op de aard van het verlies. Dit lijkt het cruciale punt te zijn voor de beslissing van het HvJ EU. Het verlies dat *Deutsche Shell* op haar vaste inrichting in Italië leed, verschilt op een wezenlijk punt van een verlies op een deelneming. Civielrechtelijk is het vermogen van de vaste inrichting in Italië vermogen van *Deutsche Shell*. Daardoor leidde de niet-afrekbaarheid van het wisselkoersverlies voor *Deutsche Shell* niet alleen tot economische, maar ook tot juridische dubbele belasting. Naar mijn mening is deze juridische dubbele belasting voor het HvJ EU doorslaggevend geweest voor zijn beslissing. Het wisselkoersverlies op het vermogen van een vaste inrichting in het buitenland kan naar zijn aard slechts aftrekbaar zijn in de staat waarin zich het hoofdhuis bevindt. Voor een wisselkoersverlies op een deelneming geldt dat niet. Omdat het vermogen van de dochtermaatschappij waarin de deelneming wordt gehouden, civielrechtelijk is afgescheiden van dat van de aandeelhouder, is geen punt van geschil dat een verlies op de deelneming uitsluitend in de vestigingsstaat van de aandeelhouder aftrekbaar is. De niet-afrekbaarheid van een verlies op een deelneming leidt mogelijk wel tot economisch dubbele belastingheffing, maar niet tot juridische. Om deze reden kan de beslissing van het HvJ EU in het arrest *Deutsche Shell* niet zonder meer worden doorgetrokken naar een valutaverlies op een deelneming.”

*Arts* is van mening dat op grond van Europees recht de niet-afrekbaarheid van deelnemingsverliezen niet beperkt moet blijven tot verliezen die ook bij de dochtermaatschappij tot uiting kunnen komen, omdat koerswijzigingen van deelnemingen door meer factoren worden beïnvloed dan de winsten en verliezen van de deelneming. Een tweede argument waarom Europees recht niet dwingt tot het in aftrek toelaten van wisselkoersverliezen op deelnemingen ziet hij in de moeder-dochterrichtlijn, die slechts verplicht tot het voorkomen van economisch dubbele belasting over uitgekeerde winst; niet tot het vrijstellen van koerswinsten op deelnemingen. Ten derde ziet hij een argument in de liquidatieverliesregeling. Uit het arrest *Deutsche Shell* valt volgens hem te concluderen dat de staat waarin het hoofdhuis is gevestigd, in ieder geval het (wisselkoers)verlies dat aanwezig is bij een staking van de buitenlandse activiteiten, in aftrek moet toelaten. Dit is in lijn met het arrest *Marks & Spencer II*. De liquidatieverliesregeling bewerkstelligt dat aan die eis uit het arrest *Deutsche Shell* in Nederland ook voor uiteindelijke verliezen op investeringen in de vorm van deelnemingen wordt voldaan.

---

<sup>267</sup> M. Koerts, ‘*Deutsche Shell*: dispariteit of belemmering van het vrije verkeer binnen de EG?’, *WFR* 2008/72.

<sup>268</sup> J.H.M. Arts, ‘De tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen en de reikwijdte van *Deutsche Shell*’, *Forfaitair* 2012/224.

#### 5.4.4 Convergentie gewenst?

Op grond van de rupiah-leer behoren valutaresultaten ten aanzien van buitenlandse vaste inrichtingen tot de Nederlandse heffingsgrondslag en kunnen valuta verliezen derhalve afgetrokken worden. Bij deelnemingen vallen valutaresultaten op grond van BNB 1982/230 onder de ‘voordelen uit hoofde van deelnemingen’ en aldus vallen deze onder de deelnemingsvrijstelling. Is het wenselijk om de verschillen in behandeling van valutaresultaten te laten vervallen?

Zoals in de vorige paragraaf is uitgewerkt, lopen de meningen nogal uiteen op de vraag of het arrest Deutsche Shell ook door te trekken is voor deelnemingsituaties. Naar mijn mening dient het antwoord hierop bevestigend te luiden en is dit tevens een wenselijke verandering. Ten eerste past een uitsluiting van valutaresultaten niet bij de ratio van de deelnemingsvrijstelling. Aangezien het valutaresultaat in de andere staat niet in aanmerking kan worden genomen, kan het ook niet twee maal in de belastingheffing betrokken worden (‘ne bis in idem’-beginsel). Dat de Hoge Raad in 1982 voor een praktische uitwerking heeft gekozen is duidelijk, maar mijns inziens theoretisch gezien niet de meest juiste uitleg.

Ten tweede wordt zowel bij ondernemen via een deelneming of een vaste inrichting de belastingplichtige belemmerd bij grensoverschrijdend zakendoen en is een valutakoers verlies in de andere staat niet zichtbaar. Dit terwijl valutaverliezen aangemerkt kunnen worden als werkelijke economische verliezen in geval van liquidatie of verkoop, zowel bij vaste inrichtingen als deelnemingen. Hier is economisch geen verschil in te ontdekken. Op grond van het Marks & Spencer arrest zou een dergelijk werkelijk economisch geleden verlies altijd ergens in aftrek gelaten moeten worden. Aangezien de vestigingsstaat waar de valutaresultaten opkomen hier onmogelijk rekening mee kan houden, is het aan de moedervenootschap om deze verliezen in aanmerking te nemen. Het argument van *Arts* dat het onderscheid van juridische en economische dubbele belasting hierbij relevant is, doet daar mijns inziens niet aan af.

Als derde argument wil ik het punt van rechtsvormneutraliteit aandragen. Mijns inziens is op grond van Europees recht een lidstaat niet verplicht om rechtsvormneutraliteit in de staat van de moedervenootschap aan te houden. Een vaste inrichting en deelneming mogen in het bronstaat een verschillende fiscale behandeling genieten. Rechtsvormneutraliteit is mijns inziens geen reden om het arrest Deutsche Shell door te trekken, maar wel een wenselijk gevolg. Door valutaresultaten bij vaste inrichting wel in de Nederlandse heffingsgrondslag mee te nemen en bij deelnemingen niet, worden vaste inrichtingen aantrekkelijker bij het internationaal ondernemen. De rechtsvorm zou de omvang van de fiscale ondernemingswinst niet of zo min mogelijk mogen beïnvloeden.

Tot slot is het in aanmerking nemen van valutaresultaten wellicht een beperking van het territorialiteitsbeginsel voor de lidstaten, maar in het kader van de bevordering van de interne markt van de Europese Unie vind ik dit zeker terecht. Ook het gevaar van misbruik is mijns inziens nauwelijks terecht. Valutaresultaten kunnen tot op de dag van vandaag (nog) niet of nauwelijks gestuurd worden door belastingplichtigen.<sup>269</sup>

In het kader van convergentie kan ook een tussenvorm worden toegepast voor zowel vaste inrichtingen als deelnemingen: De uitkomst van het arrest *Deutsche Shell* wordt de hoofdregel: valutavertaalresultaten vallen niet onder de aftrekwinst net als bij de deelnemingsvrijstelling. Belastingplichtigen krijgen echter de mogelijkheid om vooraf te opteren voor een regeling dat valutavertaalresultaten wél onder de objectvrijstelling vallen. Deze *vooraf* aan te geven keuzeregeling geldt dan voor een looptijd van 10 jaar. Verandering van keuze na die termijn leidt dan tot compartimentering van de valutawinsten of –verliezen.

Positief hieraan is uiteraard de rechtsvormneutraliteit en het feit dat de regeling niet willekeurig is toe te passen door belastingplichtigen. Voorts heeft het in de grondslag van de vrijstelling begrijpen van de valutavertaalresultaten voor het bedrijfsleven praktische voordelen.

In het kader van Europees recht komt bij mij de vraag op of een keuzeregeling voldoende rechtvaardiging biedt voor de belemmering (als in *Deutsche Shell*). Een andere keuzeregeling die we kennen in het Nederlandse belastingrecht is die van art. 2.5 Wet IB 2001; de keuzeregeling voor binnenlandse belastingplicht. In het arrest *Gielen* oordeelde het HvJ EU dat dit keuzerecht een geconstateerde discriminatie niet neutraliseert.<sup>270</sup> Verschil hierbij is wel dat er bij art. 2.5 een clawback bepaling kent en in deze alternatieve regeling voor vaste inrichtingen een keuzewijziging mogelijk is elke 10 jaar. Bovendien is – anders dan bij het arrest *Gielen* – in casu de hoofdregel in overeenstemming met het EU-recht. De hoofdregel luidt immers dat de valutavertaalresultaten in het woonland in het fiscale resultaat worden begrepen. Hiermee zou de voorgestelde regeling een goed alternatief zou kunnen zijn, in overeenstemming met EU recht.

Al met al kom ik in dit hoofdstuk tot de conclusie dat convergentie op het gebied van de fiscale behandeling van valutaresultaten zeker een gewenste aanpassing zou zijn in het Nederlandse belastingstelsel en dan wel in de richting dat zowel bij een vaste inrichting als bij een deelneming valutaresultaten in aanmerking genomen zouden moeten worden.

## 5.5 Conclusie

---

<sup>269</sup> Uitzonderingssituaties daargelaten die opkomen in onstabiele economieën.

<sup>270</sup> HvJ EU 18 maart 2010, nr. C-440/08, *BNB* 2010/179 (*Gielen*).



De behandeling van valutaresultaten kan het resultaat van een onderneming sterk beïnvloeden. De valutaresultaten die opkomen bij een vaste inrichting behoren al sinds jaar en dag tot de Nederlandse heffingsgrondslag op grond van de Rupiah arresten. Met invoering van de objectvrijstelling is hier geen specifieke aanpassing voor ingevoerd en dus blijft dezelfde systematiek onverminderd van toepassing. Valutaresultaten die echter opkomen bij deelnemingen vallen onder de deelnemingsvrijstelling en zijn dus niet aftrekbaar dan wel belast. Door het arrest Deutsche Shell is de discussie op gang gekomen of valutaresultaten bij deelnemingen echter ook aftrekbaar en belast zouden moeten worden. In de literatuur zijn verschillende geluiden te horen. Zo zijn Arts en Koerts van mening dat het arrest Deutsche Shell niet zomaar door te trekken is naar deelnemingssituaties, waar Douma en Kiekebeld betogen dat dit juist wel dient te gebeuren. In mijn optiek is er sprake van een dispariteit tussen beide lidstaten maar dwingt het ‘altijd ergens’ beginsel tot het wel in aanmerking nemen van valutaverlies, omdat er anders een belemmering ten aanzien van de vrijheid van vestiging bestaat. Dit beginsel geldt mijns inziens ongeacht sprake is van een deelneming of een vaste inrichting. Tevens past uitsluiting van valutaresultaten niet onder de ratio van de deelnemingsvrijstelling en is het gevaar van misbruik gering. Mijns inziens is een lidstaat op grond van EU recht niet verplicht om op dit punt rechtsvormneutraliteit toe te passen, dit wil ik dus ook niet als argument aandragen waarom valutaresultaten wel in aanmerking genomen zouden moeten worden. Wel zie ik rechtsvormneutraliteit als een wenselijk gevolg.

## Hoofdstuk 6: Overdracht van vermogensbestanddelen

### 6.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk ging het over valutaresultaten die opkomen binnen de onderneming. In dit hoofdstuk zullen de fiscale aspecten van de overdracht van vermogensbestanddelen binnen een concern besproken worden. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan machines, schepen of andere middelen die nodig zijn ter uitoefening van de onderneming. De overdracht van vermogensbestanddelen tussen een hoofdhuis en vaste inrichting wordt behandeld, waarna de overdracht tussen deelnemingen ter sprake komt. Daarna volgt er een beschouwing waarin ook Europese aspecten aan bod komen. Past de huidige systematiek nog wel in de kaders die het Hof van Justitie EU heeft geschetst? Is aanpassing wellicht wenselijker? Tot slot wordt er afgesloten met een conclusie in de laatste paragraaf.

### 6.2 Overdracht van vermogensbestanddelen bij vaste inrichtingen

#### 6.2.1 Inleiding

Met de invoering van de objectvrijstelling per 2012 heeft de wetgever er bewust voor gekozen om de systematiek aangaande de overdracht van vermogensbestanddelen tussen een hoofdhuis en een (buitenlandse) vaste inrichting ongewijzigd te laten.<sup>271</sup> In deze paragraaf zal er aandacht worden besteed aan de vermogensetikettering tussen een buitenlandse vaste inrichting en het hoofdhuis. Hierna volgt de systematiek betreffende de duurzame terbeschikkingstelling en tijdelijke terbeschikkingstelling van bedrijfsmiddelen aan een vaste inrichting. Ook komt kort de behandeling van immateriële activa en materiële activa aan de orde.

#### 6.2.2 Vermogensetikettering

De vaste inrichting maakt onderdeel uit van het vermogen van de belastingplichtige. Voor fiscale doeleinden krijgt de vaste inrichting een (beperkte) fictieve zelfstandigheid ten aanzien van de winsttoerekening, ook wel ondernemingsplitsing genoemd. Het doel van vermogensetikettering is ten eerste het bepalen van de Nederlandse heffingsgrondslag, in geval er een buitenlandse vennootschap is met een vaste inrichting in Nederland.<sup>272</sup> Ten tweede voor de berekening ter voorkoming van dubbele belasting waarop een inwoner van Nederland aanspraak op kan maken indien deze activiteiten in het buitenland verricht door middel van een vaste inrichting. Dat vermogenstoerekening geschiedt bij een vaste inrichting terwijl dit niet gebeurt bij een dochtervennootschap is niet in strijd met Europees recht.<sup>273</sup> Het verschil vloeit voort uit de noodzaak om een vaste inrichting af te grenzen ten opzichte

---

<sup>271</sup> MvT II, 2011–2012, 33 003, nr. 3, blz. 93.

<sup>272</sup> E.C.C.M. Kemmeren, 'Vermogensetikettering bij vaste inrichtingen: toenemende cherrypicking?', *TFO* 2011/108.

<sup>273</sup> Zie HR 8 augustus 2008, nr. 40 586, *BNB* 2008/255 met noot P.G.H. Albert.

van het hoofdhuis. Bij een dochtervennootschap is deze noodzaak niet aan de orde en kan de toerekening niet anders geschieden dan aan die entiteit.

Voor de vermogensetikettering van de activa binnen een onderneming is het bepalend of de activa dienstbaar is aan de bedrijfsuitoefening van de vaste inrichting dan wel van het hoofdhuis. Er wordt per activum beoordeeld naar welk criterium of welke criteria dit kan worden bepaald. Uit het hopperzuiger-<sup>274</sup> en het baggerarrest<sup>275</sup> kan worden afgeleid dat het enkele gebruik van een bedrijfsmiddel bij een vaste inrichting nog niet betekent dat dit bedrijfsmiddel ook tot het vermogen van deze vaste inrichting dient te worden gerekend.<sup>276</sup>

Er wordt een onderscheid gemaakt tussen duurzame- en de tijdelijke terbeschikkingstelling van bedrijfsmiddelen.<sup>277,278</sup> Tevens wordt er een verschil gemaakt tussen materiële- en immateriële activa. Achtereenvolgens zullen deze genoemde vormen aan bod komen.

### 6.2.3 Duurzame ter beschikkingstelling van bedrijfsmiddelen

Bij een duurzame overgang van vermogensbestanddelen, bijvoorbeeld een bedrijfsmiddel, wijzigt de vermogensetikettering.<sup>279</sup> Het bedrijfsmiddel wordt dan toegerekend aan de vaste inrichting in plaats van aan het hoofdhuis. Van een duurzame overgang wordt gesproken indien het beheer van een bedrijfsmiddel en het bestuur en de controle van de exploitatie is overgegaan dan wel ergens anders wordt gedaan.<sup>280</sup>

Een overgang van vermogensbestanddelen van een in Nederland gevestigd hoofdhuis naar een buitenlandse vaste inrichting bestaat juridisch niet. Als er eventuele stille reserves zitten in het vermogensbestanddeel is hier derhalve geen realisatiemoment voor aan te wijzen. In een dergelijk geval zou het gevaar op claimverlies over deze stille reserve kunnen bestaan. Dit wordt voorkomen door het verschil in berekening tussen de bijdragewinst<sup>281</sup> en de aftrekwinst.<sup>282</sup> Wanneer er over het bestanddeel afgeschreven wordt, wordt de stille reserve belast naar mate van het verschil in afschrijvingsbasis of op het moment van latere vervreemding. Bij het in Nederland gevestigde hoofdhuis blijft het vermogensbestanddeel op de fiscale balans genoteerd voor de oorspronkelijke boekwaarde. Op de balans van de in het buitenland gelegen vaste inrichting verschijnt het vermogensbestanddeel voor de waarde in het economisch verkeer ten tijde van de overdracht van het

<sup>274</sup> HR 12 februari 1964, nr. 15 068, *BNB 1964/95* (Hopperzuigerarrest).

<sup>275</sup> HR 23 januari 1974, nr. 17 237, *BNB 1986/100* (Baggerarrest).

<sup>276</sup> Zie ook : E.C.C.M. Kemmeren, 'Vermogensetikettering bij vaste inrichtingen: toenemende cherrypicking?', *TFO 2011/108*.

<sup>277</sup> Besluit van 15 januari 2011, nr. IFZ2010/457M, *V-N 2011/9.6*.

<sup>278</sup> Zie voor een uitgebreide behandeling hiervan M.C. Sturm, 'Winsttoerekening vaste inrichtingen: toerekening van materiële vaste activa', *MBB 2011/05*.

<sup>279</sup> Zie HR 2 maart 1994, nr. 28 709, *BNB 1994/190*.

<sup>280</sup> Zie: besluit Staatssecretaris van 15 januari 2011, nr. IFZ2010/457M, *V-N 2011/9.6* en NvT bij het Bvdb 2001, Stb. 2000, 642, blz. 37 (artikelsgewijze toelichting).

<sup>281</sup> De aftrekwinst wordt ook wel situswinst of voorkomingswinst genoemd waarvoor (op grond van Bvdb 2001 of verdragen) voorkoming van dubbele belasting kan worden geclaimd. Bron: A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars, A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, Kluwer, Deventer 2009, blz. 139.

<sup>282</sup> De bijdragewinst is het aandeel van de vaste inrichting in de totale, generale winst van de belastingplichtige, de noemer in breuk van de vrijstellingsmethode.

vermogensbestanddeel. Voor de bijdragewinst wordt de afschrijving bepaald op basis van de oorspronkelijke boekwaarde, terwijl dit voor de aftrekwinst plaatsvindt op grond van de (hogere) waarde in het economisch verkeer. Het gevolg hiervan is dat de aftrekwinst kleiner zal zijn dan de bijdragewinst en tijdens de afschrijvingsperiode telkens een deel van de stille reserve in Nederland zal worden belast. Bij verkoop van het vermogensbestanddeel vanuit het hoofdhuis doet zich een bijdragewinst zich voor ter grootte van het verschil tussen verkoopprijs en oorspronkelijke boekwaarde die niet is vrijgesteld.

Voorbeeld 1:

Een machine wordt permanent ter beschikking gesteld aan een vaste inrichting per 1 januari 2012 (waarde in het economisch verkeer: € 2 miljoen). De boekwaarde bij het hoofdhuis is nihil en de machine wordt in 10 jaar afgeschreven.

Op 1 januari 2014 verkoopt de vaste inrichting de machine aan een derde voor 2 miljoen. De vaste inrichting behaalt hierop een boekwinst van € 400.000.

De belastbare winst van de gehele onderneming na toepassing van de objectvrijstelling is: € 1,6 miljoen.

Met de invoering van de objectvrijstelling per 2012 heeft de wetgever er bewust voor gekozen om de systematiek aangaande de overdracht van vermogensbestanddelen tussen een hoofdhuis en een (buitenlandse) vaste inrichting ongewijzigd te laten.<sup>283</sup> Toch kan de invoering van de objectvrijstelling in uitzonderingssituaties wel een andere uitwerking hebben wanneer dezelfde systematiek wordt aangehouden. Met het volgende voorbeeld zal dit worden aangetoond:<sup>284</sup>

Voorbeeld 2:

Een machine wordt vanuit BVA duurzaam overgedragen aan de vaste inrichting in Duitsland. Boekwaarde bedraagt nihil en de waarde in het economisch verkeer €100 met een afschrijvingstermijn van vier jaren. In jaar 1 wordt er in de vaste inrichting verlies geleden van €100 (bijdragewinst), voor aftrek afschrijving van €25. De aftrekwinst is daarmee € -125. In BV A wordt noch winst nog verlies gemaakt.

De fiscale wereldwinst van BV A is in dit voorbeeld € -100. Op grond van de objectvrijstelling zal BV A echter een bijtelling van € -125, het negatieve bedrag aan buitenlandse winst, aan deze wereldwinst moeten toevoegen. Per saldo resulteert dit in een belasting over de winst van €25, wat overeenkomt met de afschrijving over de stille reserve op het moment van overbrenging aan de vaste inrichting.

Onder het oude systeem zou in dit geval een verrekenbaar verlies van €100 en een inhaalverlies van €125 resulteren. Over het verschil van €25 zou pas vennootschapsbelasting verschuldigd zijn wanneer er weer latere buitenlandse winsten behaald zouden worden. Thans is dit niet meer vereist en zo wordt het heffingsmoment vooruit geschoven in de tijd.

#### 6.2.4 Tijdelijke terbeschikkingstelling van bedrijfsmiddelen

Wanneer er sprake is van een tijdelijke terbeschikkingstelling aan een vaste inrichting blijft het bedrijfsmiddel onderdeel van het hoofdhuis. Hierbij wordt er gesproken over een huur-verhuur

<sup>283</sup> MvT II, 2011–2012, 33 003, nr. 3, blz. 93.

<sup>284</sup> Ontleend aan: H. Lohuis, 'Wetsvoorstel Belastingplan 2012', *NtFR2011-2112*. Zie ook: H. Lohuis, 'Verschillen en overeenkomsten winstbepaling vaste inrichting en dochtermaatschappij', *TFO* 2011/138.

analogie.<sup>285</sup> Er moet in beginsel dan ook een zakelijke huursom ten laste van het resultaat van de vaste inrichting worden gebracht. Dit houdt in een bedrag wat bij een onafhankelijke derde bedongen had kunnen worden en zal kunnen bestaan uit afschrijvingen en eventueel interest. Dit volgt uit het OESO rapport over winsttoerekening aan vaste inrichtingen.<sup>286</sup> Stille reserves worden niet gerealiseerd op het moment van ter beschikkingstelling. Als het bedrijfsmiddel wordt verkocht aan bijvoorbeeld een derde wordt de stille reserves wel gerealiseerd. Dit wordt vervolgens toegerekend aan het onderdeel van de onderneming die het bedrijfsmiddel ter beschikking stelde ('de verhuurder').

### 6.2.5 Immateriële activa

Bij immateriële activa kan worden gedacht aan bijvoorbeeld de bedrijfsnaam van een concern. Immateriële activa kan een groot verschil maken tussen netto waarde van de activa en de marktwaarde van de aandelen.<sup>287</sup> Hierdoor is het dan ook van groot belang om dit op een juiste manier toe te rekenen aan een vaste inrichting dan wel hoofdhuis. Dit kan lastig zijn omdat, in tegenstelling tot materiële activa, het bij immateriële activa minder duidelijk is waar het activum wordt 'gebruikt' en het tevens vaak door meerdere delen van de onderneming worden gebruikt. De OESO maakt onderscheid tussen zelf ontwikkelde immateriële activa, aangekochte immateriële activa en immateriële activa die samenhangt met marketing.<sup>288</sup> Voor het bepalen waar het economische eigendom ligt en hoe de toerekening dient te geschieden is doorslaggevend waar de plaats van de 'significant people functions' is. Dit houdt in dat doorslaggevend is de plaats waar actieve besluitvorming plaatsvindt ten aanzien van het aangaan en beheren van risico's die samenhangen met de immateriële activa.

### 6.2.6 Materiële activa

De toerekening van het (economisch eigendom) van materiele activa geschiedt in beginsel naar het beginsel 'place of use' van het activum. In uitzonderingssituaties kan aangesloten worden bij de 'significant people functions' aanpak.<sup>289</sup> Over het algemeen menen de lidstaten echter dat de uitkomst van beide methodes op hetzelfde uitkomt.<sup>290</sup>

---

<sup>285</sup> HR 23 januari 1974, nr. 17.237, *BNB 1986/100* (Baggerarrest).

<sup>286</sup> OESO 2010 Report on the attribution of profits to permanent establishments, 22 juli 2010, par. 75.

<sup>287</sup> OESO 2010 Report on the attribution of profits to permanent establishments, 22 juli 2010, par. 77.

<sup>288</sup> OESO 2010 Report on the attribution of profits to permanent establishments, 22 juli 2010, par. 85, 94, 97.

<sup>289</sup> OESO 2010 Report on the attribution of profits to permanent establishments, 22 juli 2010, par. 75.

<sup>290</sup> OESO 2010 Report on the attribution of profits to permanent establishments, 22 juli 2010, par. 75 en zie ook : P.J.J.M. Peeters, 'Winsttoerekening aan een vaste inrichting', *TFO* 2011/122, onderdeel 6.

## 6.3 Overdracht van vermogensbestanddelen bij deelnemingen

### 6.3.1 Inleiding

De overdracht van vermogensbestanddelen naar een deelneming verloopt qua fiscale uitwerking anders dan naar een vaste inrichting. Juridisch zijn twee deelnemingen uiteraard twee verschillende entiteiten. Waar bij een vaste inrichting niets aan dezelfde entiteit verkocht kan worden aangezien het dezelfde entiteit betreft, is dit in deelnemingssituaties wel mogelijk. In deze paragraaf wordt uiteengezet hoe de systematiek werkt in deze situatie en hoe directe afrekening tussen deelnemingen voorkomen kan worden.

### 6.3.2 Systematiek overdracht van of naar een deelneming

De overdracht van vermogensbestanddelen van of naar een deelneming leidt tot directe winstneming over eventuele stille reserves op het moment van overdracht. Het activum verdwijnt vervolgens van de balans van de verkopende partij en verschijnt vervolgens op de balans van de kopende partij. Hierbij moet een zakelijke prijs berekend worden. Dit volgt uit het totaalwinstbeginsel van art. 3.8 Wet IB 2001 juncto art. 8, eerste lid Wet VPB 1969. Ook komt dit naar voren in het ‘arm’s length’ beginsel wat sinds 2002 is gecodeerd in art. 8b Wet VPB 1969. Dit artikel luidt: “Indien een lichaam, onmiddellijk of middellijk, deelneemt aan de leiding van of het toezicht op, dan wel in het kapitaal van een ander lichaam en tussen deze lichamen ter zake van hun onderlinge rechtsverhoudingen voorwaarden worden overeengekomen of opgelegd (verrekenprijzen) die afwijken van voorwaarden die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen, wordt de winst van die lichamen bepaald alsof die laatstbedoelde voorwaarden zouden zijn overeengekomen.” Uitstel van winstneming met als onderbouwing dat er geleverd wordt aan een gelieerde vennootschap is niet toegestaan op grond van BNB 1957/208.<sup>291</sup> De overweging van de Hoge Raad was dat er in casu sprake was van reële, onvoorwaardelijk gesloten koopovereenkomsten en dat bij overeenkomstige leveranties aan derden goed koopmansgebruik vereist dat de winst niet op een later tijdstip werd genomen dan het tijdstip waarop de goederen zijn geleverd. Bij overeenkomstige overeenkomsten met dochterondernemingen mocht geen andere gedragswijze worden gevolgd, aldus de Hoge Raad. Duidelijk is dat de Hoge Raad de civielrechtelijke overeenkomst tussen de deelnemingen van elementair belang acht. Een dergelijk civielrechtelijke overeenkomst is uiteraard bij vaste inrichtingen niet aanwezig, er kan immers niets verkocht worden aan de eigen entiteit aangezien het onderscheid tussen een vaste inrichting en het hoofdhuis slechts een ‘fiscale fictie’ is.

Directe winstneming over eventuele stille reserves geldt niet bij enkel de verhuur, lease of andere gevallen waarbij het (economisch) eigendom van vermogensbestanddelen niet overgaat. In deze

---

<sup>291</sup> HR 8 mei 1957, nr. 12 931, *BNB 1957/208*.

gevallen gaat het eigendom van het bestanddeel niet over maar blijft het op de balans van de verhuurder staan. De meerwaarde die verborgen zit in het vermogensbestanddeel wordt niet gerealiseerd maar zou enkel tot uiting kunnen komen in een hogere zakelijke prijs die bedongen wordt.

Wanneer er een fiscale eenheid wordt aangegaan in de zin van art. 15 Wet VPB is het wel mogelijk om bedrijfsmiddelen te verplaatsen tussen (gevoegde) vennootschappen zonder dat hier realisatie van stille reserves bij komt kijken.<sup>292</sup> De mogelijkheid tot aangaan van een fiscale eenheid is echter wel aan een aantal voorwaarden verbonden<sup>293</sup> en tot nu toe is een fiscale eenheid niet toegestaan in grensoverschrijdende situaties.<sup>294</sup>

## 6.4 Beschouwing

### 6.4.1 Inleiding

Duidelijk is dat de fiscale behandeling van de overdracht van vermogensbestanddelen aan deelnemingen dan wel vaste inrichtingen verschillend is. Bij vaste inrichtingen wordt onderscheid gemaakt naar duurzame terbeschikkingstelling en tijdelijke terbeschikkingstelling. In dit geval wijzigt de vermogensetikettering en komen eventuele stille reserves naar voren bij de afschrijvingen of verkoop. Bij tijdelijke verhuur blijft het bestanddeel toegerekend aan het hoofdhuis en geldt een huur/verhuur analogie. Er dient een zakelijke vergoeding voor deze ‘verhuur’ te worden berekend.

Bij de overdracht van vermogensbestanddelen tussen deelnemingen geldt dat er altijd een ‘at arm’s lenght’ vergoeding fiscaal in rekening moet worden gebracht.

In deze paragraaf volgt een beschouwing waarin een aantal overwegingen van auteurs ter sprake komen die zich hebben uitgelaten over dit thema. Vervolgens wordt er aandacht besteed aan enkele Europese aspecten.

### 6.4.2 Literatuur

Vóór de publicatie van het Belastingplan 2012 was *Lohuis* van mening dat het vanuit de doelstelling van de objectvrijstelling logisch had geleken om de objectvrijstelling aan te sluiten bij de bijdragewinst.<sup>295</sup> Hierdoor zou het onderscheid tussen bijdragewinst en aftrekwinst vervallen. Ook zag hij het dan als een logische vervolgstap om de overgang van vermogensbestanddelen van een

---

<sup>292</sup> Indien de fiscale eenheid echter wordt doorbroken kan art. 15ai Wet VPB 1969 in werking treden. Kort gezegd wordt op grond hiervan alsnog geheven over de stille reserves van vermogensbestanddelen die binnen de fiscale eenheid zijn overgedragen indien de fiscale eenheid binnen 3 jaar of 6 jaar weer wordt verbroken.

<sup>293</sup> Zie art. 15 Wet VPB 1969.

<sup>294</sup> Zie HvJ EU, 25 februari 2010, C-337/08, *BNB 2010/166 (X Holding)*. Dit was overigens anders onder het oude (pre-2003) fiscale eenheidsregime. Onder voorwaarden kon destijds wél een in het buitenland gevestigde vennootschap die geen belastbare winst in Nederland genoot, in de fiscale eenheid worden opgenomen. Zie in het bijzonder HR nr. 24 738, *BNB 1988/331* en HR 13 november 1996, nr. 31 008, *BNB 1998/47*.

<sup>295</sup> H. Lohuis, ‘Verschillen en overeenkomsten winstbepaling vaste inrichting en dochtermaatschappij’, *TFO* 2011/138.

binnenlandse onderneming naar vaste inrichting en vice versa als realisatiemoment te beschouwen omdat er anders na overgang teveel of te weinig winst in de Nederlandse heffingsgrondslag wordt betrokken. Als er zou worden aangesloten bij de aftrekwinst zou dit onder omstandigheden verliezen van aftrek uitsluiten die (nog) niet in de winst van de belastingplichtige tot uitdrukking zijn gekomen. Dit is het geval als de berekening van de aftrekwinst tot een groter verlies leidt dan de berekening van de bijdragewinst.

De wetgever heeft er echter voor gekozen om de huidige systematiek ten aanzien van vaste inrichtingen te continueren en het bedrag van de winst onder de objectvrijstelling aan te laten sluiten bij de aftrekwinst (het bedrag aan winst van de vaste inrichting waarvoor vrijstelling kon worden verkregen).

In een recenter artikel vervolgt *Lohuis* dat hij het als een groot voordeel ziet dat de huidige systematiek blijft bestaan.<sup>296</sup> De huidige systematiek doet volgens hem recht aan de onzelfstandigheid van de vaste inrichting, als integraal onderdeel zijnde van de belastingplichtige. Hij meent dat als van de huidige systematiek afgeweken zou worden, de overbrenging van vermogensbestanddelen tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting tot een eindafrekening zou leiden. Slechts in uitzonderingssituaties leidt deze benadering tot minder gewenste gevolgen, waarbij hij het voorbeeld geeft wat reeds is opgenomen in paragraaf 6.2.3.

*Pötgens* en *Bellingwout* onderschrijven dat er geen onmiddellijke afrekening plaatsvindt wanneer bedrijfsmiddelen duurzaam ter beschikking worden gesteld aan een buitenlandse vaste inrichting. Zij menen dat dit recht doet aan de onzelfstandigheid van de vaste inrichting, als integraal onderdeel zijnde van de belastingplichtige.

Ten aanzien van de overdracht van vermogensbestanddelen merken *Pötgens* en *Bellingwout* nog op dat het de vraag is of naar Europees recht, de forfaitaire afrekening over stille reserves in EU situaties nog in overeenstemming is met de in het Verdrag betreffende de Werking van de EU neergelegde vrijheden.<sup>297</sup> Hierbij verwijzen zij in het bijzonder naar het arrest *National Grid Indus BV* van het Hof van Justitie.

In het arrest *National Grid Indus BV* verplaatste deze vennootschap haar feitelijke bestuurszetel van Nederland naar het Verenigd Koninkrijk in het jaar 2000.<sup>298</sup> Sinds 1996 had zij een vordering op een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde concernvennootschap. Op deze vordering was door een stijging van de Britse pond ten opzichte van de Nederlandse gulden een niet gerealiseerde koers winst ontstaan

---

<sup>296</sup> H. Lohuis, 'Wetsvoorstel Belastingplan 2012', *NTR2011/2112*.

<sup>297</sup> F.P.G. Pötgens en J.W. Bellingwout, 'Objectvrijstelling voor vaste inrichtingen: Much Ado About Nothing?', *WFR* 2012/654.

<sup>298</sup> HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10, *BNB* 2012/40 (National Grid Indus).



van f 22.128.160 op 15 december 2000, het moment van zetelverplaatsing. Omdat belanghebbende ophield in Nederland winst te genieten diende er een eindafrekening plaats te vinden over de ten tijde van de zetelverplaatsing aanwezige latente meerwaarde. Het HvJ EU overwoog in deze zaak dat de latente meerwaarde aanwezig in de onderneming niet zou zijn belast zonder zetelverplaatsing naar het Verenigd Koninkrijk, derhalve is er in beginsel sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging. Desalniettemin is dit gerechtvaardigd door de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de verschillende lidstaten. De in geding zijnde regeling was geschikt om de heffingsbevoegdheid te waarborgen en in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel. De onmiddellijke invordering van de exitheffing was echter wel in strijd met het evenredigheidsbeginsel. Er dient derhalve een uitgestelde invordering plaats te vinden, eventueel met maatregelen zoals het stellen van een bankgarantie.

*Pötgens en Bellingwout* stellen dat de objectvrijstelling zich – tot het moment van daadwerkelijke realisatie – ook uit dient te strekken tot de stille reserves besloten in overgebrachte vermogensbestanddelen.

De ongewijzigde systematiek ten aanzien van de overdracht van vermogensbestanddelen die duurzaam ter beschikking worden gesteld aan een buitenlandse vaste inrichting heeft tot gevolg dat er onder de objectvrijstelling geleidelijk moet worden afgerekend. Overeenkomsten tussen het genoemde arrest en deze systematiek is dat het beide gaat over stille reserves die nog niet gerealiseerd zijn ten tijde van zetelverplaatsing dan wel overdracht naar een andere lidstaat. Onder de huidige systematiek wordt echter wel al direct afgerekend over dit ongerealiseerd resultaat. Dit is namelijk het geval als er een bedrag aan afschrijving in de aftrekwinst valt die niet ter bepaling van de bijdragewinst c.q. de generale winst in aftrek komt (de 25 euro zoals is weergegeven in voorbeeld 2 in paragraaf 6.2.3). Aangezien deze afschrijvingen de aftrekwinst verlagen c.q. negatief kunnen doen worden, kan hierdoor de Nederlandse heffingsgrondslag worden verhoogd. In het arrest *National Grid Indus* is directe invordering terwijl realisatie nog niet heeft plaats gevonden in strijd wordt bevonden met het evenredigheidsbeginsel. Er zou dus betoogd kunnen worden dat deze zelfde strijdigheid hier optreedt aangezien met een afschrijving nog geen realisatie plaatsvindt. De stille reserves kunnen immers enkel liquide worden gemaakt en dus gerealiseerd worden bij verkoop van het vermogensbestanddeel.<sup>299</sup>

Een wellicht meer proportionele regeling zou kunnen geschieden door het opleggen van een conserverende aanslag op het moment van overdracht waarbij de belasting pas geïnd wordt op het moment van daadwerkelijke realisatie,<sup>300</sup> zoals bijvoorbeeld wordt voorgesteld wordt door *Blokland en*

---

<sup>299</sup> Hierbij ga ik niet verder in op de bredere discussie betreffende exitheffingen ten gevolge van (zetel) verplaatsingen.

<sup>300</sup> In lijn met de bestaande discussie over exitheffingen, zie onder andere onderdeel 80 concl. A-G Kokott zaak-X Holding, BNB 2010/166, HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (N), BNB 2007/22 en HR 12 februari 1964, nr. 15 068, BNB 1964/95 (Hopperzuigerarrest).

van den Honert.<sup>301</sup> Zoals reeds beschreven is het binnen een fiscale eenheid wel mogelijk om vermogensbestanddelen tussen deelnemingen te verplaatsen zonder afrekening van stille reserves maar zijn grensoverschrijdende fiscale eenheden op grond van het arrest X holding (nog) niet mogelijk. *Blokland en van den Honert* stellen dat het huidige fiscale eenheidsregime ten opzichte van een grensoverschrijdende fiscale eenheid niet proportioneel is omdat er een minder vergaande regeling bestaat om het Nederlandse heffingsrecht te behouden: een conserverende aanslag met uitstel van invordering tot op moment van daadwerkelijke realisatie.

### 6.4.3 Convergentie gewenst?

Bij de overdracht van bedrijfsmiddelen zit het knelpunt bij de stille reserves die hierin verborgen zijn. Vanuit de coherentie van het belastingsysteem gezien zijn exitheffingen verdedigbaar; wanneer er kosten ten laste van de Nederlandse winst zijn gekomen, is het evenwichtig om eventuele opbrengsten die opkomen in dit bedrijfsmiddel ook te belasten. Dit is conform het territorialiteitsbeginsel wat er op moet toezien dat winsten die een vennootschap (met een vermogensbestanddeel) heeft behaald in het tijdvak dat zij in Nederland belastingplichtig is, ook in Nederland wordt belast. Een dergelijke belastingheffing volgens het OESO modelverdrag is toelaatbaar geacht door het HvJ EU.<sup>302</sup> Overigens kan hier wellicht ook wat tegen in gebracht worden. Door de objectvrijstelling kan de afschrijving over een bedrijfsmiddel in de aftrekwinst terecht komen terwijl dit niet in de generale winst tot uiting komt. Nederland is op grond van Europees recht niet verplicht tot voorkoming van dubbele belasting, zie het arrest Gilly.<sup>303</sup> Een regeling ter voorkoming van dubbele belasting is daarmee ook niet snel in strijd met EU recht. Ten aanzien van de regeling ter voorkoming van dubbele belasting in de vorm van de objectvrijstelling kan echter betoogd worden dat hiermee heffingsrecht gecreëerd wordt en afgevraagd worden in hoeverre dit in overeenstemming is met Europees recht.

Het feit blijft dat het bezwaar van deze belastingheffing, vanuit de optiek van de belastingplichtige, is dat de heffing plaatsvindt over opbrengsten die nog niet gerealiseerd zijn (of wellicht wel nooit gerealiseerd zullen worden). Er kan zo een liquiditeitsprobleem ontstaan wat een belemmering kan vormen in grensoverschrijdende situaties.

Mijns inziens zou een proportioneelere regeling zijn als er gebruik zou worden gemaakt van een conserverende aanslag bij overdracht aan een buitenlandse vaste inrichting. Hierbij zou de mogelijkheid tot uitstel van invordering gegeven moeten worden tot moment van realisatie van de stille reserves bij verkoop. In internationaal verband kan hier tegen in worden gebracht dat dit moeilijk te controleren valt en gevaar op misbruik oplevert. Dit zou weerlegd kunnen worden door het argument dat er binnen de Europese Unie tegenwoordig veel meer controle mogelijkheden zijn door

---

<sup>301</sup> G.M.R. Blokland en M.J. van den Honert, 'X Holding vandaag de dag: kan de wetgever nu daadwerkelijk rustig ademen?', *WFR* 2011/782.

<sup>302</sup> Zie HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10, *BNB* 2012/40, r.o. 47 (National Grid Indus).

<sup>303</sup> HvJ EU 12 mei 1998, C-336/96, *BNB* 1998/305 (Gilly).

totstandkoming van de richtlijn bijstand bij invordering.<sup>304</sup> Deze richtlijn voorziet in wederzijdse bijstand bij de invordering van schuldvorderingen die in een andere lidstaat zijn ontstaan en de informatie uitwisseling om deze invordering te garanderen. Er zijn derhalve bepalingen opgenomen die voorschrijven op welke manier de lidstaten informatie dienen te verstrekken en op welke gronden informatieverschaffing geweigerd mag worden. Al met al ben ik dus van mening dit een wenselijke aanpassing zou zijn ten aanzien van de behandeling van de overdracht van vermogensbestanddelen.

## 6.5 Conclusie

In dit hoofdstuk werd de overdracht van vermogensbestanddelen behandeld. Voor fiscale doeleinden krijgt de vaste inrichting in bepaalde mate een fictieve zelfstandigheid ten aanzien van de winsttoerekening aan de vaste inrichting in relatie tot het hoofdhuis, ook wel ondernemingsplitsing genoemd. Voor de vermogensetikettering van de activa binnen een onderneming is het bepalend of het activum dienstbaar is aan de bedrijfsuitoefening van de vaste inrichting dan wel van het hoofdhuis.

Bij duurzame terbeschikkingstelling van het vermogensbestanddeel aan de vaste inrichting wijzigt de vermogensetikettering en wordt het vermogensbestanddeel toegerekend aan de vaste inrichting. Eventuele stille reserves komen naar voren bij de afschrijvingen of verkoop. Bij tijdelijke verhuur blijft het bestanddeel toegerekend aan het hoofdhuis en geldt een huur/verhuur analogie. Een zakelijke vergoeding voor deze ‘verhuur’ is dient dan te worden berekend. Bij de overdracht van vermogensbestanddelen tussen deelnemingen geldt dat er fiscaal altijd een ‘at arm’s length’ vergoeding in rekening moet worden gebracht en is er directe realisatie van stille reserves op het moment van overdracht bij verkoop. Dit is niet het geval bij verhuur of lease situaties waarbij het eigendom niet overgaat. Met de invoering van de objectvrijstelling voor buitenlandse vaste inrichtingen heeft de wetgever ervoor gekozen de huidige systematiek ten aanzien van de overdracht van vermogensbestanddelen voort te zetten. In bepaalde omstandigheden kan dit wel resulteren in een andere uitkomst onder de objectvrijstelling. In de literatuur is, mijns inziens terecht, de vraag opgekomen of door het gewezen arrest National Indus Grid verdedigd kan worden dat de (geleidelijke) belastingheffing en invordering over de stille reserves van een vermogensbestanddeel dat over is gegaan naar een vaste inrichting strijdig kan zijn met EU recht. In mijn optiek zou het wenselijker zijn om bij overdracht aan een vaste inrichting een conserverende aanslag op te leggen en deze in te vorderen bij realisatie van de stille reserves bij verkoop.

---

<sup>304</sup> EU Richtlijn 2010/24/EU.

## Hoofdstuk 7: Leningen en dienstverlening

### 7.1 Inleiding

Het vorige hoofdstuk stond in het teken van de overdracht van vermogensbestanddelen. In dit hoofdstuk gaat het over een andere vorm van onderlinge transacties, namelijk over interne en externe leningen en interne dienstverlening. Hierbij wordt er gesproken over leningen tussen deelnemingen en ten aanzien van vaste inrichtingen wordt onderscheid gemaakt tussen interne en externe leningen. Nagegaan wordt hoe de Nederlandse jurisprudentie hier tegenaan kijkt en wat de internationale en Europese aspecten zijn. Hierna volgt een beschouwing waarin enkele passages uit de literatuur onderzocht worden op grond waarvan ik mijn persoonlijke mening formuleer. Tot slot volgt in de laatste paragraaf een conclusie.<sup>305</sup>

### 7.2 Externe- en interne leningen bij vaste inrichtingen

#### 7.2.1 Inleiding

Voor de vermogensetikettering ten aanzien van vaste inrichtingen en het hoofdhuis is de financiering in de vorm van interne- of externe leningen van belang. Jurisprudentie van de Hoge Raad heeft meer inzicht gegeven in hoe deze financieringen behandeld moet worden. De OESO heeft in 2008 en 2010 rapporten uitgebracht waar inzicht in kan worden verkregen hoe de OESO aankijkt tegen de vermogensetikettering bij vaste inrichtingen.<sup>306</sup> Naar aanleiding van deze publicatie van de OESO heeft de Staatssecretaris een besluit uitgevaardigd waarin wordt aangegeven hoe de Nederlandse belastingdienst aankijkt tegen de winstallocatie van vaste inrichtingen.<sup>307</sup>

Achtereenvolgens zullen eerst de externe leningen aan bod komen en daarna de interne leningen van hoofdhuis aan vaste inrichting. Hierbij zal ook kort worden besproken hoe de OESO en de Staatssecretaris van Financiën hier tegenaan kijken.

#### 7.2.2 Externe leningen

Met externe leningen worden leningen bedoeld die van een derde (externe partij) zijn aangetrokken. Ten aanzien van deze leningen is een arrest uit 1931 nog steeds toonaangevend.<sup>308</sup> Op grond van dit arrest is voor de vermogensetikettering van belang waar de externe lening toe heeft gestrekt, op basis van de aard of functie binnen de onderneming.<sup>309</sup> Ook de uitspraak van BNB 1997/263 bevestigt dit:<sup>310</sup>

---

<sup>305</sup> In dit hoofdstuk ga ik niet in op de bronheffingen op interest, royalty en dividenden. Zie hiervoor bijvoorbeeld: D.M. Brouwers en E. Nijkeuter, 'Wijzigingen in de voorkoming van dubbele belasting per 2012', *WFR* 2012/770.

<sup>306</sup> Zie het 'Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments', OECD, Paris, 22 juli 2010 (PE-Report 2010) een en gereviseerde versie van het PE-Report 17 juli 2008. OESO-Commentaar (OC) 2010 en het OESO-Modelverdrag (OM) 2010 onder meer V-N 2010/39.1 en V-N 2010/39.2.

<sup>307</sup> Besluit van 15 januari 2011, nr. IFZ 2010/457M, Stcrt. 2011,1375 (inwerkingtreding 28 januari 2011), inzake winstallocatie vaste inrichtingen, BNB 2011/91, V-N 2011/9.12

<sup>308</sup> HR 18 november 1931, B. 5085.

<sup>309</sup> Zie ook: E.C.C.M Kemmeren, 'Vermogensetikettering bij vaste inrichtingen: toenemende cherrypicking?', *TFO* 2011/108.

<sup>310</sup> HR 7 mei 1997, nr. 30 294, *BNB* 1997/263.

‘De middelen die een ondernemer *aanwendt ter financiering* van een vaste inrichting, dienen, indien deze niet zijn verkregen doordat *ten behoeve van* die vaste inrichting schulden zijn aangegaan, in het kader van de fictie dat de vaste inrichting een zelfstandige onderneming vormt, in de regel als eigen vermogen van die vaste inrichting te worden beschouwd, zoals ook bij een zelfstandige onderneming de daarin geïnvesteerde middelen, voorzover die niet zijn verkregen doordat schulden zijn aangegaan, als eigen vermogen zijn aan te merken.’ (cursiveringen NvK).<sup>311</sup>

Ook de arresten BNB 2004/214 en BNB 2007/117 zijn hiermee in overeenstemming.<sup>312</sup> Een direct en ‘historisch-causaal’ verband is dus bepalend voor de toerekening aan de vaste inrichting waarbij doorslaggevend is waar de lening voor aangewend is.<sup>313</sup> Het is aan de belastingplichtige die zich beroept op de rechtstreekse band tussen bepaalde activa en passiva om dit (indirecte) verband aannemelijk te maken.<sup>314</sup> Wanneer een externe lening wordt toegerekend aan de vaste inrichting worden de rentebetalingen aldaar belast, dan wel in aftrek gebracht.

### 7.2.3 Interne leningen

Onder een interne lening wordt een lening verstaan die verstrekt is van het hoofdhuis aan de buitenlandse vaste inrichting (of vice versa). Waar een vaste inrichting bij externe leningen enige zelfstandigheid toegerekend krijgt, ligt dit anders bij interne leningen. De Hoge Raad heeft andere overwegingen bij interne leningen. In BNB 1954/186 werd geoordeeld ‘dat belanghebbende toch geen schuld aan zichzelf kan hebben’<sup>315</sup>. Hier komt wederom het civiel-juridische aspect om de hoek kijken. Deze gedachtegang wordt herhaald in BNB 1997/263 en BNB 2007/117:

“Zogenoemde interne leningen worden daarbij, anders dan in uitzonderlijke gevallen waarin aan de zakelijkheid van de interne lening niet kan worden getwijfeld, zoals bijvoorbeeld bij intern leverancierskrediet en bij ‘advances’ tussen onderdelen van een financiële onderneming<sup>316</sup> voor de fiscale winstberekening niet in aanmerking genomen.”<sup>317</sup>

Op grond van deze jurisprudentie van de Hoge Raad kan dus geconcludeerd worden dat interne leningen niet in aanmerking worden genomen voor de fiscale winst en deze rentebetalingen en ontvangsten niet aftrekbaar en belast zijn. Hier wordt door de Hoge Raad echter een uitzondering voor gemaakt ten aanzien van intern leverancierskrediet en bij ‘advances’ tussen onderdelen van een financiële onderneming. Hierbij gaat het volgens *Peeters* ‘om uitzonderlijke gevallen waarin aan de zakelijkheid (lees: economische realiteit of de erkenning) van de interne lening niet kan worden getwijfeld’.<sup>318</sup> Van een dergelijk intern leverancierskrediet wat door de Hoge Raad als interne lening werd aangemerkt, was sprake in BNB 1990/36.<sup>319</sup>

<sup>311</sup> HR 7 mei 1997, nr. 30 294, *BNB 1997/263*, r.o. 3.3.2.

<sup>312</sup> HR 23 januari 2004, nr. 37 893, *BNB 2004/214*.

<sup>313</sup> Zie ook: P.J.J.M. Peeters, ‘Winsttoerekening aan een vaste inrichting’, *TFO 2011/122* en C. van Raad, G.T.W. Janssen, *Cursus Belastingrecht*, Vaststellen vi als een afzonderlijke en zelfstandige onderneming, IBR.3.4.2.A.b.

<sup>314</sup> HR 25 november 2005, nr. 40 858, *BNB 2007/117* r.o. 3.2.1.

<sup>315</sup> HR 28 april 1954, nr. 11 682, *BNB 1954/186*.

<sup>316</sup> Als bedoeld in het Commentaar op artikel 7 van het OESO Modelverdrag, punt 19 (geldend voor 22 juli 2010).

<sup>317</sup> HR 25 november 2005, nr. 40 858, *BNB 2007/117* r.o. 3.2.2.

<sup>318</sup> P.J.J.M. Peeters, ‘Winsttoerekening aan een vaste inrichting’, *TFO 2011/122*.

<sup>319</sup> HR 8 november 1989, nr. 25 089, *BNB 1990/36*.

Wanneer sprake is van samenwerkingsverbanden, zoals een commanditaire vennootschap, kent de Hoge Raad wel meer zelfstandige betekenis toe aan een geldverstrekking. In het zogenoemde ertsenoverslagarrest was geen sprake van een ‘echte’ interne lening zoals bij een hoofdhuis en een vaste inrichting, maar was er een civielrechtelijke betalingsverplichting tussen de commanditaire vennoot en de commanditaire vennootschap.<sup>320</sup> Deze civielrechtelijke overeenkomst werd fiscaalrechtelijk gevolgd en was conform de economische realiteit. De lening werd in casu toegerekend aan het buitenvennootschappelijke vaste inrichtingsvermogen van de commanditaire vennoot.

#### 7.2.4 OESO 2010 en besluit BNB 2011/91

De manier van winsttoerekening ten aanzien van vaste inrichtingen die volgens de OESO de voorkeur geniet is de ‘functionally separate entity’ aanpak.<sup>321</sup> Dit houdt in dat de vaste inrichting zoveel mogelijk als zelfstandige en aparte juridische entiteit wordt gezien waarbij de resultaten op ‘arm’s length’ basis dienen te worden bepaald. In werkelijk is uiteraard geen sprake van een echte aparte juridische entiteit, waardoor een benadering hiervan geschiedt door bedrijfsmiddelen, risico’s en kapitaal toe te delen. De bedrijfsmiddelen en risico’s toerekenen wordt door middel van de ‘significant people’s functions’ toets gedaan, waarbij de bedrijfsmiddelen en risico’s worden toegerekend naargelang de personen werkzaam zijn die de beslissingsbevoegdheid genieten over deze bedrijfsmiddelen en risico’s.<sup>322</sup> Voor het kapitaal wat wordt toegerekend aan de vaste inrichting dan wel hoofdhuis wordt eerst het eigen vermogen toegedeeld<sup>323</sup> en daarna het vreemd vermogen. Dit in tegenstelling tot de jurisprudentie van de Hoge Raad, die de historische methode aanhoudt; eerst wordt het vreemd vermogen gealloceerd en tot slot het eigen vermogen. De volgende stap is dat de kosten en opbrengsten op basis van deze bedrijfsmiddelen, risico’s en kapitaal en de interne erkende transacties worden gealloceerd op basis van het ‘arm’s length’ beginsel.

Ook de OESO erkent in beginsel geen interne leningen, maar erkent wel dat hier een uitzondering voor bestaat. Hiervan is sprake wanneer het hoofdhuis of de vaste inrichting een ‘treasury functie’ heeft.<sup>324</sup> Dat houdt in dat extern ingeleend wordt door de onderneming waarna dit doorgeleend wordt aan andere onderdelen van de onderneming. In dat geval mag de interne geldverstrekker een ‘at arm’s length’ vergoeding in rekening brengen voor de verrichte activiteiten. Wanneer echter sprake is van

---

<sup>320</sup> HR 30 maart 1983, nr. 21 312, *BNB 1992/160* (Ertsoverslagarrest).

<sup>321</sup> Voor verdere behandeling zie: N. de Haan en I. Lewis, ‘Het gewijzigde art. 7 (winst uit onderneming) OECD-modelverdrag’, *WFR* 2010/1292.

<sup>322</sup> The 2010 update to the model tax convention; approved by the OECD Council on 22 July 2010, V-N 2010/39.2.

<sup>323</sup> Door middel van de ‘capital allocation’ of de ‘thin capitalisation’ methode: Capital allocation houdt in dat het kapitaal van de generale onderneming op basis van een interne vergelijking indirect pro rata-activa en risico’s toegerekend wordt. Thin capitalisation gaat op grond van een externe vergelijking en gaat uit van de vermogensstructuur van met de vaste inrichting vergelijkbare onafhankelijke ondernemingen. Zie PE-Report 2010 par. 134.

<sup>324</sup> OECD Report on the attribution of profits to permanent establishments 2010, 22 July 2010, deel II, Section D-2(ii)(b), zie ook: E.C.C.M Kemmeren, ‘Vermogensetikettering bij vaste inrichtingen: toenemende cherrypicking?’, *TFO* 2011/108.

eigen vermogen wat wordt doorgeleend ziet de OESO weinig tot geen aanleiding om deze ‘treasury dealings’ te erkennen.<sup>325</sup>

Er is een aantal redenen genoemd in het OESO commentaar waarom interne leningen niet geaccepteerd dienen te worden. Ten eerste omdat een interne lening juridisch onmogelijk is en ten tweede het gevaar op de mogelijkheid tot manipulatie van de resultaten. Wanneer het hoofdhuis (nagenoeg) geheel met eigen vermogen is gefinancierd worden interestbetalingen door de vaste inrichting betaald die de generale onderneming als geheel nooit betaald heeft en die per saldo niet tot een resultaat leiden. Op deze manier zal het totale resultaat van de onderneming niet veranderen, maar partiële resultaten wel.<sup>326</sup>

In BNB 2011/91 deelt de Staatssecretaris van Financiën de benadering van het OESO report waarbij eerst het eigen vermogen aan de vaste inrichting wordt toegerekend en daarna pas het vreemd vermogen. Zoals Kemmeren terecht stelt, is het opmerkelijk dat de Staatssecretaris over interne leningen zegt dat het niet voor de hand ligt deze interne rente in aanmerking te nemen, zonder hier uitzonderingen op te maken.<sup>327</sup> Zoals reeds genoemd doen de Hoge Raad en de OESO dit beide wel.

### 7.3 Interne dienstverlening bij vaste inrichtingen

Hoewel financiering tussen hoofdhuis en vaste inrichting een vorm van interne dienstverlening is, kan dit ook breder beschouwd worden: interne dienstverlening in het algemeen. Een voorbeeld waar tot uiting komt hoe interne dienstverlening tussen het hoofdhuis en een vaste inrichting kan uitwerken:

Voorbeeld:<sup>328</sup>

BV A maakt €100 kosten ter zake van diensten waarvan de vaste inrichting van BV A profiteert. Besloten wordt om deze kosten met een opslag van 10% bij de vaste inrichting in aanmerking te nemen. De vaste inrichting boekt – voor aftrek van deze kosten – een resultaat van 160. In dit geval is de bijdragewinst uit de vaste inrichting €60 (€100 kosten en €160 resultaat). De aftrekwinst bedraagt echter €50, namelijk mede in aanmerking nemend de opslag van 10 op de kosten voor interne dienstverlening. Een bedrag van €10 – precies de kostenopslag – wordt effectief in de belastingheffing in Nederland betrokken.

Op grond van Nederlandse jurisprudentie ten aanzien van interne dienstverlening kunnen diensten zonder winstopslag doorberekend worden als de dienstverlening een belangrijk onderdeel vormde van het interne functioneren van de onderneming als totaal.<sup>329</sup>

---

<sup>325</sup> E.C.C.M Kemmeren, ‘Vermogensetikettering bij vaste inrichtingen: toenemende cherrypicking?’, *TFO* 2011/108.

<sup>326</sup> Punt 18 OESO-commentaar en OESO-rapport 2008, Appendix, Text of the revised Commentary on Article 7 as published in the 2008 update to the Model Tax Convention, par. 41. Zie ook: P. Hoogterp, ‘Interestlasten vaste inrichtingen’, *WFR* 2008/1085.

<sup>327</sup> Zie voor een nadere analyse tussen de OESO benadering en het besluit: E.C.C.M Kemmeren, ‘Vermogensetikettering bij vaste inrichtingen: toenemende cherrypicking?’, *TFO* 2011/108 en P.J.J.M. Peeters, ‘Winsttoerekening aan een vaste inrichting’, *TFO* 2011/122.

<sup>328</sup> Ontleend aan: H. Lohuis, ‘Verschillen en overeenkomsten winstbepaling vaste inrichting en dochtermaatschappij’, *TFO* 2011/138.

<sup>329</sup> HR 3 februari 1954, nr. 11 479, BNB 1954/115 en HR 13 april 1955, nr. 12 223, *BNB* 1955/190.

Door de OESO wordt interne dienstverlening erkend als er een daadwerkelijke identificeerbare gebeurtenis is met voldoende economische relevantie in verhouding tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting.<sup>330</sup> In het commentaar op het OESO modelverdrag was tot 2010 bepaald dat interne dienstverlening kon geschieden met doorberekening van kosten zonder winstopslag.<sup>331</sup> Hier werd een uitzondering voor gemaakt voor diensten die meer dan incidenteel aan derde partijen werden verleend, of als de specifieke dienst de belangrijkste activiteit van de onderneming vormde.<sup>332</sup> Voor verdragen waarin een overeenkomstige art 7 (oud) is opgenomen blijft deze benadering ook van toepassing. Dit is anders bij nieuw gesloten verdragen. Op grond van het nieuwe OESO commentaar van 2010 is namelijk het ‘arm’s length’ beginsel van toepassing op interne diensten. Dit houdt in dat op interne dienstverlening altijd een winstopslag berekend zal moeten worden als of deze dienst is verleend aan een niet gelieerde partij.

De Staatssecretaris van Financiën heeft zich ook over dit onderwerp uitgelaten;<sup>333</sup> in beginsel dient altijd een winstopslag in aanmerking te worden genomen, conform het OESO commentaar. Bij verdragen die geformuleerd zijn naar het oude art. 7 OESO Modelverdrag wordt wel soepel gehandeld; zowel kosten zonder winstopslag als kosten tegen ‘arm’s length’ beginsel (inclusief winstopslag) zullen als passend worden aangemerkt. Ook blijft het beleid dat - voor verbonden lichamen - het toegestaan is om zonder winstopslag alle relevante werkelijke kosten met betrekking tot bepaalde ondersteunende diensten in rekening te brengen.<sup>334</sup>

## 7.4 Leningen en dienstverlening bij deelnemingen

### 7.4.1 Inleiding

In de vorige paragraaf stond de relatie hoofdhuis en vaste inrichting centraal. Deze paragraaf zal in het teken staan van deelnemingen. De fiscale behandeling van zowel leningen als dienstverlening tussen moedervenootschap en dochtervenootschap is duidelijk verschillend van uitwerking dan de jurisprudentie geldend voor vaste inrichtingen. Ten aanzien van wat (geen) leningen zijn heeft de Hoge Raad een aantal uitspraken gedaan die kort besproken zullen worden. Ook wordt de benadering van de OESO en het Nederlands geldend beleid behandeld in deze paragraaf.

---

<sup>330</sup> PE-Report 2010, par. 175-182 en OC 2010 bij art. 7 OM 2010 par. 25-26.

<sup>331</sup> OESO-Modelverdrag, commentaar art. 7 (oud), par. 35-38.

<sup>332</sup> OESO-Modelverdrag, commentaar art. 7 (oud), par. 35 en 36).

<sup>333</sup> Besluit Staatssecretaris van Financiën, 15 januari 2011, Nr. IFZ2010/457M, Stcrt. 2011 nr. 1375, 27 januari 2011

<sup>334</sup> Besluit van 21 augustus 2004, nr. IFZ2004/680M, V-N 2004/43.10.



## 7.4.2 Leningen en dienstverlening bij deelnemingen

Wanneer een geldverstrekking plaatsvindt tussen twee partijen, zal deze in de fiscale jaarrekening moeten worden gekwalificeerd naar ofwel kapitaal ofwel vreemd vermogen. In principe volgt de fiscaalrechtelijke benadering hierbij de civielrechtelijke benadering van een geldlening,<sup>335</sup> zoals dit geformuleerd is in het Burgerlijk Wetboek.<sup>336</sup> Wanneer een overeenkomst met een terugbetalingsverplichting bestaat, zal van beslissende betekenis zijn dat de geldverstrekking geldt als geldlening. De Hoge Raad heeft hier drie uitzonderingen op gemaakt, waarbij een fiscale herkwalificatie plaatsvindt tot kapitaal.<sup>337</sup> Dit komt op de eerste plaats voor als sprake is van een schijnlening (slechts in schijn een lening, partijen hebben in werkelijkheid geen lening tot stand willen brengen), een deelnemerschapslening (lening onder zodanige voorwaarden dat deze in feite functioneert als eigen vermogen)<sup>338</sup> en een bodemloze-put lening (op moment van geldverstrekking is reeds duidelijk dat de opgenomen gelden niet kunnen worden terugbetaald). Dit heeft tot gevolg dat rente niet aftrekbaar is en een afwaardering niet leidt tot een afwaarderingsverlies.

Recentere jurisprudentie betreft de onzakelijke lening arresten.<sup>339</sup> Op grond hiervan dient bij een lening, waarvan de rente niet 'at arm's length' is vastgesteld, voor de fiscale winstberekening gecorrigeerd te worden naar de rente die aan een derde partij zou zijn betaald. Indien geen marktconforme rente kan worden bepaald, wordt geacht dat de verstrekker van de lening aan een gelieerde partij een debiteurenrisico heeft gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen. Er wordt dan van uitgegaan dat dit risico is aanvaard met als doel het belang van de gelieerde vennootschap te dienen in de hoedanigheid van moeder- of dochtervennootschap. Dit wordt getoetst op het moment van aangaan van de lening, waarbij de lening als geheel wordt gezien.

Een afwaarderingsverlies is in dit geval niet aftrekbaar, de rentebetalingen echter wel omdat de geldverstrekking nog steeds als lening kwalificeerde.

In andere dan bovengenoemde gevallen worden zowel 'externe' lening als leningen tussen deelnemingen fiscaalrechtelijk erkend. Dit komt wederom voort uit het totaalwinstbeginsel en het 'arm's length' beginsel in art. 8b Wet VPB 1969 en art. 9 OESO model verdrag. Dit houdt tevens in dat een zakelijke rente bedongen dient te worden zoals die tussen twee onafhankelijke derden tot stand zou komen op het moment van aangaan van de overeenkomst. Wanneer een lagere rente is afgesproken wordt deze dus fiscaalrechtelijk gecorrigeerd.

Evenals leningen tussen deelnemingen dient ook bij dienstverlening tussen de moedervernootschap en dochtervennootschap een zakelijke vergoeding te worden berekend. Ook moet een winstopslag in

<sup>335</sup> D.E. van Sprundel en J. van Strien, 'Terugkeer naar Ithaka? De 'onzakelijke lening' bij de crediteur – deel 4', *WFR* 2011/6902.

<sup>336</sup> Boek 7a BW, titel 14, 1791-1800.

<sup>337</sup> HR 27 januari 1988, nr. 23 919, *BNB 1988/217* en Hoge Raad, 11 maart 1998, nr. 32 240, *BNB 1998/208*.

<sup>338</sup> Voorwaarden: winstafhankelijke rentevergoeding, achterstelling van hoofdsom en ontbreken vaste looptijd.

<sup>339</sup> Zie o.a. HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB 2012/37*.

aanmerking worden genomen volgens het ‘at arm’s length beginsel’ van art. 8b en art. 9 OESO. De wijze van fiscale behandeling van leningen (financiële diensten) en andersoortige diensten ten aanzien van deelnemingen is dus in dit opzicht gelijk.

## 7.4 Beschouwing

### 7.4.1 Inleiding

Verscheidene auteurs hebben zich uitgesproken over de fiscale behandeling van leningen in vaste inrichtingen- en deelnemingssituaties. In de volgende paragraaf zal een aantal visies ter sprake komen. Hierbij zal vooral aandacht worden besteed aan de vraag of interne leningen in vaste inrichting situaties erkend zouden kunnen of moeten worden. Hiermee zou meer convergentie bereikt worden ten aanzien van deelnemingen waar leningen in beginsel altijd fiscaalrechtelijk erkend worden. In de laatste paragraaf zal mijn visie aan de orde komen of ik deze convergentie wenselijk acht.

### 7.4.2. Visies in de literatuur

Over leningen bij deelnemingen lijkt weinig onduidelijkheid te bestaan; bij twee aparte juridische entiteiten die een civiele leenovereenkomst aangaan zijn de rentebetalingen belast dan wel aftrekbaar. Ook binnen Europees perspectief is hier geen discussie over. *Kiekebeld* merkt wel op dat op basis van het EU-recht de aftrek bij de deelneming niet worden geweigerd, omdat op basis van het EU-recht nooit meer belasting kan worden geheven dan volgens de nationale wet.<sup>340</sup> De enige uitzondering hierop vormt de regels omtrent staatssteun.<sup>341</sup>

De interne- en externe leningen ten aanzien van vaste inrichtingen zijn nog wel een discussie waard. Er volgt een aantal visies die opgekomen zijn in de literatuur.

Volgens *Kemmeren* kijkt de Hoge Raad naar de economische realiteit van het vermogen en kan de onderneming eigen vermogen niet via een ander onderdeel van de onderneming omvormen tot vreemd vermogen.<sup>342</sup> Dit geldt bij elke (fictieve) zelfstandige onderneming. Op grond hiervan onderschrijft *Kemmeren* deze benadering van de Hoge Raad.<sup>343</sup> Hiermee wordt volgens hem tevens voorkomen dat winsten naar willekeur verschoven kunnen worden.

---

<sup>340</sup> B.J. Kiekebeld in: M.G.H. van der Kroon, Verslag van het EFS-seminar ‘Vaste inrichting versus deelneming’, *WFR* 2011/1592.

<sup>341</sup> Art. 107-109 VwEU.

<sup>342</sup> E.C.C.M. Kemmeren, ‘Vermogensetikettering bij vaste inrichtingen: toenemende cherrypicking?’, *TFO* 2011/108.

<sup>343</sup> HR 28 april 1954, nr. 11 682, BNB 1954/186, HR 7 mei 1997, nr. 30 294, BNB 1997/263 en HR 25 november 2005, nr. 40 858, *BNB* 2007/117.

*Van der Wal* is van mening dat uit jurisprudentie blijkt dat als de belastbare grondslag bij een vaste inrichting op dezelfde wijze wordt bepaald als bij een dochtervennootschap, dezelfde voordelen moeten worden geboden.<sup>344</sup> Hij constateert dat er goede argumenten bestaan voor de stelling dat interne rente in Nederland als hoofdregel juist wel in aftrek in aanmerking zou moeten komen op grond van het gemeenschapsrecht.

In zijn betoog maakt *Van der Wal* de vergelijking tussen een binnenlandse dochtermaatschappij die de rente op schulden aan haar in het buitenland gevestigde moedermaatschappij wel in aftrek mag brengen, terwijl een vaste inrichting dit niet kan terwijl er geen overig verschil in de omstandigheden hoeft te zijn. In eerste instantie citeert hij uit het arrest BNB 2008/255,<sup>345</sup> waar volgens hem uit kan worden afgeleid dat bij een deelneming en een vaste inrichting geen sprake is van gelijke gevallen die gelijk behandeld dienen te worden en het niet aftrekbaar zijn van interne rente niet in strijd is met gemeenschapsrecht. Vervolgens stelt hij dat hier wel wat tegenin valt te brengen. Ten eerste ziet hij niet in waarom het vermeende argument van de (on)zakelijkheid<sup>346</sup> een dragende overweging kan vormen om interne rente als hoofdregel niet in aftrek toe te laten. In geval van onzakelijke voorwaarden kan de fiscus bij een vaste inrichting, net zoals bij een dochtermaatschappij, het resultaat schonen van zijn onzakelijke aspecten.

Ten tweede is hij niet overtuigd van de overweging in het eerder aangehaalde arrest BNB 2008/255; Hij zegt hierover: “Het enkel verwijzen naar het essentiële verschil tussen een vaste inrichting en een dochtervennootschap lijkt mij daarvoor onvoldoende. De overweging dat het gewraakte onderscheid objectief gerechtvaardigd is en dat derhalve in zoverre sprake is van ongelijke gevallen is enigszins merkwaardig. Als er inderdaad sprake zou zijn van ongelijke gevallen, hoeft het onderscheid namelijk niet gerechtvaardigd te worden.”

Op grond van het CLT-UFA SA arrest maakt *Van der Wal* op dat ‘het enige werkelijke verschil’ een civielrechtelijke (lenings) overeenkomst is die in een moeder dochter verhouding wel mogelijk is en bij een vaste inrichting verhouding niet. Dit acht de Hoge Raad zelf (ook) niet essentieel. Onder omstandigheden is namelijk wel aftrek van interne rente mogelijk.<sup>347</sup>

Tot slot vindt hij onderbouwing in de ‘ommekeer’ van de OESO in het rapport 2010, waarin een versoepeling heeft plaatsgevonden van het niet in aanmerking nemen van interne rente naar een uitzondering voor het wel in aanmerking nemen bij ‘treasury’ functies.

---

<sup>344</sup> N.M. van der Wal, ‘Vaste inrichtingen en het gemeenschapsrecht: enkele kwetsbare onderdelen van de Nederlandse regelgeving’, *WFR* 2009/436.

<sup>345</sup> HR 8 augustus 2008, nr. 40 586, *BNB 2008/255* (m.nt. Albert).

<sup>346</sup> Zie HR 25 november 2005, nr. 40 858, *BNB 2007/117*.

<sup>347</sup> Zie bijvoorbeeld HR 8 november 1989, nr. 25 089, *BNB 1990/36* (m.nt. Den Boer).

Volgens *Kiekebeld* is het ook de vraag of dit verschil EU-rechtelijk stand zal houden, des te meer als de fiscale behandeling van royalty's in de vergelijking wordt meegenomen.<sup>348</sup> Zowel royalty's die door een vaste inrichting verschuldigd zijn aan het hoofdhuis als royalty's die door een deelneming verschuldigd zijn aan de moedervenootschap zijn aftrekbaar. Desalniettemin kan hij zich goed voorstellen dat het Hof van Justitie EU de interne rente niet zal accepteren, vanwege de juridische bezwaren. Echter, indien een transparant lichaam de vaste inrichting drijft, vervalt dit argument want een transparant lichaam kan wel een lening aangaan met het hoofdhuis.

*De Hosson* betreft ook Europees recht bij dit vraagstuk.<sup>349</sup> Hij merkt op dat het HvJ EU niet zozeer de vergelijking zoekt tussen de fiscale behandeling van een vaste inrichting van een elders in de gemeenschap gevestigde vennootschap en een zuiver lokale vennootschap, maar veeleer die tussen een vaste inrichting en een in hetzelfde gastland gevestigde dochtervennootschap. Hierbij verwijst hij naar het arrest *St. Gobain*.<sup>350</sup> Het komt hem voor dat het concept van de interne markt meebrengt dat gelijke fiscale behandeling van de vaste inrichting met een lokale vennootschap volstaat. Hij geeft vervolgens een voorbeeld: Aandeelhouder A (natuurlijk persoon) bezit in lidstaat C alle aandelen van vennootschap B die aldaar een bedrijf uitoefent. A stelt uitsluitend eigen vermogen in de vorm van kapitaal ter beschikking aan vennootschap B. Vanzelfsprekend kan alsdan vennootschap B geen rentelast in mindering brengen bij de bepaling van de winst. Aandeelhouder X (natuurlijk persoon) bezit alle aandelen in vennootschap Y gevestigd in lidstaat Z waaraan hij eveneens uitsluitend kapitaal ter beschikking stelt. Vennootschap Y heeft slechts een bedrijf, vaste inrichting, in lidstaat C. Naar gangbare opvattingen (en afgezien van de mogelijke invloed van belastingverdragen) zal vennootschap Y niet mogen fingeren dat een gedeelte van het bedrijfsvermogen aan de vaste inrichting in de vorm van een "interne lening" ter beschikking werd gesteld (en op grond daarvan een gefingeerde interest ten laste van de vaste-inrichtingswinst brengen). Er bestaat in dit opzicht een gelijke fiscale behandeling in lidstaat C van de vaste inrichting van vennootschap Y vergeleken met de lokale vennootschap B. Hij vervolgt: "Indien daarentegen in de opvatting van het HvJ EG (waarbij hij verwijst naar het arrest *St. Gobain*,<sup>351</sup> - *NvK*) de behandeling van de vaste inrichting dient te worden gelijkgesteld met de situatie waarin vennootschap Y het bedrijf in lidstaat C had ondergebracht in een lokale dochtervennootschap dan zal, onder de toepassing van een vergaande zelfstandigheidsfictie, wel degelijk de mogelijkheid bestaan de gefingeerde financieringskosten verbonden aan "interne leningen" in mindering te brengen op de winsten van de vaste inrichting."

---

<sup>348</sup> B.J. Kiekebeld in: M.G.H. van der Kroon, 'Verslag van het EFS-seminar 'Vaste inrichting versus deelneming', *WFR* 2011/1592.

<sup>349</sup> F.C. de Hosson, 'Het onderscheid vaste inrichting - dochtervennootschap bezien vanuit gemeenschapsrechtelijk perspectief', *WFR* 2003/1581.

<sup>350</sup> HvJ EU 21 september 1999, C-307/97, *BNB* 2000/75 (Saint-Gobain).

<sup>351</sup> HvJ EU 21 september 1999, C-307/97, *BNB* 2000/75 (Saint-Gobain).

### 7.3.4 Convergentie gewenst?

Duidelijk is dat er over het in aanmerking nemen van interne leningen discussie bestaat. Is het gewenst om de zelfstandigheidsfictie van de vaste inrichting zo ver door te trekken dat interne leningen ook erkend dienen te worden, ook al stuit dit op juridische bezwaren? Of is de discussie ook andersom te voeren; zou het wenselijk kunnen zijn om geen leningen en rente meer in aanmerking te nemen in deelnemingsituaties, net zoals dit thans bij interne leningen ten aanzien van vaste inrichtingen geldt? De verschillende visies in de literatuur in aanmerking nemend, overweeg ik het volgende.

Juridisch is een interne lening onmogelijk, dat staat vast en is dan ook een groot bezwaar om een interne lening in aanmerking te nemen. Maar kennelijk is dit juridische aspect niet onoverkomelijk als zowel de OESO als de Hoge Raad uitzonderingen op de hoofdregel kunnen maken. Mijns inziens zou de vergelijking tussen een deelneming en een vaste inrichting met zich mee kunnen brengen dat het niet in aanmerking nemen van interne leningen een belemmering kan zijn ten aanzien van de vrijheid van vestiging. Mij komt het echter voor dat dit onderscheid wel gerechtvaardigd is door het gevaar op willekeurige winstverschuiving. Hoewel de totale winst van de generale onderneming niet beïnvloed wordt door interne leningen, kan dit wel partiële veranderingen met zich mee brengen, waardoor renteaftrek in het ene land kan worden geclaimd waar de rente inkomsten in het andere land laag belast kunnen zijn. Dit werkt mogelijkheden tot misbruik in de hand, zakelijke leningen daargelaten, zoals de Hoge Raad ook concludeert. Maar desondanks gaat dit gevaar ook op voor externe leningen. In die gevallen kan het 'arm's length' beginsel en de toepassing van het leerstuk van 'fraus legis' leer (dispariteiten daargelaten) worden ingeroepen. Waarom zou iets soortgelijks, waarbij onzakelijkheden worden geëlimineerd uit het fiscale resultaat, niet kunnen gelden voor interne leningen?

Vanaf de andere kant geredeneerd; zijn de argumenten om een interne lening, van een vaste inrichting naar een hoofdhuis, niet in aanmerking te nemen ook toepasbaar op deelnemingsituaties? Er kan immers betoogd worden dat vanuit de verlengstukgedachte, de deelneming slechts een partiële voortzetting is van de moedervenootschap. Hoe reëel is dan een lening tussen beide entiteiten ten opzichte van een vaste inrichting/hoofdhuis situatie? In beide situaties kan betoogd worden dat in mindere mate sprake is van economische realiteit en leningen (bij deelnemingen) enkel een fiscaal aantrekkelijke vorm van (interne) financiering zijn.

Wellicht zou het dus wenselijk kunnen zijn om leningen tussen deelnemingen fiscaal te behandelen zoals thans wordt gedaan bij leningen tussen hoofdhuis en vaste inrichting. Hierbij zou de lening civielrechtelijk uiteraard in stand blijven, maar een fiscale correctie toegepast worden in de deelnemingsvrijstelling waardoor een meer gelijke behandeling tot stand komt.

Door externe leningen toe te rekenen aan de entiteit waar zij dienstbaar aan zijn, wordt mijns inziens een wenselijker situatie tot stand gebracht. Dit is wenselijk in het kader vanuit de optiek van territorialiteit; rente komt zo in aftrek in het land waar de lening op ziet. Hierdoor geschiedt renteaftrek op het niveau van de dochter in plaats van bij de moedervenootschap. Er kan geen renteaftrek meer worden genoten in de staat van de moedervenootschap (Nederland) waar dit verrekend kan worden met operationele winsten, terwijl de renteaftrek eigenlijk betrekking heeft op een andere deelneming in het buitenland. De opbrengsten en kosten matchen zo beter met elkaar. Ook is hiermee een oplossing opgekomen voor het Bosal-gat.

Het HvJ EU oordeelde in het arrest Bosal Holding dat art. 13, eerste lid, Wet Vpb. 1969 (oud) een belemmering vormt voor de vrije vestiging van ondernemingen in de Europese Unie, aangezien de kostenaftrekbeperking zich beperkt tot kosten in relatie tot de verwerving van een buitenlandse deelneming.<sup>352</sup> Kostenaftrek van in Nederland gelegen deelnemingen was immers wel toegestaan. Door deze uitspraak werd een gat in de Nederlandse rijksbegroting geslagen ter grootte van € 950 miljoen structureel gedeelde belastingopbrengsten.<sup>353</sup>

Om misbruik ten aanzien van leningen te bestrijden bestaat een heel legio aan renteaftrekbeperkingen, de ‘fraus legis’ leer, de jurisprudentie aangaande herkwalificatie naar eigen vermogen en de onzakelijke leningen problematiek. Wanneer interne leningen tussen deelnemingen niet fiscaal aftrekbaar zijn en externe leningen worden toegerekend aan de deelneming waar zij dienstbaar aan zijn, verdwijnt het gevaar op misbruik. Voorgenoemde anti misbruik bepalingen zouden dan kunnen vervallen.

In het kader van de rechtsvormneutraliteit denk ik dat het wenselijk is om de fiscale behandeling te convergeren; de keuze voor een vaste inrichting of deelneming wordt zo in mindere mate belemmerd door fiscale verschillen. In mijn optiek valt voor beide standpunten iets te zeggen. Toch spreek ik mijn voorkeur uit voor de tweede optie; namelijk het defiscaliseren van groepsrente in deelnemingsituaties, met wellicht wat uitzonderingssituaties zoals deze thans ook gelden bij vaste inrichtingen onder het OESO dan wel de Nederlandse jurisprudentie en het toerekenen van externe leningen. Gezien de verlengstuk gedachte wordt zo meer aangesloten bij de economische realiteit, wordt de fiscale onevenwichtigheid tussen vreemd vermogen en eigen vermogen geëgaliseerd binnen een concern en kan het scala aan renteftekbepalingen vervallen.

---

<sup>352</sup> HvJ EU 18 september 2003, nr. C-168/01, *BNB 2003/344* (Bosal Holding).

<sup>353</sup> *Kamerstukken II 2003/04*, 29 210 (Belastingplan 2004), nr. 8.

## 7.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is de problematiek aangaande interne- en externe leningen behandeld. Wederom is het onderscheid tussen deelnemingen en vaste inrichtingen hier van belang. Ten aanzien van vaste inrichtingen is tevens het onderscheid tussen externe- leningen en interne leningen van belang. Bij externe leningen aan een buitenlandse vaste inrichting is het voor de vermogensetikettering van belang waar de externe lening toe heeft gestrekt, op basis van de aard of functie binnen de onderneming. Wanneer een externe lening wordt toegerekend aan de vaste inrichting worden de rentebetalingen aldaar in aftrek gebracht.

Interne leningen tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting worden op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad niet in aanmerking genomen voor de fiscale winst en deze rentebetalingen en ontvangsten zijn niet aftrekbaar en belast. Hier wordt door de Hoge Raad echter een uitzondering voor gemaakt ten aanzien van intern leverancierskrediet en bij 'advances' tussen onderdelen van een financiële onderneming. Ook de OESO erkent in beginsel geen interne leningen, maar erkent wel dat hier een uitzondering voor bestaat. Hiervan is sprake wanneer het hoofdhuis of de vaste inrichting een 'treasury functie' heeft.

Bij interne dienstverlening tussen het hoofdhuis en een vaste inrichting is op grond van het nieuwe OESO commentaar van 2010 het 'arm's length' beginsel van toepassing. Dit houdt in dat op interne dienstverlening altijd een winststopslag berekend zal moeten worden alsof deze dienst is verleend aan een niet gelieerde partij. De Staatssecretaris van Financiën deelt deze visie.

Bij deelnemingen worden zowel leningen als dienstverlening tussen moedervenootschap en dochtervenootschap fiscaalrechtelijk erkend.<sup>354</sup> Dit komt wederom voort uit het totaalwinst beginsel van art. 3.8 Wet IB 2001, juncto 8, lid 1 Wet VPB 1969, het 'arm's length' beginsel in art. 8b Wet VPB 1969 en art. 9 OESO model verdrag.

In de literatuur is de vraag opgekomen of het wenselijk is om interne leningen aan vaste inrichtingen ook fiscaal te erkennen. Dit is thans juridisch in beginsel niet mogelijk, maar vanuit economisch perspectief wel te verdedigen. Mijns inziens is echter het defiscaliseren van groepsrente in deelnemingsituaties een wenselijker alternatief. Zo ontstaat meer rechtsvormneutraliteit, wordt gezien de verlengstuk gedachte meer aangesloten bij de economische realiteit, wordt de fiscale onevenwichtigheid tussen vreemd vermogen en eigen vermogen binnen concerns geëgaliseerd, kan het scala aan rente aftrekbepalingen vervallen en is een oplossing gecreëerd voor het Bosal-gat.

---

<sup>354</sup> M.u.v. onzakelijke leningen of leningen die worden geherkwalificeerd naar eigen vermogen.

## Hoofdstuk 8: Conclusie

### 8.1 Inleiding

In dit onderzoek is een verschillen analyse uitgevoerd ten aanzien van de fiscale behandeling van deelnemingen en vaste inrichtingen. De onderzoeksvraag die hierbij centraal stond, staat in de inleiding geformuleerd als volgt:

*Hoe verhoudt de fiscale behandeling voor buitenlandse vaste inrichtingen zich tot de fiscale behandeling voor buitenlandse deelnemingen en zijn de thans nog bestaande verschillen verklaarbaar, dan wel terecht? Of is een (meer) gelijke behandeling wellicht wenselijker? En hoe zou deze (meer) gelijke behandeling idealiter eruit moeten zien?*

Hierbij heb ik de fiscale behandeling van verschillende aspecten onderzocht, namelijk actieve winsten, beleggingswinsten, stakings- en liquidatieverliezen, valutaresultaten, de overdracht van vermogensbestanddelen, leningen en interne dienstverlening. In elk hoofdstuk heb ik getracht de vraag te beantwoorden of een (meer) gelijke andere behandeling wellicht wenselijker is en hoe deze er idealiter uit zou moeten zien.

Het toetsingskader bestond uit het criterium eenvoud, het criterium rechtsvormneutraliteit tussen vaste inrichtingen en deelnemingen en een internationaal- en Europeesrechtelijk kader.

In dit hoofdstuk zal ik een samenvatting geven van mijn bevindingen, een aantal alternatieven opperen en afsluiten met een eindconclusie.

### 8.2 Samenvatting

Om het overzicht te houden, zal ik kort de hoofdzaken uit de diverse hoofdstukken weergeven in een tabel op de volgende pagina.



## OVERZICHT

	Deelneming	Vaste inrichting	Conclusie
<p><b>Hoofdstuk 2: Actieve winsten</b> Doelstelling: voorkomen economische en juridische dubbele belasting.</p>	<p>Bij het bepalen van de winst blijven <i>buiten aanmerking</i> de voordelen uit hoofde van een deelneming, alsmede de kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van die deelneming. Bruto-vrijstelling; (financierings) kosten komen niet in mindering op vrijgestelde bedrag.</p>	<p>Bij de belastingplichtige met winst uit een andere staat wordt de winst <i>verminderd</i> met de positieve en de negatieve bedragen van de winst uit die staat.  Netto-vrijstelling.</p>	<p>Objectvrijstelling voor vaste inrichtingen is geen volledige vrijstelling, onderscheid aftrekwinst en bijdragewinst blijft bestaan. Door invoering objectvrijstelling is meer rechtsvormneutraliteit ontstaan, wat naar mijn idee een wenselijke ontwikkeling is. Op grond van EU recht hoeft echter (vooral in outboundsituaties) niet altijd rechtsvormneutraliteit nagestreefd te worden.</p>
<p><b>Hoofdstuk 3: Passieve winsten</b> Doelstelling: voorkomen dat voordelen uit (mobiel) kapitaal uit laagbelaste landen via Nederland belastingvrij worden genoten.</p>	<p>Verrekening bij passieve winsten. Kwalificatie door oogmerktoets, bezittingentoets, functie binnen concern en onderworpenheidstoets.</p>	<p>Verrekening bij passieve winsten. Kwalificatie door werkzaamhedentoets en onderworpenheidstoets.</p>	<p>Regeling vaste inrichting eenvoudiger vormgegeven wat mogelijk is doordat eerst toerekening heeft plaatsgevonden. Convergentie in huidige vorm niet wenselijk omdat eenvoudigere regeling voor deelnemingen zonder toerekening de doelstelling niet dekt.</p>
<p><b>Hoofdstuk 4: Liquidatie- en stakingsverliezen</b> Doelstelling: voorkomen dat verliezen onverrekend blijven in liquidatie- en stakingssituaties.</p>	<p>Deelnemingsvrijstelling vindt geen toepassing ten aanzien van een verlies op een deelneming dat tot uitdrukking komt nadat het lichaam waarin de belastingplichtige deelneemt is <i>ontbonden</i>.  Liquidatieverlies = opgeofferde bedrag +/- liquidatie uitkeringen.</p>	<p>Objectvrijstelling vindt geen toepassing met betrekking tot verlies uit een staat indien belastingplichtige <i>ophoudt winst</i> uit die andere staat <i>te genieten</i>. Winst in de zin van art. 15, lid 2 en 'per country' benadering.  Binnen 3 jaar opnieuw winst uit die staat betekent bijtelling eerder afgetrokken stakingsverlies (art. 15i).</p>	<p>Liquidatieverliesregeling: definitie liquidatieverlies en moment in aanmerking nemen niet in overeenstemming met Marks &amp; Spencer arrest.  Stakingsverliesregeling: art. 15i disproportioneel in niet kunstmatige situaties.  Convergentie wenselijk in de vorm van een tegenbewijsmogelijkheid voor beide regelingen waarbij aannemelijk moet worden gemaakt dat mogelijkheden tot verliesverrekening uitgeput zijn. Voldoet beter aan doelstelling en beter in overeenstemming met EU recht.</p>

<b>Hoofdstuk 5: Valutaresultaten</b>	Op grond van BNB 1982/230 vallen valutaresultaten onder de deelnemingsvrijstelling en zijn deze <i>niet</i> aftrekbaar en belast.	Op grond van Rupiah arresten vallen valutaresultaten niet onder objectvrijstelling en zijn deze <i>wel</i> aftrekbaar en belast.	Convergentie gewenst: op grond van arrest Deutsche Shell van het HvJ EU zouden valutaresultaten van deelnemingen ook aftrekbaar moeten zijn. Een werkelijk economisch geleden verlies zou altijd ergens in aftrek gebracht moeten kunnen worden.
<b>Hoofdstuk 6: Overdracht vermogensbestanddelen</b>	Zakelijke voorwaarden op grond van totaalwinstbeginsel en het ‘arm’s length’ beginsel.	<i>Duurzame terbeschikkingstelling</i> toerekening aan vaste inrichting. Belasting over stille reserves bij afschrijving of verkoop. <i>Tijdelijke terbeschikkingstelling</i> toerekening aan hoofdhuis. Huur/verhuur analogie met zakelijke huursom.	In lijn met arrest National Indus Grid van het HvJ EU zou betoogd kunnen worden dat onmiddellijke invordering van heffing over ongerealiseerde stille reserves in strijd is met EU recht. Een meer proportionele regeling voor vaste inrichtingen zou een conserverende aanslag zijn met invordering bij realisatie.
<b>Hoofdstuk 7: Leningen en dienstverlening</b>	Zakelijke voorwaarden op grond van totaalwinstbeginsel en het ‘arm’s length’ beginsel.	<i>Externe lening:</i> Voor de vermogensetikettering is van belang waar de externe lening toe heeft gestrekt, op basis van de aard of functie binnen de onderneming. <i>Interne lening:</i> Fiscaal niet erkend, m.u.v. intern leveranciers krediet en financiële instellingen (HR) en treasury functie (OESO). <i>Interne dienstverlening:</i> ‘arm’s length’ beginsel (OESO 2010).	Wenselijk om regeling voor deelnemingen te convergeren naar de regeling voor vaste inrichtingen. Dit doet eer aan verlengstukgedachte, voorkeur voor financiering d.m.v. vreemd vermogen binnen concern vervalt, renteaftrek bepalingen kunnen vervallen en oplossing voor Bosal-gat.

### 8.3 Alternatieven

In dit onderzoek is in elk hoofdstuk de vraag gesteld of het (juridische) onderscheid tussen een deelneming en een vaste inrichting reden is om tot een verschillende fiscale behandeling te komen. De wetgever heeft met invoering van de objectvrijstelling ervoor gekozen om de vaste inrichting nader te convergeren naar de deelneming. Dit kan ook in breder perspectief en vanuit fundamenteeler oogpunt bekeken worden. Hierbij zie ik drie alternatieven, die ik nader zal uitwerken:

- i)* Deelnemingsvrijstelling (objectvrijstelling) vervangen door een belastingvrijstelling;
- ii)* Objectvrijstelling voor vaste inrichtingen vervangen door een ‘volledige’ objectvrijstelling;
- iii)* Deelnemingsvrijstelling met fiscale correcties.

*Ad i) De deelnemingsvrijstelling (objectvrijstelling) wordt vervangen door een belastingvrijstellingsmechanisme (deelneming behandelen als een vaste inrichting)*

Bij een belastingvrijstelling wordt de over het totale inkomen verschuldigde belasting verminderd met het gedeelte dat (evenredig) verband houdt met het buitenlandse gedeelte van dit inkomen.<sup>355</sup>

*A-G Wattel* beschreef al in 2001 de mogelijkheid om de juridisch zelfstandige dochter fiscaal rechtelijk te vereenzelvigen met de buitenlandse moeder.<sup>356</sup> Dit zou bewerkstelligd moeten worden door middel van de kosten die normaal onder art. 13 lid1 (oud) vallen in aftrek toe te laten, net als gebeurt bij een filiaal (vaste inrichting). Tegelijkertijd zouden de winsten van de dochter in de heffingsgrondslag worden betrekken door middel van CFC-achtige wetgeving of door een grensoverschrijdende fiscale eenheid.

Recentelijk opperen *De Wilde*<sup>357</sup> en *Wisman* deze mogelijkheid.<sup>358</sup> Zoals *De Wilde* en *Wisman* terecht opmerken wordt door een belastingvrijstelling belastingplichtigen niet beïnvloed in de afweging om hun ondernemersactiviteiten op de interne markt of grensoverschrijdend te ontplooiën. Er geldt dus exportneutraliteit. Bij een objectvrijstelling worden de netto voordelen van belastingheffing zijn vrijgesteld, zoals dit thans ook geldt onder de objectvrijstelling voor vaste inrichtingen.

Achtereenvolgens zal ik een aantal voordelen bespreken van dit alternatief.

Ten eerste kan de regeling voor beleggingsdeelnemingen versimpeld worden doordat ook dan toerekening van activa en vermogen plaatsvindt, net zoals thans bij vaste inrichtingen plaatsvindt. Dit

<sup>355</sup> C. van Raad, Studenteneditie 2007-2008, Cursus Belastingrecht (onderdeel Internationaal belastingrecht), blz. 52.

<sup>356</sup> Zie conclusie *A-G Wattel*, HR 11 april 2001, nr. 35 729, *BNB* 2001/257.

<sup>357</sup> M.F. de Wilde, ‘Een aanzet voor een rechtvaardigere heffing van vennootschapsbelasting van in Nederland actieve groepen’, *MBB* 2011/09.

<sup>358</sup> M.F. de Wilde en C. Wisman, ‘Over de ‘objectvrijstelling’ en de klok van de interne markt’, *FED* 2012/41.

acht ik een wenselijke verbetering vanuit het eenvoudsbeginnsel gezien. Ten tweede is er geen liquidatieverliesregeling meer nodig als er een inhaalregeling en doorschuifregeling wordt ingevoerd zoals we die voor 2012 kenden. De invoering van een belastingvrijstelling zou tijdelijke verliesimport mogelijk kunnen maken. Dit zou de Nederlandse schatkist geld kunnen kosten en dus een nadeel zijn van dit alternatief. Hier zal ik later op terug komen. Ten derde zal de jurisprudentie ten aanzien van valutaresultaten die thans geldt voor vaste inrichtingen ook toepasbaar zijn op deelnemingen. Dit acht ik zeer wenselijk aangezien hierdoor daadwerkelijke economische verliezen fiscaal in aanmerking genomen kunnen worden, wat thans bij deelnemingen niet het geval is. Ten vierde hoeft niet meer direct te worden afgerekend bij de overdracht van vermogensbestanddelen tussen deelnemingen. Tot slot wordt met een belastingvrijstelling bewerkstelligd dat leningen ook dezelfde behandeling krijgen als bij vaste inrichtingen waardoor er defiscalisering van groepsrente plaatsvindt. Externe leningen worden toegerekend aan de desbetreffende deelneming waar de lening aan toerekenbaar is. Hierdoor geschiedt renteaftrek op het niveau van de dochter in plaats van bij de moedervernootschap. Dit is wenselijk in het kader vanuit de optiek van territorialiteit; rente komt zo in aftrek in het land waar de lening op ziet. Hierdoor kan geen renteaftrek meer worden genoten in het land van de moedervernootschap (Nederland) waar dit verrekend kan worden met bijvoorbeeld Nederlandse operationele winsten terwijl de renteaftrek eigenlijk betrekking heeft op een andere deelneming in het buitenland. De opbrengsten en kosten matchen zo beter met elkaar in de zelfde jurisdictie. Met een belastingvrijstelling is ook een oplossing gekomen voor het Bosal-gat.

De invoering van een belastingvrijstelling kan tijdelijke verliesimport mogelijk maken, wat de Nederlandse schatkist geld zou kunnen kosten.<sup>359</sup> Daar staat de (volledige) reparatie van het Bosalgat echter tegenover. Nadeel van dit alternatief is dat de internationale problematiek rondom transparante entiteiten vergroot zal worden, aangezien de civielrechtelijk zelfstandige entiteit fiscale transparantie verkrijgt en toerekening plaatsvindt alsof het een vaste inrichting is van de moedervernootschap.<sup>360</sup> Ook is het de vraag hoe deze vernieuwing in systematiek in internationaal verband wordt ontvangen als Nederland als klein land afstapt van de juridische realiteit. Ook kan ik mij voorstellen dat er hierdoor meer internationale dispariteiten kunnen ontstaan die in beginsel niet wenselijk zijn.

Ook is deze systematiek in uitvoering een stuk ingewikkelder dan de deelnemingsvrijstelling,; er is meer informatie benodigd (en nieuwe informatie ten opzichte van de oude situatie hoewel het wel reeds bekende systematiek betreft. Het vervallen van de renteaftrekbeperkingen draagt wel bij aan een eenvoudiger en - vanuit Nederlands perspectief - rechtvaardiger belastingstelsel.

---

<sup>359</sup> De invoering van de objectvrijstelling leverde de Nederlandse schatkist € 250 miljoen op. Welke derving verliesimport bij deelnemingen zou impliceren is voor mij moeilijk na te gaan.

<sup>360</sup> Zie ook: M.F. de Wilde, 'Een aanzet voor een rechtvaardigere heffing van vennootschapsbelasting van in Nederland actieve groepen', *MBB* 2011/09.

*Ad ii) Objectvrijstelling voor vaste inrichtingen wordt vervangen door ‘volledige’ objectvrijstelling (vaste inrichting behandelen als een deelneming)*

Vaste inrichtingen krijgen fiscaal gezien volledige zelfstandigheid en worden als het ware als deelneming behandeld, ook al missen zij een juridische vorm. Momenteel bestaan op vele punten nog mogelijkheden waarop een vaste inrichting de Nederlandse heffingsgrondslag en winst zou kunnen beïnvloeden door het verschil tussen de aftrekwinst en de bijdragewinst. Dit verschil zou dan vervallen.

Met dit alternatief wordt uiteraard, net als het voorgaande alternatief, meer rechtsvormneutraliteit bewerkstelligd tussen deelnemingen en vaste inrichtingen. Bij dit alternatief wordt er sterk aangesloten bij het territorialiteitsbeginsel; er komen geen winsten meer in de Nederlandse heffingsgrondslag die niet aldaar zijn opgekomen en vice versa. Dit is ook het geval ten gevolge van valutaresultaten, de overdracht van vermogensbestanddelen en leningen. Dit kan vanuit het territorialiteitsbeginsel wenselijk zijn, maar zoals in voorgaande hoofdstukken naar voren is gekomen acht ik deze gevolgen niet erg wenselijk vanuit diverse andere invalshoeken zoals de strijdigheid met EU recht ten aanzien van het niet in aanmerking nemen van valutaresultaten, de onwenselijkheid om af te rekenen over stille reserves die nog niet zijn gerealiseerd en het in aanmerking nemen van interne leningen die wellicht nauwelijks economische realiteit met zich meedragen.

Nadeel van dit alternatief is ook dat er duidelijk juridische bezwaren kleven aan het feit om interne leningen en overdracht van vermogensbestanddelen mogelijk te maken. In principe volgt de fiscale wetgeving de juridische wetgeving. Als het onmogelijk is om een lening aan jezelf te verstrekken, is er geen juridische grondslag waarop de fiscale wetgeving kan voortborduren. Een vaste inrichting is immers maar een fiscale fictie die in werkelijkheid geen juridische status geniet. Dit laatste argument geldt in zekere zin ook bij het vorige alternatief, maar deze tweede variant heeft als additioneel nadeel dat het in aanmerking nemen van interne diensten óók niet in overeenstemming is met de *economische* werkelijkheid, aangezien vanuit het concern (moedervenootschap) bezien geen daadwerkelijke realisatie van inkomsten (in casu: rentebaten en rentelasten) plaatsvindt.

*iii) Deelnemingsvrijstelling met fiscale correcties (tussenvorm)*

Als laatste alternatief stel ik een soort tussenvorm voor ten opzichte van beide voornoemde alternatieven. Hierbij wordt nog steeds uitgegaan van de deelneming als zelfstandige juridische entiteit met een deelnemingsvrijstelling voor dividenden die worden uitgekeerd of voor vervreemdingswinsten. In deze deelnemingsvrijstelling wordt echter een inbreuk gemaakt, een aantal fiscale correcties voor specifieke aspecten. Door middel van deze fiscale correcties wordt een meer gelijke behandeling ten opzichte van vaste inrichtingen bereikt.

Op de deelnemingsvrijstelling zou, afgezien van de aan- en verkoopkosten, ook een uitzondering kunnen bestaan voor financieringskosten ten aanzien van externe leningen die toerekenbaar zijn aan die deelneming. De vrijstelling wordt hierdoor een nettovrijstelling in plaats van een brutovrijstelling. Hier is door de aangekondigde invoering van art. 131<sup>361</sup> al een begin mee gemaakt. Op grond van deze bepalingen wordt renteaftrek op het niveau van de moeder vennootschap beperkt. Het probleem van het Bosal-gat zou worden opgelost en de (rente)afgrekbeperkingen die naar aanleiding van het arrest Bosal zijn ingevoerd, zouden kunnen vervallen. In het bijzonder denk ik aan de destijds ingevoerde onderkapitalisatieregeling van art. 10d Wet VPB en de houdsterverliesregeling van art. 20 lid 4 Wet VPB. Teneinde de rente wel ergens in aftrek toe te laten, zou kunnen worden overwogen om de rentelasten bij de deelneming zelf in aftrek te laten komen. Dit kan echter alleen bij Nederlandse deelnemingen, omdat die vennootschappen aan de Nederlandse vennootschapsbelasting zijn onderworpen. Teneinde de Nederlandse wetgeving op dit punt in overeenstemming met het arrest Bosal te houden, zou de mogelijkheid moeten worden gecreëerd de financieringsschuld in aftrek te brengen bij de (Nederlandse) deelneming zelf ongeacht de (Nederlandse) onderworpenheid van de moeder vennootschap. De aftrekmogelijkheid geldt dus zowel voor Nederlandse dochtervennootschappen van een *Nederlandse* moeder vennootschap als voor Nederlandse dochtervennootschappen van een *buitenlandse* moeder vennootschap. Als de Nederlandse deelneming door deze fiscale *debt push down* excessief met rente wordt gefinancierd, zou een renteaftrekbepaling kunnen gelden die vergelijkbaar is aan de renteaftrekbepaling voor overnameholdings (art. 15ad Wet VPB 1969).

Andere aanpassingen zouden gewenst zijn ten aanzien van het wel aftrekbaar stellen van valutaresultaten conform het Marks & Spencer en het Deutsche Shell arrest. Verder kan er volledige (indirecte) verliesverrekening worden gegeven (met inhaal- en doorschuifregeling), door middel van het aftrekbaar maken van eventuele afwaarderingsverliezen. Hierdoor kan de gecompliceerde liquidatieregeling komen te vervallen. Voordelen van dit alternatief is dat het recht doet aan de strijdigheden met EU-recht die in voorgaande hoofdstukken zijn geconstateerd, maar wel recht wordt gedaan aan de juridische zelfstandigheid van de deelneming. Zoals ook onder het alternatief van de belastingvrijstelling is opgemerkt kan ook hier worden opgemerkt dat dit alternatief minder recht doet aan het eenvoudsbeginnsel door alle fiscale correcties, maar dit ook weer wordt gecompenseerd door het vervallen van de aftrekbepalingen. Wel bestaat er het gevaar dat in internationaal perspectief meer dispariteiten zullen ontstaan.

## 8.4 Eindconclusie

Met dit onderzoek heb ik getracht de fiscale behandeling van deelnemingen en buitenlandse vaste inrichtingen in kaart te brengen en voorstellen ter verbeteringen te doen.

---

<sup>361</sup> *Kamerstukken II 2011-2012, 33 287, nr. 3.*

Uiteindelijk heb ik in dit onderzoek zowel bij de regeling voor vaste inrichting als de regeling voor deelnemingen regelmatig strijdigheden met het Europees recht gevonden en per hoofdstuk mijn voorkeur uitgesproken voor een aanpassing van één of beide regelingen. Uiteindelijk kom ik tot de conclusie dat ten aanzien van de meeste aspecten de regeling voor vaste inrichting in overwegende mate de voorkeur geniet ten opzichte van de regeling die thans geldt voor deelnemingen.

In dit hoofdstuk heb ik drie fundamenteel andere alternatieven voorgesteld, namelijk de deelnemingsvrijstelling (objectvrijstelling) vervangen door een belastingvrijstelling, de objectvrijstelling voor vaste inrichtingen vervangen door een ‘volledige’ objectvrijstelling en een soort tussenvorm.

Mijn persoonlijke mening is dat het een gewenste verandering zou zijn om het derde alternatief te implementeren, namelijk de tussenvorm waarbij de juridische status van de deelneming leidend blijft en evenwel de deelnemingsvrijstelling van toepassing blijft op de uitkeringen van dividend en vervreemdingsvoordelen. Wel wordt hier een aantal fiscale correcties op toegepast waardoor de fiscale behandeling van deelnemingen nader convergeert naar de fiscale behandeling van vaste inrichtingen. Dit acht ik de meest wenselijke keuze aangezien deze optie grote voordelen heeft (meer rechtsvormneutraliteit, reparatie Bosal-gat, economische (valuta) verliezen in aanmerking nemen), maar toch recht blijft doen aan de juridische zelfstandigheid van de entiteit. Dit alternatief sluit dan ook het beste aan bij de conclusies die ik in de afzonderlijke hoofdstukken heb getrokken.

“Wie boven de verschillen uitstijgt, ziet de eenheid en leeft ernaar” zijn de woorden van Tsjwang-tse.<sup>362</sup> Graag wil ik mijn onderzoek hiermee afsluiten. In mijn ogen hoeven de juridische verschillen tussen deelnemingen en vaste inrichtingen nog geen reden te zijn om deze buitenlandse ondernemingsvormen niet ook (meer) als eenheid te zien voor de belastingheffing van de resultaten.

---

<sup>362</sup> Chinees taoïstisch filosoof 4<sup>de</sup>-3<sup>de</sup> eeuw v. Christus

## Literatuurlijst

### *Jurisprudentie Hof van Justitie EU*

- HvJ EU 28 januari 1986, nr. 270/83 (Avoir Fiscal), *FED* 1990/3
- HvJ EU 13 juli 1993, C-330/91 (Commerzbank), *BNB* 1995/333
- HvJ EU 12 mei 1998, C-336/96 (Gilly), *BNB* 1998/305
- HvJ EU 29 april 1999, C-311/97 (RBS), *V-N* 1999/37.30
- HvJ EU 21 september 1999, nr. 307/97 (Saint-Gobain), *BNB* 2000/75
- HvJ EU 13 december 2005, C-446/03 (Marks & Spencer), *BNB* 2006/72
- HvJ EU, 23 februari 2006, C-253/03 (CLT UFA), *V-N* 2006/14.18
- HvJ EU 7 september 2006, nr. C-470/04 (N), *BNB* 2007/22
- HvJ EU 12 september 2006, nr. C-196/04 (Cadbury Schweppes), *BNB* 2007/54
- HvJ EU 6 december 2007, C-298/05 (Columbus Container Services), *V-N* 2007/59.8
- HvJ EU 28 februari 2008, nr. C-293/06 (Deutsche Shell), *NTFR* 2008/561
- HvJ EU 23 oktober 2008, nr. C-157/07 (Ruhesitz), *BNB* 2009/86
- HvJ EU 4 juni 2009, C-439/07 (KBC Bank), *V-N* 2009/35.17
- HvJ EU 17 september 2009, nr. C-182/08 (Glaxo Welcome), *V-N* 2009/47.20
- HvJ EU 15 mei 2008, nr. C-414/06 (Lidl Belgium), *BNB* 2009/85
- HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), *BNB* 2012/40
- HvJ EU 25 februari 2010, C-337/08 (X Holding), *BNB* 2010/166
- HvJ EU 18 maart 2010, nr. C-440/0 (Gielen), *BNB* 2010/179

### *Jurisprudentie Hoge Raad*

- HR 18 november 1931, B. 5085
- HR 31 maart 1954, *BNB* 1954/180
- HR 28 april 1954, nr. 11 682, *BNB* 1954/186
- HR 8 mei 1957, nr. 12 931, *BNB* 1957/208
- HR 4 mei 1960, *BNB* 1960/161 tot en met 167
- HR 12 februari 1964, nr. 15 068 (Hopperzuigerarrest), *BNB* 1964/95
- HR 27 januari 1971, nr. 16.456, *BNB* 1971/55
- HR 23 januari 1974, nr. 17 237 (Baggerarrest), *BNB* 1986/100
- HR 9 juni 1982, nr. 21 142, *BNB* 1982/230
- HR 30 maart 1983, nr. 21 312 (Ertsenoverslagarrest), *BNB* 1992/160



- HR 27 januari 1988, nr. 23 919, *BNB 1988/217*
- HR 29 juni 1988, nr. 24 738, *BNB 1988/331*
- HR 8 november 1989, nr. 25 089, *BNB 1990/36*
- HR 17 oktober 1993, nr. 28 818, *BNB 1994/273*
- HR 2 maart 1994, nr. 28 709, *BNB 1994/190*
- HR 13 november 1996, nr. 31 008, *BNB 1998/47*
- HR 7 mei 1997, nr. 31 795, *BNB 1997/264*
- HR 11 maart 1998, nr. 32 240, *BNB 1998/208*
- HR 11 april 2001, nr. 35 729, *BNB 2001/257*
- HR 24 mei 2002, nr. 37 220, *BNB 2002/320*
- HR 24 mei 2002, nr. 37 021, *BNB 2002/262*
- HR 20 december 2002, nr. 37 073, *BNB 2003/286*
- HR 5 december 2003, nr. 37.743, *BNB 2004/139*
- HR 23 januari 2004, nr. 37 893, *BNB 2004/214*
- HR 25 november 2005, nr. 40 858, *BNB 2007/117*
- HR 8 augustus 2008, nr. 40 586, *BNB 2008/255*
- HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB 2012/37*

### **Boeken**

- P.G.H. Albert, *Deelnemingsvrijstelling*, Fiscale Geschriften 28, SDU: Den Haag 2010
- R.P.C. W.M. Brandsma, K.M. Braun, S.R. Pancham, D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht Europees Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2011
- J.A.G. van der Geld, *De deelnemingsvrijstelling*, Fiscale Monografieën nr. 20, Kluwer: Deventer, 2008
- A.C.G.A.C de Graaf, P. Kavelaars, A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, FED Fiscale Studieserie 39, Kluwer, Deventer, 2009
- A.W. Hofman, *De deelnemingsverrekening*, Fiscale Monografieën 138, Deventer: 2011
- A.W. Hofman, *De deelnemingsverrekening*, Kluwer: Deventer 2011
- D. Juch, *De deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting*, FED Fiscale Studieserie , Kluwer: Deventer 1974
- B.J. Kiekebeld, P.F.E.M. Merks en D.S. Smit, Cadbury Schweppes: *analyse en de gevolgen voor de fiscale behandeling van buitenlandse concernfinanciering onder de huidige Wet VPB 1969*, WFR 2007/129
- Q.W.J.C.H. Kok, *Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting*, Kluwer: Deventer 2012
- C. van Raad, *Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht*, Kluwer: Deventer 2007

- B.J.M. Terra, P.J. Wattel, *European Tax Law*, FED Fiscale Studieserie 29, Kluwer, Deventer 2012
- J. Vleggeert, *Fiscale Monografieën 132, aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht*, Kluwer: Deventer, 2009

### **Tijdschriften**

- J.H.M. Arts, 'De tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen en de reikwijdte van Deutsche Shell', *Forfaitair* 2012/224
- T. Bender, 'Objectvrijstelling voor buitenlandse winst – waarom eigenlijk?', *NTFR* 2011-2482
- G.M.R. Blokland en M.J. van den Honert, 'X Holding vandaag de dag: kan de wetgever nu daadwerkelijk rustig ademhalen?', *WFR* 2011/782
- M.J. van Dieren en C.L van Lindonk, 'Liquidatieverliesregeling; een uitzondering op de deelnemingsvrijstelling?', *WFR* 2005/1589
- T. Dolderman, 'De objectvrijstelling in de vennootschapsbelasting', *Forfaitair* 2011/220
- S.C.W. Douma, 'Valutaverlies op deelneming: aftrekbaar!', *NTFR* 2008-2327
- P.H.J. Essers, 'Rechtsvormneutraliteit', *TFO* 2011/3
- M.M.A. van Graafeiland, 'Ontwikkelingen EU-recht; CCCTB', *WFR* 2012/411
- A.W. Hofman, 'De deelnemingsverrekening', *TFO* 2012/121
- F.C. de Hosson, 'Het onderscheid vaste inrichting - dochtervennootschap bezien vanuit gemeenschapsrechtelijk perspectief', *WFR* 2003/1581
- G. Kamminga, 'WFR Fiscaal Café over toekomst vennootschapsbelasting: 'Ik ben geprikkeld, ik heb visioenen gekregen'', *WFR* 2012/320
- E.C.C.M. Kemmeren, 'Marks & Spencer: balanceren op grenzeloze verliesverrekening', *WFR* 2006/211
- E.C.C.M. Kemmeren, 'Vermogensetikettering bij vaste inrichtingen: toenemende cherrypicking?', *TFO* 2011/108
- M. Koerts, 'Deutsche Shell: dispariteit of belemmering van het vrije verkeer binnen de EG?', *WFR* 2008/72
- Q.W.J.C.H. Kok, 'Valutaresultaten en deelnemingsvrijstelling', *Forfaitair* 2007/180
- Q.W.J.C.H. Kok, R.C de Smit, 'Wijzigingen in de vennootschapsbelasting', *MBB* 2012/01
- M.G.H. van der Kroon, 'Verslag van het EFS-seminar 'Vaste inrichting versus deelneming'', *WFR* 2011/1592
- H. Lohuis, 'Verschillen en overeenkomsten winstbepaling vaste inrichting en dochtermaatschappij', *TFO* 2011/138
- H. Lohuis, 'Wetsvoorstel Belastingplan 2012', *NTFR* 2011-2112

- J.W.E. Litjens, M.H.H. Rutten, ‘Deelnemingsvrijstelling VPB 2010: de oogmerktoets was zo gek nog niet’, *Forfaitair* 2010/201
- W.W. Monteiro en M. Koerts, ‘Verslag van de NOB-rondetafelbijeenkomst, sectie EU-recht’, *WFR* 2011/319
- T.P.J. van der Pol en M. Evers, ‘Verslag YIN-seminar Belastingplan 2012’, *WFR* 2012/28
- N. de Haan en I. Lewis, ‘Het gewijzigde art. 7 (winst uit onderneming) OECD-modelverdrag’, *WFR* 2010/1292
- Redactie Vakstudie Nieuws commentaar bij Deutsche Shell arrest, *V-N* 2008/13.8
- M. Sanders en A.J.A. Stevens, ‘De tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen’, *WFR* 2011/1290
- G.H. de Soeten en R.H.M. Roumen, ‘Het Nederlands fiscaal vestigingsklimaat: storm op komst!?’ , *WFR* 2011/742
- J.C.M. van Sonderen en Q.W.J.C.H. Kok, ‘Over verliesverrekening in de tijd, grensoverschrijdende fiscale eenheden, de liquidatieverliesregeling en een aftrekbeperking voor aandelen en opties’, *MBB* 2006/07/08
- A.J.A. Stevens, ‘Het Shell arrest: een tussenstand’, *NTFRB* 2008-27
- A.J.A. Stevens, ‘De invoering van een objectvrijstelling voor vaste inrichtingswinsten’, in: Maarschappelijk ingesteld, Opstellen aangeboden aan Dr. D.A. Albregtse ter gelegenheid van zijn afscheid van het FEI van de Erasmus Universiteit te Rotterdam, eigen uitgave FEI/EUR, Rotterdam 2011
- A.J.A. Stevens, ‘De objectvrijstelling’, *NTFR* 2012-4
- J.L. van de Streek, ‘De nieuwe deelnemingsverrekening: verhouding tot internationaal en Europees belastingrecht (deel 1)’, *WFR* 2007/649
- S.A.W.J. Strik, ‘De voorgelegde regeling voor beleggingsdeelnemingen: een verbeterde, maar verduidelijking gewenst!’, *WFR* 2009/969
- M.C. Sturm, ‘Winsttoerekening vaste inrichtingen: toerekening van materiële vaste activa’, *MBB* 2011/05
- D.E. van Sprundel en J. van Strien, ‘Terugkeer naar Ithaka? De „onzakelijke lening“ bij de crediteur – deel 4’, *WFR* 2011/6902
- F.P.G. Pötgens en J.W. Bellingwout, ‘Objectvrijstelling voor vaste inrichtingen: Much Ado About Nothing?’, *WFR* 2012/654
- N.M. van der Wal, ‘Vaste inrichtingen en het gemeenschapsrecht: enkele kwetsbare onderdelen van de Nederlandse regelgeving’, *WFR* 2009/436
- M.F. de Wilde, ‘Een aanzet voor een rechtvaardigere heffing van vennootschapsbelasting van in Nederland actieve groepen’, *MBB* 2011/09.

- M.F. de Wilde & C. Wisman, ‘Tussenregeling valutaresultaten; gooit Gielen roet in het eten?’, *NTRF* 2011/1646
- M.F. de Wilde en C. Wisman, ‘Over de ‘objectvrijstelling’ en de klok van de interne markt’, *FED* 2012/41

### ***Kamerstukken en beleid***

- *Kamerstukken II 1959/60, 6000, nr. 3*
- *Kamerstukken I 1989/90, 20 701, nr. 78b*
- *Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3*
- *Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3*
- *Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8*
- *Kamerstukken II 2009/10, 31 369, nr. 9*
- *Belastingplan 2012, Stb. 2011*
- *Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3*
- *Kamerstukken II, 2011/12, 33003, nr. 10 met noot van V-N 2011/54.2*
- *Kamerstukken II 2011/12, 33 287, nr. 3.*
- Besluit 12 mei 2004, nr. CPP 2004/634M, V-N 2004/28.16
- Besluit 21 augustus 2004, nr. IFZ2004/680M, V-N 2004/43.10
- Besluit 2 augustus 2006, CPP2006/1094M, Stcrt 2006/152
- Besluit 15 januari 2011, Nr. IFZ2010/457M, Stcrt. 2011/1375
- Brief aan de vaste commissie voor Financiën van de Tweede kamer; fiscale agenda 2012 – objectvrijstelling voor de vaste inrichting, Commissie wetsvoorstellen NOB, 17 mei 2011.
- Reactie SRA op Belastingplan 2012, 12 oktober 2011

### ***Overige bronnen***

- OECD, ‘Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments’, Paris, 17 juli 2008 (PE-Report 2008)
- OECD, ‘Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments’, Paris, 22 juli 2010 (PE-Report 2010), V-N 2010/39.1
- The 2010 update to the model tax convention; approved by the OECD Council on 22 July 2010, V-N 2010/39.2
- OECD Commentaar
- International Bureau of Fiscal Documentation, Holding Companies Comparison Table, datum van raadplegen: 22-04-2012