

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM NADRIK VERBODEN

Faculteit der Economische Wetenschappen

Masterscriptie

Grensoverschrijdende verliesverrekening in de vennootschapsbelasting

Honselersdijk, 9 juli 2012

Naam: Tim Zwinkels

Examnummer: 303002

Begeleider: Ruud de Smit MSc

Inhoudsopgave

| | |
|---|-----------|
| Inhoudsopgave ----- | 2 |
| 1. Inleiding grensoverschrijdende verliesverrekening ----- | 6 |
| 2. Fiscale verliesverrekening vaste inrichting, deelneming en fiscale eenheid ----- | 10 |
| 2.1 Inleiding----- | 10 |
| 2.2 Territorialiteit in het internationale recht ----- | 11 |
| 2.2.1 Territorialiteit in de fiscale literatuur ----- | 11 |
| 2.2.2 Territorialiteit en het oorsprongbeginsel ----- | 14 |
| 2.2.3 Universaliteit en het woonplaatsbeginsel ----- | 15 |
| 2.2.4 Kapitaalimportneutraliteit en kapitaalexportneutraliteit ----- | 15 |
| 2.2.5 Heffingsbevoegdheid passieve resultaten ----- | 16 |
| 2.3. De vaste inrichting----- | 17 |
| 2.3.1 Regelgeving tot 1 januari 2012 ----- | 17 |
| 2.3.1.1 Belastingheffing----- | 17 |
| 2.3.1.2 Inhaalregeling ----- | 18 |
| 2.3.1.3 Doorschuifregeling ----- | 18 |
| 2.3.1.4 Passieve winsten----- | 19 |
| 2.3.2 Regelgeving na 1 januari 2012 ----- | 19 |
| 2.3.2.1 Objectvrijstelling voor actieve buitenlandse ondernemingswinsten ----- | 19 |
| 2.3.2.2 Laagbelaste passieve resultaten ----- | 20 |
| 2.3.2.3 Marks & Spencer en Lidl Belgium----- | 21 |
| 2.3.2.4 Stakingsverliesregeling ----- | 22 |
| 2.3.2.5 Verliesverrekening passieve vaste inrichting ----- | 22 |
| 2.4 De deelneming ----- | 23 |
| 2.4.1 De deelnemingsvrijstelling----- | 23 |
| 2.4.2 De beleggingsdeelneming----- | 23 |
| 2.4.3 Liquidatieverliesregeling ----- | 24 |
| 2.4.4 Deelnemingsverrekening in verliessituaties----- | 25 |
| 2.4.5 De samenloop tussen de liquidatieverliesregeling en de deelnemingsverrekening----- | 27 |
| 2.5 De fiscale eenheid ----- | 28 |
| 2.5.1 Het fiscale-eenheidsregime tot 1 januari 2003 ----- | 28 |
| 2.5.2 Het fiscale-eenheidsregime vanaf 1 januari 2003----- | 29 |
| 2.5.3 Het voorstel grensoverschrijdende fiscale eenheid in de Nota Wet werken aan winst ----- | 29 |

| | |
|--|-----------|
| 2.5.3.1 De grensoverschrijdende fiscale eenheid en verdragstoepassing | 30 |
| 2.6 Heffingsbeginselen en buitenlandse ondernemingswinsten | 30 |
| 2.7 Conclusie | 31 |
| 3. Grensoverschrijdende verliesverrekening | 33 |
| 3.1 Inleiding | 33 |
| 3.2 De interne markt | 33 |
| 3.2.1 introductie interne markt | 33 |
| 3.2.2 Jurisprudentie van het Hof van Justitie EU | 34 |
| 3.2.3 Jurisprudentie vaste inrichting en grensoverschrijdend verlies | 35 |
| 3.2.4 Jurisprudentie deelnemingen en grensoverschrijdend verlies | 38 |
| 3.2.5 Jurisprudentie fiscale eenheid en grensoverschrijdend verlies | 41 |
| 3.2.6 Commentaar op de jurisprudentie | 43 |
| 3.2.6.1 Het verschil tussen het fiscale en het volkenrechtelijke territorialiteitsbeginsel | 43 |
| 3.2.6.2 Het territorialiteitsbeginsel en de interne markt | 43 |
| 3.2.6.3 Territorialiteit in de rechtspraak | 44 |
| 3.2.6.4 Marks & Spencer en X-Holding nog steeds geldig? | 46 |
| 3.2.7 Liquidatieverlies en stakingsverlies getoetst aan EU-recht | 48 |
| 3.2.8 Deelnemingsverrekening en passieve vi getoetst aan EU-recht | 50 |
| 3.2.9 De CCCTB | 53 |
| 3.2.10 Conclusie | 54 |
| 3.3 Economische overview | 55 |
| 3.3.1 Economische efficiency | 55 |
| 3.3.2 Foreign Direct Investment | 56 |
| 3.3.2.1 KEN vs. KIN | 56 |
| 3.3.3 Geen grensoverschrijdende verliesverrekening | 60 |
| 3.3.4 Grensoverschrijdende verliesverrekening | 63 |
| 3.3.4.1 Onderzoek bij Europese bedrijven | 63 |
| 3.3.4.2 Ontwikkelingen | 63 |
| 3.3.4.3 Grensoverschrijdend handelen en de marktwerking | 64 |
| 3.3.5 Conclusie | 64 |
| 3.4 Belastingontwijking | 65 |
| 3.4.1 Belastingontwijking bij geen grensoverschrijdende verliesverrekening | 66 |
| 3.4.2 Belastingontwijking bij grensoverschrijdende verliesverrekening | 67 |
| 3.4.2.1 De grensoverschrijdende fiscale eenheid | 67 |

| | |
|---|-----------|
| 3.4.2.2 Tijdstip van toe- en uittreding | 67 |
| 3.4.2.3 Verliesverrekening op all-in/all-out basis | 68 |
| 3.4.2.4 Onder omstandigheden inhaal ineens van afgetrokken buitenlandse verliezen | 68 |
| 3.4.2.5 Achterwaartse verrekening van het buitenlandse verlies | 69 |
| 3.4.2.6 Vervanging van de per country methode door de overall methode | 69 |
| 3.4.2.7 Internationale antimisbruikmaatregel | 70 |
| 3.4.3 Conclusie | 71 |
| 4. Rechtsvergelijking België | 72 |
| 4.1 Inleiding | 72 |
| 4.2 De vaste inrichting | 72 |
| 4.3 De deelneming | 73 |
| 4.4 De Belgische fiscale eenheid | 74 |
| 4.5 Het toetsingskader | 75 |
| 4.5.1 De interne markt | 75 |
| 4.5.2 Economische overview | 75 |
| 4.5.3 Belastingontwijking | 76 |
| 4.6 Conclusie en aanbevelingen | 76 |
| 5. Rechtsvergelijking Duitsland | 78 |
| 5.1 Inleiding | 78 |
| 5.2 De vaste inrichting | 78 |
| 5.2.1 De heffingssystematiek | 78 |
| 5.2.2 Belastingverrekening | 80 |
| 5.3 De deelneming | 80 |
| 5.4 De Duitse fiscale eenheid | 81 |
| 5.5 Het toetsingskader | 82 |
| 5.5.1 De interne markt | 82 |
| 5.5.1.1 Vaste inrichting en grensoverschrijdend verlies | 82 |
| 5.5.1.2 Deelneming en grensoverschrijdend verlies | 83 |
| 5.5.2 Economische overview | 83 |
| 5.5.3 Belastingontwijking | 84 |
| 5.6 Conclusie en aanbevelingen | 84 |
| 6. Rechtsvergelijking Oostenrijk | 86 |
| 6.1 Inleiding | 86 |
| 6.2 De vaste inrichting | 86 |

| | |
|---|------------|
| 6.2.1 De heffingssystematiek ----- | 86 |
| 6.3 De deelneming ----- | 87 |
| 6.4 De Oostenrijkse fiscale eenheid----- | 88 |
| 6.4.1 Het Oostenrijkse groepsregime ----- | 88 |
| 6.4.2 De buitenlandse deelneming in het groepsregime ----- | 89 |
| 6.5 Het toetsingskader ----- | 90 |
| 6.5.1 De interne markt ----- | 90 |
| 6.5.1.1 Jurisprudentie vaste inrichting en grensoverschrijdend verlies----- | 90 |
| 6.5.1.2 Jurisprudentie deelnemingen en grensoverschrijdend verlies ----- | 90 |
| 6.5.2 Economische overzicht ----- | 91 |
| 6.5.2.1 Grensoverschrijdende verliesverrekening----- | 91 |
| 6.5.2.2 Administratieve lasten ----- | 92 |
| 6.5.3 Belastingontwijking----- | 92 |
| 6.5.3.1 Vergelijking antimisbruikmaatregelen grensoverschrijdend groepsregime Nederland en Oostenrijk ----- | 93 |
| 6.6 Conclusie en aanbevelingen ----- | 94 |
| 7. Conclusie ----- | 96 |
| 7.1 Het territorialiteitsbeginsel ----- | 96 |
| 7.2 De interne markt----- | 97 |
| 7.3 Economische aspecten ----- | 99 |
| 7.4 Belastingontwijking ----- | 102 |
| 7.5 Blauwdruk voor grensoverschrijdende verliesverrekening in Nederland----- | 103 |
| 7.5.1 De vaste inrichting ----- | 103 |
| 7.5.2 De deelneming----- | 104 |
| 7.5.3 De grensoverschrijdende fiscale eenheid----- | 104 |
| 7.5.4 De liquidatie- en stakingsverliesregeling ----- | 106 |
| 7.5.5 Passieve resultaten ----- | 107 |
| 7.5.6 Budgettair alternatief ----- | 107 |
| Literatuurlijst ----- | 109 |

1. Inleiding grensoverschrijdende verliesverrekening

Op 15 september 2011 is het Belastingpakket 2012 gepubliceerd¹. Het Belastingpakket 2012 bevatte veel maatregelen die eerder in 2011 zijn aangekondigd in - voor zover hier van belang - het regeer- en gedoogakkoord² en de Fiscale Agenda³. Speerpunten zijn vereenvoudiging, soliditeit en fraudebestendigheid van het belastingstelsel.

Eén van de maatregelen die is ingevoerd is de objectvrijstelling voor de vaste inrichting in de vennootschapsbelasting. Voorheen maakten de winsten en verliezen van een buitenlandse vaste inrichting deel uit van de wereldwinst van het binnenlands belastingplichtige lichaam. In grensoverschrijdende situaties leidt dit tot dubbele belastingheffing. Om deze dubbele belasting te voorkomen, verleende Nederland in de vennootschapsbelasting een belastingvrijstelling. De winsten van de vaste inrichting werden in Nederland tot de wereldwinst gerekend. Vervolgens werd een voorkoming van dubbele belasting gegeven. Deze methodiek brengt met zich mee dat verliezen die toerekenbaar zijn aan de buitenlandse vaste inrichting⁴ in aftrek kunnen worden gebracht op de wereldwinst aangezien deze (negatieve) buitenlandse winst daar onderdeel van uit maakt. Dit buitenlandse verlies leidde onder de systematiek van belastingvrijstelling tot een lagere aanslag vennootschapsbelasting. De verliezen van een (buitenlandse) dochtervennootschap konden en kunnen in beginsel niet in aftrek komen bij de moedervennootschap. De vaste inrichting en de dochtervennootschap werden in dit opzicht dus verschillend behandeld. Hiervan maakten multinationale ondernemingen en het midden- en kleinbedrijf die grensoverschrijdend ondernemen gebruik. Zo kunnen aanloopverliezen bij het opstarten van een buitenlands filiaal in mindering komen op de Nederlandse winst bij het hoofdhuys, hetgeen een liquiditeitsvoordeel geeft. Momenteel is dit niet meer mogelijk aangezien de wetgever het systeem heeft aangepast om voornoemd liquiditeitsvoordeel weg te nemen.

Op het eerste oog lijkt deze maatregel te stroken met de speerpunten van het Belastingpakket. Door de objectvrijstelling is het niet meer mogelijk om buitenlandse verliezen door middel van een vaste inrichting te importeren in Nederland. In het geval van economische laagconjunctuur neemt de opbrengst van de vennootschapsbelasting minder sterk af. Voorts zijn veel inkaderingsregelingen die samenhangen met de vrijstellingsmethode⁵ afgeschaft evenals de antimisbruikbepaling voor de

¹ Tweede Kamer, 15 september 2011, Belastingplan 2012 c.a., gepubliceerd op http://www.prinsjesdag2011.nl/pd09_sites/objects/636/32k/3d7d47d78fa462cd422545407a983/belastingplan_2012.pdf.

² Regeer- en gedoogakkoord, 30 juli 2010, gepubliceerd op <http://www.kabinetsformatie2010.nl/pdf/dsc9a1a.pdf?c=getobject&s=obj&objectid=127493> en <http://www.kabinetsformatie2010.nl/pdf/dsc8d2d.pdf?c=getobject&s=obj&objectid=127492>.

³ Fiscale Agenda 2011, 14 april 2011, AFP/2011/248 U, gepubliceerd in V-N 2011/22.

⁴ Het object van de objectvrijstelling is ruimer. Hiertoe worden - kort gezegd - eveneens in het buitenland gelegen onroerende zaken en andere inkomstenbestanddelen waarvoor onder belastingverdragen een vrijstelling door Nederland wordt verleend, gerekend. Zie hierover in onderdeel 2.3.2.1.

⁵ Art. 33 Besluit voorkoming dubbele belasting 2001.

zogenoemde omzettingen van een vaste inrichting in een dochtervennootschap⁶ in de vennootschapsbelasting. De invoering van de objectvrijstelling voor de vaste inrichting zorgt voor een meer solide belastingstelsel. De invoering van de objectvrijstelling lijkt echter niet als een vereenvoudiging te mogen worden gekenschetst⁷.

De tegenovergestelde beweging van de invoering van een objectvrijstelling voor de vaste inrichting zou het in stand laten van de wet- en regelgeving van vóór 1 januari 2012 zijn geweest, waarbij tegelijkertijd de grensoverschrijdende fiscale eenheid wordt ingevoerd. Op deze manier wordt er geen onderscheid tussen deelnemingen en vaste inrichtingen gemaakt, omdat er in beide varianten juist wel grensoverschrijdende verliesverrekening mogelijk is. Dubbele verliesverrekening wordt voorkomen door toepassing van een zogenoemde inhaalregeling. In mijn onderzoek beperk ik mij echter tot grensoverschrijdende verliesverrekening als aspect van de fiscale eenheid.

Om te beoordelen of grensoverschrijdende verliesverrekening wenselijk is, wordt ook gekeken naar hoe België, Duitsland en Oostenrijk met winsten en verliezen van een buitenlandse vaste inrichting en een buitenlandse deelneming omgaan. België en Duitsland worden behandeld, omdat zij beiden nauwelijks mogelijkheid bieden voor aftrek van grensoverschrijdend verlies en daarbij de buurlanden van Nederland zijn. Dit laatste is relevant voor de directe fiscale concurrentiepositie van Nederland. Oostenrijk daarentegen heeft een systeem waarin het verlies van de vaste inrichting en de buitenlandse deelneming grensoverschrijdend kan worden verrekend.

In deze scriptie wordt in elk hoofdstuk dezelfde eenvoudige casus behandeld om tot een goede vergelijking te komen. Ik zal de volgende situaties behandelen:

- Een binnenlandse vennootschap heeft een deelneming in het buitenland;
- Een binnenlandse vennootschap heeft een vaste inrichting in het buitenland;
- Een binnenlandse vennootschap vormt een grensoverschrijdende fiscale eenheid met een buitenlandse dochtervennootschap.

⁶ Art. 13c (oud) Wet op de Vennootschapsbelasting 1969.

⁷ Zie illustratief: Commissie wetsvoorstellen NOB, brief aan de vaste commissie voor Financiën van de Tweede kamer; fiscale agenda 2012 - objectvrijstelling vaste inrichting, 17 mei 2011, http://nob.net/nob_leden/Wetscommentaren%3Fdestination%3Dnob_leden/Wetscommentaren%3Fpage%3D1%2526sort%3Dasc%2526order%3DDatum/Commentaar_NOB_op_voorstel_objectvrijstelling_in_de_Fiscale_Agenda en Commissie wetsvoorstellen NOB, brief aan de vaste commissie voor Financiën van de Tweede kamer; Belastingplan 2012, 10 oktober 2011, http://nob.net/nob_leden/Wetscommentaren%3Forder%3Dmbtkzjoojeheaczj/NOBreactie_op_concept_Uitvoeringsregeling_loonbelasting_2011/NOB_commentaar_op_het_wetsvoorstel_Belastingplan_2012_en_het_wetsvoorstel_Overige_fiscale_maatregelen.

In deze scriptie worden de objectvrijstelling voor de vaste inrichting in de vennootschapsbelasting en de 100%-deelneming afgezet tegen de stelsels van België, Duitsland en Oostenrijk en getoetst aan de volgende criteria:

- De interne markt;
- Economische consequenties;
- Belastingontwijking.

Het Hof van Justitie EU beoordeelt of nationale wetgeving in strijd is met de verkeersvrijheden van de Europese interne markt. De soevereiniteit van lidstaten komt hierbij in het geding, omdat de nationale wetgeving van lidstaten in overeenstemming moet zijn met de Europese verkeersvrijheden. Bij dit criterium wordt getoetst aan de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU inzake de grensoverschrijdende verliesverrekening. Het tweede toetsingscriterium betreft de economische consequenties van het al dan niet grensoverschrijdend verrekenen van verlies. Hierbij wordt gekeken naar de fiscale concurrentiepositie van Nederland en wordt nadruk gelegd op de verstoring van de investerings- en locatiebeslissing. Het laatste toetsingscriterium is belastingontwijking. Dit is politiek gezien een van de belangrijkste redenen geweest om met het voorstel te komen tot beperking van grensoverschrijdende verliesverrekening⁸. Bij dit criterium wordt gekeken naar de mogelijkheden tot belastingontwijking.

In dit onderzoek wordt onderzocht of afschaffing van dan wel toestaan van grensoverschrijdende verliesverrekening, alsmede de regelgeving in België, Duitsland en Oostenrijk wenselijk zijn. De wenselijkheid wordt bepaald aan de hand van de drie hiervoor genoemde criteria. Hierdoor ben ik tot de volgende onderzoeksvraag gekomen:

In hoeverre dient Nederland verliezen van een buitenlandse vaste inrichting, respectievelijk een buitenlandse deelneming te verrekenen?

In hoofdstuk 2 wordt de wet- en regelgeving tot 2012 en de huidige wet- en regelgeving behandeld. Daarbij neem ik mede in aanmerking of de regelgeving is gebaseerd op territorialiteit of universaliteit. Ik zal zowel de wetssystematiek uiteenzetten met betrekking tot actieve als passieve ondernemingen. De deelvraag van dit hoofdstuk is: *In hoeverre is verliesverrekening mogelijk bij een buitenlandse vaste inrichting en een buitenlandse deelneming en hoe werkt de voorkoming van dubbele verliesverrekening uit?*

⁸ Fiscale Agenda. Antwoorden op schriftelijke vragen, Kamerstukken II, 2010/11, 32 740, nr. 3.

In hoofdstuk 3 toets ik de objectvrijstelling voor vaste inrichtingen en de grensoverschrijdende fiscale eenheid aan de interne markt, de economische consequenties en de mogelijkheden tot belastingontwijking. De deelvraag van dit hoofdstuk is: *Krijgt de objectvrijstelling van buitenlandse ondernemingsactiviteiten de voorkeur of zouden alle verliezen uit buitenlandse activiteiten in de vorm van een vaste inrichting of (100%) deelnemingen in Nederland in aanmerking moeten worden genomen?*

In hoofdstuk 4, 5 en 6 zal onderzoek worden gedaan naar de systemen in België, Duitsland en Oostenrijk om te beoordelen of een objectvrijstelling voor de vaste inrichting in Nederland wenselijk is en of het Nederlandse regime voor (buitenlandse) deelnemingen aanpassing behoeft. Tevens komt de eventuele mogelijkheid voor verliesverrekening voor buitenlandse deelnemingen aan de orde. De deelvragen van deze hoofdstukken zijn: *Bieden de systemen van België, Duitsland en Oostenrijk inzake verliesverrekening van de buitenlandse vaste inrichting en deelnemingen reden tot wijziging van de Nederlandse behandeling van buitenlandse verliezen?*

In de conclusie wordt het onderzoek met een aanbeveling afgesloten.

2. Fiscale verliesverrekening vaste inrichting, deelneming en fiscale eenheid

2.1 Inleiding

In dit eerste hoofdstuk zet ik uiteen wat de mogelijkheden zijn met betrekking tot grensoverschrijdende verliesverrekening in de vennootschapsbelasting. Indien een in Nederland gevestigde onderneming grensoverschrijdende activiteiten gaat verrichten, heeft zij twee mogelijkheden dit te doen. De eerste mogelijkheid is om de grensoverschrijdende activiteiten te verrichten via een zogenoemde vaste inrichting. De tweede variant is het oprichten van een zelfstandige juridische entiteit. In het laatste geval verkrijgt men aandelen in de buitenlandse vennootschap (deelneming). Het resultaat van deze deelneming is gebonden aan de entiteit en wordt apart belast. De winsten vloeien in de vorm van dividend of in de vorm van vermogenswinst op de aandelen terug naar de aandeelhouder(s). Vanaf 2012 worden de vaste inrichting en de deelneming in beginsel⁹ gelijk behandeld betreffende de voorkoming van dubbele belastingheffing. Dit komt door de invoering van de objectvrijstelling voor de vaste inrichting.

Een objectvrijstelling sluit aan bij de algemene opvatting van het territorialiteitsbeginsel in de belastingheffing. Het territorialiteitsbeginsel houdt in dat er alleen belastingheffing plaatsvindt over opbrengsten behaald in de staat waar het resultaat is opgekomen¹⁰. Tegenover het territorialiteitsbeginsel staat het universaliteitsbeginsel. Het universaliteitsbeginsel houdt in dat er belasting wordt geheven over het wereldinkomen. Het territorialiteitsbeginsel impliceert geen grensoverschrijdende verliesverrekening, terwijl heffing op grond van het universaliteitsbeginsel grensoverschrijdende verliesverrekening wel toestaat. Deze beginselen geven de reikwijdte van de heffingsbevoegdheid van een staat aan. De economische vertaling van deze beginselen zijn kapitaalexportneutraliteit (hierna: KEN) en kapitaalimportneutraliteit (hierna: KIN). Om een zo hoog mogelijke welvaart te bereiken streeft men naar een zo hoog mogelijke economische efficiency. Deze efficiency is het hoogst wanneer het marktmechanisme zijn werk kan doen; er is dan een optimale allocatie van de productiefactoren en geen overheidsingrijpen¹¹. Door belastingheffing gaat de efficiency omlaag¹². De overheid streeft bij belastingheffing naar belastingneutraliteit. De twee beste opties om de productiefactoren niet te verstoren zijn KEN en KIN. Om een breder beeld te krijgen van grensoverschrijdende verliesverrekening zet ik in dit hoofdstuk de discussie over territorialiteit en universaliteit kort uiteen. Bovendien ga ik na in hoeverre het Nederlandse belastingsysteem hier na invoering van de objectvrijstelling op lijkt. Voorts onderzoek ik over welke inkomensbestanddelen een staat kan heffen. De uiteenzetting over territorialiteit en KIN en

⁹ Er blijven echter nog wel verscheidene verschillen bestaan, zoals de overbrenging van vermogensbestanddelen, de behandeling van valutaresultaten en de hierna nog aan de orde komende stakingsverliezen.

¹⁰ Dit is de opvatting van de meeste auteurs in de literatuur. Er heeft in de (fiscale) literatuur een verhitte discussie plaatsgevonden. Een overzicht van deze discussie wordt in onderdeel 2.2.1 uiteengezet.

¹¹ Vogel, 'Worldwide vs. source taxation of income - A review and re-evaluation of arguments', *Intertax*, 1988-10, p. 310.

¹² Gravelle, 'The Economic Effects of Taxing Capital Income', Cambridge, Mass.: MIT Press, 1994.

universaliteit en KEN is van belang, omdat de vraag of Nederland buitenlands verlies moet verrekenen samenhangt met het heffingsbeginsel wat Nederland hanteert in deze situatie. Ook de kwalificatie of een verlies binnen- of buitenlands is hangt hiermee samen.

De centrale vraag van dit hoofdstuk is: *In hoeverre is verliesverrekening mogelijk bij een buitenlandse vaste inrichting en een buitenlandse deelneming en hoe werkt de voorkoming van dubbele verliesverrekening uit?*

2.2 Territorialiteit in het internationale recht

Het internationale recht of het volkenrecht erkent dat staten soeverein zijn. Dit houdt in dat zij het recht hebben om gezag uit te oefenen over hun staatsburgers, zowel binnen de landsgrenzen als daarbuiten¹³. De soevereine rechtsstaat beschikt over rechtsmacht en deze strekt zich uit over alles wat een band heeft met de staat. Een staat is bevoegd om te heffen over het inkomen wat opkomt op haar territorium en over het inkomen van haar staatsburgers. Indien een staat belasting gaat heffen, heeft deze staat bij het implementeren van een fiscaal systeem de keuze uit verschillende heffingsbeginselen. De heffingsbeginselen zijn het territorialiteitsbeginsel, universaliteitsbeginsel en nationaliteitsbeginsel. Deze beginselen kunnen worden onderverdeeld in zakelijke en persoonlijke heffingsbeginselen. Persoonlijke heffingsbeginselen sluiten aan bij persoonlijke kenmerken, zoals nationaliteit of woonplaats. Zakelijke heffingsbeginselen sluiten aan bij het voorwerp van heffing. Zakelijke heffingsbeginselen zijn heffingen op grond van het situsbeginsel of het oorsprongsbeginsel. Het onderscheid tussen persoonlijke en zakelijk heffingsbeginselen is voor deze scriptie van belang in verband met grensoverschrijdende verliesverrekening en de voorkoming van juridische dubbele belastingheffing. Zakelijke heffingsbeginselen sluiten veelal aan bij het territorium, terwijl persoonlijke heffingsbeginselen hier niet bij aansluiten. De vraag of Nederland in het buitenland geleden verliezen in de grondslag in aanmerking moet nemen, kan worden beantwoord met de vraag welk soort heffingsbeginsel Nederland hier hanteert en ambiert.

2.2.1 Territorialiteit in de fiscale literatuur

De keuze voor een bepaald heffingsbeginsel hangt af van de preferenties van de betreffende staat. Opvallend is dat in de literatuur auteurs niet tot een eenduidige definitie kunnen komen van het heffingsbeginsel territorialiteit, terwijl dit toch een heffingsbeginsel is dat veel landen toepassen. In dit onderdeel volgt een overzicht van de verschillende visies op territorialiteit in de fiscale literatuur. Hierover was in de fiscale literatuur een verhitte discussie. Deze discussie geeft de verschillende standpunten van de auteurs weer en is met name toegespitst op de argumenten inzake de grensoverschrijdende verliesverrekening.

Meussen¹⁴ is van mening dat op grond van het territorialiteitsbeginsel alle buitenlandse winsten en verliezen buiten de heffingsgrondslag vallen. Van Weeghel¹⁵ is het met Meussen eens. Hij is van

¹³ Marres, 'Territorialiteit', *NTFR* 2008/520 verwijst naar R.S.J. Martha, 'The Jurisdiction to Tax in International Law', Kluwer, Deventer - Boston 1989, p. 43 e.v.

¹⁴ Meussen, 'Grensoverschrijdende verliesverrekening: twee Europeesrechtelijke conclusies geanalyseerd', *FED* 2005/56, punt 2.

¹⁵ Van Weeghel, 'Territorialiteit is de oplossing van veel problemen', *WFR* 2004/1517.

mening dat er een verschil bestaat tussen het volkerenrecht en het fiscale recht. In het fiscale recht wordt belasting geheven op basis van het situsbeginsel en het woonplaatsbeginsel. Het volkerenrecht kent een andere uitleg van de heffingsbegrippen. Het gehanteerde heffingsbegrip beïnvloedt de heffingsbevoegdheid van een staat. De afbakening van de heffingsbevoegdheid wordt bepaald op grond van het gekozen heffingsbeginsel. Hierdoor kan een staat kiezen om buitenlandse resultaten mee te nemen in de belastinggrondslag of deze buitenlandse resultaten uit te sluiten. Van Weeghel heeft overigens wel erkend dat in het internationale publiekrecht heffing op basis van woonplaats voortvloeit uit het territorialiteitsbeginsel¹⁶. Van Weeghel maakt een onderscheid tussen territorialiteit en strikte territorialiteit. Onder de strikte variant verstaat Van Weeghel het uitsluitend heffen volgens het situsbeginsel¹⁷.

Weber noemt in zijn noot bij het arrest Futura¹⁸ het feit dat Luxemburg bij binnenlands belastingplichtige het wereldinkomen, en dus ook de buitenlandse verliezen, in de belastinggrondslag betreft in strijd met het fiscale territorialiteitsbeginsel. Volgens Weber houdt belastingheffing op basis van het territorialiteitsbeginsel in dat inkomsten en uitgaven door een staat in aanmerking worden genomen voor de bepaling van de belastinggrondslag, indien deze zijn toe te rekenen aan het territoir van deze staat¹⁹. Weber vindt het territorialiteitsbeginsel gelijk aan het oorsprongbeginsel. Een staat betreft haar inwoners en niet-inwoners in de heffing voor zover de inkomsten haar oorsprong vinden binnen het territoir van de staat. Onder deze inkomsten wordt verstaan inkomsten uit economische activiteiten verricht op het territoir van een staat.

Wattel is een andere mening toegedaan. Hij omschrijft het territorialiteitsbeginsel als beperking van de belastingjurisdictie van staten tot inkomen uit bronnen binnen het territoir van een staat²⁰. Ook is Wattel van mening dat het territorialiteitsbeginsel gelijk is aan het bronbeginsel²¹.

Englisch meent dat op basis van het territorialiteitsbeginsel geen buitenlands broninkomen in de belastinggrondslag wordt genomen²².

Volgens Kemmeren betekent het territorialiteitsbeginsel dat een staat belasting mag heffen over inkomen verdiend in de staat én vermogen gelegen in die staat²³. Indien een staat het territorialiteitsbeginsel hanteert, dan mag deze staat uitsluitend binnen het eigen territoir heffen.

Aan de andere kant zijn er ook fiscale auteurs die menen dat op basis van het territorialiteitsbeginsel staten het wereldinkomen van hun inwoners kunnen belasten.

¹⁶ Van Weeghel, 'Thoughts on territoriality in relation to Dutch corporate tax reform', in: *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Brussel: Bruylant 2006, p.1137.

¹⁷ Van Weeghel, uit: Van den Broek, Verslag van het Nijmeegse congres "VPB 2007 in Europees perspectief, een wetenschappelijke benadering", *WFR* 2005/1489, punt 6.

¹⁸ HvJ EG, 15 mei 1997 (Futura), nr. C-250/95, gepubliceerd in *FED* 1998/365.

¹⁹ Weber, 'Het Bosal Holding-arrest: analyse, kritiek en gevolgen', *WFR* 2003/1844, punt 3.4.4.

²⁰ Terra & Wattel, 'European Tax Law', (Fiscale Handboeken Nr. 10), Deventer Kluwer 2008, p. 723.

²¹ Nadere conclusie van A-G Wattel van 19 april 2006, nr. 39 258bis, punt 10.11, 10.13 en 10.15, gepubliceerd in *V-N* 2006/36.10.

²² Englisch, 'The European Treaties Implications for Direct Taxes', *INTERTAX* 2005, Issue 8/9, p. 330.

²³ Kemmeren, 'Exemption method for PEs and (major) shareholdings best services: the CCCTB and the internal markets concerned', *EC Tax Review* 2008/3, noot 45.

Gammie meent dat het territorialiteitsbeginsel van het internationale recht het toestaat dat staten producenten, die inwoner zijn mogen belasten over het wereldwijde inkomen en dat producenten die niet-inwoners zijn, worden belast over het inkomen behaald in de staat²⁴.

Douma is van mening veranderd; zo stelde hij in 2003 dat het territorialiteitsbeginsel geen belastingheffing over het wereldinkomen impliceert²⁵. In 2005 erkende Douma met Van der Vegt dat op basis van het territorialiteitsbeginsel een staat onbeperkte soevereiniteit heeft ten aanzien van inwoners²⁶. Een staat heeft beperkte soevereiniteit betreffende de belastingheffing over niet-inwoners die niet de nationaliteit van de staat bezitten. Hieruit volgt dat Douma en Van der Vegt vinden dat territorialiteit inhoudt dat inwoners over hun wereldinkomen kunnen worden belast en niet-inwoners voor hun inkomen uit de betreffende staat worden belast.

Douma, Bender en Engelen vinden dat staten inwoners voor hun wereldinkomen in de belastingheffing kunnen betrekken, omdat dit in overeenstemming is met soevereiniteit van het grondgebied van deze staten. Verder menen zij dat de fiscale jurisdictie ten aanzien van niet-inwoners is beperkt op grond van het territorialiteitsbeginsel²⁷. Deze auteurs behandelen het territorialiteitsbeginsel zoals vormgegeven in het internationale recht.

Bender stelt dat territorialiteit impliceert dat de fiscale jurisdictie van een staat ten opzichte van haar inwoners zich uitstrekt tot de wereldwinst. Zij vindt dat Nederland bevoegd is om de wereldwinst van haar inwoners in de heffing te betrekken. Indien een staat niet de wereldwinst bij haar inwoners in de heffing betreft, dan is dit volgens Bender een politieke keuze²⁸.

De interpretatie van het territorialiteitsbeginsel in de fiscale literatuur is tegenstrijdig. Het is dan ook de vraag of het aansluiten bij het oorsprongbeginsel voor toepassing van het EU-verdrag correct is²⁹. Zelf ben ik van mening dat het territorialiteitsbeginsel voortvloeit uit het internationale recht. De fiscale betekenis houdt in dat een staat slechts kan heffen over inkomen ontstaan op haar territoir. Ik kom tot deze mening doordat belasting wordt geheven over inkomen (object) en niet over (rechts)personen (subject). Voor belastingheffing dient aangesloten te worden bij de zakelijke heffingsbeginselen en dus bij het oorsprongbeginsel. Ik denk dat de verschillende interpretaties van het territorialiteitsbeginsel zijn ontstaan doordat de ene groep aansluit bij de subject-gerichte variant, terwijl de ander groep aansluit bij de objectgerichte variant. De interpretatie van het territorialiteitsbeginsel is van groot belang voor het vaststellen van de omvang van een binnenlands of buitenlands verlies. Wanneer territorialiteit heffing op grond van oorsprong inhoudt dan kunnen staten van een hoofdhuis het resultaat, en dus ook het verlies, van de buitenlandse vaste inrichting niet in de heffingsgrondslag betrekken. Dit omdat er geen link is tussen het resultaat en het territoir. Aan de andere kant, indien territorialiteit heffing op grond van de woonplaats inhoudt en

²⁴ Gammie, Chapter IV. The compatibility of national tax principles with the single market, in: Vanistendael e.a., 'EU Freedoms and Taxation', Amsterdam: *IBFD Publications*, 2006, p. 162.

²⁵ Douma, 'De vestigingsplaatsfictie in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2003/644, punt 6.7.

²⁶ Van der Vegt en Douma, 'Ritter-Coulais: de ontgrenzing van belastingjurisdictie gaat voort', *WFR* 2005/717, noot 24.

²⁷ Bender, Douma en Engelen, 'Werken aan winst? Werken aan de interne markt! (1)', *WFR* 2005/1029, punt 2.5.2.

²⁸ Bender, uit Bot en Nijhuis, 'Het territorialiteitsbeginsel: weg ermee?', *WFR* 2005/1161, punt 3.2.

²⁹ Van den Dool, 'Territorialiteitsbeginsel', in *Maatschappelijk heffen: de wetenschap*, 2006, p. 217.

het wereldinkomen belast, dan kan het resultaat van de buitenlandse vaste inrichting wel in de heffingsgrondslag worden betrokken.

Ook is de interpretatie van het Hof van Justitie EU van belang, om zo een beter beeld van de jurisprudentie te krijgen. Van den Dool³⁰ concludeert uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU dat zowel belastingheffing op grond van het bronlandbeginsel bij niet-ingezetenen en belastingheffing over het wereldinkomen van inwoners in overeenstemming is met het territorialiteitsbeginsel. Van den Dool meent dat het Hof van Justitie EU vindt dat het territorialiteitsbeginsel volgt uit het internationale publieke recht.

2.2.2 Territorialiteit en het oorsprongbeginsel

In de fiscale literatuur wordt een andere invulling gegeven aan het territorialiteitsbeginsel dan in het internationale recht. De meerderheid van de bovengenoemde fiscale auteurs is de mening toegedaan dat het territorialiteitsbeginsel ziet op belastingheffing over inkomsten die opkomen in het eigen territoir. Dit beginsel lijkt dus gelijk te zijn aan het bronlandbeginsel³¹. Ik ben echter van mening dat het oorsprongsbeginsel meer aansluit bij het territorialiteitsbeginsel³². Volgens het oorsprongsbeginsel vindt belastingheffing plaats bij de oorsprong van het inkomen. Het verschil tussen het oorsprongsbeginsel en het bronlandbeginsel is dat het oorsprongsbeginsel belasting heft over het inkomen dat zijn oorzaak vindt op het territoir van het land. Zowel inwoners als niet-inwoners worden betrokken in de heffing indien inkomsten kunnen worden toegerekend aan de staat. Anders gezegd, de inkomsten moeten hun oorzaak kennen in de staat. Voordeel van het oorsprongsbeginsel is dat het tot een globaal acceptabele jurisdictieverdeling leidt. Een staat krijgt de heffing toegedeeld die op zijn territoir is ontstaan met gebruikmaking van zijn faciliteiten³³. Mijns inziens is dit een logische redenering, wanneer een inwoner of niet-inwoner gebruik maakt van de geboden faciliteiten dan zal het daar ook aan moeten bijdragen. Een nadeel van het territorialiteitsbeginsel is dat er voor bepaalde inkomsten niet voldoende oorzaak kan worden toegerekend aan de staat. Denk hier bijvoorbeeld aan beleggingsinkomsten. Echter door het woonplaatsbeginsel (zie hiervoor het universaliteitsbeginsel) ook te hanteren, kunnen deze inkomsten ook in de staat worden belast³⁴. Dit vind ik een zwak punt van het territorialiteitsbeginsel. Dit beginsel kan niet zuiver worden toegepast, omdat er anders een 'heffingslek' is. Het heffingslek houdt in deze in dat inkomen dat niet kan worden toegerekend aan een territoir nergens in de belastingheffing wordt betrokken. Het bronlandbeginsel daarentegen belast de bron, omdat deze zich in dat land bevindt. De oorzaak van deze bron hoeft echter niet uit deze staat voort te vloeien. Ik ben van mening dat het territorialiteitsbeginsel belastingheffing zou moeten inhouden op het inkomen dat puur en alleen zijn oorzaak vindt in de betreffende staat en niet belastingheffing op het inkomen dat zijn oorzaak vindt in een andere staat.

³⁰ Van den Dool, 'Territorialiteitsbeginsel', in *Maatschappelijk heffen: de wetenschap*, 2006, p. 211.

³¹ Van den Dool, 'Territorialiteitsbeginsel', in *Maatschappelijk heffen: de wetenschap*, 2006, p. 218.

³² Voor de visie van Kemmeren wat betreft het oorsprongsbeginsel binnen het territorialiteitsbeginsel verwijs ik naar onderdeel 2.2.5.

³³ Van Raad, *Cursus Belastingrecht*, 'Internationaal belastingrecht', editie 2010-2011.

³⁴ Kemmeren, 'Principle of origin in tax conventions - a rethinking of models', 2001.

2.2.3 Universaliteit en het woonplaatsbeginsel

Het woonplaatsbeginsel is het aanknopingspunt van belastingheffing op basis van het universaliteitsbeginsel. Dit beginsel houdt in dat staten inwoners belasten voor hun wereldinkomen. Daarnaast hanteren zij ook het oorsprongbeginsel om niet-inwoners te belasten voor het inkomen dat zijn oorzaak vindt in hun territorium. Het woonplaatsbeginsel wordt erkend in het gemeenschapsrecht³⁵ en ook in het internationale recht³⁶, echter op grond van internationaal belastingrecht komt het primaire heffingsrecht van inkomsten, die hun oorsprong vinden in een staat, ook toe aan deze staat. Het territorialiteitsbeginsel staat in deze dus hoger dan het universaliteitsbeginsel. Het universaliteitsbeginsel voert de boventoon bij passieve inkomsten. Dit komt doordat deze inkomsten, behoudens inkomsten uit onroerend goed, niet zijn toe te rekenen aan een territorium. Het woonplaatsbeginsel wordt ook gehanteerd als vangnet voor overige inkomsten³⁷. In beginsel zijn regels die aanknopen bij het woonplaatsbeginsel eenvoudig te omzeilen door een belastingplichtige; deze emigreert dan naar een andere staat. Dit gebeurt met name wanneer de regelgeving voor passieve inkomsten daar gunstiger is. Voor de staten zijn er verschillende mogelijkheden om op dit ontwijkingsgedrag te reageren. Zo kunnen staten emigratieheffingen invoeren, de woonplaats niet erkennen en regelgeving betreffende de fictieve woonplaats invoeren (CFC-legislation). Andere mogelijkheden voor staten zijn het invoeren van limitation of benefits-bepalingen of het verscherpen van de substance-eisen. Op deze antimisbruikbepalingen wordt in onderdeel 3.4 teruggekomen.

2.2.4 Kapitaalimportneutraliteit en kapitaalexportneutraliteit

Volgens de economische theorie leidt onbelemmerde concurrentie tot de grootste efficiency. Dit wordt bereikt wanneer productiefactoren, als gevolg van het marktmechanisme, een zo hoog mogelijke opbrengst hebben³⁸. Interventie van de overheid, door middel van belastingheffing, zorgt voor een verstoring van de productiefactoren en leidt tot een lagere efficiency³⁹. In het belastingrecht zijn twee neutraliteitstheorieën algemeen geaccepteerd. Dit zijn kapitaalimportneutraliteit (hierna: KIN) en kapitaalexportneutraliteit (hierna: KEN)⁴⁰. KIN houdt, gezien vanuit de staat waarin wordt geïnvesteerd, in, dat er geen onderscheid wordt gemaakt tussen investeringen van inwoners en niet-inwoners. Dit betekent dat de woonstaat de vrijstellingsmethode toepast om internationale juridische dubbele belasting⁴¹ te voorkomen. Bij de

³⁵ Art. 3 van de Fusierichtlijn 90/434/EEG; art. 3 van de Moeder-dochterrichtlijn 90/435/EEG en art. 65, lid 1, letter a VwEU.

³⁶ Art. 4 OESO-Modelverdrag.

³⁷ Zie o.a. art. 21 OESO-Modelverdrag.

³⁸ Kemmeren, 'Principle of origin in tax conventions - a rethinking of models', 2001 en Vogel, 'Worldwide vs. source taxation of income - A review and re-evaluation of arguments', *Intertax*, 1988-10.

³⁹ Jacobs, 'De prijs van gelijkheid', 2008, p. 31.

⁴⁰ De meerderheid van de auteurs gebruikt de termen KIN en KEN, maar er gaan ook geluiden op om naast kapitaal ook arbeid als factor toe te passen, zie Kemmeren, 'Source of Income in Globalizing Economies: Overview of the Issues and a Plea for an Origin-Based Approach', *IBFD Bulletin* november 2006, p. 438 en Weber, 'Is the limitation of tax jurisdiction a restriction of the freedom of movement?', in: *Accounting and Taxation & Assessment of ECJ Case Law*, 2007 punt 2.3.

⁴¹ Definitie volgens het commentaar op het OESO-Modelverdrag (Introduction punt 1): 'the imposition of comparable taxes in two (or more) States on the same taxpayer in respect of the same subject matter for identical periods.'

vrijstellingsmethode houdt de woonstaat geen rekening met het vrijgestelde inkomen, ook niet voor tariefsbepaling⁴². Hierdoor worden de inkomsten volledig vrijgesteld en is de belastingdruk op investeringen in deze staat gelijk voor inwoners en niet-inwoners. KIN zorgt dus voor een gelijke concurrentiepositie van investeerders.

KEN houdt bezien vanuit de woonstaat in, dat er neutraliteit is bij investeringen in de woonstaat danwel buiten de woonstaat. KEN wordt bereikt doordat de woonstaat ter voorkoming van internationaal juridische belasting de zuiverste vorm van onbeperkte belastingverrekening (full credit) toepast. Deze belastingverrekening impliceert dat bij een lagere belastingdruk in het buitenland de woonstaat belasting bijheft, terwijl bij een hogere belastingdruk het verschil wordt teruggegeven⁴³. Hierdoor is de belastingdruk op investeringen in de woonstaat of het buitenland voor inwoners altijd gelijk. KEN zorgt voor concurrentiegelijkheid tussen landen. De discussie of KIN, danwel KEN de beste neutraliteitsvorm is, wordt in onderdeel 3.3.2 besproken.

2.2.5 Heffingsbevoegdheid passieve resultaten

Bovenstaand zijn de heffingsbeginselen uiteengezet. De heffingsbeginselen maken het klassieke onderscheid tussen bronheffing en woonplaatsheffing. Vroeger was het eenvoudiger om inkomsten op grond van één de heffingsbeginselen toe te wijzen aan een staat. Door de technologische ontwikkeling is het huidige systeem echter verouderd en is het lastig om inkomsten aan een staat toe te wijzen, doordat de verbinding met deze staat zwak is. Voor actief inkomen is het klassieke systeem geen probleem. Passief inkomen, zoals beleggingen is moeilijk toe te wijzen, omdat hiervoor geen fabriek of persoon aanwezig hoeft te zijn.

Doordat passief inkomen moeilijk toe te wijzen is aan staten, breiden staten hun heffingsbevoegdheid uit om zo het passieve inkomen in hun belastingheffing te betrekken. Het gevolg hiervan is dat eventuele verliezen ook worden aangetrokken. Het is veelal de vraag of het passieve resultaat oorzakelijk toebehoort bij een bepaalde staat.

Staten hebben hun heffingsbevoegdheid uitgebreid, omdat anders inkomen niet wordt belast of passief inkomen wordt verplaatst naar een staat met een lager belastingtarief. Doordat veel staten de heffingsbevoegdheid voor passieve inkomsten sterk hebben uitgebreid is het mogelijk dat (economische) dubbele belastingheffing zich voordoet. Dit is niet wenselijk.

Kemmeren⁴⁴ heeft een voorstel gedaan voor een juiste toewijzing van passieve resultaten.

Kemmeren vindt dat inkomen alleen kan ontstaan doordat een individu productiefactoren benut. De heffingsbevoegdheid moet dus aansluiten bij het territorium waarop de productiefactoren worden benut. Vestigingsplaats of nationaliteit is volgens Kemmeren een onvoldoende basis voor verkrijging van de heffingsbevoegdheid, omdat dit geen inkomen genereert. Kemmeren stelt voor om de heffingsbevoegdheid toe te wijzen aan de staat waar het individu de productiefactoren benut.

⁴² Bender, De vrijstellingsmethode ter voorkoming van internationale dubbele belasting, 2000.

⁴³ Dit is puur theoretisch, in de praktijk komt er van deze teruggaaf nooit wat terecht.

⁴⁴ Kemmeren, 'Principle of Origin in Tax Conventions. A Rethinking of Models', *Dongen: Pijnenburg vormgevers/uitgevers* 2001.

Ik ben van mening dat Kemmeren gelijk heeft en dat met name voor de heffingsbevoegdheid voor de passieve resultaten. Het toepassen van Kemmeren zijn voorstel moet echter niet alleen door Nederland worden gedaan, maar zal vanuit de OESO moeten komen om effect te resulteren. Uitbreiding van de heffingsbevoegdheid heeft tot gevolg dat ook verliezen sneller geïmporteerd zullen worden. Ik denk echter dat deze verliesimport gering is, omdat per saldo het resultaat van de passieve inkomsten positief is.

2.3. De vaste inrichting

Niet iedere activiteit in Nederland van een buitenlandse vennootschap leidt tot belastingheffing in Nederland. En omgekeerd is niet iedere buitenlandse activiteit van een Nederlandse vennootschap in het buitenland belast. De drempel is de vaste inrichting. Artikel 17, lid 3 letter a, Wet Vpb 1969 bepaalt dat belastingplicht in Nederland ontstaat, wanneer er sprake is van een vaste inrichting. Opvallend was dat er tot 2012 geen definitie van de vaste inrichting was opgenomen in de Wet Vpb 1969. Vanaf 1 januari 2012 is dit wel het geval en staat de definitie in de artikelen 15e en 15f. De definitie van de vaste inrichting uit artikel 5 van het OESO-Modelverdrag is niet één op één overgenomen, maar op sommige punten aangepast. Dit is gedaan om het begrip vaste inrichting in de regeling van de objectvrijstelling in te passen. In artikel 5 van het OESO-Modelverdrag komt de volgende definitie van de vaste inrichting naar voren:

“Voor de toepassing van dit Verdrag betekent de uitdrukking ‘vaste inrichting’ een vaste bedrijfsinrichting met behulp waarvan de werkzaamheden van een onderneming geheel of gedeeltelijk worden uitgeoefend”.

De definitie van een vaste inrichting heeft gevolgen voor de vraag of een resultaat binnenlands of buitenlands is. Voor wat betreft de vaste inrichting kan ik mij vinden in de afbakening van de heffingsbevoegdheid zoals deze in het OESO-Modelverdrag is vastgelegd. Ik ben van mening dat de definitie uit het OESO-Modelverdrag op de juiste wijze resultaten aan een staat toewijst. Het betreft bij de definitie voor de vaste inrichting veelal actieve vaste inrichtingen die inkomen genereren dat zijn oorsprong vindt in het buitenland. Ik vind dat deze resultaten moeten worden toegewezen aan het territorium waar het resultaat opkomt en dat is dus het buitenland. De passieve vaste inrichting is een ander verhaal. Bij een geringe link met Nederland ben ik van mening dat de heffingsbevoegdheid Nederland toekomt. De resultaten van een passieve vaste inrichting moeten mijns inziens eerder als binnenlands resultaat worden aangemerkt dan de resultaten van een actieve vaste inrichting.

2.3.1 Regelgeving tot 1 januari 2012

2.3.1.1 Belastingheffing

Een lichaam dat in Nederland is gevestigd, wordt conform artikel 7 Wet Vpb 1969 voor de volledige winst in de heffing betrokken. Dit houdt in dat de winst van de buitenlandse vaste inrichting bij het hoofdhuis, dat in Nederland is gevestigd, wordt belast. De verliezen van de vaste inrichting kwamen ten laste van het binnenlandse resultaat. Normaal gesproken heft het land waar de vaste inrichting

is gevestigd ook over het resultaat van de vaste inrichting⁴⁵. Als landen een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting hebben gesloten op basis van het OESO-Modelverdrag, dan wordt het heffingsrecht van de vaste inrichtingswinst toebedeeld aan het land waar de vaste inrichting gevestigd is. De wijze waarop Nederland dubbele belasting voorkomt, staat in het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting die beide landen hebben afgesloten. Is er geen verdrag afgesloten, dan viel de wetgever terug op het Besluit voorkoming dubbele Belasting 2001 (hierna: Bvdb 2001). Veelal was de regeling in het verdrag gelijk aan de regelgeving in het Bvdb 2001. De buitenlandse winst werd in de Nederlandse belastinggrondslag betrokken. Vervolgens gaf Nederland een vermindering van belasting. Deze vermindering is de verhouding tussen de vaste inrichtingswinst en de wereldwinst. Verliezen werden ook in de grondslag meegenomen en niet uit de grondslag geëlimineerd.

2.3.1.2 Inhaalregeling

De verliezen van de vaste inrichting die in Nederland voor een vermindering van de grondslag zorgen, werden door middel van de inhaalregeling⁴⁶ weer teruggenomen. Voorwaarde is wel dat een vaste inrichting winst gaat maken. De regeling kan het best met een cijfervoorbeeld worden uitgelegd.

| Jaar | Nederlandse winst | Vaste inrichtingswinst | Wereldwinst | Verschuldigde Vpb |
|--------|-------------------|------------------------|-------------|-------------------|
| 1 | 150 | -/- 50 | 100 | 25 |
| 2 | 80 | 20 | 100 | 25 |
| 3 | 60 | 40 | 100 | 22,5 |
| Totaal | 290 | 10 | 300 | 72,5 |

In jaar 1 vindt er geen belastingvermindering plaats. De grondslag wordt door het verlies van de vaste inrichting met 50 verminderd.

In jaar 2 zou er, indien er geen inhaalregeling was, een belastingvermindering zijn van $20/100 \times 25 = 5$. Echter door de inhaalregeling vindt deze vermindering niet plaats. Het restant in te halen verliezen bedraagt $50 -/- 20 = 30$.

In jaar 3 is er recht op belastingvermindering van $[40 -/- 30, \text{ het in te halen verlies}] / 100 \times 25$. De verschuldigde Vpb bedraagt $25 -/- 2,5 = 22,5$.

De in te halen verliezen vervallen na verloop van tijd niet. Om de vaste inrichtingsverliezen niet te verrekenen werden vaste inrichtingen omgezet in deelnemingen. Hier heeft de wetgever een stokje voor gestoken, door invoering van artikel 13c (oud) Wet Vpb 1969. In het kort komt de regeling op het volgende neer: de deelnemingsvrijstelling is niet van toepassing totdat de belastingclaim van de verliezen is ingelopen.

2.3.1.3 Doorschuifregeling

⁴⁵ Nederland doet dit ook, zie art. 17, lid 3, letter a Wet Vpb 1969.

⁴⁶ Art. 35 Bvdb 2001.

De doorschuifregeling van artikel 34 Bvdb 2001 speelde wanneer de vaste inrichtingswinst groter was dan de wereldwinst; er is dus een verlies in Nederland geleden. Het is dan niet mogelijk om alle buitenlandse winst vrij te stellen. De buitenlandse winst die niet wordt vrijgesteld, werd doorgeschoven naar volgend jaar en in het volgende jaar, indien mogelijk, opgeteld bij de vrij te stellen winst.

2.3.1.4 Passieve winsten

Aangezien dit de oude wet- en regelgeving is omtrent passieve winsten behandel ik dit zeer summier. Vennootschappen met een vaste inrichting die passieve winsten behalen door beleggingen of passieve concernfinancieringen kregen op grond van artikel 39 Bvdb 2001 geen voorkoming, maar een verrekening van belasting. De verrekening was 50% van het Nederlandse Vpb-tarief maal de buitenlandse winst.

2.3.2 Regelgeving na 1 januari 2012

De wetgeving voor buitenlandse ondernemingswinsten is per 1 januari 2012 aangepast. Vanaf deze datum is het wetsvoorstel ingevoerd in de Wet Vpb 1969. De regelgeving bestaat uit drie elementen: een objectvrijstelling voor actieve buitenlandse ondernemingswinsten (artikelen 15e en 15f), regelgeving voor laagbelaste buitenlandse passieve ondernemingen (artikelen 15g, 15h en 23d) en regelgeving voor aftrek van het stakingsverlies (artikelen 15i en 15j). Hieronder zullen de bepalingen verder worden toegelicht.

2.3.2.1 Objectvrijstelling voor actieve buitenlandse ondernemingswinsten

Door de invoering van de objectvrijstelling, worden de winsten en verliezen van de buitenlandse vaste inrichting uit de wereldwinst geëlimineerd. Er is zo veel mogelijk aangesloten bij de oude systematiek uit het Bvdb 2001. Dit is gedaan omdat alleen de wijze waarop rekening wordt gehouden met de resultaten verandert, niet de vaststelling hiervan. Hierdoor hoeven begrippen niet te worden aangepast en zijn de feitelijke wijzigingen niet heel groot. In beginsel worden na vaststelling van de wereldwinst de winsten van de wereldwinst afgetrokken en de verliezen worden bijgeplust. Meer specifiek; het buitenlandse resultaat behoort nog steeds tot de generale winst, er vindt echter een grondslagcorrectie plaats. De behandeling van valutaresultaten verandert, conform de Roepiah-arresten⁴⁷ van Hoge Raad, en het overbrengen van vermogensbestanddelen niet. Voor berekening van de vrij te stellen vaste inrichtingswinst wordt de bijdrage- en de aftrekwinst bepaald. Bijdragewinst is de winst die de vaste inrichting bijdraagt aan de wereldwinst. De aftrekwinst is de vrij te stellen vaste inrichtingswinst. Op grond van de Roepiah-arresten dient de aftrekwinst te worden berekend in de buitenlandse munt en kent hierdoor geen valutaresultaat. De bijdragewinst is de vermogenssprong van 1/1 tot en met 31/12 in euro's. De activa en passiva van de vaste inrichting staan normaliter in de boeken tegen buitenlandse valuta. Bij een valutaresultaat komt dit resultaat in de bijdragewinst.

⁴⁷ De arresten van 27 april 1960, BNB 1960/161 en BNB 1960/162, alsmede naar de arresten van 4 mei 1960, BNB 1960/165, BNB 1960/166 en het Cruzeiro-arrest van 5 december 2003, nr. 37 743, BNB 2004/139.

Voorbeeld:

Een Nederlands hoofdhuis heeft een Amerikaanse vaste inrichting. De dollar is op 1/1 € 1,00 en op 31/12 € 1,25. De vaste inrichting heeft alleen een vordering op het hoofdhuis van \$ 500. Er is geen winst, hierdoor is de aftrekwinst nihil. De bijdragewinst daarentegen kent wel een positieve bijdrage. Het vermogen is van € 500 op 1/1 naar € 625 op 31/12 gemuteerd. De bijdragewinst bedraagt dus € 125.

Het is niet meer mogelijk om buitenlandse verliezen te verrekenen met Nederlandse winsten en daardoor wordt het liquiditeitsvoordeel door de objectvrijstelling weggenomen. De objectvrijstelling voor de vaste inrichting geldt per staat. Per staat worden de resultaten gesaldeerd en voor dit saldo geldt de objectvrijstelling. Uitzondering zijn de verliezen uit de vaste inrichting die definitief zijn, deze kunnen van de winst worden afgetrokken, zelfs wanneer in een andere staat een positief resultaat uit vaste inrichting wordt behaald. Het salderen van voordelen sluit aan bij de spiegelbeeldige situatie; Nederland belast het gehele inkomen van een binnenlandse vaste inrichting met een buitenlands hoofdhuis. Zie voor nadere toelichting onderdeel 2.3.2.4 Stakingsverliesregeling.

Voor de toepassing van de objectvrijstelling wordt er onderscheid gemaakt tussen verdragslanden en niet-verdragslanden. Bij verdragslanden gaat het om landen waarmee Nederland een verdrag heeft afgesloten ter voorkoming van dubbele belasting, maar ook de Belastingregeling voor het Koninkrijk (hierna: BRK) (Aruba, Curaçao en Sint Maarten) en de Belastingregeling voor het land Nederland (hierna: BRN) (BES-eilanden) vallen hieronder. De objectvrijstelling is van toepassing op de winst uit de buitenlandse vaste inrichting, de opbrengsten (minus de kosten) uit onroerend goed uit de andere staat en overige voordelen die door het verdrag aan de andere staat zijn toegewezen. Bij deze resultaten geldt ook de eis dat Nederland onder het verdrag een vrijstelling moet verlenen. Is dit niet het geval, dan is de objectvrijstelling niet van toepassing, want Nederland gaat niet eenzijdig een vrijstelling verlenen. Bij niet-verdragslanden ziet de objectvrijstelling op het resultaat uit een buitenlandse vaste inrichting, de opbrengsten (minus de kosten) uit onroerend goed en het resultaat uit rechten op aandelen in de winst van een onderneming waarvan de leiding in een andere staat is gevestigd, met uitzondering van rechten die opkomen uit effectenbezit. Bij niet-verdragslanden vindt de allocatie van winst plaats met de regelgeving in het OESO-Modelverdrag (tekst 2010) en ook aan de hand van het besluit over winstallocatie aan vaste inrichtingen van 15 januari 2011, nr. IFZ 2010/457.

2.3.2.2 Laagbelaste passieve resultaten

Voor de laagbelaste passieve inrichtingen vindt de objectvrijstelling geen toepassing, tenzij de winst op grond van het belastingverdrag is vrijgesteld. Bijvoorbeeld het belastingverdrag met Luxemburg; hierin staat geen bepaling voor passieve winsten en dus is bij een vaste inrichting altijd de objectvrijstelling van toepassing. Over het algemeen bevatten de belastingverdragen van 1997 en later ook een verrekeningsmogelijkheid. De regeling voor de passieve winsten is ingevoerd om te voorkomen dat mobiel kapitaal in laagbelaste landen wordt ondergebracht en door middel van een

constructie het resultaat belastingvrij kan worden genoten. Er zijn twee voorwaarden voor de kwalificatie als passieve vaste inrichting: de werkzaamheden dienen grotendeels te bestaan uit beleggen, passieve concernfinanciering of passieve terbeschikkingstelling. Als tweede voorwaarde moet de winst niet onderworpen zijn aan een naar Nederlandse maatstaven reële heffing.

2.3.2.3 Marks & Spencer en Lidl Belgium

Voor de vaste inrichtingen is ook een stakingsverliesregeling opgenomen. Dit is het equivalent van de liquidatieverliesregeling voor deelnemingen. De stakingsverliesregeling is opgenomen zodat de objectvrijstelling in overeenstemming is met het arrest Marks & Spencer en dus het Europese recht. In de zaak Marks & Spencer⁴⁸ besliste het Hof van Justitie EU dat een EU-lidstaat die verliezen in concernverband op grond van fiscale regelgeving laat verrekenen, deze verliesverrekening niet hoeft toe te staan met betrekking tot verliezen van een in een ander EU-lidstaat gevestigd lichaam die tot het concern behoort. De verliezen moeten wel in aftrek worden toegestaan wanneer er geen mogelijkheid is tot aftrek of verrekening van de verliezen in de vestigingsstaat van het verlieslichaam.

In de Marks & Spencer-zaak betreft het een Britse moedervenootschap met een aantal verliesgevende dochtervenootschappen die in de EU zijn gevestigd. Indien deze dochtervenootschappen in Groot-Brittannië gevestigd zijn, dan had de Britse moedervenootschap deze verliezen met haar winst kunnen verrekenen op grond van de group relief-regeling. Het Hof van Justitie EU oordeelde dat de beperking van de group relief-regeling tot Britse lichamen een beperking van de vrijheid van vestiging is. Deze beperking van de vrijheid van vestiging wordt echter gerechtvaardigd door een combinatie van drie argumenten⁴⁹, namelijk de noodzaak van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten, het gevaar van dubbele verliesverrekening en het gevaar van belastingontwijking. Er is alleen verliesverrekening mogelijk indien in de vestigingsstaat van het verliesgevende lichaam geen mogelijkheden meer zijn om het verlies te verrekenen.

In mei 2008 doet het Hof van Justitie EU uitspraak in de zaak Lidl Belgium⁵⁰. Het betreft hier de Duitse vennootschap Lidl Belgium met een vaste inrichting in Luxemburg. De Duitse fiscus weigerde het vaste-inrichtingsverlies af te trekken van de belastinggrondslag, omdat Duitsland een objectvrijstelling kent voor vaste inrichtingen. Het Hof van Justitie EU ziet geen objectief verschil tussen binnenlandse en buitenlandse vaste inrichtingen. Hierin ziet het Hof van Justitie EU een discriminatie. Het Hof van Justitie EU ziet ook een rechtvaardiging voor deze discriminatie, namelijk een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid⁵¹. Duitsland hoeft het verlies uit de vaste inrichting dus niet in mindering te brengen op de belastinggrondslag. Met definitief onverrekenbare verliezen dient Duitsland volgens het Hof van Justitie EU echter wel rekening te

⁴⁸ HvJ EG, 13 december 2005 (Marks & Spencer), nr. C-446/03, gepubliceerd in V-N 2005/60.15.

⁴⁹ Het was in het begin onduidelijk of de rechtvaardigingsgronden cumulatief waren. Uit de arresten Oy AA en Lidl Belgium blijkt dat dit afhankelijk is van de feitelijke situatie.

⁵⁰ HvJ EG, 15 mei 2008 (Lidl Belgium), nr. C-414/06, gepubliceerd in BNB 2009/85c*.

⁵¹ HvJ EG, 15 mei 2008 (Lidl Belgium), nr. C-414/06, r.o. 32 en 33, gepubliceerd in BNB 2009/85c*.

houden⁵². In rechtsoverwegingen 21 en 22 stelt het Hof van Justitie EU dat een vaste inrichting een autonome fiscale entiteit is in overeenstemming met de internationale rechtspraktijk, zoals tot uitdrukking komt in artikel 5 en 7 van het OESO-Modelverdrag.

Deze arresten zijn tezamen dus de bestaansreden voor de liquidatieverliesregeling en de stakingsverliesregeling bij deelnemingen en vaste inrichtingen.

2.3.2.4 Stakingsverliesregeling

Op basis van artikel 15e Wet Vpb 1969 worden de resultaten van buitenlandse vaste inrichtingen uit de Nederlandse belastinggrondslag geëlimineerd. Winsten én verliezen hebben geen invloed op de in Nederland verschuldigde belasting. Er zijn uitzonderingen, bijvoorbeeld wanneer de activiteiten van de vaste inrichting zijn gestaakt, de activiteiten per saldo verliesgevend zijn geweest en deze verliezen door de staking definitief zijn. Het negatieve saldo van de vaste inrichtingsresultaten, waarop de objectvrijstelling van toepassing is, kan ingevolge artikel 15i ten laste van het Nederlands resultaat worden gebracht.

Het negatieve saldo (hierna: stakingsverlies) dat ten laste van de Nederlandse winst wordt gebracht moet definitief zijn. Verliezen die in het buitenland al verrekend zijn met bijvoorbeeld een zustermaatschappij, kunnen in Nederland niet nogmaals worden afgetrokken van het belastbare resultaat. Hetzelfde geldt indien de vestigingsstaat van de vaste inrichting een tegemoetkoming geeft voor de vaste inrichtingsverliezen. Deze kunnen bij staking ook niet ten laste van het Nederlandse resultaat worden gebracht. De bewijslast dat sprake is van een stakingsverlies, evenals de omvang hiervan ligt dan ook bij de belastingplichtige.

Het stakingsverlies wordt met de Nederlandse winst verrekend op het tijdstip dat de activiteiten van de buitenlandse vaste inrichting zijn gestaakt. Indien een verbonden lichaam de activiteiten voortzet, wordt geacht dat de activiteiten niet zijn gestaakt. Worden de activiteiten aan een derde verkocht, dan wordt in beginsel het stakingsverlies in aanmerking genomen. Uitzondering op deze regel is de situatie waarin de verliezen van de activiteiten overgaan op de koper hiervan. In dat geval zijn de verliezen niet definitief verloren en ziet Nederland geen reden een tegemoetkoming te geven.

Wanneer de belastingplichtige binnen 3 jaar na staking van de vaste inrichting wederom activiteiten start in hetzelfde land, het maakt niet uit wat de aard van de activiteiten is, dan wordt dit gezien als een voortzetting van de oude vaste inrichting. Gevolg hiervan is dat in het startjaar van de nieuwe activiteiten het stakingsverlies dat in aftrek is gebracht wordt teruggenomen. Deze bijtelling wordt niet door de objectvrijstelling geneutraliseerd. Het teruggenomen stakingsverlies wordt wel weer aangemerkt als negatief bedrag uit de andere staat.

2.3.2.5 Verliesverrekening passieve vaste inrichting

Het resultaat van de buitenlandse passieve vaste inrichtingen valt niet onder de objectvrijstelling. De buitenlandse belasting van de buitenlandse passieve vaste inrichting wordt verrekend volgens

⁵² HvJ EG, 15 mei 2008 (Lidl Belgium), nr. C-414/06, r.o. 47-51, gepubliceerd in *BNB* 2009/85c*.

dezelfde systematiek als de deelnemingsverrekening⁵³. De systematiek van de deelnemingsverrekening wordt in paragraaf 2.4.4 uiteengezet.

2.4 De deelneming

In de Nederlandse vennootschapsbelasting wordt de term deelneming gebruikt voor de invulling van de deelnemingsvrijstelling in artikel 13 Wet Vpb 1969. Op grond van dit artikel is er onder andere sprake van een deelneming indien een 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. Tot 1 januari 2007 werd er onderscheid gemaakt tussen binnenlandse en buitenlandse deelnemingen voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. De buitenlandse deelnemingen moesten onderworpen zijn aan belasting in het vestigingsland en tevens mochten zij niet ter belegging gehouden worden⁵⁴. Doordat de wetgever de deelnemingsvrijstelling meer EU-proof wilde maken is dit onderscheid verdwenen⁵⁵. In de belastingverdragen die Nederland heeft afgesloten komt de term deelneming niet voor. Dit komt doordat artikel 7 van het OESO-Modelverdrag bepaalt dat iedere onderneming zelfstandig in de heffing wordt betrokken in het land waar de onderneming haar bedrijf uitoefent. Meer specifiek is dit het geval omdat de belastingverdragen juridische dubbele belasting voorkomen en niet economische dubbele belastingheffing. De deelnemingsvrijstelling voorkomt economische dubbele belastingheffing.

2.4.1 De deelnemingsvrijstelling

De bekendste objectvrijstelling in de Nederlandse belastingen is de deelnemingsvrijstelling. In de volgende alinea's wordt van de volgende situatie uitgegaan: een in Nederland gevestigde moedervenootschap heeft 100% van de aandelen in een buitenlandse dochtervenootschap. Het Nederlandse belastingstelsel betreft lichamen in de vennootschapsbelasting⁵⁶ en belast de winst van een lichaam zelfstandig. De winst van de dochtervenootschap kan in de vorm van dividend aan de moedervenootschap worden uitgekeerd. Op grond van artikel 13 Wet Vpb 1969 wordt het uitgekeerde dividend, onder diverse voorwaarden, niet belast. Dit geldt ook wanneer de dochtervenootschap in Nederland is gevestigd. Doordat de winst objectief wordt vrijgesteld, is deze winst niet dubbel belast. Dit was ook de reden van invoering van de deelnemingsvrijstelling. De objectvrijstelling zorgt voor kapitaalimportneutraliteit. Hierdoor bevindt het Nederlandse bedrijfsleven zich in dezelfde concurrentiepositie als de binnenlandse investeerders⁵⁷.

2.4.2 De beleggingsdeelneming

In artikel 13, lid 9 Wet Vpb 1969 wordt bepaald dat de deelnemingsvrijstelling in beginsel geen toepassing vindt bij een beleggingsdeelneming. In artikel 13, lid 11 staan twee voorwaarden, waar niet cumulatief aan hoeft te worden voldaan, om toch de deelnemingsvrijstelling te kunnen

⁵³ Zie art. 23d Wet Vpb 1969.

⁵⁴ Strik & de Vries, *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting*, editie 2009-2010.

⁵⁵ Kamerstukken II 2005/06, nr. 30 572, nr. 3.

⁵⁶ Artikel 2 Wet Vpb 1969.

⁵⁷ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, 11 april 2011, IFZ2011/100 M2, gepubliceerd in *V-N* 2011/12.4.

toepassen. Deze voorwaarden zijn dat het lichaam is onderworpen aan een belasting naar de winst die resulteert in een naar Nederlandse begrippen reële heffing, of dat de bezittingen van het lichaam middellijk of onmiddellijk voor minder dan de helft bestaan uit laagbelaste vrije beleggingen. Wat vrije beleggingen zijn, staat in artikel 13, lid 12. Indien een deelneming niet voldoet aan de voorwaarden dan kwalificeert het als een beleggingsdeelneming en vindt de deelnemingsvrijstelling geen toepassing. Dat betekent niet alleen dat dividenden en vermogenswinsten op dergelijke deelnemingen niet zijn vrijgesteld, maar eveneens dat verliezen op de deelneming aftrekbaar zijn. De deelnemingsverrekening geeft vervolgens een tegemoetkoming voor de verrekening van de (buitenlandse) winstbelasting bij de dochtermaatschappij.

2.4.3 Liquidatieverliesregeling

Door de deelnemingsvrijstelling behoren positieve en negatieve resultaten uit hoofde van een deelneming niet tot het belastbare resultaat. Een uitzondering op de deelnemingsvrijstelling is de liquidatieverliesregeling⁵⁸. De liquidatieverliesregeling zorgt ervoor dat, onder voorwaarden, de verliezen van de dochtervennootschap in aftrek kunnen worden gebracht bij de moedervennootschap. Zonder de liquidatieverliesregeling kan het verlies van een deelneming die wordt geliquideerd niet meer in aanmerking worden genomen⁵⁹. Op grond van artikel 13d, lid 2 Wet Vpb 1969 is de grootte van het verlies dat de moedervennootschap in aftrek kan brengen het verschil tussen het opgeofferde bedrag en het saldo van de liquidatie-uitkeringen. In de Nota "Wet werken aan winst"⁶⁰ werd vanwege vereenvoudigingsargumenten, grondslagverbreding en voorgestelde regelgeving inzake grensoverschrijdende verliesverrekening overwogen om de liquidatieregeling af te schaffen. Deze overweging vond plaats voor de uitspraak in het arrest Marks & Spencer⁶¹. Na de uitspraak van het Hof van Justitie EU achtte de wetgever nieuwe regelgeving omtrent grensoverschrijdende verliesverrekening niet nodig en concludeerde hij dat de liquidatieverliesregeling in overeenstemming is met het EU-recht⁶². Kritiekpunten zijn er echter wel. Het eerste is de wijze waarop het liquidatieverlies wordt berekend. Alleen bij puur toeval is het liquidatieverlies gelijk aan het verlies dat daadwerkelijk verloren gaat⁶³. Argumenten voor deze wijze van berekening zijn de moeilijkheid van het herrekenen van het verlies naar Nederlandse maatstaven en het gevaar van dubbele verliesverrekening. Ik vind deze argumenten niet overtuigend; het herberekenen van het verlies naar Nederlandse maatstaven is niet moeilijk, maar (slechts) kostbaar. De administratieve kosten van de nieuwe jaarrekening(en), opgesteld naar Nederlands fiscaal recht, zijn hoog. Het gevaar van dubbele verliesverrekening kan mijns inziens worden verholpen door de bewijslast hiervoor bij de belastingplichtige te leggen. Ander argument tegen de liquidatieverliesregeling is het feit dat een definitief verlies pas kan worden genomen bij

⁵⁸ Artikel 13d Wet Vpb 1969.

⁵⁹ MvT, Kamerstukken 6000 en Tweede nota van wijziging, Kamerstukken II 1989/90, nr. 13.

⁶⁰ Nota Wet werken aan winst 29-4-2005, nr. AFP05-386.

⁶¹ HvJ EG, 13 december 2005 (Marks & Spencer), nr. C-446/03, gepubliceerd in V-N 2005/60.15.

⁶² Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, Verslag Nota-overleg Kamerstukken II 2005/06, 30 107, nr. 9.

⁶³ Van der Geld, Hoofdzaken vennootschapsbelasting, FED Fiscale Studietoets 31, Deventer: Kluwer, 2009, p. 180.

liquidatie van de deelneming en niet wanneer het verlies verdampt, doordat de carry back en carry forward termijnen zijn verstreken.

Het liquidatieverlies is het opgeofferde bedrag, verminderd met de liquidatie-uitkering. Op de liquidatie-uitkering worden in art. 13d Wet Vpb 1969 een aantal fiscale correcties gemaakt. Het opgeofferde bedrag van een deelneming bestaat uit de kostprijs vermeerderd met formele en informele kapitaalstortingen en agio en de niet-aftrekbare aankoopkosten. Het opgeofferde bedrag wordt verminderd met de terugbetaling van het nominale aandelenkapitaal, informele kapitaal en agio en de 'meegekochte' dividenden⁶⁴. Ook wordt het niet aftrekbare afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening, voor zover dat kwalificeert als een informele kapitaalstorting opgeteld bij de kostprijs⁶⁵.

Naast het bepalen van het opgeofferde bedrag, dient ook de liquidatie-uitkering te worden bepaald. Op de liquidatie-uitkering moet een dividendcorrectie⁶⁶ worden toegepast. Dividenduitkeringen van de vijf jaar voor staking worden als liquidatie-uitkering aangemerkt. Vervolgens worden dividenduitkeringen in het zesde tot het tiende jaar voor staking bij een commercieel verlies in die jaren ook als liquidatie-uitkering aangemerkt. Dit geldt alleen wanneer de deelnemingsvrijstelling van toepassing was op deze dividenduitkeringen. Indien het dividend is belast, dan wordt het niet bij de liquidatie-uitkering opgeteld.

Voorts zijn er nog een aantal antimisbruikbepalingen in de liquidatieverliesregeling. Zo kan een liquidatieverlies pas in aanmerking worden genomen op het moment dat vereffening van de deelneming is voltooid⁶⁷. Een andere voorwaarde is dat het onverrekenende verlies van de deelneming definitief verloren moet gaan. Een andere vennootschap kan dit verlies niet verrekenen. Verder moet de onderneming van de ontbonden vennootschap geheel zijn gestaakt. De onderneming mag niet door een verbonden lichaam worden voortgezet. Een niet-verbonden belastingplichtige mag de onderneming wel voortzetten.

Er zijn nog diverse onduidelijkheden inzake de liquidatieverliesregeling en de voorwaarde die het arrest Marks & Spencer stelt. Dit geldt met name voor de interpretatie van definitieve verliezen.

2.4.4 Deelnemingsverrekening in verliessituaties

In paragraaf 2.4.2 is in het kort behandeld wanneer een deelneming in aanmerking komt voor de deelnemingsverrekening⁶⁸. De deelnemingsverrekening geldt kort door de bocht voor mobiel kapitaal in laagbelastende landen. Door de deelnemingsverrekening wordt de vrijstellingsmethode ingewisseld voor de verrekeningsmethode. Voordat wordt toegekomen aan de

⁶⁴ Kamerstukken II 1962/63, 6000, nr. 9, p. 24 en HR 5 december 1984, nr. 22 486, BNB 1986/351.

⁶⁵ Zie BNB 2012/37 e.v. (arresten onzakelijke lening).

⁶⁶ Art. 13d, lid 3 Wet Vpb 1969.

⁶⁷ Art. 13d, lid 9 Wet Vpb 1969.

⁶⁸ Art. 23c Wet Vpb 1969.

deelnemingsverrekening dient het voordeel eerst gebruteerd te worden. Voor berekening van de brutering wordt verwezen naar art. 13aa Wet Vpb 1969. Bruterering houdt in dat het netto-voordeel wordt verhoogd met de winstbelasting. De buitenlandse belastingdruk wordt forfaitair op 5% gesteld. Het netto-voordeel bedraagt dan 95% van het bruto-voordeel; het voordeel moet dus worden vermenigvuldigd met de factor 100/95. In EU-situaties moet de forfaitaire 5% brutering worden vervangen door het daadwerkelijke belastingtarief. Dit is opgenomen, omdat de Moeder-Dochterrichtlijn bij winstuitkeringen alleen verrekening toestaat indien de daadwerkelijke belasting in aanmerking wordt genomen⁶⁹. De deelnemingsverrekening kent drie limieten. De eerste limiet is 5% van het gebruteerde voordeel en is opgenomen in art. 23c, lid 2 onderdeel a, Wet Vpb 1969. De tweede limiet van de deelnemingsverrekening is opgenomen in lid 2 onderdeel b van art. 23c Wet Vpb 1969. Op grond van deze bepaling bedraagt de verrekening niet meer dan de Nederlandse vennootschapsbelasting die toerekenbaar is aan het netto voordeel. Deze limiet voorkomt dat Nederland vennootschapsbelasting moet ‘restitueren’. De derde limiet is opgenomen in art. 23c, lid 6 Wet Vpb 1969. Op grond van deze bepaling kan de vermindering van vennootschapsbelasting niet meer bedragen dan de verschuldigde vennootschapsbelasting. Hieronder volgt een voorbeeld ter verduidelijking:

Voorbeeld 1

| | |
|-------------------------------|-------|
| Nederlandse winst: | 1.000 |
| Buitenlandse winst: | 950 |
| Bruterering: 100/95 maal 950: | 1.000 |
| Belastbare winst: | 2.000 |

Er is hier uitgegaan van een buitenlandse winstbelasting van 5%.

De Nederlandse Vennootschapsbelasting bedraagt 500 (25% van 2.000).

De deelnemingsverrekening is het laagste van de volgende bedragen:

- De eerste limiet ad 5% van 1000 = 50.
- De tweede limiet ad 25% van 1000 = 250.
- De derde limiet ad 25% van 2000 = 500.

Na verrekening bedraagt de verschuldigde vennootschapsbelasting 450 (500 - 50).

Uit bovenstaande blijkt al dat de deelnemingsverrekening een draak van een regeling is, maar wanneer er verlies wordt geleden, wordt het helemaal een lastig verhaal. Dit komt grotendeels doordat over negatieve voordelen wordt gesproken in plaats van verlies. Hieronder volgt een uiteenzetting over de deelnemingsverrekening wanneer het voordeel uit de buitenlandse deelneming negatief is (er is dus een verlies geleden).

⁶⁹ Art. 4, lid 1 van de Moeder-Dochterrichtlijn.

Wanneer er een verlies is geleden, vindt het omgekeerde proces plaats van wanneer er een voordeel is behaald. Op grond van art. 13aa, lid 6, Wet Vpb 1969 moet het verlies met 5/25 deel worden verhoogd. Ter verduidelijking wordt aan voorbeeld 1 een verliesjaar toegevoegd:

Voorbeeld 2

| | |
|-----------------------------------|--------|
| Nederlandse winst: | 1.000 |
| Buitenlands verlies: | -950 |
| Brutering: 100/95 maal 950: | -1.000 |
| Winstbijtelling: 5/25 maal 1.000: | 200 |
| Belastbare winst: | 200 |

Er is hier uitgegaan van een buitenlandse winstbelasting van 5%.

De Nederlandse Vennootschapsbelasting bedraagt 50 (25% van 200).

Er is nu rekening gehouden met het buitenlandse verlies ad 1.000. Over de twee jaren is de wereldwinst in jaar 1 2.000 en in jaar 2 nihil. De te betalen vennootschapsbelasting over deze twee jaar bedraagt 25% van 2.000 = 500. De betaalde vennootschapsbelasting in jaar 1 is 450 en in jaar 2 50 en in totaal dus 500. Er wordt in deze bepaling wel van uitgegaan dat het verlies in het buitenland verrekenbaar kan worden met de winst.

Met deze voorbeelden volstaat dit verrekeningssysteem. Echter het is ook mogelijk dat er alleen maar verliezen worden geleden, of dat het verlies veel groter is als de voordelen die daarna genoten worden. Dan is er ten onrechte een beperking in de verliesverrekening opgelegd. Een inhaalregeling is hier mijns inziens beter op zijn plaats. Nu zal om het evenwichtig te houden de beperking moeten worden teruggenomen in de liquidatieverliesregeling. In het volgende onderdeel ga ik hier nader op in.

2.4.5 De samenloop tussen de liquidatieverliesregeling en de deelnemingsverrekening

De liquidatieverliesregeling is volgens de wetgever gebaseerd op de gedachte dat verliezen fiscaal moeten worden verrekenbaar. Omdat bij liquidatie compensabele verliezen verloren kunnen gaan is de liquidatieverliesregeling ingevoerd. Er was een uitzondering op de deelnemingsvrijstelling hiervoor nodig. De gedachte dat verliezen fiscaal moeten worden verrekenbaar geldt zowel voor de actieve deelneming als voor de beleggingsdeelneming. Voor de beleggingsdeelneming is op het eerste gezicht geen liquidatieverliesregeling nodig, omdat de verliezen bij de moedervernootschap in aftrek kunnen worden gebracht. Dit geldt ook voor verliezen bij liquidatie⁷⁰. Tijdens de parlementaire behandeling is dan ook uitdrukkelijk gesteld dat de liquidatieverliesregeling niet van toepassing is voor beleggingsdeelnemingen⁷¹. De Boer en Ruijschop⁷² merken echter op dat de wettekst van art. 13d Wet Vpb 1969 de beleggingsdeelneming niet uitsluit. Volgens Hofman vloeit

⁷⁰ Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 63.

⁷¹ Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 66.

⁷² Boer en Ruijschop, 'Het afscheid van een eenduidig deelnemingsbegrip, WFR 2007/273.

uit de wetsystematiek voort dat de beleggingsdeelneming wordt uitgesloten van art. 13d Wet Vpb 1969.

2.5 De fiscale eenheid

Tot 1 januari 2003 was het mogelijk om een fiscale eenheid te vormen met naar buitenlands recht opgerichte vennootschappen met vestigingsplaats in Nederland en vennootschappen opgericht naar Nederlands recht, maar gevestigd in het buitenland. Vanaf 1 januari 2003 is dit niet meer mogelijk. Het is wel toegestaan een fiscale eenheid aan te vragen voor een vaste inrichting in Nederland die een onderneming drijft met behulp van het hoofdhuis in het buitenland⁷³. Voorwaarde is dat het heffingsrecht over de winst aan Nederland moet zijn toegewezen.

2.5.1 Het fiscale-eenheidsregime tot 1 januari 2003

Tot 1 januari 2003 gold als uitgangspunt voor de fiscale eenheid de 'opgaan in'-gedachte; de dochtermaatschappij werd geacht op te zijn gegaan in de moedermaatschappij. Alle bezittingen en schulden van de dochter werden aan de moedermaatschappij toegerekend en voor de vennootschapsbelasting bestond de dochtermaatschappij niet meer. De dochtermaatschappij was niet objectief belastingplichtig. Het was echter onduidelijk of zij ook niet meer subjectief belastingplichtig was.

In eerste instantie konden alleen vennootschappen die naar Nederlands recht waren opgericht en waren gevestigd in Nederland een fiscale eenheid vormen. De wet stond geen fiscale eenheid toe tussen lichamen die in het buitenland gevestigd waren. De Hoge Raad⁷⁴ heeft geoordeeld dat de vestigingsplaatsfictie van artikel 2, lid 4 Wet Vpb 1969 van toepassing is op de fiscale eenheid. Door deze uitspraak konden vennootschappen opgericht naar Nederlands recht ongeacht hun vestigingsplaats in de fiscale eenheid worden gevoegd.

De wet stond het ook niet toe om vennootschappen opgericht naar buitenlands recht, maar gevestigd in Nederland, in de fiscale eenheid te voegen. Ook deze casus kwam voor de Hoge Raad⁷⁵ en hij besliste dat deze beperking in strijd is met het non-discriminatiebeginsel van artikel 1 Belastingregeling voor het Koninkrijk (hierna: BRK). In casu ging het hier om een naar Antilliaans recht opgerichte NV, die feitelijk in Nederland gevestigd is.

Na bovenstaand arrest kwam de wetgever met een goedkeurende resolutie⁷⁶. In deze resolutie werden de bovenstaande uitspraken van de Hoge Raad door de Staatssecretaris onderkend. Ook inzake de kwalificatie van dochtermaatschappijen heeft de Hoge Raad een aantal arresten⁷⁷ gewezen. Hieruit blijkt dat Nederland in het buitenland gevestigde dochtermaatschappijen ziet als een vaste inrichting in dat land. Bij het voegen van een in het buitenland gevestigde moedermaatschappij, zag de wetgever dit als een in het buitenland gevestigde moedermaatschappij met een vaste inrichting in Nederland.

⁷³ Artikel 15, lid 4 Wet Vpb 1969.

⁷⁴ HR, 29 juni 1988, nr. 24 738, BNB 1988/331.

⁷⁵ HR, 16 maart 1994, nr. 27 764, BNB 1994/191.

⁷⁶ Besluit 10 augustus 1994, DB 94/1842M, V-N 1994 blz. 2702-2704.

⁷⁷ HR, 29 juni 1988, nr. 24 738, BNB 1988/331, HR, 13 november 1996, nr. 31 008, BNB 1998/47 en HR, 20 december 2002, nr. 37 072, BNB 2003/286.

Na het besluit van 10 augustus 1994 en bovengenoemde jurisprudentie bestond er nog een verschil tussen de behandeling van een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap die gevestigd is in het buitenland en een naar buitenlands recht opgerichte vennootschap die gevestigd is in het buitenland. Dit is een potentiële strijdigheid met het EU-recht en daardoor kwam de Staatssecretaris met een nieuw besluit⁷⁸, waarin hij ook goedkeuring gaf om een fiscale eenheid te vormen met een naar buitenlands recht opgerichte vennootschap gevestigd in het buitenland. Tot 2003 werd onder het fiscale-eenheidsregime een feitelijk niet in Nederland gevestigde dochtermaatschappij geacht te zijn opgegaan in de moedermaatschappij. De buitenlandse verliezen konden zo in mindering worden gebracht op de Nederlandse winst.

2.5.2 Het fiscale-eenheidsregime vanaf 1 januari 2003

Artikel 15, lid 1 Wet Vpb 1969 bepaalt dat indien een belastingplichtige (de moedermaatschappij) het juridische en economische eigendom bezit van ten minste 95% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van een andere belastingplichtige (de dochtermaatschappij), op verzoek van beide belastingplichtigen de belasting van hen wordt geheven alsof er één belastingplichtige is, in die zin dat de werkzaamheden en het vermogen van de dochtermaatschappij deel uitmaken van de werkzaamheden en het vermogen van de moedermaatschappij. De belasting wordt geheven bij de moedermaatschappij. De belastingplichtigen tezamen worden in dat geval aangemerkt als fiscale eenheid. Onder het huidige fiscale eenheidsregime is voeging van een in het buitenland gevestigde vennootschap niet mogelijk⁷⁹. Ook is de ‘opgaan in’-gedachte losgelaten en wordt er nu belasting geheven alsof er één belastingplichtige is. De dochter behoudt de subjectieve belastingplicht, echter voor de vaststelling van de belastinggrondslag worden alle maatschappijen van de fiscale eenheid aangemerkt als één belastingplichtige. De wijziging van de ‘opgaan-in’-gedachte is een principiële wijziging en geen inhoudelijke. Van belang bij deze wijziging was dat dochtermaatschappijen die zijn gevoegd in een fiscale eenheid verdragstoegang blijven behouden, in het bijzonder voor de verlaging van buitenlandse bronbelastingen.

De vestigingsplaatsfictie van artikel 2, lid 4 Wet Vpb 1969 is niet van toepassing. Het is dus niet meer mogelijk om een grensoverschrijdende fiscale eenheid aan te gaan.

2.5.3 Het voorstel grensoverschrijdende fiscale eenheid in de Nota Wet werken aan winst

In de Nota ‘Werken aan winst; naar een laag tarief en een brede grondslag’⁸⁰ is door de toenmalige Staatssecretaris een nieuw regime voor verliesverrekening over de grens beschreven. Aanleiding voor dit voorstel was de aanhangige zaak Marks & Spencer bij het Hof van Justitie EU. Voordelen uit de Nota zijn het toestaan van grensoverschrijdende verliesverrekening waardoor het vestigingsklimaat verbetert en de verwachting van een Europees belastingsysteem. Het voorstel was om voor in de EU gevestigde dochtermaatschappijen verliesverrekening toe te staan bij de in

⁷⁸ Besluit 12 mei 2004, CPP 2004/634M.

⁷⁹ Artikel 15, lid 3, sub c Wet Vpb 1969.

⁸⁰ Nota ‘Werken aan winst, naar een laag tarief en een brede grondslag: Kamerstukken II 2004/05, 30 107, nr. 2. Zie ook Brief Ministerie van Financiën 29 april 2005, nr. AFP 2005-00386, V-N 2005/24.3.

Nederland gevestigde moedermaatschappij. Om massale verliesimport te voorkomen, werd een aantal inkaderingsmaatregelen opgenomen:

- De fiscale eenheid moet een bepaalde minimumperiode bestaan;
- Verplichte voeging in de fiscale eenheid van alle in de lidstaat gevestigde dochtermaatschappijen;
- De aftrek van verliezen van de buitenlandse dochtermaatschappijen wordt teruggenomen door de inhaalregeling;
- Het buitenlands verlies moet eerst worden verrekend met buitenlandse winst; en
- De liquidatieverliesregeling wordt afgeschaft.

Na het gewezen arrest van Marks & Spencer van 13 december 2005 trok de Staatssecretaris de grensoverschrijdende fiscale eenheid in. De liquidatieverliesregeling zou niet worden afgeschaft, maar bleef gewoon in de wet.

2.5.3.1 De grensoverschrijdende fiscale eenheid en verdragstoepassing

Zoals hiervoor beschreven, was tot 2003 de grensoverschrijdende fiscale eenheid mogelijk. Doordat toentertijd de ‘opgaan in’-gedacht werd gehanteerd bij de fiscale eenheid, kwam de vraag aan de orde of de dochtermaatschappij van de fiscale eenheid toegang had tot een belastingverdrag ter voorkoming van dubbele belasting en of het resultaat juist gekwalificeerd wordt door het verdrag. Indien dit niet het geval is, kan sprake zijn van dubbel belastingheffing of dubbele verliesverrekening. In de arresten BNB 1988/331⁸¹ en BNB 1998/47⁸² heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de buitenlandse dochtermaatschappij toegang heeft tot het verdrag en dat de resultaten worden aangemerkt als ondernemingswinsten van een buitenlandse vaste inrichting.

Per 1 januari 2003 is het fiscale eenheidsregime gewijzigd. In de nationale wetgeving is vastgelegd dat de ‘opgaan in’-gedachte niet meer van toepassing is en dat de moeder- en dochtermaatschappij zelfstandig belastingplichtig blijven. Het commentaar bij artikel 4 van het OESO-Modelverdrag is ook gewijzigd, hierdoor is de woonplaatsbepaling verduidelijkt. Door deze aanpassingen ben ik van mening dat indien Nederland een grensoverschrijdende fiscale eenheid wederom toestaat, deze toegang heeft tot het belastingverdrag. Voorts vind ik dat de jurisprudentie nog steeds geldig is, omdat de wijzigingen in de wetgeving en het commentaar bij het OESO-Modelverdrag de uitspraken van de Hoge Raad hebben bevestigd.

Het gevolg hiervan is dat buitenlandse dochtermaatschappijen transparant worden. Zij worden als buitenlandse vaste inrichting beschouwd van hun Nederlandse moedermaatschappij.

2.6 Heffingsbeginselen en buitenlandse ondernemingswinsten

De keuze van een heffingsbeginsel heeft invloed op de heffingsbevoegdheid voor buitenlandse ondernemingsresultaten. Een andere definitie van bijvoorbeeld het territorialiteitsbeginsel kan impliceren dat buitenlandse resultaten in de Nederlandse grondslag worden meegenomen, of dat buitenlandse resultaten objectief worden vrijgesteld. Indien een staat voor het

⁸¹ HR, 29 juni 1988, nr. 24 738, BNB 1988/331.

⁸² HR, 13 november 1996, nr. 31 008, BNB 1998/47.

territorialiteitsbeginsel kiest en dus belasting heft op grond van het oorsprongsbeginsel impliceert dat een objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingsresultaten. Dit betekent dat buitenlandse winsten en verliezen geen invloed hebben op de binnenlandse belastinggrondslag. Momenteel geldt dit voor de behandeling van de resultaten van buitenlandse deelnemingen. Bij heffing op grond van het nationaliteitsbeginsel worden buitenlandse ondernemingsresultaten wel meegenomen in de binnenlandse belastinggrondslag. Dit betekent dat verliezen in aftrek kunnen worden gebracht op binnenlandse winst; grensoverschrijdende verliesverrekening is dus mogelijk. Tezamen met de heffing op grond van het nationaliteitsbeginsel zal een staat de verrekeningsmethode en de inhaalregeling invoeren. Dit was het Nederlandse systeem voor de buitenlandse vaste inrichting voor 1 januari 2012. Zoals in onderdeel 2.3 en verder behandeld constateren ik dat de huidige objectvrijstelling voor de vaste inrichting geen zuivere objectvrijstelling is. Bij de vaste inrichting bestaat nog steeds bijdrage- en aftrekwinst. Hierdoor hebben onder andere valutaresultaten en vermogensverschuivingen nog altijd invloed op de heffingsgrondslag.

2.7 Conclusie

De centrale vraag van dit hoofdstuk is: *In hoeverre is verliesverrekening mogelijk bij een buitenlandse vaste inrichting en een buitenlandse deelneming en hoe werkt de voorkoming van dubbele verliesverrekening uit?*

Doordat het bij een vaste inrichting aan zelfstandigheid ontbreekt werd tot 1 januari 2012 het resultaat van de vaste inrichting in de grondslag van het hoofdhuis meegenomen. Vanaf 2012 is dit niet meer aan de orde door de invoering van een objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingsresultaten. Door de invoering van de objectvrijstelling is een vaste inrichting meer gelijkgesteld met een deelneming. De deelnemingsvrijstelling en de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingsresultaten is ingevoerd om te zorgen voor een gelijkwaardige concurrentiepositie voor binnenlandse investeerders. Door deze gelijkstelling sluit Nederland voor de belastingheffing aan bij het territorialiteitsbeginsel.

In de literatuur is veel discussie over de uitleg van het territorialiteitsbeginsel. Er zijn twee stromingen. De ene stroming sluit aan bij de uitleg volgens het internationale belastingrecht, terwijl de andere stroming aansluit bij het volkenrechtelijke territorialiteitsbeginsel. Ik ben zelf van mening dat moet worden aangesloten bij het internationale belastingrecht. De uitleg van het territorialiteitsbeginsel is van belang voor de mogelijkheid tot grensoverschrijdende verliesverrekening. Wanneer territorialiteit een oorsprongsheffing inhoudt dan kunnen staten van een hoofdhuis het verlies van de buitenlandse vaste inrichting niet in de heffingsgrondslag betrekken. Dit omdat er geen link is tussen het verlies en het territoir. Aan de andere kant, indien territorialiteit woonplaatsheffing inhoudt en het wereldinkomen belast, dan kan het verlies van de buitenlandse vaste inrichting wel in de heffingsgrondslag worden betrokken en is grensoverschrijdende verliesverrekening mogelijk. Nederland hanteert momenteel het territorialiteitsbeginsel en betreft alleen binnenlands inkomen in de belastinggrondslag. Uitzondering hierop is de behandeling van de buitenlandse resultaten van de vaste inrichting; deze

resultaten worden niet objectief vrijgesteld en de liquidatie- en stakingsverliesregeling voor deelnemingen en vaste inrichtingen.

Ik ben van mening dat Nederland het territorialiteitsbeginsel moet hanteren, dit impliceert belastingheffing op grond van het oorsprongsbeginsel. Ik kom tot deze mening doordat belasting wordt geheven over inkomen (object) en niet over (rechts)personen (subject). Voor belastingheffing dient aangesloten te worden bij de zakelijke heffingsbeginselen en dus bij het oorsprongbeginsel. Gevolg hiervan is dat het oorsprongbeginsel resultaten de kwalificatie binnenlands of buitenlands meegeeft. De oorzaak van het resultaat dient op het territoir te liggen om dit hieraan toe te rekenen. Dit betekent ook dat Nederland in beginsel geen grensoverschrijdende verliesverrekening moet toelaten, omdat dat een inbreuk is op het territorialiteitsbeginsel.

3. Grensoverschrijdende verliesverrekening

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt grensoverschrijdende verliesverrekening bij een vaste inrichting en een deelneming getoetst aan drie essentiële criteria. Ten eerste wordt getoetst of een objectvrijstelling, die grensoverschrijdende verliesverrekening uitsluit, zoals de deelnemingsvrijstelling en de objectvrijstelling voor vaste inrichtingen niet in strijd is met de regels van de Europese interne markt. Het Hof van Justitie EU heeft diverse uitspraken gedaan inzake grensoverschrijdende verliesverrekening en voorkoming van dubbele belasting in de nationale wetgeving van lidstaten. Tevens zal de liquidatieverliesregeling, de stakingsverliesregeling en de deelnemingsverrekening worden getoetst aan de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU. Na een analyse van de jurisprudentie op dit gebied zal duidelijk zijn wat de stand van zaken is en of grensoverschrijdende verliesverrekening is toegestaan. In de analyse wordt een onderscheid gemaakt tussen rechtspraak van vaste inrichtingen, deelnemingen en het fiscale eenheidsregime. Ten tweede zal er een economische analyse volgen. De centrale vraag daarin is welke vorm van belastingheffing het meest efficiënt is. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen belastingheffing op grond van territorialiteit en universaliteit. Deze heffingsbeginselen laten zich economisch vertalen in kapitaalimportneutraliteit (hierna: KIN) en kapitaalexportneutraliteit (hierna: KEN). De economische gevolgen voor Nederland van het kiezen van een heffingsbeginsel wordt hierin uiteengezet. Vervolgens betoog ik volgens welk heffingsbeginsel Nederland economisch gezien zou moeten heffen. De keuze van één van de twee heffingsbeginselen heeft gevolgen voor het wel of niet toestaan van grensoverschrijdende verliesverrekening. Daarna worden de gevaren van belastingontwijking behandeld en dan met name de antimisbruikmaatregelen. De antimisbruikmaatregelen worden getoetst aan de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU en de wenselijkheid. Denk bij de toetsing aan de wenselijkheid of de antimisbruikmaatregel proportioneel is en niet zijn doel voorbij streeft.

3.2 De interne markt

3.2.1 introductie interne markt

De Europese Unie is opgericht om gemeenschappelijke doelstellingen van lidstaten te bereiken⁸³. Eén van de doelstellingen is het tot stand laten komen van een interne markt⁸⁴. Met andere woorden: een ruimte zonder grenzen, waarin het vrije verkeer van personen, goederen, diensten en kapitaal is gewaarborgd⁸⁵. Dit impliceert dat er geen dubbele belastingheffing plaatsvindt en dat er een openmarkteconomie is met onvervalste en vrije mededinging⁸⁶. Binnen de interne markt bestaat een verschillende behandeling van grensoverschrijdende verliezen. Deze verschillende behandeling heeft gevolgen voor de werking van de interne markt. Het toestaan van grensoverschrijdende

⁸³ Art. 1 Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: VEU).

⁸⁴ Art. 3 lid 3 VEU, jo. 26 lid 1 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU).

⁸⁵ Art. 26 lid 2 VwEU.

⁸⁶ Weber, 'VPB 2007. Een stelsel gebaseerd op het territorialiteitsbeginsel: EG-aspecten en contouren', *WFR* 2004/1297.

verliesverrekening draagt bij aan de verwezenlijking van de interne markt⁸⁷. De Mededeling van de Europese Commissie komt met drie alternatieven voor grensoverschrijdende verliesverrekening:

1. *“Definitieve overbrenging van verliezen. Toekomstige winsten blijven buiten beschouwing.*
2. *Tijdelijke overbrenging van verliezen. Inhaal van afgetrokken verliezen.*
3. *Onmiddellijke belasting van de resultaten van de dochter. Inaanmerkingneming van resultaten van verliesgevend lichaam gedurende een bepaalde termijn”⁸⁸.*

Onder definitieve overbrenging van verliezen verstaat de Commissie dat vennootschappen verliezen of winsten overbrengen naar een andere vennootschap. Er is hierbij geen mogelijkheid om verliezen in te halen. Gevolg hiervan is dat de belastinggrondslag van lidstaten wordt uitgehold, aangezien het buitenlandse verlies de belastbare winst en daarmee uiteraard ook het belastbare bedrag. Om deze grondslaguitholling te compenseren wil de Commissie een verrekeningsmechanisme introduceren. De lidstaat waar de verlies-doorschuivende vennootschap is gevestigd moet de lidstaat van de verlies-absorberende vennootschap compenseren. Dit vind ik in theorie een goed voorstel, echter in praktijk is het verrekeningsmechanisme niet te realiseren. Zie hiervoor ook het voorstel in de omzetbelasting betreffende de invoer voor het één-loket-systeem⁸⁹.

Het tweede voorstel, de tijdelijke overbrenging van verliezen, is de systematiek die Nederland tot 1 januari 2012 had met de vaste inrichting. Verliezen van de dochtermaatschappij verminderen de winst van de moedermaatschappij. Deze verliezen worden zodra de dochtermaatschappij winstgevend is ingehaald.

Het derde alternatief is het onmiddellijk belasten van de resultaten van de dochter. Dit alternatief is te vergelijken met de Nederlandse fiscale eenheid. In deze variant is de fiscale eenheid echter grensoverschrijdend. Het CCCTB-voorstel⁹⁰ is hier op gebaseerd.

Het grote manco van deze mededeling is dat lidstaten met betrekking tot directe belastingen soeverein zijn en zelfstandig kunnen beslissen of ze één van de bovenstaande alternatieven implementeren. Deze mededeling heeft mijns inziens dan ook weinig invloed gehad⁹¹.

Bij toetsing aan de interne markt beperk ik mij tot EU-situaties.

3.2.2 Jurisprudentie van het Hof van Justitie EU

De interne markt is, niet geheel verrassend, ook van toepassing op de fiscale regelgeving van de lidstaten. De fiscale regelgeving mag de verwezenlijking van de interne markt niet belemmeren. Daarom wordt de nationale fiscale wet- en regelgeving door het Hof van Justitie EU getoetst aan de verkeersvrijheden. Bij de zaken die het Hof van Justitie EU heeft behandeld met betrekking tot grensoverschrijdende verliesverrekening werd altijd een beroep gedaan op de vrijheid van

⁸⁷ Mededeling van de Commissie, 19 december 2006, COM (2006)824 def.

⁸⁸ Mededeling van de Commissie, 19 december 2006, COM (2006)824 def, paragraaf 3.4.

⁸⁹ De Europese Commissie wil één loket waar ondernemingen alle btw-verplichtingen kunnen voldoen. Hierdoor hoeft een belastingplichtige bij grensoverschrijdende prestaties niet bij belastingdiensten van verschillende lidstaten zijn btw aangiftes te doen. Hierdoor kan een Nederlandse ondernemer al zijn omzetbelastingverplichtingen in Nederland afhandelen. De Nederlandse fiscus betaalt de af te dragen btw door aan bijvoorbeeld België. Het probleem bij dit verrekeningsmechanisme is dat niet elke overheid van een lidstaat als betrouwbaar te boek staat. De lidstaten moeten elkaar wel betalen om het systeem te laten werken.

⁹⁰ Richtlijn van de Raad, 16 maart 2011, COM (2011)121 def.

⁹¹ Nederland streeft coördinatie na in plaats van harmonisatie, zie Kamerstukken II 1997/98, 25 087, nr. 4, paragraaf 1.2.2.

vestiging⁹² en de vrijheid van kapitaal⁹³. Binnen de Europese Unie is het niet van groot belang of men een beroep op de vrijheid van vestiging of kapitaal doet. In verhoudingen met derdelanden maakt dit wel degelijk uit. De vrijheid van vestiging gaat voor op toetsing aan de vrijheid van kapitaalverkeer. De vrijheid van kapitaal is ook van toepassing op derdelandensituaties; de vrijheid van vestiging niet⁹⁴.

3.2.3 Jurisprudentie vaste inrichting en grensoverschrijdend verlies

De jurisprudentie inzake grensoverschrijdende verliesverrekening met een vaste inrichting start in 1997. In de zaak Futura⁹⁵ komt het fiscale territorialiteitsbeginsel aan de orde. Futura SA is een in Frankrijk gevestigde vennootschap met een vaste inrichting in Luxemburg. Luxemburg neemt bij de berekening van de maatstaf van heffing voor niet-inwoners alleen de winsten en verliezen uit Luxemburgse activiteiten in aanmerking⁹⁶. De berekening van het belastbaar bedrag vindt dus aan de hand van het oorsprongbeginsel plaats. Dit betekent dat de verliezen die zijn geleden in Frankrijk niet in aanmerking kunnen worden genomen bij de vaste inrichting in Luxemburg. In rechtsoverweging 20 merkt het Hof van Justitie EU op dat er een verschil is voor de maatstaf van heffing tussen inwoners en niet-inwoners. Inwoners worden namelijk voor hun wereldinkomen in de heffing betrokken, terwijl niet-inwoners slechts voor hun Luxemburgse activiteiten in de heffing worden betrokken. Deze regelgeving is volgens het Hof van Justitie EU in overeenstemming met het fiscale territorialiteitsbeginsel⁹⁷. Het Hof van Justitie EU constateert geen discriminatie in de Luxemburgse wetgeving. Het Hof van Justitie EU acht een Luxemburgse vaste inrichting niet vergelijkbaar met een Luxemburgse vennootschap. In de literatuur wordt aangenomen dat het verschil in onderworpenheid fiscaal relevant is⁹⁸. In het vervolg zal het Hof van Justitie EU deze gedachtegang niet aanhouden, maar op grond van het arrest Futura mag een lidstaat de voorwaarde stellen dat verliezen toerekenbaar zijn aan eerder behaalde winsten van de vaste inrichting in dat territoir.

De volgende zaak die voor het Hof van Justitie EU verscheen was AMID⁹⁹ (Algemene Maatschappij voor Investing en Dienstverlening). In casu betrof het een Belgische vennootschap die een verlies leed op haar activiteiten in België en een winst behaalde met haar vaste inrichting in Luxemburg. Er wordt in België belasting geheven over de wereldwinst en hierdoor werd de winst uit de vaste inrichting verrekend met het verlies uit het Belgische hoofdhuis. In het jaar daarop werd het AMID niet toegestaan om de Belgische winst uit dat jaar te compenseren met het Belgische verlies uit het

⁹² Art. 49 VwEU (art. 43 EG-Verdrag).

⁹³ Art. 65 VwEU (art. 58 EG-Verdrag).

⁹⁴ Voor een uitvoerige discussie over de rangorde tussen vrijheid van vestiging en vrijheid van kapitaal, zie Fase, 'Het rangordevraagstuk in derdelandenverhoudingen', *WFR* 2008/687.

⁹⁵ HvJ EG, 15 mei 1997 (Futura), nr. C-250/95, gepubliceerd in (oude notatie) *V-N* 1997/4242,27, (nieuwe notatie) *V-N* 1997/50.27.

⁹⁶ HvJ EG, 15 mei 1997 (Futura), nr. C-250/95, gepubliceerd in (oude notatie) *V-N* 1997/4242,27, (nieuwe notatie) *V-N* 1997/50.27.

⁹⁷ HvJ EG, 15 mei 1997 (Futura), nr. C-250/95, gepubliceerd in (oude notatie) *V-N* 1997/4242,27, (nieuwe notatie) *V-N* 1997/50.27.

⁹⁸ Zie Weber in de noot bij Futura *FED* 1998/365.

⁹⁹ HvJ EG, 14 december 2000 (AMID), nr. C-141/99, gepubliceerd in *V-N* 2001/7.38.

jaar hiervoor. Dit resulteert in een dubbele heffing, omdat de winst uit de vaste inrichting nu in België én in Luxemburg is belast. Indien dit een zuiver nationale situatie zou zijn, dan kon het verlies wel worden verrekend. Het Hof van Justitie EU oordeelde dat dit in strijd is met de vrijheid van vestiging en dat hier geen geaccepteerde rechtvaardiging voor bestaat. Er is volgens het Hof van Justitie EU geen objectief verschil tussen de casus waarin de vaste inrichting in Luxemburg of in België is gevestigd. Indien de vaste inrichting in België was gevestigd, dan had het verlies wel verrekend kunnen worden en daarom is het in strijd met de vrijheid van vestiging. België moet de winst met het verlies uit voorgaand jaar compenseren.

In de literatuur is kritiek gekomen op het arrest AMID. Engelen¹⁰⁰ meent dat het Hof van Justitie EU de nationale wetgeving van lidstaten verkeerd interpreteert. Engelen vindt dat het Hof van Justitie EU geen blaam treft, omdat zij is gespecialiseerd in het uitleggen van het gemeenschapsrecht. Uit bovenstaand arrest blijkt dat Belgische vennootschappen die een verlies lijden, maar een winstgevende vaste inrichting hebben een fiscaal nadeel ondervinden. Dit zou niet het geval zijn indien de vaste inrichting in België is gevestigd. Het fiscale nadeel bestaat uit de dubbele belasting van het vaste inrichtingsresultaat. Deze dubbele belasting hoort door het belastingverdrag weggenomen te worden. Het Hof van Justitie EU hoort hier niet over te oordelen. Ik ben het in deze met Engelen eens. Het Hof van Justitie EU mag alleen over Europese regelgeving oordelen. Het uitleggen van belastingverdragen is een taak van de nationale rechtsmacht. Engelen is dan ook benieuwd of het Hof van Justitie EU tot een ander oordeel zou zijn gekomen indien zij voldoende kennis had gehad van de nationale wetgeving van België. Verder stelt Engelen dat de Belgische rechter duidelijkere prejudiciële vragen had moeten stellen.

In 2008 deed het Hof van Justitie EU uitspraak in de zaak Deutsche Shell¹⁰¹. In deze zaak ging het om een Duitse vennootschap met een vaste inrichting in Italië. De activa van de vaste inrichting zijn in een dochtervennootschap ingebracht en hierdoor hield de vaste inrichting op te bestaan. Bij de terugbetaling van het dotatiekapitaal van de vaste inrichting werd een omvangrijk valutaverlies gerealiseerd. Het was niet mogelijk om dit valutaverlies in aftrek te brengen in Italië, omdat daar in lires werd gerekend en er dus geen valutaverlies was. Duitsland hanteert een objectvrijstelling voor vaste inrichtingen; doordat het verlies in Duitse marken wel tot uitdrukking komt zou het in Duitsland in aftrek moeten worden genomen. Dit gebeurt echter niet vanwege de objectvrijstelling¹⁰². De prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie EU luidde:

“Is het in strijd met de vrijheid van vestiging (...) dat de Bondsrepubliek Duitsland als lidstaat van oorsprong een wisselkoersverlies van de binnenlandse moederonderneming bij de repatriëring van het zogenaamde dotatiekapitaal dat aan een in Italië gevestigde vaste inrichting is verschafte, behandelt als deel van de winst van de vaste inrichting en op grond van het belastingverdrag uitsluit van de berekeningsgrondslag voor de Duitse belastingheffing, hoewel het wisselkoersverlies niet kan worden opgenomen in de voor de Italiaanse belastingheffing vast te stellen winst van de vaste inrichting, en derhalve noch in

¹⁰⁰ Engelen, 'De voorlichting van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in fiscale zaken', *TFO* 2001/117.

¹⁰¹ HvJ EG, 28 februari 2008 (Deutsche Shell), nr. C-293/06, gepubliceerd in *V-N* 2008/13.8.

¹⁰² Bij de Nederlandse objectvrijstelling doet dit probleem zich niet voor, aangezien het valutaresultaat niet in de aftrekwinst voorkomt.

*de lidstaat van oorsprong, noch in de lidstaat van de vaste inrichting in aanmerking wordt genomen*¹⁰³?

Het Hof van Justitie EU oordeelde dat in deze zaak alleen Duitsland rekening kan houden met het valutaverlies. Het valutaverlies dat voortkomt uit een vaste inrichting, maar daar niet in aftrek kan worden genomen moet het hoofdhuis in aftrek nemen¹⁰⁴.

Aan de uitspraak in de zaak Lidl Belgium¹⁰⁵ is in paragraaf 2.3.2.3 aandacht besteed. Het Hof van Justitie EU ziet, evenals in het hiervoor behandelde arrest AMID¹⁰⁶, geen objectief verschil tussen binnenlandse en buitenlandse vaste inrichtingen. Het Hof van Justitie EU ziet een discriminatie in het feit dat Duitsland het verlies van de buitenlandse vaste inrichting niet verrekend. Het Hof van Justitie EU ziet ook een rechtvaardiging voor deze discriminatie, namelijk een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid¹⁰⁷. Met definitief onverrekenbare verliezen dient Duitsland volgens het Hof van Justitie EU echter wel rekening te houden¹⁰⁸.

In oktober 2008 volgt de uitspraak van het Hof van Justitie EU in de zaak Krankenhaus Ruhesitz¹⁰⁹. In casu ging het om een Duits hoofdhuis met een vaste inrichting in Oostenrijk. De vaste inrichting leed een verlies en dit verlies werd in mindering gebracht op de Duitse belastinggrondslag. De winsten van de vaste inrichting die de jaren daarna volgden werden conform de inhaalregeling in Duitsland belast. Krankenhaus Ruhesitz kon het verlies in Oostenrijk niet verrekenen met de winst, omdat volgens Oostenrijkse regelgeving een vaste inrichtingsverlies niet wordt verrekend wanneer het hoofdhuis in haar geheel een winst behaalt. De Duitse rechter stelde prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU over de vraag of de Duitse inhaalregeling in overeenstemming is met het EG-recht. Het Hof van Justitie EU ziet een beperking van de vrijheid van vestiging, maar er is een rechtvaardiging voor deze beperking. Het Hof van Justitie oordeelt dat de bijtelling van de verliezen niet los kan worden gezien van de eerder gegeven aftrek. Er bestaat een rechtstreeks, persoonlijk en feitelijk verband¹¹⁰.

Het is vreemd dat het Hof van Justitie EU een belemmering ziet, terwijl deze er niet is. In de zaak Krankenhaus Ruhesitz wordt de buitenlands belastingplichtige hetzelfde behandeld als een binnenlands belastingplichtige. Wattel¹¹¹ merkt dit ook in zijn noot bij het arrest Krankenhaus Ruhesitz op. Volgens Wattel zijn de woorden 'minder gunstig heeft behandeld' in r.o. 37 onjuist. Meussen¹¹² ziet ook geen verschillende behandeling van Duitsland tussen een binnenlandse en

¹⁰³ HvJ EG, 28 februari 2008 (Deutsche Shell), nr. C-293/06, r.o. 22, gepubliceerd in *V-N* 2008/13.8.

¹⁰⁴ HvJ EG, 28 februari 2008 (Deutsche Shell), nr. C-293/06, r.o. 44 en 45, gepubliceerd in *V-N* 2008/13.8.

¹⁰⁵ HvJ EG, 15 mei 2008 (Lidl Belgium), nr. C-414/06, gepubliceerd in *BNB* 2009/85c*.

¹⁰⁶ HvJ EG, 14 december 2000 (AMID), nr. C-141/99, gepubliceerd in *V-N* 2001/7.38.

¹⁰⁷ HvJ EG, 15 mei 2008 (Lidl Belgium), nr. C-414/06, r.o. 32 en 33, gepubliceerd in *BNB* 2009/85c*.

¹⁰⁸ HvJ EG, 15 mei 2008 (Lidl Belgium), nr. C-414/06, r.o. 47-51, gepubliceerd in *BNB* 2009/85c*.

¹⁰⁹ HvJ EG, 23 oktober 2008 (Krankenhaus), nr. C-157/07, gepubliceerd in *V-N* 2008/55.14.

¹¹⁰ HvJ EG, 23 oktober 2008 (Krankenhaus), nr. C-157/07, r.o. 42, gepubliceerd in *V-N* 2008/55.14.

¹¹¹ Noot Wattel, punt 7 bij HvJ EG, 23 oktober 2008 (Krankenhaus), nr. C-157/07 in *BNB* 2009/86.

¹¹² Meussen, 'The ECJ's Judgement in Krankenhaus - The Last Piece in the Cross-Border Loss Relief Puzzle?', *European Taxation*, juli 2009, par. 3, p. 361-362.

buitenlandse vaste inrichting. Wel merkt hij op dat het probleem in Oostenrijk ontstaat. Oostenrijk beperkte de voorwaartse verliesverrekening, hierdoor werd de winst van de Oostenrijkse vaste inrichting dubbel belast.

In het kader van de definitie van definitieve verliezen is het arrest *Krankenheim* ook van belang. Het Hof van Justitie EU oordeelt dat “aan het oordeel dat de beperking die uit die fiscale regeling voortvloeit gerechtvaardigd wordt door de noodzaak om de samenhang daarvan te waarborgen, kan evenmin worden afgedaan door het in de derde vraag van de verwijzende rechter genoemde feit dat de hoofdenootschap de betrokken vaste inrichting heeft verkocht en dat de winsten en verliezen die deze vaste inrichting tijdens haar bestaan heeft behaald en geleden uiteindelijk een negatief resultaat opleverden”¹¹³. Het is dus niet relevant dat de vaste inrichting nog niet alle verliezen had verrekend ten tijde van de verkoop van deze vaste inrichting.

Dit werpt een nieuw licht op de definitie van definitieve verliezen uit het arrest *Marks & Spencer Meussen*¹¹⁴ merkt op dat bij de verkoop van de vaste inrichting het hoofdhuis de mogelijkheid heeft een nieuwe vaste inrichting op te zetten en in deze vaste inrichting de resterende verliezen nog kan benutten. De verliezen van de vaste inrichting zijn dus nog niet definitief. Bij opheffing van een vaste inrichting is Meussen wel van mening dat de verliezen definitief zijn. *Kiegebeld*¹¹⁵ meent dat uit het arrest *Krankenheim* blijkt dat een verlies niet definitief wordt door een beperkte verliescompensatie in een andere lidstaat. Ik ben van mening dat het lastig is vast te stellen wanneer verliezen definitief zijn en hierin ben ik niet alleen¹¹⁶.

Op grond van bovengenoemde argumenten is mijns inziens pas sprake van definitieve verliezen wanneer bezien vanuit de staat van het hoofdhuis er geen mogelijkheid is de verliezen in de bronstaat te verrekenen. Dit zal het geval zijn indien de vaste inrichting ophoudt te bestaan, wanneer de deelneming wordt geliquideerd of wanneer de onderneming van de vaste inrichting of deelneming wordt gestaakt of verkocht en er geen mogelijkheid is de verliezen in een nieuwe vaste inrichting of deelneming te verrekenen.

3.2.4 Jurisprudentie deelnemingen en grensoverschrijdend verlies

Hoewel de zaak *Bosal Holding*¹¹⁷ niet over de verrekening van verliezen gaat, is dit arrest wel van belang, omdat het territorialiteitsbeginsel hier aan de orde komt. *Bosal Holding* heeft diverse dochtervennootschappen in negen andere lidstaten. *Bosal Holding* maakt kosten in verband met de financiering van haar buitenlandse deelnemingen. Deze kosten konden niet in aftrek worden gebracht op het resultaat, omdat deze kosten niet dienstbaar zijn aan het behalen van Nederlandse belastbare winst. Deze kosten kunnen dus wel bij Nederlandse dochtervennootschappen in aftrek worden gebracht. Het Hof van Justitie EU oordeelde dat dit in strijd is met de vrijheid van

¹¹³ HvJ EG, 23 oktober 2008 (*Krankenheim*), nr. C-157/07, r.o. 53, gepubliceerd in *V-N* 2008/55.14.

¹¹⁴ Meussen, ‘The ECJ’s Judgment in *Krankenheim* - The Last Piece in the Cross-Border Loss Relief Puzzle?’, *European Taxation* juli 2009, par. 5, p. 363

¹¹⁵ Zie Sprundel, ‘Verslag van het EFS Seminar “Grensoverschrijdende fiscale eenheid: fata morgana?”’, *WFR* 2008/1443, par. 2.

¹¹⁶ Perdelwitz, ‘8th Annual IFA Conference on International Taxation in Berlin’, *European Taxation* februari 2009, p. 98.

¹¹⁷ HvJ EG, 18 september 2003 (*Bosal*), nr. C-168/01, gepubliceerd in *V-N* 2003/46.10.

vestiging. Een moedervennootschap wordt namelijk belemmerd haar activiteiten uit te oefenen via een buitenlandse dochteronderneming.

De Nederlandse regering heeft als rechtvaardigingsgrond onder andere het territorialiteitsbeginsel aangedragen¹¹⁸. De regering is van mening dat dochtervennootschappen, van een in Nederland gevestigde moedervennootschap, die belastbare winst behalen in Nederland en dochtervennootschappen die dat niet doen niet met elkaar te vergelijken zijn. Er is hier dus geen sprake van discriminatie. In het eerste geval wordt alle winst in Nederland belast, terwijl met een buitenlandse dochtervennootschap de winst deels in een andere lidstaat wordt belast. De regering stelde dat op grond van het territorialiteitsbeginsel de kosten die gemaakt worden in verband met buitenlandse activiteiten moeten worden toegerekend aan de met deze activiteiten behaalde winst. Het Hof van Justitie EU kon zich niet vinden in het Nederlandse beroep op het territorialiteitsbeginsel. Zij wees het beroep om twee redenen af:

1. Het Futura-arrest had betrekking op de heffing van belasting van één belastingplichtige, die activiteiten uitoefende in de lidstaat waar hij zijn voornaamste vestiging had alsook in andere lidstaten vanuit nevenvestigingen. In de zaak Bosal Holding gaat het om twee zelfstandig belastingplichtigen, namelijk de moeder- en de dochtervennootschap.
2. Dat dochtervennootschappen met binnenlandse en buitenlandse winst niet vergelijkbaar zijn is irrelevant. Het gaat in deze zaak om de moedervennootschap en niet om een dochtervennootschap.

In de literatuur is scherpe kritiek geuit op het Bosal-arrest. Met name Wattel¹¹⁹ heeft harde kritiek en hij is van mening dat na de arresten Marks & Spencer, Oy AA en X-Holding het arrest Bosal achterhaald is. Uit het arrest Bosal blijkt dat verliesjurisdictie-shopping mogelijk is. Dit gaat ten koste van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid. De evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid is nu juist de rechtvaardigingsgrond die aanvaard wordt door het Hof van Justitie EU in de arresten Marks & Spencer, Oy AA en X-Holding. Hieruit concludeert Wattel dat het Hof van Justitie EU een andere koers is gaan varen en het Bosal-arrest achterhaald is.

Aan de uitspraak in de zaak Marks & Spencer¹²⁰ is in paragraaf 2.3.2.3 aandacht besteed. In deze zaak erkent het Hof van Justitie EU territorialiteit; het Hof van Justitie EU maakt echter een voorbehoud voor definitief onverrekenbare verliezen. Een verlies is definitief onverrekenbaar wanneer er geen mogelijkheid bestaat dat het verlies van de buitenlandse dochtervennootschap in toekomstige belastingjaren in de vestigingsstaat wordt verrekend, hetzij door de dochtervennootschap zelf, hetzij door een derde, met name ingeval de dochtervennootschap aan een derde is verkocht¹²¹. Dit houdt in dat de verliesverrekeningsmogelijkheden in de vestigingsstaat

¹¹⁸ HvJ EG, 18 september 2003 (Bosal), nr. C-168/01, r.o. 37-39, gepubliceerd in *V-N* 2003/46.10.

¹¹⁹ Wattel, nadere conclusie bij het arrest X-Holding, 7 juni 2010, nr. 43484bis, gepubliceerd in *V-N* 2010/48.17.

¹²⁰ HvJ EG, 13 december 2005 (Marks & Spencer), C-446/03, gepubliceerd in *V-N* 2005/60.15.

¹²¹ HvJ EG, 13 december 2005 (Marks & Spencer), C-446/03, gepubliceerd in *V-N* 2005/60.15, r.o. 55.

van de dochtervennootschap zijn uitgeput. Er bestaat geen carry-back of carry-forward mogelijkheid bij de dochtervennootschap, een groepsvennootschap of een derde.

In de zaak *Rewe Zentralfinanz*¹²² ging het om een Duitse moedervennootschap die haar buitenlandse dochtervennootschap afschreef tot lagere bedrijfswaarde. Deze afschrijving is een van de winst aftrekbare bedrijfslast. De afschrijving op een in Duitsland gevestigde deelneming kan worden verrekend met de positieve inkomsten van de moedervennootschap. In deze casus kon dat echter niet, omdat het hier een niet in Duitsland gevestigde (passieve) deelneming betrof. De afschrijvingslast kan te zijner tijd wel worden verrekend met de baten uit de deelneming. Indien de deelneming in Duitsland was zijn gevestigd, dan was de afschrijving direct aftrekbaar. Het Hof van Justitie EU ziet een belemmering van de vrijheid van vestiging. Door de verschillende behandeling heeft de Duitse moedervennootschap met een Duitse deelneming immers een cashflowvoordeel¹²³. Deze belemmering kan niet worden gerechtvaardigd met een beroep op een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten. Het Hof van Justitie EU oordeelde dat een afschrijving op een buitenlandse deelneming niet inhoudt dat een verlies tweemaal wordt genomen en dat het beperken van de afschrijving geen geschikt middel is om belastingontwijking te bestrijden. Ook een beroep op het territorialiteitsbeginsel faalt. Het in het *Futura*-arrest¹²⁴ ontwikkelde territorialiteitsbeginsel is bedoeld om te voorkomen dat bij toepassing van het gemeenschapsrecht een samenloop van belastingjurisdicties ontstaat. In casu is daar geen sprake van, omdat de omvang van de objectieve belastingplicht van de Duitse moedervennootschap ter discussie staat¹²⁵.

De zaak *Oy AA*¹²⁶ is een arrest over de Finse groepsbijdrageregeling. De groepsbijdrageregeling houdt in dat wanneer een Finse vennootschap ten minste een 90%-belang heeft in een dochtervennootschap, er winst kan worden overgedragen tussen deze vennootschappen. De winst die wordt overgedragen is aftrekbaar bij de overdragende vennootschap en wordt belast bij de ontvangende vennootschap. *Oy AA* is een Finse dochtervennootschap die een winstoverdracht doet aan haar Engelse moedervennootschap. De Finse fiscus weigerde de aftrek en vervolgens werd de prejudiciële vraag gesteld of het in strijd met de vrijheid van vestiging is als aan de groepsbijdrageregeling de eis wordt gesteld dat de vennootschappen in Finland zijn gevestigd. Het Hof van Justitie EU oordeelde dat de vrijheid van vestiging wordt belemmerd, het Hof van Justitie EU ziet twee rechtvaardigingsgronden hiervoor, namelijk een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en het gevaar van belastingontwijking. Deze uitspraak ligt in de lijn met *Marks & Spencer*¹²⁷ waarin verliezen niet over de grens kunnen worden verrekend. Het overdragen van winsten aan een verliesgevende vennootschap is immers niet anders dan het overdragen van verliezen aan een winstgevende vennootschap.

¹²² HvJ EG, 29 maart 2007 (*Rewe*), nr. C-347/04, gepubliceerd in *V-N* 2007/18.14.

¹²³ HvJ EG, 29 maart 2007 (*Rewe*), nr. C-347/04, r.o. 29, gepubliceerd in *V-N* 2007/18.14.

¹²⁴ HvJ EG, 15 mei 1997 (*Futura*), nr. C-250/95, gepubliceerd in *V-N* 1997/4242, 27.

¹²⁵ Noot bij HvJ EG, 29 maart 2007, nr. C-347/04, gepubliceerd in *V-N* 2007/18.14.

¹²⁶ HvJ EG, 18 juli 2007 (*Oy AA*), nr. C-231/05, gepubliceerd in *V-N* 2007/57.13.

¹²⁷ HvJ EG, 13 december 2005 (*Marks & Spencer*), nr. C-446/03, gepubliceerd in *V-N* 2005/60.15.

Op 19 april 2012 heeft A-G Kokott conclusie genomen in de zaak Philips Electronics¹²⁸. Het betreft hier een Nederlandse moederverenootschap met twee dochterverenootschappen. De ene dochterverenootschap is in Nederland gevestigd en de andere in Groot-Brittannië. De Nederlandse dochterverenootschap heeft een vaste inrichting in Groot-Brittannië. De vaste inrichting beschikt over een verlies en de Britse dochterverenootschap wil dit verlies overnemen op grond van het Britse groepsregime. De Britse fiscus weigert de overdracht, omdat de mogelijkheid bestaat om het verlies in Nederland in aftrek te nemen.

A-G Kokott oordeelt dat deze voorwaarde verder gaat dan nodig is en dat deze beperking in strijd is met de vrijheid van vestiging. Een beroep op rechtvaardigingsgronden zoals voorkoming van een dubbele verliesaftrek of handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten zijn volgens de A-G niet effectief.

3.2.5 Jurisprudentie fiscale eenheid en grensoverschrijdend verlies

De fiscale eenheid is alleen toegankelijk voor in Nederland gevestigde lichamen. Met een beroep op de vrijheid van vestiging uit het EG-verdrag is de Nederlandse rechter de vraag gesteld of in de fiscale eenheid ook een in het buitenland gevestigd lichaam kan worden opgenomen. Op 25 februari 2010 heeft het Hof van Justitie EU in het arrest X-Holding¹²⁹ beslist dat Nederland een grensoverschrijdende fiscale eenheid niet hoeft toe te staan tussen een in Nederland gevestigde moedermaatschappij en een in België gevestigde dochtermaatschappij. In casu ging het om een in Nederland gevestigde en naar Nederlands recht opgerichte moederverenootschap die alle aandelen bezit van een in België gevestigde en naar Belgisch recht opgerichte verenootschap. Deze verenootschap verrichtte geen activiteiten in Nederland. Beide verenootschappen wilden in de fiscale eenheid om zo de Belgische verliezen te verrekenen met de Nederlandse winsten. Het Hof van Justitie EU vindt dat het uitsluiten van een buitenlandse verenootschap voor de fiscale eenheid een beperking van de vrijheid van vestiging oplevert, echter deze uitsluiting vindt het Hof van Justitie EU wel gerechtvaardigd. Grond voor de rechtvaardiging is het feit dat een grensoverschrijdende fiscale eenheid afbreuk doet aan de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid, omdat de moederverenootschap kan kiezen in welke lidstaat het verlies van de dochter in mindering wordt gebracht.

Anderhalf jaar hiervoor heeft het Hof van Justitie EU de zaak Papillon¹³⁰ gewezen. In dit arrest ging het om het Franse equivalent van de Nederlandse fiscale eenheid, de 'intégration fiscale'. In casu was er een verliesgevende Franse dochter van een Franse grootmoeder. De dochtermaatschappij werd gehouden door een Nederlandse tussenhoudster. De grootmoeder wilde de intégration fiscale aangaan met de dochter, maar dit werd door de Franse fiscus geweigerd. Dit is volgens de grootmoeder in strijd met de vrijheid van vestiging. Het Hof van Justitie EU oordeelde dat de intégration fiscale niet mocht worden beperkt tot de gevallen waarin de moeder ook in Frankrijk is gevestigd. Kortom, een intégration fiscale tussen een grootmoeder en een dochter in Frankrijk moet

¹²⁸ Conclusie A-G Kokott, 19 april 2011 (Philips Electronics), nr. C-18/11, gepubliceerd in V-N 2012/21.19.

¹²⁹ HvJ EG, 25 februari 2010 (X-Holding), nr. C-337/08, r.o. 23-24, gepubliceerd in V-N 2010/12.19.

¹³⁰ HvJ EG, 27 november 2008 (Papillon), nr. C-418/07, gepubliceerd in V-N 2008/59.20.

worden toegestaan. Hier mag Frankrijk volgens het Hof van Justitie EU wel enkele voorwaarden aan verbinden om dubbele verliesverrekening te voorkomen¹³¹.

Aan rechtbank Haarlem¹³² is een soortgelijke casus voorgelegd. Een Nederlandse moeder wilde een fiscale eenheid aangaan met haar kleindochtervennootschappen. Deze vennootschappen werden door een Duitse tussenhoudster gehouden. Op 10 juni 2011 oordeelde de rechtbank dat het niet toestaan van de fiscale eenheid in strijd is met de vrijheid van vestiging. De rechtbank verwijst in haar uitspraak naar het arrest Papillon. De rechtbank is van mening dat het feit dat de fiscale eenheid binnen Nederland blijft een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid oplevert. Wel geeft zij te kennen dat er gevaar voor dubbele verliesverrekening bestaat. Ook de Europese Commissie¹³³ is van mening dat Nederland de regelgeving omtrent de fiscale eenheid moet veranderen. Op 16 juni 2011 is Nederland namelijk officieel verzocht de wetgeving aan te passen¹³⁴.

Opvallend is de uitspraak van Rechtbank 's-Gravenhage van 30 december 2011¹³⁵. Het betrof hier een Nederlandse vennootschap (X) die aandelen houdt in een andere Nederlandse vennootschap (Y) via een Spaanse vennootschap. De Nederlandse vennootschap (X) houdt ook aandelen in een andere Nederlandse vennootschap (Z) via twee Griekse vennootschappen. De Nederlandse vennootschap (X) verzoekt om een fiscale eenheid aan te gaan tussen X, Y en Z. De inspecteur wijst het verzoek af. Rechtbank 's-Gravenhage stelt de inspecteur in het gelijk en wijst het verzoek af. De Rechtbank komt tot dit oordeel, omdat zij het gevaar van bilaterale dubbele verliesverrekening een belangrijke rechtvaardigingsgrond acht. De Rechtbank is bang dat het verlies tweemaal wordt verrekend. Eerst binnen de fiscale eenheid en daarna door waardedaling van de aandelen of vorderingen. Deze uitspraak is niet in lijn met het Papillon-arrest, het is dan ook opmerkelijk dat belanghebbende berust in de uitspraak. Dubbele verliesverrekening in Nederland is mogelijk indien de verliezen van de binnenlandse kleindochtermaatschappij tot uitdrukking komen in de buitenlandse tussenhoudster en daardoor wederom in aftrek kunnen komen bij de Nederlandse moedermaatschappij.

Bij het toestaan van een grensoverschrijdende fiscale eenheid is het dus zaak dubbele verliesverrekening te voorkomen.

¹³¹ HvJ EG, 27 november 2008 (Papillon), nr. C-418/07, r.o. 48-58, gepubliceerd in V-N 2008/59.20.

¹³² Rechtbank Haarlem, 10 juni 2011, LJN: BQ 7515.

¹³³ "De Commissie bevordert het algemeen belang van de Unie en neemt daartoe passende initiatieven. Zij ziet toe op de toepassing van zowel de Verdragen als de maatregelen die de instellingen krachtens deze Verdragen vaststellen. Onder de controle van het Hof van Justitie van de Europese Unie ziet zij toe op de toepassing van het recht van de Unie. Zij voert de begroting uit en beheert de programma's. Zij oefent onder de bij de Verdragen bepaalde voorwaarden coördinerende, uitvoerende en beheerstaken uit. Zij zorgt voor de externe vertegenwoordiging van de Unie, behalve wat betreft het gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid en de andere bij de Verdragen bepaalde gevallen. Zij neemt de initiatieven tot de jaarlijkse en meerjarige programmering van de Unie om interinstitutionele akkoorden tot stand te brengen." Art. 17, lid 1 Verdrag betreffende Europese Unie.

¹³⁴ Persbericht Europese Commissie, 16 juni 2011, nr. IP/11/719.

¹³⁵ Rechtbank 's-Gravenhage, 30 december 2011, LJN: BV2892.

3.2.6 Commentaar op de jurisprudentie

3.2.6.1 Het verschil tussen het fiscale en het volkenrechtelijke territorialiteitsbeginsel

Uit bovenstaande jurisprudentie van het Hof van Justitie EU blijkt dat het ‘fiscale territorialiteitsbeginsel’ geen verboden discriminatie oplevert. Het Hof van Justitie EU legt dit beginsel uit als het verschijnsel dat inwoners over hun wereldinkomen worden belast, terwijl niet-inwoners alleen over inkomsten uit binnenlandse activiteiten worden belast¹³⁶. Dit is opvallend, want in het internationale belastingrecht wordt met territorialiteit bedoeld het systeem waarin inwoners en niet-inwoners slechts worden belast over inkomen uit de heffende staat¹³⁷. Het lijkt erop dat het Hof van Justitie EU niet aansluit bij de uitleg uit het internationale belastingrecht, maar bij de territoriale soevereiniteit in het volkenrecht.

Wanneer deze veronderstelling wordt aangenomen, werpt dit een ander licht op diverse uitspraken van het Hof van Justitie EU. In het arrest Futura¹³⁸ zou het Hof van Justitie EU kunnen hebben bedoeld dat Luxemburg aan niet-inwoners bij verliescompensatie de voorwaarde mag stellen dat de verliezen verband houden met het Luxemburgse territoir. De reden hiervoor is dat er door het territorialiteitsbeginsel alleen heffing wordt toegestaan over het territoir. De zaak verandert op het punt waar het gaat om buitenlandse inkomsten van een inwoner, want volgens het Hof van Justitie EU kan een staat deze buitenlandse inkomsten wel belasten. Het territorialiteitsbeginsel lijkt geen betekenis te hebben voor de belastingheffing door de woonstaat van een inwoner. Zie in gelijke zin ook het arrest Marks & Spencer¹³⁹, waarin het Hof van Justitie EU overweegt (r.o. 40):

“Toch rechtvaardigt de omstandigheid dat deze lidstaat de winst van de niet-ingezeten dochtervennootschappen van een op zijn grondgebied gevestigde moedervennootschap niet belast, in se geen beperking van de groepsaftrek tot het verlies van de ingezeten vennootschappen”.

Uit deze rechtsoverweging blijkt dat het Verenigd Koninkrijk de buitenlandse dochters niet in de heffing kan betrekken, maar wel dat het een onbeperkte heffingsbevoegdheid heeft ten aanzien van inwoners. Hierdoor leidt het territorialiteitsbeginsel niet tot een begrenzing van de heffingsbevoegdheid.

3.2.6.2 Het territorialiteitsbeginsel en de interne markt

De vraag komt op in hoeverre een belastingstelsel dat gebaseerd is op territorialiteit in overeenstemming is met de interne markt. Door het ontbreken van Europese regelgeving op het gebied van directe belastingen, kunnen lidstaten zelf de regelgeving vaststellen en hun belastingjurisdictie afbakenen. Het Hof van Justitie EU benadrukt echter wel dat de wetgeving in overeenstemming moet zijn met de verdragsvrijheden. Verder valt op dat het Hof van Justitie EU in zijn rechtspraak niet streeft naar een interne markt, omdat het Hof van Justitie EU het territorialiteitsbeginsel mijns inziens snel als rechtvaardigingsgrond aanmerkt. Wanneer het Hof van

¹³⁶ HvJ EG, 15 mei 1997 (Futura), nr. C-250/95, r.o. 21, gepubliceerd in (oude notatie) V-N 1997/4242,27, (nieuwe notatie) V-N 1997/50.27.

¹³⁷ Weeghel, ‘Thoughts on territoriality in relation to Dutch corporate tax reform’, in: *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Bruylant, Brussel 2006, p. 1138-1139.

¹³⁸ HvJ EG, 15 mei 1997, nr. C-250/95, gepubliceerd in (oude notatie) V-N 1997/4242,27, (nieuwe notatie) V-N 1997/50.27.

¹³⁹ HvJ EG, 13 december 2005 (Marks & Spencer), C-446/03, gepubliceerd in V-N 2005/60.15.

Justitie wel naar een interne markt streeft, dan hadden de uitspraken in de arresten Marks & Spencer en X-Holding grensoverschrijdende verliesverrekening toegestaan.

3.2.6.3 Territorialiteit in de rechtspraak

De jurisprudentie van het Hof van Justitie EU met betrekking tot grensoverschrijdende verliesverrekening is redelijk uitgekristalliseerd. Op grond van de vrijheid van vestiging (art. 49 VwEU, voorheen art. 43 EG-verdrag) moeten binnen- en buitenlandse vennootschappen gelijk worden behandeld binnen de EU. In combinatie met het streven naar een interne markt impliceert dit mijns inziens dat wanneer verliesverrekening tussen binnenlandse vennootschappen mogelijk is, dit ook mogelijk moet zijn in grensoverschrijdende situaties (binnen de EU). Volgens het Hof van Justitie EU is het mogelijk rechtvaardigingsgronden aan te dragen om een belemmering van de vrijheid van vestiging te rechtvaardigen. Deze rechtvaardigingsgronden dienen echter wel proportioneel te zijn. Proportionaliteit houdt in dat de maatregel enkel het doel treft en niet verder gaat dan noodzakelijk.

In het arrest Marks & Spencer¹⁴⁰ worden door het Hof van Justitie EU de volgende drie rechtvaardigingsgronden geaccepteerd: de noodzaak van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten, het gevaar van dubbele verliesverrekening en het gevaar van belastingontwijking. Het Hof van Justitie EU stelt dat met betrekking tot proportionaliteit grensoverschrijdende verliesverrekening moet worden toegestaan, indien alle verliesverrekeningsmogelijkheden in het bronland zijn uitgeput¹⁴¹. Uit het Marks & Spencer-arrest volgt de ‘altijd ergens’ benadering¹⁴², dit houdt in dat definitieve verliezen grensoverschrijdend verrekenbaar moeten zijn. ‘Tijdelijke’ verliezen kunnen niet grensoverschrijdend worden verrekend. Mede op basis van dit arrest ‘maakt’ het Hof van Justitie EU wetgeving. Deze wetgeving druist in tegen de functieomschrijving van het Hof van Justitie EU, zij dient namelijk de wetgeving te toetsen aan het EU-recht en niet zelf wetten te maken. Het Hof van Justitie EU dwingt lidstaten met het arrest Marks & Spencer om een liquidatieverliesregeling op te nemen in de wetgeving. Hierdoor wordt er een inbreuk gemaakt op de soevereiniteit van de lidstaten. Het Hof van Justitie EU heeft alleen de bevoegdheid om te oordelen of wetgeving in overeenstemming is met het EU-recht, hij kan niet zelf nieuwe wetgeving maken en dat is door het Hof van Justitie EU gewezen arrest Marks & Spencer wel gebeurd.

In het Oy AA-arrest¹⁴³ worden twee rechtvaardigingsgronden geaccepteerd: een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten en het voorkomen van belastingontwijking. Gevaar voor dubbele verliesverrekening is niet als rechtvaardigingsgrond door het Hof van Justitie EU in aanmerking genomen. De rechtvaardigingsgronden worden geaccepteerd, omdat ondernemingen anders kunnen kiezen waar hun winsten worden belast. In het arrest Oy AA sprak

¹⁴⁰ HvJ EG, 13 december 2005 (Marks & Spencer), nr. C-446/03, gepubliceerd in V-N 2005/60.15.

¹⁴¹ HvJ EG, 13 december 2005 (Marks & Spencer), nr. C-446/03, r.o. 54-56, gepubliceerd in V-N 2005/60.15.

¹⁴² Wattel, noot bij BNB 2006/72 bij zaak C-446/03, Marks & Spencer.

¹⁴³ HvJ EG, 18 juli 2007 (Oy AA), nr. C-231/05, gepubliceerd in V-N 2007/57.13.

het Hof van Justitie EU duidelijk uit dat de Finse regeling niet het doel heeft om kunstmatige constructies te bestrijden¹⁴⁴. Deze regeling kan dus eigenlijk niet gerechtvaardigd worden op grond van belastingontwijking. Het Hof van Justitie EU heeft dit toch als rechtvaardigingsgrond aangenomen, omdat groepsvennootschappen anders vrijelijk kunnen bepalen in welke lidstaten hun winsten belast worden. In dit arrest keurt het Hof van Justitie EU belastingheffing op grond van het territorialiteitsbeginsel goed en vindt het Hof van Justitie EU dit een zeer belangrijke rechtvaardigingsgrond om grensoverschrijdende verliesverrekening te beperken en grensoverschrijdende winstoverdrachten niet toe te staan. Evenals in het arrest Marks & Spencer wijkt het Hof van Justitie EU af van zijn eigen rechtspraak om tot een gewenst resultaat te komen.

Uit de arresten *Krankenheim Ruhesitz*¹⁴⁵ en *Lidl Belgium*¹⁴⁶ volgt dat het Hof van Justitie EU met betrekking tot vaste inrichtingen dezelfde gedachtegang aanhoudt als bij deelnemingen. De vrijheid van vestiging betekent neutraliteit van vestigingsstaat en rechtsvorm¹⁴⁷. Grensoverschrijdende verliesverrekening kan voor vaste inrichtingen worden beperkt, in dat geval is alleen binnenlandse verliesverrekening mogelijk. Dit kan echter alleen indien er is voldaan aan de rechtvaardigingsgronden uit het arrest Marks & Spencer¹⁴⁸. Vervolgens stelt het Hof van Justitie EU dat het de proportionaliteit van de rechtvaardigingsgronden ten goede komt wanneer lidstaten een inhaalregeling¹⁴⁹ invoeren¹⁵⁰. Het is dus niet verplicht om een inhaalregeling in te voeren; dit laat het Hof van Justitie EU over aan de lidstaten. De lidstaten kunnen dus zelfstandig bepalen of zij een tijdelijke verrekening geven voor grensoverschrijdende verliezen, of dat zij dit niet doen vanwege bijvoorbeeld budgettaire overwegingen. In het *Krankenheim*-arrest is de casus anders, hier had grensoverschrijdende verliesverrekening al plaatsgevonden. De verliezen werden nu door middel van de inhaalregeling ingelopen en dit wordt gerechtvaardigd door de symmetrie van deze regeling, alsmede het feit dat er in de vaste inrichtingsstaat geen verliesverrekening meer mogelijk was.

Uit het arrest *X-Holding*¹⁵¹ blijkt dat de rechtvaardigingsgrond van de noodzaak van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten voldoende is om een grensoverschrijdende fiscale eenheid niet toe te staan¹⁵². Het Hof van Justitie EU stelt dat door een grensoverschrijdende fiscale eenheid toe te staan, bedrijven kunnen kiezen waar het verlies valt; ze kunnen ieder jaar weer kiezen of ze al dan niet in de fiscale eenheid willen. De andere twee rechtvaardigingsgronden uit Marks & Spencer zijn niet van toepassing, omdat het Hof van Justitie EU oordeelt dat wanneer Nederland de winsten van de buitenlandse vennootschap niet kan belasten,

¹⁴⁴ HvJ EG, 18 juli 2007 (*Oy AA*), nr. C-231/05, r.o. 53-56, gepubliceerd in *V-N* 2007/57.13.

¹⁴⁵ HvJ EG, 23 oktober 2008 (*Krankenheim*), nr. C-157/07, gepubliceerd in *V-N* 2008/55.14.

¹⁴⁶ HvJ EG, 15 mei 2008 (*Lidl Belgium*), nr. C-414/06, gepubliceerd in *BNB* 2009/85c*.

¹⁴⁷ Van der Wal, 'Vaste inrichtingen en het gemeenschapsrecht: enkele kwetsbare onderdelen van de Nederlandse regelgeving', *WFR* 2009/436, par. 2.

¹⁴⁸ HvJ EG, 15 mei 2008 (*Lidl Belgium*), nr. C-414/06, r.o. 27, gepubliceerd in *BNB* 2009/85c*.

¹⁴⁹ Overeenkomstig de mededeling van de Europese Commissie die in onderdeel 3.2.1 is behandeld.

¹⁵⁰ HvJ EG, 15 mei 2008 (*Lidl Belgium*), nr. C-414/06, r.o. 54-55, gepubliceerd in *BNB* 2009/85c*.

¹⁵¹ HvJ EU, 25 februari 2010 (*X-Holding*), nr. C-337/08, gepubliceerd in *V-N* 2010/12.19.

¹⁵² HvJ EU, 25 februari 2010 (*X-Holding*), nr. C-337/08, r.o. 28-29, gepubliceerd in *V-N* 2010/12.19.

zij de verliezen niet in aftrek hoeft te nemen¹⁵³. Het argument van X-Holding om de buitenlandse dochtervennootschap te behandelen als een buitenlandse vaste inrichting werd door het Hof van Justitie EU verworpen. Door de (buitenlandse) deelneming te behandelen als een buitenlandse vaste inrichting, zou grensoverschrijdende verliesverrekening mogelijk zijn. Dit zou in veel gevallen louter een tijdelijk voordeel betekenen, omdat deze verliesverrekeningsmogelijkheid veelal met de inhaalregeling zou kunnen worden teruggenomen. Deze redenering wordt echter door het Hof van Justitie EU niet als een proportionele maatregel gezien voor de rechtvaardigingsgrond¹⁵⁴. Het argument van X-Holding om de Belgische vennootschap te behandelen als vaste inrichting kan ik moeilijk plaatsen. De gedachte hierachter is dat binnen fiscale eenheid, de dochtermaatschappij als vaste inrichting van de moedermaatschappij wordt behandeld. Echter, dat is binnen fiscale eenheid; in de procedure van X-Holding betreft het de aanvraag van de fiscale eenheid. X-Holding had bij oprichting of aankoop voor de vaste inrichting als rechtsvorm moeten kiezen om voor een groot deel dezelfde behandeling te krijgen als binnen het fiscale-eenheidsregime. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU blijkt ook dat een vennootschap anders mag worden behandeld dan een vaste inrichting. Echter een verschillende behandeling tussen een binnen- en een buitenlandse dochtervennootschap is niet toegestaan, dit is discriminatoir. Een verschillende behandeling tussen een buitenlandse vaste inrichting en een buitenlandse vennootschap is niet discriminatoir¹⁵⁵. Volgens het Hof van Justitie EU is dit in lijn met de arresten Marks & Spencer en Oy AA. In het arrest X-Holding verwijst het Hof van Justitie EU ook naar het arrest Lidl Belgium als argument om verliezen van een buitenlandse dochter niet in de grondslag mee te hoeven nemen. In dit arrest hoefde Duitsland ook niet de verliezen van de buitenlandse vaste inrichting mee te nemen in de grondslag. Mijns inziens klopt dit niet helemaal, want Nederland behandelt binnen- en buitenlandse dochtervennootschappen hetzelfde, evenals dat zij binnen- en buitenlandse vaste inrichtingen hetzelfde behandelt. Verder merk ik op dat er totaal geen aandacht is geschonken aan andere aspecten van de grensoverschrijdende fiscale eenheid, zoals het verplaatsen van activa met een stille reserve.

Hierdoor ben ik van mening dat het Hof van Justitie EU er alles aan doet om de belastinginkomsten van lidstaten te beschermen en een belastingstelsel op basis van het territorialiteitsbeginsel toestaat. De jurisprudentie inzake grensoverschrijdende verliesverrekening is tegenstrijdig met het streven naar een interne markt. Met name het arrest X-Holding laat zien dat het Hof van Justitie EU er alles aan doet om grensoverschrijdende verliesverrekening te voorkomen.

3.2.6.4 Marks & Spencer en X-Holding nog steeds geldig?

Nadat het Hof van Justitie EU het arrest X-Holding¹⁵⁶ had gewezen kwam in de literatuur de vraag op in hoeverre de beperking voor definitief onverrekenbare verliezen nog geldt. In het arrest X-Holding merkt het Hof van Justitie EU namelijk niets op over de definitief onverrekenbare verliezen.

¹⁵³ HvJ EU, 25 februari 2010 (X-Holding), nr. C-337/08, r.o. 43, gepubliceerd in V-N 2010/12.19.

¹⁵⁴ HvJ EU, 25 februari 2010 (X-Holding), nr. C-337/08, r.o. 40, gepubliceerd in V-N 2010/12.19.

¹⁵⁵ HvJ EU, 25 februari 2010 (X-Holding), nr. C-337/08, r.o. 40, gepubliceerd in V-N 2010/12.19.

¹⁵⁶ HvJ EU, 25 februari 2010 (X-Holding), nr. C-337/08, gepubliceerd in V-N 2010/12.19.

Weber¹⁵⁷ en Kok¹⁵⁸ merken op dat het vreemd is dat bij een regeling als de group relief het EU-recht dwingt dat definitieve verliezen grensoverschrijdend verrekend kunnen worden en dat bij een verregaande regeling zoals de grensoverschrijdende fiscale eenheid hier met geen woord over wordt gerept. Het feit dat dit in het arrest X-Holding niet aan de orde was, kan niet als argument worden gebruikt, want in het arrest Lidl Belgium was dit ook niet aan de orde en heeft het Hof van Justitie EU wel het oordeel van Marks & Spencer-arrest herhaald. Bij het arrest Marks & Spencer wordt in tegenstelling tot het arrest X-Holding een uitzondering gemaakt op de proportionaliteit van de rechtvaardigingsgrond. Indien dit ook bij het arrest X-Holding was gedaan, dan is een belastingstelsel gebaseerd op het zuivere territorialiteitsbeginsel toegestaan. Het zal echter lastig blijven bovenstaande redenering te bevestigen, omdat het Hof van Justitie EU het niet uitdrukkelijk vermeld wanneer zij omgaat.

Bij het arrest X-Holding komt de vraag op of het fiscale-eenheidsregime vanaf 1 januari 2012 in strijd is met het EU-recht, vanwege de introductie van de objectvrijstelling voor vaste inrichtingen. Vanaf 1 januari 2012 kan de grensoverschrijdende fiscale eenheid niet leiden tot grensoverschrijdende verliesverrekening en dat was nu juist de enige rechtvaardigingsgrond van het Hof van Justitie EU waardoor het Nederlandse fiscale-eenheidsregime niet in strijd was met het EU-recht.

Door de toepassing van de objectvrijstelling op buitenlandse resultaten is in de literatuur¹⁵⁹ voorzichtig opgemerkt dat het arrest X-Holding hierdoor is achterhaald. De rechtvaardigingsgrond in het arrest X-Holding was de noodzaak om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven. Het Hof van Justitie EU was bang dat de moedermaatschappij zelf kon kiezen waar zij haar verliezen laat neerslaan. Door de invoering van de objectvrijstelling meent Weber dat deze rechtvaardigingsgrond van het Hof van Justitie EU niet meer opgaat. De vraag is dan wat een reden kan zijn om de grensoverschrijdende fiscale eenheid toe te staan. De reden ligt met name in de toetsing op fiscale eenheidsniveau van een aantal wettelijke bepalingen; bijvoorbeeld de thin cap-regeling¹⁶⁰. Het Hof van Justitie EU heeft over deze onderdelen nog niet geoordeeld in grensoverschrijdende situatie. Indien de grensoverschrijdende fiscale eenheid mogelijk is, dan zijn hier voordelen mee te behalen. De vraag is nu welke rechtvaardigingsgrond nu opgaat.

De vraag in deze is of de grensoverschrijdende fiscale eenheid als geheel door het Hof van Justitie EU is afgewezen, of dat er sprake is van een per-elementbenadering¹⁶¹. Doordat het Hof van Justitie EU in het arrest X-Holding niet is ingegaan op de afzonderlijke elementen, ben ik van mening dat het Hof van Justitie EU de per-elementbenadering afwijst. Hierdoor is de

¹⁵⁷ Weber in zijn aantekening bij de Conclusie van A-G Kokott in X-Holding, *FED* 2010/3.

¹⁵⁸ Kok, 'De onmogelijkheid van een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting', paragraaf 3, *WFR* 2010/607.

¹⁵⁹ Van Graafeiland, 'Ontwikkelingen EU-recht; CCCTB', *WFR* 2012/411, onderdeel 6.1.

¹⁶⁰ Art. 10d, Wet Vpb 1969.

¹⁶¹ De per-elementbenadering volgt uit BNB 2010/22.

grensoverschrijdende fiscale eenheid als geheel afgewezen en is het niet meer mogelijk om per element opnieuw te procederen.

3.2.7 Liquidatieverlies en stakingsverlies getoetst aan EU-recht

Europeesrechtelijk is de liquidatieverliesregeling van art. 13d Wet Vpb 1969 in zijn huidige vorm relatief jong. Het arrest Marks & Spencer, waarin de liquidatieverliesregeling Europees het licht ziet, is op 13 december 2005 geweest. Hierdoor zijn er nog diverse begrippen die nadere uitleg van het Hof van Justitie EU behoeven, bijvoorbeeld wanneer een verlies definitief is en hoe verdampte verliezen behandeld dienen te worden.

Kemmeren¹⁶² acht de liquidatieverliesregeling *an sich* niet in strijd met het EU-recht, omdat er geen belemmering is van de vrijheid van vestiging. Tevens is hij van mening dat verliezen niet grensoverschrijdend kunnen worden verrekend, doordat er een dispariteit tussen belastingssystemen is; het Marks & Spencer-arrest doet hier niets aan af.

Ik kan mij hier deels in vinden, er is echter een verschillende behandeling tussen de toepassing van de liquidatieverliesregeling bij een buitenlandse deelneming, vergeleken met de toepassing van de verliesverrekeningsregels bij een binnenlandse deelneming die in de fiscale eenheid is gevoegd. Ervan uitgaande dat bij oprichting van de dochtermaatschappij deze meteen in de fiscale eenheid wordt gevoegd, is het mogelijk om de 'tijdelijke' verliezen van de dochtermaatschappij toe te rekenen aan de moedermaatschappij. Indien art. 13d Wet Vpb 1969 moet worden toegepast is het niet mogelijk om 'tijdelijke' verliezen te verrekenen; dan kan er pas een liquidatieverlies in aanmerking worden genomen wanneer de vennootschap is ontbonden en vereffend. Hierdoor heeft de binnenlandse dochtermaatschappij een cashflow-voordeel ten opzichte van de buitenlandse dochtermaatschappij. Dit verschil is echter niet in strijd met het Europese recht. Uit het arrest X-Holding blijkt dat bovenstaande casus niet in strijd is met het EU-recht. De Hoge Raad heeft dit nogmaals bevestigd in het houdsterverliesregulingsarrest¹⁶³.

De definitie van definitieve verliezen is hierbij ook van belang. Zoals opgemerkt in de analyse van het arrest Krankenheim is hier geen eenduidige uitleg over te geven. Dit zal moeten komen door ontwikkeling van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU. Echter een korte analyse waarin het begrip redelijk wordt ingekaderd is wel mogelijk. Op grond van de zaak Marks & Spencer kan worden beargumenteerd dat definitieve verliezen eerder dan liquidatie in aftrek moeten worden genomen. In rechtsoverweging 55 stelt het Hof van Justitie EU het volgende:

(...) de niet-ingezeten dochtervennootschap de in haar vestigingsstaat bestaande mogelijkheden van verliesverrekening heeft uitgeput voor het belastingjaar waarvoor het verzoek om een belastingaftrek is ingediend, alsmede voor vroegere belastingjaren, in voorkomend geval via een overdracht van dat verlies aan een derde of via de verrekening ervan met de winst van de dochtervennootschap in vroegere belastingjaren, en er geen mogelijkheid bestaat dat het verlies van de buitenlandse dochtervennootschap in toekomstige belastingjaren in de vestigingsstaat wordt verrekend, hetzij door de

¹⁶² Kemmeren, 'Marks & Spencer: balanceren op grenzeloze verliesverrekening', *WFR* 2006/211, paragraaf 7.1.

¹⁶³ Hoge Raad, 24 juni 2011, nr. 09/05115, LJN: BN3537.

dochtervennootschap zelf, hetzij door een derde, met name ingeval de dochtervennootschap aan een derde is verkocht.

In deze rechtsoverweging staat niet dat pas bij liquidatie de verliezen in aftrek kunnen worden gebracht. Op grond van deze rechtsoverweging en de analyse van het arrest *Krankenheim* ben ik van mening dat de liquidatieverliesregeling in strijd is met het Europese recht.

Het liquidatieverlies is het verschil tussen het opgeofferde bedrag en de liquidatieuitkering. Dit sluit niet aan bij het daadwerkelijke geleden verlies. Van Sonderen en Kok¹⁶⁴ wijzen in hun artikel op het feit dat slechts bij toeval het liquidatieverlies overeenkomt met het daadwerkelijke geleden verlies¹⁶⁵. Dit kan bijvoorbeeld komen doordat veel goodwill wordt betaald voor een deelneming, waarna een snelle liquidatie volgt zonder dat verlies is geleden in de deelneming. Ik ben het met Van Sonderen en Kok eens dat indien de buitenlandse verliezen groter zijn dan de verliesneming op grond van het opgeofferde bedrag, dit in strijd is met het Europese recht. Gielen, Ip en Pieterse¹⁶⁶ stellen voor een extra bepaling toe te voegen aan de liquidatieverliesregeling om het onverrekenbare verlies niet verloren te laten gaan. Het liquidatieverlies kan worden verhoogd indien het onverrekenbare verlies hoger is. Het liquidatieverlies wordt dan verhoogd tot het onverrekenbare verlies. Het gaat dan om onverrekenbare verlies die geleden zijn in de tijd dat de moeder de aandelen hield in de deelneming. Ook mag het verlies niet al op een andere manier door de moeder zijn verrekenbaar.

De stakingsverliesregeling voor de vaste inrichtingen werkt anders uit. Op grond van deze regeling zijn alle geleden verliezen aftrekbaar bij staking en niet slechts het opgeofferde bedrag zoals in de liquidatieverliesregeling. De stakingsverliesregeling kent echter een aantal belemmeringen: het stakingsverlies wordt weer teruggenomen indien binnen drie jaren nadat het stakingsverlies in aftrek is genomen de belastingplichtige weer een positief resultaat geniet uit de staat waar de opgeheven vaste inrichting was gevestigd en het stakingsverlies wordt ook teruggenomen bij de overdrager wanneer de voortgezette activiteiten (30% of meer) binnen drie jaren na de voortzetting worden gestaakt. Het stakingsverlies wordt dan teruggenomen en een tegenbewijsregeling ontbreekt. Deze beperkingen zijn in strijd met de vrijheid van vestiging; binnenlandse vaste inrichtingen kennen de drie-jaarsbeperking niet, terwijl deze beperking wel geldt voor de buitenlandse vaste inrichting. Mijns inziens kunnen drie rechtvaardigingsgronden de belemmering rechtvaardigen: een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid, het tegengaan van dubbele verliesverrekening en het gevaar van belastingontwijking. De eerste twee rechtvaardigingsgronden zijn hier niet van toepassing, omdat het over definitieve verliezen gaat en deze niet meer kunnen worden verrekenbaar in het buitenland. De enige rechtvaardigingsgrond die

¹⁶⁴ Van Sonderen en Kok, 'Over verliesverrekening in de tijd, grensoverschrijdende fiscale eenheden, de liquidatieverliesregeling en een aftrekbeperking voor aandelen en opties', *MBB* 2006/293, p. 298-300.

¹⁶⁵ Zie ook Kiekebeld in Van der Kroon, 'Verslag van het EFS-seminar 'Vaste inrichting versus deelneming'', *WFR* 2011/1592, onderdeel 3.2.1 en Kok in *Cursus Belastingrecht, Studenteneditie 2011-2012*, 'Vennootschapsbelasting', onderdeel 2.4.13.A.a4.l.

¹⁶⁶ Gielen, Ip en Pieterse, 'Keuzeregeling voor liquidatieverlies. Een voorstel tot wijziging van de liquidatieverliesregeling', in: *Aanbevelingen ter verbetering van het vestigingsklimaat voor ondernemingen. Tribuut aan Jaap Bellingwout (ZIFO-reeks nr. 6)*, Deventer: *Kluwer* 2012, p. 65-77.

blijft staan is het gevaar van belastingontwijking. Ik ben van mening dat de regeling niet aan de proportionaliteitstoets uit het arrest Marks & Spencer¹⁶⁷ voldoet. Daarom pleit ik voor invoering van een tegenbewijsregeling. Hierdoor kan de belastingplichtige aangeven dat geen mogelijkheid bestaat tot verliesverrekening in de staat van de vaste inrichting. Indien verliesverrekening in het buitenland niet mogelijk is dan dient het stakingsverlies niet teruggenomen te worden. Ik ben van mening dat de stakingsverliesregeling op de overige punten in overeenstemming is met het Europese recht.

Een andere openstaande vraag is dat de mogelijkheid bestaat dat geen verliesverrekening meer mogelijk is in de vaste inrichtingsstaat; de verliezen zijn verdampt. Het is de vraag of bij verliesverdamping sprake is van definitieve verliezen. Ik ben van mening dat net als bij de liquidatieverliesregeling dit geen belemmering is. Mijns inziens zijn verliezen definitief zodra ze economisch definitief zijn en niet juridisch zoals het geval is bij verliesverdamping.

3.2.8 Deelnemingsverrekening en passieve vi getoetst aan EU-recht

In dit onderdeel toets ik de deelnemingsverrekening aan het EU-recht. Hierbij is het VwEU en de Moeder-Dochterrichtlijn van belang. Uit deze analyse blijkt of het Europeesrechtelijk is toegestaan om de vrijstellingsmethode te vervangen voor de verrekeningsmethode. Wanneer de vrijstellingsmethode wordt gehanteerd, is het niet mogelijk om grensoverschrijdend verlies te verrekenen. Echter wanneer de verrekeningsmethode wordt toegepast, is grensoverschrijdende verliesverrekening wel mogelijk. In dit onderdeel toetst ik of de grensoverschrijdende verliesverrekening niet wordt beperkt door Nederlandse wetgeving.

Er zijn diverse arresten geweest door het Hof van Justitie EU inzake de Europeesrechtelijke houdbaarheid van de deelnemingsverrekening. Het eerste relevante arrest betreft Test Claimants in the FII Group Litigation¹⁶⁸. In deze zaak oordeelde het Hof van Justitie EU dat het Verenigd Koninkrijk niet in strijd met de vrijheid van vestiging handelde door op binnenlandse dividenden een vrijstellingsregeling toe te passen en op buitenlandse dividenden een verrekeningsregeling. Echter, dit geldt alleen indien buitenlandse dividenden niet zwaarder worden belast dan binnenlandse dividenden. Uit dit arrest concludeerde de redactie van Vakstudie Nieuws dat de Nederlandse deelnemingsverrekening niet in strijd is met het EU-recht.

Het volgende relevante arrest betreft Cadbury Schweppes¹⁶⁹. In deze casus was de Britse CFC-wetgeving in het geding. Op grond van deze wetgeving worden laagbelaste winsten van een deelneming in de belastinggrondslag van de Britse moedermaatschappij betrokken en belast. De buitenlandse belasting wordt verrekend. Het Hof van Justitie EU oordeelde dat CFC-wetgeving is toegestaan, maar alleen in geval van:

¹⁶⁷ HvJ EG, 13 december 2005 (Marks & Spencer), nr. C-446/03, r.o. 55-56, gepubliceerd in *V-N* 2005/60.15.

¹⁶⁸ HvJ EG, 12 december 2006 (Test Claimants in the FII Group Litigation), nr. C-446/07, gepubliceerd in *V-N* 2007/5.9.

¹⁶⁹ HvJ EG, 12 september 2006 (Cadbury Schweppes), nr. C-196/04, gepubliceerd in *V-N* 2006/49.15.

“(...) volstrekt kunstmatige constructies die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaal verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied”¹⁷⁰.

Als voorbeelden geeft het Hof van Justitie EU in rechtsoverweging 68 een brievenbusmaatschappij en een schijnvennootschap. Het Hof van Justitie EU legt de nadruk op de vrijheid van vestiging. Zo mag een onderdaan van de Gemeenschap zich vestigen in een andere lidstaat, dit recht mag hem niet ontnomen worden indien hij profiteert van fiscale voordelen. De lidstaat van vertrek mag emigratie niet belemmeren.

Op grond van het arrest Cadbury Schweppes concludeerden Kiekebeld, Merks en Smit¹⁷¹ dat de Nederlandse deelnemingsverrekening in strijd is met het Europese recht. Wattel¹⁷² en de redactie van Vakstudie Nieuws¹⁷³ meenden daarentegen dat dit arrest niets nieuws brengt betreffende de deelnemingsverrekening.

Voorts is de zaak Columbus Container Services¹⁷⁴ ook relevant. In deze casus was de vraag aan de orde of als hoofdmethode ter voorkoming van dubbele belasting de vrijstellingsmethode kon worden gehanteerd, maar indien sprake is van passieve en/of laagbelaste inkomsten de vrijstellingsmethode kon worden vervangen door de verrekeningsmethode. In casu betrof het een Belgische CV met Duitse participanten. De CV werd in Duitsland als transparant aangemerkt en hierdoor zijn de inkomsten rechtstreeks bij de participanten belast. Op grond van het belastingverdrag België-Duitsland is de vrijstellingsmethode van toepassing, echter in de Duitse nationale wetgeving staat een switch-over clause. Door deze switch-over worden buitenlandse inkomsten, die minder dan 30% worden belast, niet vrijgesteld, maar is hier de verrekeningsmethode van toepassing. Hierdoor werden de Belgische inkomsten in Duitsland aan bijheffing onderworpen.

Het Hof van Justitie EU oordeelt dat de verrekeningsmethode niet in strijd is met het Europese recht, omdat de verrekeningsmethode niet leidt tot een hogere belastingdruk voor buitenlandse inkomsten ten opzichte van binnenlandse inkomsten.

Op het eerste gezicht lijken de arresten Test Claimant in the FII Group Litigation en Columbus Container Services niet in overeenstemming met het arrest Cadbury Schweppes. In het arrest Cadbury Schweppes stelt het Hof van Justitie EU dat de lidstaat van vertrek een fiscaal voordeel dat in een andere lidstaat wordt behaald niet mag wegbelasten. Dit lijkt het tegenovergestelde als wat het Hof van Justitie EU in de arresten Test Claimant in the FII Group Litigation en Columbus Container Services heeft besloten. In deze arresten was een bijheffing van de aandeelhouder wel toegestaan. In de arresten Test Claimant in the FII Group Litigation en Columbus Container Services zag het Hof van Justitie EU geen strijd met Europees recht, omdat de buitenlandse inkomsten niet zwaarder werden belast dan de binnenlandse inkomsten. In het arrest Cadbury Schweppes is dit

¹⁷⁰ HvJ EG, 12 september 2006 (Cadbury Schweppes), nr. C-196/04, r.o. 55, gepubliceerd in V-N 2006/49.15.

¹⁷¹ Kiekebeld, Merks en Smit, 'Cadbury Schweppes: analyse en de gevolgen voor de fiscale behandeling van buitenlandse concernfinanciering in de huidige Wet Vpb 1969', WFR 2007/129.

¹⁷² Wattel, annotatie bij BNB 2007/54 c*, punt 20.

¹⁷³ Zie de aantekening van de redactie van Vakstudie Nieuws in V-N 2006/49.15.

¹⁷⁴ HvJ EG, 6 december 2007 (Columbus Container Services), nr. C-298/05, gepubliceerd in V-N 2007/59.8.

nadrukkelijk verworpen¹⁷⁵. Het Hof van Justitie EU heeft niet aangegeven waardoor zij tot een ander oordeel is gekomen. Hierdoor zijn op dit punt in de literatuur verschillende opvattingen ontstaan.

De eerste opvatting is dat er verschillende uitkomsten zijn doordat verschil bestaat tussen een regeling met een voorkomingskarakter en een antimisbruikkarakter. Bij de voorkomingsregeling gelden de arresten *Test Claimant in the FII Group Litigation* en *Columbus Container Services*, terwijl bij antimisbruikregelingen *Cadbury Schweppes* geldt¹⁷⁶. De enige grond voor deze opvatting is te vinden in rechtsoverweging 55 in *Cadbury Schweppes*. In deze rechtsoverweging geeft het Hof van Justitie EU aan dat het oordeel betrekking heeft op de vrijheid van vestiging veroorzaakt door strijd tegen misbruik. Mijns inziens is dit nogal ver gezocht en niet aannemelijk. Wat is het onderscheid tussen een voorkomingsregeling en een antimisbruikregeling? Is in de zaak *Columbus Container Services* sprake van een voorkomingsregeling of een antimisbruikregeling? Ik denk van beide. Ook vind ik het vreemd dat bijheffing wel is toegestaan bij het geven van een voorkoming, maar bij misbruiksituaties niet.

Een andere opvatting is dat er een onderscheid wordt gemaakt tussen binnenlandse en buitenlandse vennootschappen¹⁷⁷. Door dit onderscheid te maken is bij toepassing van de Britse CFC-wetgeving de belastingdruk op buitenlandse vennootschappen hoger dan op binnenlandse vennootschappen. Bij de Duitse voorkomingsregeling is er een identieke belastingdruk voor zowel de binnenlandse als de buitenlandse vennootschap. Op dit punt is het onderscheid tussen *Cadbury Schweppes* en *Columbus Container Services* te rijmen. Dit onderscheid is echter maar relatief. Er is in essentie eigenlijk geen verschil, want zowel de CFC-regeling als de verrekeningsmethode zorgen dat wordt bijgeheven over laagbelaste inkomsten. De belemmering die beide regelingen veroorzaken zijn mijns inziens dus ook identiek.

Uit voorgaande jurisprudentie volgt dat de Nederlandse deelnemingsverrekening niet in strijd is met het Europese recht. Er zijn echter wel een paar voorwaarden waaraan de verrekening moet voldoen. Zo dient er een verrekening te worden verleend voor de onderliggende belastingdruk. Hier voldoet de eerste verrekeningslimiet aan, bij de tweede en derde limiet wordt verrekening geboden voor minder dan de onderliggende belastingdruk. De essentie van de tweede limiet is dat de Nederlandse verrekening niet meer bedraagt dan de vennootschapsbelasting die kan worden toegerekend aan het nettoverrekeningsdeelnemingsvoordeel. Het probleem is niet de Nederlandse heffing, want deze is nihil, maar de buitenlandse vennootschapsbelasting die deels onverrekend blijft. Nederland hoeft dit mijns inziens ook niet te verrekenen als in Nederland geen vennootschapsbelasting verschuldigd is.

¹⁷⁵ HvJ EG, 12 september 2006 (*Cadbury Schweppes*), nr. C-196/04, r.o. 45, gepubliceerd in *V-N* 2006/49.15.

¹⁷⁶ Zie de aantekening van de redactie van Vakstudie Nieuws in *V-N* 2007/59.8, Bos, 'Laagbelaste beleggingsdeelneming nogmaals getoetst', *Forfaitair* 2008/181 en de aantekening van Smit in *FED* 2008/35, punt 4.

¹⁷⁷ Kavelaars, 'Ge- en misbruik van EU-recht', *NtFR Beschouwingen* 2008-11, paragraaf 4.

Indien de tweede of derde limiet een beperking vormen, kan het onverrekenbare bedrag worden doorgeschoven. Het onverrekenbare bedrag wordt doorgeschoven naar het volgende jaar en de eerste limiet wordt in het volgende jaar met het doorgeschoven bedrag verhoogd. Hierdoor is er Europeesrechtelijk geen probleem. Een klein detail is dat in het volgende jaar wederom wordt getoetst aan de tweede en derde limiet. Vormt de tweede of derde limiet dan wederom een beperking, dan belast Nederland verrekeningsinkomen zonder daarvoor verrekening te geven. Hierdoor ontstaat economische dubbele belastingheffing. Om dit probleem te voorkomen dient het verrekeningsinkomen waarvoor geen verrekening is gegeven ook te worden doorgeschoven naar volgend jaar. Hierdoor ontstaat naast een ruimere eerste limiet ook een ruimere tweede limiet. Echter op dit moment is de deelnemingsverrekening op bovengenoemd punt in strijd met het Europese recht.

Verder is CFC-wetgeving alleen toegestaan ingeval van volstrekt kunstmatige constructies. De deelnemingsverrekening kent een herwaarderingsverplichting in artikel 13a Wet Vpb 1969 en deze verplichting kan materieel op hetzelfde uitkomen als CFC-regelgeving. De herwaarderingsverplichting houdt globaal in dat de aandelen jaarlijks op de waarde in het economische verkeer worden gewaardeerd. Hierdoor kan het voorkomen dat er een hoger resultaat bij de moedermaatschappij wordt belast dan het resultaat van de dochtermaatschappij. Doordat de herwaarderingsverplichting altijd van toepassing is en niet alleen bij kunstmatige constructies, ben ik van mening dat dit in strijd is met het Europese recht.

Voorts is de liquidatieverliesregeling niet van toepassing voor de verrekeningsdeelneming. Dit is in strijd met het EU-recht. Verliezen van een verrekeningsdeelneming worden verrekend tegen een Vpb-tarief van 20%. Doordat ervan uit wordt gegaan dat in het land van vestiging de verliezen tegen het forfaitaire tarief van 5% worden verrekend, wordt per saldo het verlies tegen 25% vergolden. In geval van liquidatie is het mogelijk dat niet al het verlies verrekend kan worden¹⁷⁸. De Nederlandse verrekening van 20% schiet dan te kort. Op grond van het Marks & Spencer-arrest dient Nederland het onverrekenbare verlies van de verrekeningsdeelneming in aftrek te brengen van het Nederlandse resultaat. Doordat het definitieve verlies niet in mindering kan worden gebracht op de Nederlandse grondslag ben ik van mening dat dit in strijd is met het EU-recht.

3.2.9 De CCCTB

Om de territorialiteit in belastingstelsels te beperken en de interne markt meer te stimuleren heeft de Europese Commissie een voorstel tot een Europese vennootschapsbelasting: de Common Consolidated Corporate Tax Base (hierna: CCCTB). De CCCTB staat grensoverschrijdende verliesverrekening toe. Doordat het een Europees initiatief is, dient er unaniem voor de CCCTB te worden gestemd om invoering in alle lidstaten mogelijk te maken. Dit zal niet gebeuren en daarom is het meersnelhedenregime de oplossing. De CCCTB zal door een beperkt aantal landen worden

¹⁷⁸ Bijvoorbeeld in geval van goodwill en een waardedaling van de deelneming. De goodwill kan niet door de deelneming ten laste van het resultaat worden gebracht, terwijl het bij de moedervennootschap wel tot de verkrijgingsprijs behoort.

ingevoerd en andere lidstaten kunnen later de CCCTB ook invoeren. De Nederlandse regering heeft de CCCTB op 18 juli 2011 een gele kaart gegeven. Dit betekent dat de Nederlandse regering wil dat de EU zich nogmaals over het voorstel buigt en met name kijkt naar het één-loketsysteem. De kans dat Nederland de CCCTB snel zal invoeren is dus vrij klein. Indien verschillende lidstaten de CCCTB invoeren en grensoverschrijdende verliesverrekening mogelijk maken, zal het vestigingsklimaat van deze lidstaten verbeteren. Mijns inziens doet Nederland er verstandig aan om, voor invoering van de CCCTB in verschillende lidstaten, zelf de grootste voordelen van de CCCTB in haar eigen wetgeving te implementeren. Dit betekent dat Nederland grensoverschrijdende verliesverrekening dus toe gaat staan en het huidige territoriale systeem omgooit naar een systeem op grond van universaliteit¹⁷⁹.

3.2.10 Conclusie

Het afgelopen decennium zijn er diverse zaken voor het Hof van Justitie EU verschenen waarin grensoverschrijdende verliesverrekening centraal stond. Het moge duidelijk zijn dat voor het bereiken van een interne markt het wenselijk is om grensoverschrijdende verliesverrekening toe te staan. Voor de rechtspraak is het moeilijk gebleken om in overeenstemming met de interne markt recht te spreken. Het Hof van Justitie EU moet steeds een afweging maken tussen enerzijds de interne markt en anderzijds het behoud van de heffingsgrondslag voor lidstaten en nationale soevereiniteit. De kritiek uit de literatuur op de Europese jurisprudentie is dan ook niet verwonderlijk. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU komt naar voren dat een lidstaat een belastingstelsel op grond van het territorialiteitsbeginsel mag hebben. Enige uitzondering hierop is dat definitieve verliezen wel grensoverschrijdend moeten worden verrekend. Ik ben van mening dat het Hof van Justitie EU zelf te veel de belangen van de lidstaten meeneemt en niet streeft naar een interne markt. Bij het Marks & Spencer-arrest is geheel tegen de verwachting in besloten dat grensoverschrijdende verliesverrekening niet mogelijk is en als zakdoekje tegen het bloeden heeft het Hof van Justitie EU besloten dat definitieve verliezen wel grensoverschrijdend verrekenbaar moeten zijn.

De liquidatieverliesregeling en de stakingsverliesregeling zijn uitvloeisels van het arrest Marks & Spencer. Beide regelingen zijn in grote lijnen in overeenstemming met het EU-recht. Het moment van het nemen van het liquidatieverlies is echter niet in overeenstemming met het EU-recht. Dit moment moet eerder zijn dan bij ontbinding en vereffening. Bij de stakingsverliesregeling is de driejaarstermijn na het nemen van het stakingsverlies niet proportioneel.

De deelnemingsverrekening is ook getoetst aan het EU-recht. Het switchen van de vrijstellingsmethode naar de verrekeningsmethode bij passieve resultaten in Europeesrechtelijk toegestaan. De regeling zelf kent een aantal punten die niet in overeenstemming zijn met het EU-recht. Zo kan door de herwaarderingsverplichting van de verrekeningsdeelneming meer worden belast dan het resultaat van de dochter. Indien de verrekeningsdeelneming verlies lijdt en uiteindelijk wordt geliquideerd, dan is het definitieve verlies niet volledig verrekenbaar. Ook dit punt is in strijd met het EU-recht.

¹⁷⁹ Dit was ook een argument uit de nota 'Werken aan winst'. In deze nota stelde de toenmalige staatssecretaris dat Nederland vooruitlopend op de uitspraak in de zaak Marks & Spencer grensoverschrijdende verliesverrekening moet toestaan.

Om de interne markt te stimuleren heeft de Europese Commissie een voorstel gedaan voor een Europese vennootschapsbelasting: de CCCTB. De CCCTB staat grensoverschrijdende verliesverrekening toe. Nederland is tegen de CCCTB en kan het voorstel mijns inziens van tafel krijgen door in haar eigen belastingsysteem de grootste voordelen te verwerken en dus grensoverschrijdende verliesverrekening toestaan.

3.3 Economische overview

Deze scriptie onderzoekt of het voor Nederland gunstig is om buitenlandse verliesverrekening toe te staan. Voor Nederland kan intuïtief gesteld worden dat het toestaan van buitenlandse verliesverrekening gunstig is, omdat het vestigingsklimaat verbetert en dit ondernemingen aantrekt en daardoor de werkgelegenheid toeneemt. Maar is dit ook daadwerkelijk het geval? Dit onderdeel beschrijft of het wenselijk is voor staten om een belastingstelsel gebaseerd op territorialiteit of universaliteit te implementeren. Denk bij de economische aspecten van belastingstelsels aan de systematiek van belastingheffing. Er zijn grofweg twee mogelijkheden van belastingheffing, namelijk op grond van het woonplaatsbeginsel (universaliteit) of op grond van het oorsprongsbeginsel (territorialiteit). De discussie op grond van welk beginsel belasting moet worden geheven is welbekend bij juristen en economen. Musgrave¹⁸⁰ maakt hierbij een onderscheid tussen belastingneutraliteit en rechtvaardigheid. Belastingneutraliteit, oftewel efficiency van de allocatie van kapitaal is het economische aspect van dit vraagstuk, terwijl rechtvaardigheid het juridisch aspect is. Het rechtvaardigheidsaspect kan niet los worden gezien van het economische aspect; belastingneutraliteit wordt behaald indien een heffing rechtvaardig is en economisch optimaal. Ik zal het aspect van rechtvaardigheid echter niet expliciet behandelen. In dit onderdeel wordt de economische efficiencytheorie uiteengezet en aan de hand van deze theorie zal de voorkeur voor het wel of niet toestaan van buitenlandse verliesverrekening naar voren komen. Vervolgens zal ik een aantal publicaties en onderzoeken over dit onderwerp aanhalen om vervolgens te concluderen op grond van welk beginsel er belasting moet worden geheven. Aan de hand van deze analyse kan ook worden bepaald of het streven naar een interne markt economisch optimaal is.

3.3.1 Economische efficiency

Het concept van efficiency is gebaseerd op de veronderstelling dat productiviteit het hoogste is wanneer productiefactoren in het marktmechanisme niet worden verstoord door overheidsingrijpen¹⁸¹. Belastingwetten die beslissingen van productiefactoren niet beïnvloeden, zijn neutraal. Het moge duidelijk zijn dat zulke belastingwetten niet bestaan en dat bij fiscale regelgeving gezocht moet worden naar een zo groot mogelijke belastingneutraliteit. Er is binnen de efficiencytheorie discussie of er onderscheid moet worden gemaakt tussen efficiency op nationaal-, internationaal- en wereldniveau¹⁸². Ervan uitgaande dat efficiency het grootste is wanneer de markt

¹⁸⁰ Musgrave, P., 'Criteria for Foreign Tax Credit', in: *Taxation and Operations Abroad (Symposium)*, 1960, p.83.

¹⁸¹ Vogel, 'Worldwide vs. source taxation of income - A review and re-evaluation of arguments', *Intertax*, 1988-10, p. 310.

¹⁸² Sato & Bird, 'International Aspects of the Taxation of Corporations and Shareholders', *IMF Staff Papers*, 1975, p. 407.

niet verstoord wordt, is elke interventie in de markt verstorend. Een interventie zal de efficiency dus verlagen. Voor het interveniërende land is uit onderzoek gebleken dat het meer schade toebrengt dan het goed doet¹⁸³, met andere woorden de welvaart van het interveniërende land zal door de interventie dalen. Er kan hieruit geconcludeerd worden dat er geen verschil is tussen efficiency op nationaal-, internationaal- en wereldniveau; nationale efficiency wordt bereikt door te streven naar efficiency op mondiaal niveau.

3.3.2 Foreign Direct Investment

3.3.2.1 KEN vs. KIN

Er zijn twee soorten belastingneutraliteit bij Foreign Direct Investment (hierna: FDI). Er is KEN (kapitaalexportneutraliteit) en KIN (kapitaalimportneutraliteit). KEN houdt in dat het voor een investeerder fiscaal niet uitmaakt of hij in het binnenland of het buitenland investeert, omdat het belastingtarief voor beide investeringen gelijk is. De investeerder betaalt het tarief van de woonstaat. KIN houdt in dat een investeerder het belastingtarief van het land waarin hij investeert betaalt; hierdoor wordt de buitenlandse investeerder gelijk behandeld met de binnenlandse investeerder. KEN staat voor belastingheffing op grond van het woonplaatsbeginsel (universaliteitsbeginsel) en KIN staat voor belastingheffing op grond van het oorsprongsbeginsel (territorialiteitsbeginsel).

Er is in het verleden een hevige discussie geweest tussen verscheidene economen over de vraag welke neutraliteitstheorie de voorkeur geniet.

Vogel¹⁸⁴ stelt dat de tegenovergestelde neutraliteitsconcepten KEN en KIN niet gelijktijdig kunnen bestaan, omdat KEN kapitaalimport negeert en KIN kapitaalexport negeert.

Vogel vindt dat onder KEN een onderneming belasting betaalt naar het niveau van de publieke voorzieningen van de woonstaat. Er wordt dus geen rekening gehouden met het niveau van de publieke voorzieningen in het buitenland. Dit niveau kan veel lager zijn, waardoor er een verstoring ontstaat. Anderzijds kan het zo zijn dat het belastingtarief in het buitenland hoger is dan in de woonstaat en het niveau van de publieke voorzieningen in het buitenland ook hoger ligt. In geval de woonstaat een full credit geeft, dan betaalt de buitenlandse investeerder minder belasting dan zijn binnenlandse concurrenten.

Vogel ziet dat KIN ook tekortkomingen heeft. KIN neemt alleen het resultaat binnen de staat in aanmerking. Indien er verlies wordt geleden in de woonstaat, maar in het buitenland is er een positief resultaat, dan wordt het resultaat niet gesaldeerd. Hierdoor betaalt de belastingplichtige meer belasting dan wat het had betaald indien het resultaat wordt gesaldeerd, ervan uitgaande dat er geen verliesverrekeningsmogelijkheden bestaan in het buitenland. Indien deze wel bestaan en benut kunnen worden, dan zal de belastingplichtige niet meer belasting betalen. Wanneer in het

¹⁸³ Vogel, 'Worldwide vs. source taxation of income - A review and re-evaluation of arguments', *Intertax*, 1988-10, p. 310.

¹⁸⁴ Vogel, 'Worldwide vs. source taxation of income - A review and re-evaluation of arguments', *Intertax*, 1988-8-9, 1998-10, 1988-10.

buitenland geen verliesverrekeningsmogelijkheden aanwezig zijn, dan was de Nederlandse wet- en regelgeving tot 2012 voor de vaste inrichting in dit kader wenselijk.

KIN en KEN leiden dus beiden tot verstoringen. Echter, Vogel¹⁸⁵ meent dat KIN voor KEN gaat. Hij komt tot deze mening mede door onderzoek van onderstaande auteurs.

Musgrave¹⁸⁶ gaf de voorkeur aan KEN. Zij stelt dat internationale fiscale neutraliteit onmogelijk te bereiken is gezien de verschillende nationale fiscale wet- en regelgeving. Dit kan alleen bereikt worden, indien verschillen in winsten tot uitdrukking komen in de belastingheffing. Belastingen zijn niet gebaseerd op het profijtbeginsel, hierdoor zal er altijd een verstoring ontstaan door belastingen. Musgrave stelt wel dat het in principe klopt dat er neutraliteit ontstaat wanneer er geen fiscale overwegingen aan ten grondslag liggen om te investeren in het binnen- of buitenland. Ze geeft toe dat KEN zal leiden tot verschillen tussen concurrerende ondernemingen in hetzelfde buitenland. Dit argument is echter niet belangrijk voor efficiency, omdat we hier te maken hebben met internationale productiefactoren. Zij stelt dat door KEN bedrijven niet worden beïnvloed om danwel in het binnenland, danwel in het buitenland te investeren. KIN zorgt voor gelijke concurrentie in een land. Echter, dit systeem is in grote mate niet neutraal ten opzichte van internationale kapitaalstromen. Het is alleen neutraal als de wereldwijde belastingtarieven gelijk zijn.

In haar daaropvolgende publicaties diept Musgrave¹⁸⁷ haar argument voor KEN verder uit. Ze stelt dat het nadeel dat een onderneming kan ondervinden, doordat het in tegenstelling tot de concurrentie tegen een hoger tarief in de woonstaat wordt belast, niet bestaat met betrekking tot financiering. Musgrave meent dat de financiering (intern of extern) van deze ondernemingen vanuit de woonstaat plaatsvindt en alleen een financiering wordt verstrekt als het lonend is. R. Musgrave¹⁸⁸ en Snoy¹⁸⁹ bevestigen de visie van Musgrave.

Er zijn diverse analyses geweest naar KIN en KEN. Horst¹⁹⁰ heeft een mathematische analyse uitgevoerd. Hij komt tot de conclusie dat KEN zorgt voor wereldwijde efficiency wanneer het aanbod van kapitaal vaststaat en de vraag variabel is. KIN is volgens Horst efficiënt wanneer de vraag naar kapitaal vaststaat en het aanbod variabel is. Het komt in werkelijkheid niet voor dat vraag of aanbod vaststaat, beiden zijn variabel. Horst komt dan ook tot de logische conclusie dat er een gemengd belastingstelsel moet komen.

Een zwakte van het onderzoek van Horst is dat het zich richt op één probleem. Grandenberger¹⁹¹ heeft de analyse van Horst uitgebreid. Hij bevestigt de bewering van Musgrave dat er geen concurrentieverstoring is wanneer investeerders ook in de woonstaat worden belast in plaats van

¹⁸⁵ Vogel, 'Worldwide vs. source taxation of income - A review and re-evaluation of arguments', *Intertax*, 1988-10, p. 313.

¹⁸⁶ P. Musgrave, 'Taxation of Foreign Investment Income. An Economic Analysis', *Johns Hopkins Press*, Baltimore, 1963, p. 8.

¹⁸⁷ P. Musgrave, 'United States taxation of Foreign investment income. Issues and arguments', *Harvard University*, Cambridge, 1969, p. 284.

¹⁸⁸ R.A. Musgrave, 'Fiscal Systems', *New Haven: Yale University Press*, 1969, p. 249.

¹⁸⁹ Snoy, 'Taxes on Direct Investment Income in the EEC, A Legal and Economic Analysis', 1975, p. 37.

¹⁹⁰ Horst, 'Note on the Optimal Taxation of International Investment Income', *The Quarterly Journal of Economics*, 1980, p. 793.

¹⁹¹ Grandenberger, 'Kapitalexportneutralität versus Kapitalimportneutralität', *Aufsätze zur Wirtschaftspolitik*, 1983.

alleen in de bronstaat. Verder komt uit het onderzoek naar voren dat wanneer een investeerder naast de bronbelasting van de staat waarin geïnvesteerd wordt hij ook nog belast wordt in de woonstaat dit een extra verstoring meebrengt. Hierdoor komt Grandenberger tot de conclusie dat hij KIN prefereert boven KEN.

Om economische efficiency te bereiken is het van belang naar neutraliteit tussen staten te kijken. Er is neutraliteit wanneer belastingwetgeving niet van invloed is op de keuze waar een onderneming zich vestigt. Kemmeren¹⁹² is net als Vogel¹⁹³ van mening dat KIN zorgt voor efficiency en KEN niet. Kemmeren ontkracht ook het argument dat bij een positief rendement de investering doorgang vindt, ondanks extra belastingheffing in de woonstaat. Hij stelt dat dit alsnog voor een verstoring zorgt, omdat inwoners van een staat met een hoog belastingtarief niet zullen investeren in een staat met een lager belastingtarief, omdat de inwoners van deze staat een voordeel hebben. Verder stelt Kemmeren dat de mate van publieke voorzieningen samenhangt met het belastingtarief. De verstoring die er met KEN is, is het feit dat inwoners van de staat met het lage tarief de prijzen zullen verlagen, zodat het niet rendabel is voor de buitenlandse onderneming om zich nog langer te vestigen in deze staat.

Devereux¹⁹⁴ is een andere mening toegedaan. Hij vindt dat een internationaal belastingsysteem gebaseerd op het oorsprongsbeginsel inefficiënt is. De locatieverstoring wordt geëlimineerd door belastingheffing op grond van het woonstaatsbeginsel. Verder stelt Devereux dat bovengenoemde onderzoeken zich meer baseren op een rechtvaardige belastingheffing tussen staten, dan tussen belastingplichtigen en daardoor een verkeerde conclusie trekken. Devereux stelt dat de meeste economen in de literatuur¹⁹⁵ heffing op grond van het woonstaatsbeginsel prefereren, omdat dan door investeerders niet naar het belastingtarief van een staat wordt gekeken en hier niet mee geconcurrereerd kan worden. Mijns inziens zijn in de literatuur slechts twee stromingen, voor KIN en voor KEN. Voor KEN pleiten onder andere Ault & Bardford, Jacobs & Endres & Spengel, Owens en Rousslang¹⁹⁶. Voor KIN pleiten onder andere Bender, Den Boer, Christiaanse, Van der Geld, De Graaf, Harding, Hufbauer, Juch, Vlaanderen en Weber¹⁹⁷.

¹⁹² Kemmeren, 'Source of Income in Globalizing Economies: Overview of the Issues and a Plea for an Origin-Based Approach', *IBFD Bulletin*, november 2006.

¹⁹³ Vogel, 'Worldwide vs. source taxation of income - A review and re-evaluation of arguments', *Intertax*, 1988-10.

¹⁹⁴ Devereux, 'Debating Proposed Reforms of the Taxation of Corporate Income in the European Union', *International Tax and Public Finance*; Jan 2004.

¹⁹⁵ Zie o.a. Gorden, 'Taxation of Investment and Savings in the World Economy', *American Economic Review* 76, 1986, p. 1086-1102 en Razin and Sadka, 'International Tax Competition and Gains from Tax Harmonization', *Economics Letters* 37(1), 1991, p. 69-76.

¹⁹⁶ Ault & Bradford, 'Taxing international income: an analysis of the U.S. system and its economic premisses', in: A. Razin & J. Slemrod, *Taxation in the Global Economy*, Chicago & London: The University of Chicago Press, 1990;

Jacobs, Endres & Spengel, m.m.v. Ortgies & Schmidt, 'Internationale Unternehmensbesteuerung', München: Verlag C.H. Beck, 2002;

Owens, *The foreign tax credit*, Cambridge: The Law school of Harvard University, 1961;

Rousslang, 'Deferral and the Optimal Taxation of International Investment Income', *National Tax Journal* 2000-LII-3, p. 589-600.

¹⁹⁷ Bender, 'De vrijstellingsmethode ter voorkoming van internationale dubbele belasting' (diss. Leiden), Leiden: 2000;

Ik ben van mening dat voor deze scriptie een nuance hier op zijn plaats is. In zijn publicatie gaat Devereux¹⁹⁸ ervan uit dat er geen politiek in de wereld is. Hij stelt dat alle landen op grond van het woonstaatbeginsel moeten heffen bij hun inwoners. Er wordt dan vennootschapsbelasting geheven op het niveau van de aandeelhouders en niet van de vennootschap. Ik ben het met Devereux eens dat indien er wereldwijd belastingheffing plaatsvindt op grond van het woonstaatbeginsel, dit economisch efficiënter is dan het oorsprongsbeginsel. Door belasting te heffen op grond van het woonstaatbeginsel worden twee van de verstoringen door belastingheffing weggenomen, namelijk de locatieverstoring en de winstverschuivingsverstoring. Doordat staten niet kunnen concurreren met het belastingtarief, zal de beslissing voor vestiging in een staat afhangen van niet-fiscale motieven, zoals strategische ligging, infrastructuur, loonniveau en een stabiele regering. Indien er belasting wordt geheven bij de aandeelhouders, heeft het geen nut voor een vennootschap om winst te verschuiven naar dochtervennootschappen in een andere staat. Het belastingtarief voor de aandeelhouder verandert hierdoor niet. Wel verstoort een woonstaatheffing de vestigingsplaats van investeerders. Zij zullen zich sneller vestigen in een staat met een lager statutair tarief. Deze verstoring is echter zeer klein en zal niet zwaar meewegen. De andere verstoringen in de vennootschapsbelasting zijn de eigen vermogen/vreemd vermogen verstoring en de investeringsverstoring. Deze verstoringen kunnen worden verholpen door een Allowance for Corporate Equity¹⁹⁹ (hierna: ACE) toe te passen of een Comprehensive Business Income Tax te introduceren (hierna: CBIT). In een ACE-systeem wordt het fictief rendement op eigen vermogen in aftrek van de winst gebracht en in een CBIT-systeem is de aftrek van rente niet toegestaan.

Devereux gaat uit van de ideale wereld, maar die bestaat niet. Het is niet denkbaar dat er wereldwijd belasting zal worden geheven op grond van het woonstaatbeginsel. De Nederlandse vennootschapsbelasting had bij de vaste inrichting het woonstaatbeginsel als uitgangspunt, echter er werd een voorkoming van dubbele belasting gegeven. Hierdoor werd deze heffing een heffing die lijkt op heffing op grond van het oorsprongsbeginsel.

In de ideale wereld is heffing op grond van het woonstaatbeginsel volgens mij het meest efficiënt, maar de ideale wereld bestaat niet. Ik ben van mening dat er met de huidige belastingstelsels mondiaal eerder KIN wordt bereikt dan KEN. Het grote probleem van een belastingstelsel op basis van KEN is de informatieverplichting. Elk land zal het resultaat dat een vennootschap heeft behaald

Den Boer, discussiebijdrage, in: 'Deelnemingsvrijstelling en Holdings' (Belastingconsulentendag 1975), Deventer: FED, 1975, p. 25-32;
Christiaanse, inleiding en weerwoord, in: 'Deelnemingsvrijstelling en Holdings' (Belastingconsulentendag 1975), Deventer: FED, 1975, p. 9-24 en 46-50;
Van der Geld, 'De herziene deelnemingsvrijstelling' (*fiscale monografie*), Deventer: Kluwer 1990;
De Graaf, 'De invloed van het EG-recht op het internationale belastingrecht: beleids- en marktintegratie', Deventer: Kluwer, 2004;
Harding, 'Double taxation of property and income', Cambridge: Harvard University Press, 1933;
Hufbauer m.m.v. van Rooij, 'U.S. Taxation of International Income - Blueprint for reform', Washington: Institute for International Economics, 1992;
Juch, 'De deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting' (diss. Tilburg), Tilburg: 1974;
Vlaanderen, 'Why Exempt Foreign Business Profits?', *Tax Notes International 2002*, p. 1095-1103;
Weber, 'Belastingontwijking en de EG-Verdragsvrijheden' (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Kluwer, 2003.
¹⁹⁸ Devereux, 'Debating Proposed Reforms of the Taxation of Corporate Income in the European Union', *International Tax and Public Finance*; Jan 2004.
¹⁹⁹ De notionele interestaftrek die België hanteert is een vorm van een ACE-systeem.

moeten melden aan de woonstaat van de investeerder, tenzij er pas heffing plaatsvindt als het inkomen is gerepatriëerd in de woonstaat. Dit zal een land echter niet willen, omdat belastingheffing dan jaren kan worden uitgesteld en er geen zekerheid qua inkomsten is voor het betreffende land. KIN heeft als groot nadeel dat vennootschappen zich bij grensoverschrijdende investeringen meer laten leiden door het belastingtarief dat een land heeft, dan door de voorzieningen die een land heeft. KIN werkt concurrentie tussen belastingstelsels in de hand met een race to the bottom als gevolg.

Een ander probleem is dat landen vrij hun belastingheffingssysteem kunnen bepalen; hierdoor is er geen uniformiteit. De EU heeft nog geen wetgeving hieromtrent gemaakt. In het vorige onderdeel van dit hoofdstuk is ook gebleken dat volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU zowel KEN als KIN een belemmering is voor de verkeersvrijheden.

Omdat zowel KEN als KIN tekortkomingen heeft, bedacht Vogel²⁰⁰ een alternatief dat hij vrij vertaald neutraliteit tussen landen (inter-nations neutrality) noemt. De gedachte achter dit principe is dat een belastingplichtige betaalt voor de publieke voorzieningen. Resultaten moeten dus worden toegerekend aan de staat waar ze behaald zijn en waar dus ook gebruik is gemaakt van de publieke voorzieningen.

Ik heb het idee dat dit gewoon belastingheffing is volgens het KIN-principe. Vogel houdt bij dit heffingssysteem geen rekening met verliessituaties. Kortom, zowel KEN als KIN schiet tekort als concept voor belastingneutraliteit. Beide systemen veroorzaken verstoringen.

3.3.3 Geen grensoverschrijdende verliesverrekening

In de volgende paragrafen wordt aandacht geschonken aan de uitwerking van de economische theorie in diverse onderzoeken, publicaties en dergelijke. Hierbij wordt de nadruk gelegd op wat voor Nederland economisch gezien de meeste welvaart oplevert. Dit in tegenstelling tot wat in de vorige paragraaf is besproken; daar is het uitgangspunt de wereldwijde welvaart. De argumenten van enerzijds de Commissie van Weeghel²⁰¹ en anderzijds de NOB²⁰² illustreren dit uitstekend. De Commissie van Weeghel is van mening dat negatieve buitenlandse ontwikkelingen onze belastingopbrengst niet langer moeten raken en stelt daarom de objectvrijstelling voor de vaste inrichting voor. De NOB vindt dat een objectvrijstelling een achteruitgang van het vestigingsklimaat met zich meebrengt.

Door invoering van de objectvrijstelling is efficiency bereikt wat betreft de keuze voor een deelneming of een vaste inrichting; er is in belangrijke mate rechtsvormneutraliteit bereikt. Voorheen was er een verschil in regelgeving tussen beiden en werd op grond van fiscale motieven voor een rechtsvorm gekozen. Nu het fiscale verschil deels is weggenomen, wordt een rechtsvorm

²⁰⁰ Vogel, 'Worldwide vs. source taxation of income - A review and re-evaluation of arguments', *Intertax*, 1988-10, p. 313.

²⁰¹ Commissie van Weeghel, Continuïteit en vernieuwing - Een visie op het belastingstelsel, 7 april 2010, p. 103-104.

²⁰² Brief van NOB aan de Tweede Kamer, d.d. 17 mei 2011, Fiscale Agenda - objectvrijstelling vaste inrichtingen.

meer op basis van juridische regelgeving gekozen. Hierdoor past de rechtsvorm het beste bij de onderneming.

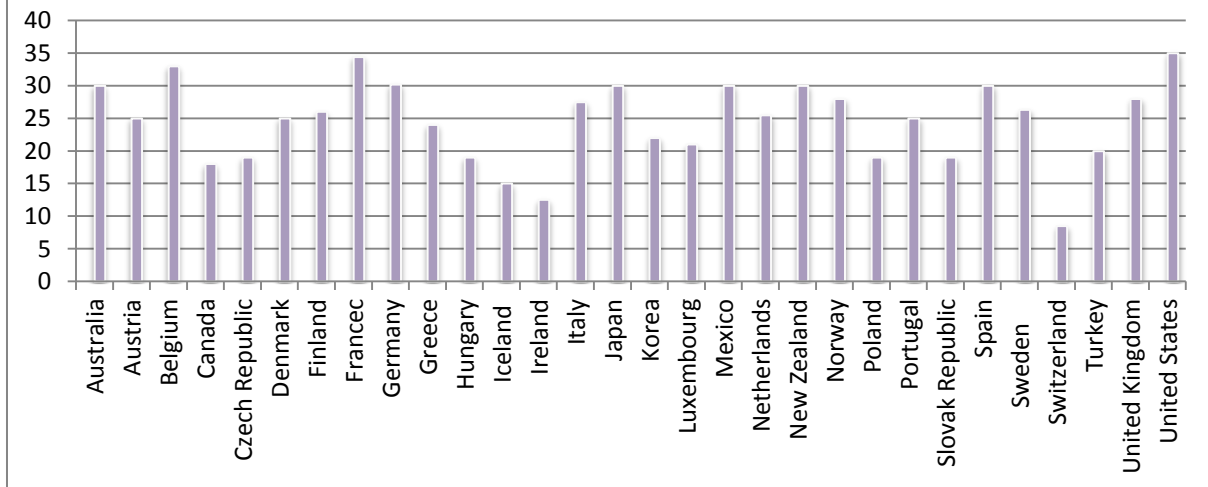
De invoering van de objectvrijstelling verhoogt volgens de economische theorie de welvaart. Het voorkomingsstelsel dat Nederland tot 2012 had was geen zuivere toepassing van het territorialiteitsbeginsel. Nu de objectvrijstelling voor de vaste inrichting is ingevoerd is er wel een zuivere toepassing van het territorialiteitsbeginsel en dit leidt tot de meeste KIN. Hierbij merk ik wel op dat bij passieve deelnemingen of passieve vaste inrichtingen de objectvrijstelling vervalt en er over het buitenlandse inkomen belasting wordt geheven.

Doordat diverse landen een territoriaal systeem nastreven neemt de belastingconcurrentie tussen deze staten toe, wat in overeenstemming is met het doel van de interne markt. Deze concurrentie is een bedreiging voor landen waar economische activiteiten verricht worden. De landen met economische bedrijvigheid kenmerken zich door te beschikken over een goede infrastructuur, goede geografische ligging, een hoog kennisniveau van de bevolking, et cetera. Om het voorzieningenniveau op peil te houden, dienen de landen voldoende inkomsten te genereren uit belastingen. Bij een grote concurrentie tussen belastingstelsels zal dit niet eenvoudig zijn. In 2008 heeft de OESO onderzoek gedaan naar de gevolgen van belastingen voor economische groei²⁰³. Conclusie uit het rapport is dat een verlaging van het belastingtarief leidt tot een verhoging van de productiewinsten en daardoor tot een verhoging van het BBP. Nadeel is, zoals hiervoor genoemd, dalende belastinginkomsten. De laatste jaren is het statutair tarief van de vennootschapsbelasting in de wereld aanzienlijk gedaald. Diverse landen, en in het bijzonder kleinere landen, kunnen het niet permitteren om achter te blijven en moeten dus mee met het verlagen van het belastingtarief. Wanneer deze landen niet meegaan met het verlagen van het belastingtarief riskeren zij dat de multinationale ondernemingen zich zullen verplaatsen naar een staat met een lager tarief en een grotere afzetmarkt. Aan de andere kant hebben de kleinere landen ook de mogelijkheid om hun tarieven te verlagen, doordat ze een kleine thuismarkt hebben. Het kan dus zowel positief als negatief zijn. Door het tarief te verlagen worden landen aantrekkelijker als vestigingsland. In Europa zit Nederland net boven het gemiddelde belastingtarief (zie figuur 1).

²⁰³ OECD, 'Taxation and Economic Growth', *Economics Department Working Papers NO. 620.*, 2008.

Figuur 1: Statutair belastingtarief vennootschapsbelasting, 2010

Bron: OECD Tax Database



Met gezonde concurrentie tussen belastingstelsels van lidstaten is niets mis. Hierdoor is de economie van de Europese Unie dynamischer, ook kunnen kleine lidstaten door de competitie beter meekomen met de grotere lidstaten²⁰⁴. Kanttekening bij concurrentie tussen belastingstelsels is dat het uitgangspunt van lidstaten moet zijn om een goede infrastructuur te hebben en dat de publieke diensten van voldoende niveau zijn. Indien dit niet het geval is, dan is de concurrentie tussen de belastingstelsels niet wenselijk. Dit komt doordat dan de bedrijven slechts profiteren van de lage tarieven en de lidstaten er voor het overige maar last van hebben.

Een tariefsverlaging lijkt een eenvoudige maatregel om economische groei te stimuleren. Maar zo eenvoudig is het niet, er moet zorgvuldig naar deze maatregel worden gekeken. Als voorbeeld wil ik Ierland aandragen. In 2003 heeft Ierland de vennootschapsbelasting verlaagd van 40% naar 12,5%. Het gevolg hiervan was een flinke stijging van het BBP²⁰⁵. Door deze aanzienlijke verlaging van het belastingtarief zijn grote concerns zoals Google, Facebook en Oracle zich in Ierland gaan vestigen²⁰⁶. Overigens heeft het grotendeels ontbreken van Transfer Pricing-regelgeving hier ook mee te maken. Gevolg was een toename van de werkgelegenheid en een stijging van de lonen. Hierdoor stegen de huizenprijzen en ontstond er een vastgoedzeepbel, die met de kredietcrisis klapte. Opmerkelijk detail in deze is dat Ierland in 2003 nog één van de grootste netto-ontvangers was van de EU²⁰⁷. Dit was wel voor de aanzienlijke verlaging van het vennootschapsbelastingtarief. Gevolg van dit alles is dat Ierland flinke tekorten heeft in de begroting. Dit kan opgelost worden door het belastingtarief weer te verhogen, maar hier zit het gevaar aan vast dat de grote bedrijven hun vestigingen verplaatsen met alle gevolgen van dien²⁰⁸. In navolging van Ierland en Cyprus wil

²⁰⁴ Sullivan, 'The Non-Exercise of Taxing Powers by Member States and Its Compatibility with EC Law', *European Taxation* April 2009, Par 2.4.

²⁰⁵ Kamerstukken II 2004/05, 30 107, nr. 2, p. 13.

²⁰⁶ Reuters, "na het", *De Tijd* (Belgisch nieuwsblad), 27 november 2010.

²⁰⁷ www.europa-nu.nl, EU-budget 2003 - eurocommissaris Schreyer zegt dat netto-betalers ook profiteren van voordelen interne markt, geraadpleegd op 29 december 2011.

²⁰⁸ Zie ook Visser, Experts vrezen grote problemen als Ierland vennootschapsbelasting moeten verhogen, *FD*, 20 november 2010.

Hongarije het belastingtarief ook gaan verlagen van 19% naar 10%²⁰⁹. De vraag is in hoeverre landen ongestraft hun belastingtarief kunnen verlagen. Om het voorzieningenniveau op peil te houden, zullen er toch voldoende inkomsten moeten zijn. Ook kan belastingconcurrentie uiteindelijk schadelijk zijn voor de economische efficiency²¹⁰.

3.3.4 Grensoverschrijdende verliesverrekening

3.3.4.1 Onderzoek bij Europese bedrijven

Het niet grensoverschrijdend kunnen verrekenen van verliezen veroorzaakt een hoop ergernis bij het bedrijfsleven²¹¹. Het European Business Test Panel (hierna: EBTP) heeft in 2006 een enquête gehouden onder haar leden (Europese bedrijven) en hun visie over grensoverschrijdende verliesverrekening²¹². Het EBTP is een panel van bedrijven die regelmatig door de Europese Commissie wordt geraadpleegd bij nieuwe wet- en regelgeving. Bij 39,5% van de respondenten heeft het verkrijgen van grensoverschrijdende compensatie van verliezen gevolgen gehad voor de structuur van het concern. Voor 26,7% van de respondenten heeft het ontbreken van grensoverschrijdende verliesverrekening gevolgen gehad voor de keuze van de rechtsvorm; dochteronderneming of vaste inrichting. Het ontbreken van de mogelijkheid tot grensoverschrijdende verliesverrekening heeft voor 21,2% invloed gehad bij de keuze om in het buitenland- of binnenland te investeren. Uit deze cijfers blijkt dat er dus een verstoring is, omdat diverse bedrijven zich laten leiden door fiscale regelgeving. Verrassend hieraan is dat de percentages relatief laag zijn en dat het merendeel van de bedrijven zich niet door fiscale motieven laat leiden. Op de vraag of grensoverschrijdende verliesverrekening mogelijk moet zijn, vindt 63,7% van de respondenten dat dit mogelijk moet zijn. Dit bevestigt het beeld dat bedrijven naar het gehele concern kijken en niet naar landen an sich. Uit deze enquête blijkt dat een land een aantrekkelijker vestigingsland kan worden, indien grensoverschrijdende verliesverrekening mogelijk is.

3.3.4.2 Ontwikkelingen

Indien een belastingstelsel wordt ingevoerd waarbij grensoverschrijdende verliesverrekening mogelijk is, dan dient mijns inziens eenvoud hoog in het vaandel te staan. Wanneer grensoverschrijdende verliesverrekening zorgt voor een administratieve rompslomp en ingewikkelde regelgeving, dan zal er weinig gebruik worden gemaakt van deze mogelijkheid. Zie in dit verband ook de grensoverschrijdende verliesverrekening in Denemarken²¹³.

Naast Denemarken kent Frankrijk ook beperkte mogelijkheden tot grensoverschrijdende verliesverrekening²¹⁴. Italië daarentegen kent de mogelijkheid tot wereldwijde consolidatie en in

²⁰⁹ <http://tax-planning.nl/2010/06/hongarije-crisis-belastingverlaging>

²¹⁰ Musgrave, 'Interjurisdiction equity in company taxation: principles and applications to the European Union', in Clossen, 'Taxing capital income in the European Union', issues and options for reform, 2000, p. 49.

²¹¹ Mededeling van de Commissie, 19 december 2006, COM (2006)824 def.

²¹² http://ec.europa.eu/yourvoice/ebtp/consultations/relief/relief_nl.pdf

²¹³ Nieuwenboer, 'Een Europese Nederlandse fiscale eenheid', in: Essers, 'Focus op verrekenprijzen in Europa', Maastrichtse fiscale symposia 17, Deventer: Kluwer 2008, p. 131-147 en Kamerstukken II 2004/05, 30 107, nr. 2, p. 26.

²¹⁴ Kamerstukken II 2004/05, 30 107, nr. 2, p. 26.

Oostenrijk is het mogelijk om ook de verliezen van de buitenlandse deelneming te verrekenen²¹⁵. Het toestaan van grensoverschrijdende verliesverrekening kan een onderscheidende factor voor Nederland zijn. In hoofdstuk 6 onderzoek ik of Oostenrijk geprofiteerd heeft van het toestaan van grensoverschrijdende verliesverrekening. Op 16 maart 2011 is de conceptrichtlijn met betrekking tot de CCCTB uitgevaardigd²¹⁶. Niet alle landen, waaronder ook Nederland, zijn enthousiast over dit voorstel. Door de huidige crisis is het echter mogelijk dat de invoering van de CCCTB in een stroomversnelling is geraakt. Hierbij verwijs ik in het bijzonder naar de brief van Angela Merkel²¹⁷ en Nicolas Sarkozy²¹⁸ in hun brief van 17 augustus 2011 aan Herman van Rompuy²¹⁹.

3.3.4.3 Grensoverschrijdend handelen en de marktwerking

De mededeling van de Commissie over grensoverschrijdende verliesverrekening ziet dat een verschillende behandeling invloed heeft op het wel of niet betreden van een buitenlandse markt voor bedrijven²²⁰. Volgens de Commissie worden bedrijven in grote lidstaten bevoordeeld bij het ontbreken van grensoverschrijdende verliesverrekening, omdat zij een grote binnenlandse markt hebben. Deze bedrijven kunnen eenvoudiger schaalvoordelen behalen dan bedrijven in kleine lidstaten. Dit impliceert dat de grote ondernemingen gevestigd zijn in landen met een grote binnenlandse markt. Hierdoor behalen deze bedrijven hoge omzetten en kunnen ze makkelijker een verlies opvangen. De Europese Commissie constateert de volgende gevolgen van de onmogelijkheid tot grensoverschrijdende verliesverrekening:

- *“Investerings in het binnenland worden gestimuleerd en investeringen in andere lidstaten worden afgeremd;*
- *Grensoverschrijdende investeringen in grotere lidstaten worden bevoordeeld;*
- *Grote ondernemingen worden bevoordeeld in vergelijking met midden- en kleinbedrijven wat grensoverschrijdende investeringen betreft; en*
- *De keuze tussen een vaste inrichting of dochtermaatschappij als ondernemingsvorm wordt beïnvloed”²²¹.*

Al deze verstoringen beïnvloeden de marktwerking. Dit heeft tot gevolg dat producten en diensten een hogere prijs hebben; dit betekent een verlies van welvaart. Dit komt met name doordat er minder concurrentie op de markt is en bedrijven hierdoor niet worden gestimuleerd te innoveren en efficiënter te gaan werken.

3.3.5 Conclusie

In dit onderdeel is de economische theorie met betrekking tot welvaart en efficiency behandeld. Belastingheffing zorgt voor verstoringen van de marktwerking en daardoor een verlaging van de efficiency. Er is geen verschil tussen efficiency op nationaal-, internationaal- en wereldniveau; nationale efficiency wordt bereikt door te streven naar efficiency op mondiaal niveau. Dus indien Nederland buitenlandse verliesverrekening toestaat, betekent dit niet per definitie dat de welvaart

²¹⁵ Kamerstukken II 2004/05, 30 107, nr. 2, p. 26.

²¹⁶ Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende een gemeenschappelijk geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB), COM(2011)121.

²¹⁷ Angela Merkel is de bondskanselier van Duitsland.

²¹⁸ Nicolas Sarkozy is de president van Frankrijk.

²¹⁹ Herman van Rompuy is de voorzitter van de Europese Raad ('de president van Europa').

²²⁰ Mededeling van de Commissie, 19 december 2006, COM (2006)824 def, paragraaf 1.3.

²²¹ Mededeling van de Commissie, 19 december 2006, COM (2006)824 def, paragraaf 1.3.

in Nederland stijgt. In de literatuur zijn er twee stromingen; de ene stroming prefereert KEN boven KIN en de andere KIN boven KEN.

Ik ben van mening dat in de ideale wereld moet worden gestreefd naar belastingheffing op basis van KEN. Het belangrijkste argument hiervoor is het feit dat KEN de locatieverstoring elimineert. Investerders zullen de locatie van hun investering baseren op niet-fiscale gronden. Voorts ben ik van mening dat een concern dat wereldwijd opereert met een belastingstelsel gebaseerd op KEN minder administratieve kosten kwijt is en het bedrijfseconomische resultaat zal worden belast. De administratieve kosten zullen afnemen, doordat het resultaat niet at-arms-length hoeft te worden toegerekend aan diverse staten. Verder neemt met KEN de belastingconcurrentie tussen staten af. De wereld is echter niet perfect, dus voor Nederland prefereer ik een belastingstelsel op basis van KIN. Nederland is een klein land met een kleine binnenlandse afzetmarkt. Nederland heeft daardoor voor Nederlandse ondernemingen al snel een te kleine afzetmarkt. Nederland zal daarom grensoverschrijdend ondernemen moeten stimuleren. Met een belastingstelsel op grond van KIN met de mogelijkheid tot grensoverschrijdende verliesverrekening is het mogelijk de opstartverliezen in aftrek te brengen op de Nederlandse grondslag. Voor buitenlandse bedrijven van andere continenten is Nederland ook aantrekkelijk als vestigingsland voor hun Europese activiteiten indien belastingheffing op grond van KIN plaats vindt, omdat de vrijstellingsmethode van toepassing is voor buitenlandse resultaten.

3.4 Belastingontwijking

In dit onderdeel wordt onderzocht in hoeverre er mogelijkheden zijn tot belastingontwijking wanneer grensoverschrijdende verliesverrekening wordt geïmplementeerd. Belastingontwijking is niet hetzelfde als belastingontduiking. Belastingontduiking is een illegale handeling met strafrechtelijke gevolgen²²². Bij belastingontwijking daarentegen is er geen sprake van een illegale handeling, maar wordt gebruik gemaakt van de mogelijkheden van de wet. De maatregelen tegen belastingontwijking worden antimisbruikmaatregelen genoemd²²³. Belastingontwijking wordt ook tegengegaan door het in de jurisprudentie ontwikkelde leerstuk van *fraus legis*. *Fraus legis* kan worden toegepast wanneer een rechtshandeling in strijd is met doel en strekking van de wet. Handelen in strijd met doel en strekking van de wet is een vorm van belastingontwijking²²⁴.

Het begrip belastingontwijking komt ook naar voren in de rechtspraak van het Hof van Justitie EU, onder andere bij zaken over grensoverschrijdende verliesverrekening. Het gevaar van belastingontwijking kan een rechtvaardigingsgrond zijn voor een belemmering van één van de verkeersvrijheden. Het Hof van Justitie EU²²⁵ stelt dat de lidstaten vrij zijn om regels in te voeren of te handhaven die specifiek tot doel hebben, volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn

²²² Merks, 'Belastingontduiking, -ontwijking en -planning (deel 1)', *MBB* 2006/338, blz. 338-344.

²²³ Weber, 'Belastingontwijking en de EG-Verdragsvrijheden', *FM* 105, Deventer: Kluwer 2003, p. 17.

²²⁴ Van den Brande-Boomsluiters, 'De bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting', *FM* 110, Deventer: Kluwer 2004, p. 72.

²²⁵ HvJ EG, 13 december 2005 (Marks & Spencer), nr. C-446/03, r.o. 57, gepubliceerd in *V-N* 2005/60.15.

om de nationale fiscale wet te omzeilen of eraan te ontsnappen, van een belastingvoordeel uit te sluiten (zie in die zin de arresten ICI²²⁶ en Lasteyrie du Saillant²²⁷). Belangrijke nuancering hierbij is dat belastingontwijking niet het enige doel van een belastingplichtige hoeft te zijn, maar het dient wel het wezenlijke doel te zijn²²⁸. Wanneer een antimisbruikmaatregel niet alleen belastingontwijking tegengaat, maar een ruimere werking heeft, dan kan het voorkomen van belastingontwijking enkel als rechtvaardigingsgrond worden aangevoerd in combinatie met een evenwichtige heffingsbevoegdheid²²⁹. In Marks & Spencer stelt het Hof van Justitie EU het volgende over het gevaar van belastingontwijking als rechtvaardigingsgrond: er dient te worden aangenomen dat de mogelijkheid om het verlies van een niet-ingezeten dochtervennootschap over te dragen aan een ingezeten vennootschap, het gevaar inhoudt dat de verliesoverdracht binnen een vennootschapsgroep zo wordt georganiseerd dat het verlies wordt overgedragen aan vennootschappen in lidstaten waar het belastingtarief het hoogst is, en waar de fiscale waarde van een verlies dus het grootst is²³⁰. In Oy AA²³¹ werd het gevaar van belastingontwijking ook als rechtvaardigingsgrond aangenomen, omdat er een risico bestaat dat door kunstmatige constructies inkomen wordt overgedragen van laagbelaste vennootschappen naar hoogbelaste vennootschappen. In Papillon²³² werd het gevaar van belastingontwijking niet als rechtvaardigingsgrond aangenomen, omdat de verliezen en winsten in één lidstaat blijven.

3.4.1 Belastingontwijking bij geen grensoverschrijdende verliesverrekening

Door de invoering van de objectvrijstelling voor vaste inrichtingen is het onderscheid tussen een vaste inrichting en een deelneming verdwenen. Hierdoor zal grensoverschrijdende verliesverrekening niet van dusdanige invloed zijn bij het bepalen van de bedrijfsstructuur. Dit is één van de belangrijkste argumenten van de Commissie Van Weeghel²³³ voor invoering van de objectvrijstelling. Wel is er antimisbruikregelgeving ingevoerd om misbruik van definitieve verliezen te voorkomen.

Door de objectvrijstelling is het op de liquidatieverliesregeling, de stakingsverliesregeling en de verrekeningsmethode voor passieve resultaten na niet mogelijk om in Nederland een buitenlands verlies te verrekenen. Hierdoor kunnen de artikelen 31 tot en met 35 Bvdb 2001 vervallen, omdat deze betrekking hebben op het resultaat van een buitenlandse vaste inrichting met een Nederlands hoofdhuis. Ook artikel 13c (oud) Wet Vpb 1969 kan vervallen, omdat deze antimisbruikbepaling voorkomt dat de inhaalregeling (artikel 34 Bvdb 2001) wordt ontgaan. In deze alinea wordt het overgangsrecht buiten beschouwing gelaten.

²²⁶ HvJ EG, 16 juli 1998 (ICE), nr. C-264/96, r.o. 26, gepubliceerd in *FED* 1999/266.

²²⁷ HvJ EG, 11 maart 2004 (Lasteyrie du Saillant), nr. C-9/02, r.o. 50, gepubliceerd in *V-N* 2004/15.9 en Kemmeren, 'Marks & Spencer: balanceren op grenzeloze verliesverrekening', *WFR* 2006/211.

²²⁸ HvJ EG, 22 mei 2008 (Ampliscentifica), nr. C-162/07, r.o. 27-29, gepubliceerd in *V-N* 2008/25.20 en HvJ EG 21 februari 2008 (Part Service), nr. C-425/06, *V-N* 2008/11.17.

²²⁹ HvJ EU, 21 januari 2010 (SGL), nr. C-311/08, gepubliceerd in *V-N* 2010/13.21.

²³⁰ HvJ EG, 13 december 2005 (Marks & Spencer), nr. C-446/03, r.o. 49, gepubliceerd in *V-N* 2005/60.15.

²³¹ HvJ EG, 18 juli 2007 (Oy AA), nr. C-231/05, r.o. 58, gepubliceerd in *V-N* 2007/57.13.

²³² HvJ EG, 27 november 2008 (Papillon), nr. C-418/07, r.o. 39, gepubliceerd in *V-N* 2008/59.20.

²³³ Commissie Van Weeghel, 'Continuïteit en vernieuwing - Een visie op het belastingstelsel', 7 april 2010, p. 103-104.

3.4.2 Belastingontwijking bij grensoverschrijdende verliesverrekening

3.4.2.1 De grensoverschrijdende fiscale eenheid

De antimisbruikbepalingen die hierna behandeld worden, komen uit het voorstel 'Grensoverschrijdende fiscale eenheid' in de nota 'Wet werken aan winst'. In deze nota wilde de staatssecretaris de grensoverschrijdende fiscale eenheid beperken tot enkel vennootschappen die in een EU-lidstaat gevestigd zijn²³⁴. Argument van de toenmalige staatssecretaris was dat met derdelanden geen voor het Hof van Justitie EU afdwingbare regels voor wederzijdse bijstand gelden²³⁵. Dit vind ik niet het meest sterke argument, omdat in het verleden wel verliesverrekening mogelijk was met vaste inrichtingen binnen én buiten de EU. Ook heeft Nederland in steeds meer belastingverdragen een bepaling opgenomen betreffende de uitwisseling van inlichtingen en bijstand bij invordering. Als tweede argument geeft de staatssecretaris aan dat het bedrijfsleven alleen geïnteresseerd is in verliesverrekening met dochters in eurolanden, omdat er zich dan geen valutaresultaten voordoen²³⁶. Ik heb het idee dat het bedrijfsleven valutaschommelingen niet als onoverkomelijk ervaart, er zijn immers genoeg vaste inrichtingen in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk en dus buiten de eurozone die voorheen het resultaat in de wereldwinst meegenomen zagen worden. Bedrijfseconomisch bezien is een valutarisico niet gewenst. Fiscaal nadeel is dat er verschil kan ontstaan in de voorkomings- en bijdragewinst. Maar dit kan ook een fiscaal voordeel zijn wanneer de voorkomingswinst negatief uitvalt en de bijdragewinst hiervan verschilt²³⁷.

3.4.2.2 Tijdstip van toe- en uittreding

Eén van de beperkingen die de staatssecretaris wil invoeren voor de grensoverschrijdende fiscale eenheid is het aantal keuzemomenten om wel of niet deel uit te maken van de fiscale eenheid²³⁸. Dit is nodig, omdat er anders alleen voor de fiscale eenheid wordt gekozen indien dit gunstig uitpakt. Dit is momenteel ook het geval, echter met de mogelijkheid tot grensoverschrijdende verliesverrekening is dit budgettair niet verantwoord. Er dient binnen een bepaalde termijn te worden bepaald of het kwalificerende belang deel gaat uitmaken van de fiscale eenheid en vervolgens kan daar niet snel op worden teruggekomen. De staatssecretaris geeft aan dat een vennootschap tussen de 3 tot 5 jaar in de fiscale eenheid moet blijven²³⁹. Dit om te voorkomen dat een vennootschap alleen in zijn verliesjaar in de fiscale eenheid zit. Ik kan mij vinden in deze maatregel, omdat de grensoverschrijdende fiscale eenheid een timingvoordeel geeft en er niet voor moet zorgen dat de Nederlandse belastinggrondslag wordt uitgehold.

²³⁴ Kamerstukken II 2004/05, 30 107, nr. 2, p. 27.

²³⁵ Kamerstukken II 2004/05, 30 107, nr. 2, p. 27.

²³⁶ Kamerstukken II 2004/05, 30 107, nr. 2, p. 27.

²³⁷ Voorbeeld is te vinden in van De Graaf, Kavelaars en Stevens, 'Internationaal belastingrecht', *FED fiscale studieserie*, 3^e herziene druk, Deventer: Kluwer 2009, p. 139-140.

²³⁸ Kamerstukken II 2004/05, 30 107, nr. 2, p. 27.

²³⁹ Kamerstukken II 2004/05, 30 107, nr. 2, p. 27.

3.4.2.3 Verliesverrekening op all-in/all-out basis

De all-in/all-out regel houdt in dat per lidstaat aangegeven wordt of men kiest voor voeging in de fiscale eenheid. Deze maatregel zorgt ervoor dat niet slechts deelnemingen worden gevoegd die het meest gunstige fiscale resultaat bewerkstelligen. Door deze maatregel worden de resultaten binnen een lidstaat eerst met elkaar verrekend, voordat ze bij het resultaat van de fiscale eenheid worden gevoegd²⁴⁰. Indien in een lidstaat de ene deelneming een positief resultaat behaalt en de andere deelneming een negatief resultaat, terwijl dit op grond van nationale wetgeving niet kan worden verrekend, dan leidt deze maatregel tot een onredelijk gevolg²⁴¹. Bender, Douma en Engelen zijn van mening dat deze maatregel in strijd is met de vrijheid van vestiging. Ik vind de redenering wat ver gaan. Bender, Douma en Engelen stellen letterlijk “dat de verliezen van een in een andere lidstaat gevestigde dochtermaatschappij niet in mindering kunnen worden gebracht op de winst van de in Nederland gevestigde moedermaatschappij, indien en voor zover een eveneens in die lidstaat gevestigde (klein)dochtermaatschappij winst heeft behaald. Dit terwijl deze verliezen wel op de winst van de moedermaatschappij in mindering hadden kunnen worden gebracht, indien de betrokken dochtermaatschappij in Nederland gevestigd zou zijn geweest²⁴².” Mijns inziens schiet ten eerste hier de regelgeving van de lidstaat tekort wanneer verliezen en winsten niet met elkaar verrekend kunnen worden. Voorts ben ik van mening dat er geen belemmering is, omdat in Nederland precies dezelfde regelgeving geldt. En mocht er dan toch een belemmering zijn, dan vind ik dat op grond van het arrest Marks & Spencer²⁴³ een rechtvaardiging bestaat voor deze belemmering. Ik merk voor de volledigheid op dat de mening van Bender, Douma en Engelen is geciteerd uit een artikel voorafgaand aan de uitspraak van het Hof van Justitie EU in de zaak Marks & Spencer. Ik ben van mening dat deze maatregel een rechtvaardige maatregel is, omdat hiermee belastingontwijking wordt voorkomen.

3.4.2.4 Onder omstandigheden inhaal ineens van afgetrokken buitenlandse verliezen

Naast de inhaalregeling die vroeger in art. 13c (oud) Wet Vpb 1969 stond, wilde de staatssecretaris nog een verscherping hierop aanbrengen. In het geval dat de inhaalregeling niet effectief mogelijk is, vindt onmiddellijk inhaal plaats van alle in het verleden in aftrek gebrachte verliezen²⁴⁴. De staatssecretaris gaat hier vervolgens niet verder op in.

²⁴⁰ Kamerstukken II 2004/05, 30 107, nr. 2, p. 27.

²⁴¹ Bender, Douma & Engelen, ‘Werken aan winst? Werken aan de interne markt! (2)’, *WFR* 2005/1069.

²⁴² Bender, Douma & Engelen, ‘Werken aan winst? Werken aan de interne markt! (2)’, *WFR* 2005/1069.

²⁴³ HvJ EG, 13 december 2005 (Marks & Spencer), nr. C-446/03, gepubliceerd in *V-N* 2005/60.15.

²⁴⁴ Kamerstukken II 2004/05, 30 107, nr. 2, p. 27-28.

Bender, Douma en Engelen kwamen met twee situaties waarin inhaal ineens volgens hen nodig is:

1. Staking van de onderneming van een buitenlandse vaste inrichting (daaronder begrepen de overdracht van de onderneming aan een derde); en
2. Overdracht van de onderneming van een buitenlandse vaste inrichting aan een dochtermaatschappij (daaronder begrepen de verbreking van een fiscale eenheid met een dochtermaatschappij die haar onderneming drijft door middel van een buitenlandse vaste inrichting)²⁴⁵.

Ook bij deze situaties en dan met name bij de eerste situatie wil ik de opmerking plaatsen dat deze zijn bedacht voorafgaand aan het arrest Marks & Spencer. Daarbij komt dat in deze nota de staatssecretaris het idee opperde om de liquidatieverliesregeling te schrappen²⁴⁶, maar dit is door de uitspraak in de zaak Marks & Spencer niet in overeenstemming met het EU-recht. Dus momenteel kan situatie 1 vervallen, omdat hier nog werd uitgegaan van de veronderstelling dat definitieve verliezen niet kunnen worden verrekend met de winsten van de moedervenootschap. Dit is echter wel het geval. Voor de tweede situatie valt meer te zeggen, al vraag ik mij af of deze situatie niet al wordt ondervangen door artikel 13c (oud) Wet Vpb 1969.

3.4.2.5 Achterwaartse verrekening van het buitenlandse verlies

Voor 2012 kon een buitenlandse vaste inrichting haar verlies direct ten laste van de Nederlandse winst brengen. Met deze antimisbruikmaatregel wordt dat voorkomen. Het voorstel is om het buitenlandse verlies niet meteen ten laste van de Nederlandse belastinggrondslag te brengen, maar eerst te verrekenen met in het verleden behaalde buitenlandse winsten. Dit is alleen mogelijk indien de deelneming, danwel vaste inrichting na voeging winst heeft gemaakt. Dit kan een nogal ingrijpende maatregel zijn, immers het voordeel van buitenlandse verliesverrekening is een liquiditeitsvoordeel en dat kan met deze antimisbruikmaatregel worden weggenomen. Het liquiditeitsvoordeel wordt weggenomen als de vestigingsstaat geen carry-back verliesverrekening kent zoals Nederland²⁴⁷. Indien het buitenland een carry-back regeling kent, dan zal daar het liquiditeitsvoordeel liggen. Doordat deze antimisbruikmaatregel zo ingrijpend is, ben ik van mening dat de achterwaartse verliesverrekening, indien geïmplementeerd, een termijn moet kennen van slechts één jaar. Ik ben verder ook van mening dat de resultaten eerst op grond van de overall methode (zie volgende paragraaf) moeten worden verrekend, voordat deze antimisbruikmaatregel in werking treedt. Voorts ben ik bang dat dit een complexe antimisbruikmaatregel is, omdat administratief de winsten van voorgaande jaren per vennootschap en vaste inrichting moeten worden bijgehouden. Ik ben tegen invoering van deze maatregel, omdat deze maatregel het grootste voordeel van de grensoverschrijdende fiscale eenheid wegneemt.

3.4.2.6 Vervanging van de per country methode door de overall methode

De overall methode werd in 1995 vervangen voor de per country methode. De per country methode houdt in dat de vermindering ter voorkoming van dubbele belasting per land afzonderlijk wordt

²⁴⁵ Bender, Douma & Engelen, 'Werken aan winst? Werken aan de interne markt! (2)', *WFR* 2005/1069.

²⁴⁶ Kamerstukken II 2004/05, 30 107, nr. 2, p. 36.

²⁴⁷ Zie artikel 20, lid 2 Wet Vpb 1969.

bepaald, terwijl de overall methode inhoudt dat de vermindering ter voorkoming van dubbele belasting over de netto buitenlandse winst wordt bepaald. De Staatssecretaris vindt dit een verbetering omdat nu wordt aangesloten bij het bedrijfseconomische resultaat en het niet mogelijk is dat het fiscale resultaat lager is. Gevolg hiervan is echter wel dat alleen voor de netto winst een vrijstelling wordt gegeven. Bijvoorbeeld: een Nederlandse vennootschap heeft twee vaste inrichtingen in twee verschillende staten. In staat A wordt een verlies van 20 geleden en in staat B wordt een winst van 50 behaald, dan wordt er een vrijstelling verleend voor 30 en niet voor 50. Wanneer de per country methode volledig wordt vervangen door de overall methode, levert dat een budgettaire voordeel op. Er wordt immers buitenlands verlies met buitenlandse winst verrekend voordat het buitenlandse resultaat in de Nederlandse belastinggrondslag wordt betrokken. Probleem van deze verandering is dat in veel belastingverdragen de per country methode wordt gebruikt. Dit zal naar alle waarschijnlijkheid pas worden aangepast bij de eerstvolgende onderhandelingen over een nieuw belastingverdrag. Verder wordt Nederland als vestigingsland minder aantrekkelijk, doordat een liquiditeitsvoordeel wordt versoberd. Ik ben van mening dat deze maatregel geen antimisbruikmaatregel is, maar een budgettaire maatregel.

3.4.2.7 Internationale antimisbruikmaatregel

In de belastingverdragen wordt ter voorkoming van belastingontwijking Controlled Foreign Company-legislation (CFC-wetgeving) opgenomen. Reden voor invoering daarvan is het bereiken van KEN²⁴⁸. CFC-wetgeving voorkomt dat belastingplichtigen uitstel of afstel van belastingheffing bewerkstelligen door bronnen van inkomen onder te brengen in buitenlandse vennootschappen die onderworpen zijn aan een lagere belastingdruk²⁴⁹. Wanneer een vennootschap haar activiteiten onderbrengt in een laag belaste buitenlandse vennootschap, dan kan de woonstaat daar in beginsel niet over heffen. CFC-wetgeving voorkomt dit door de zelfstandigheid van de vennootschap in het buitenland te negeren. Het resultaat van de buitenlandse vennootschap wordt bij de moedervenootschap opgeteld. Er zijn diverse varianten van CFC-wetgeving²⁵⁰, maar de algemene kenmerken zijn dat de moedervenootschap een bepaald belang heeft (veelal 50% of meer) in deze buitenlandse vennootschap, dat de buitenlandse vennootschap geen onderneming drijft, maar belegt in onroerend goed of aandelen en het belastingtarief is van een zo laag niveau dat er van een tax haven wordt gesproken. Nadeel van CFC-wetgeving is dat deze het efficiencyvoordeel van andere landen wegneemt. Ook is het niet geheel in overeenstemming met de doelstellingen van de interne markt, omdat het de concurrentie tussen rechtsstelsels wegneemt. CFC-wetgeving heeft zowel invloed op buitenlandse verliesverrekening, de interne markt en de economische efficiency.

²⁴⁸ Cahiers de droit fiscal international, 'Limits on the use of low-tax regimes by multinational businesses: current measures and emerging trends', *IFA, Kluwer*, Den Haag 2001, p. 39.

²⁴⁹ Weber, 'Belastingontwijking en de EG-Verdragsvrijheden' (diss. Amsterdam UvA), *Amsterdam: Kluwer* 2003, p. 131.

²⁵⁰ Cahiers de droit fiscal international, 'Limits on the use of low-tax regimes by multinational businesses: current measures and emerging trends', *IFA, Kluwer*, Den Haag 2001, p. 41.

3.4.3 Conclusie

Bezien vanuit het oogpunt van belastingontwijking is een objectvrijstelling het meest wenselijk. Er is immers geen mogelijkheid om verliezen grensoverschrijdend te verplaatsen en dus geen mogelijkheid om hier misbruik van te maken. Enige uitzondering hierop is de regeling inzake de verrekening van definitieve verliezen. Deze moeten wel grensoverschrijdend verrekend worden. Nederland heeft daar aparte antimisbruikmaatregelen voor opgenomen. Bij een grensoverschrijdende fiscale eenheid dienen echter wel antimisbruikmaatregelen te worden geïmplementeerd. Ik ben hierbij uitgegaan van de inkaderingsmaatregelen uit de nota 'Werken aan winst'. Sommige van deze maatregelen vind ik te ver gaan, terwijl andere maatregelen nodig zijn om belastingontwijking te voorkomen. Ik ben dan ook van mening dat wanneer de grensoverschrijdende fiscale eenheid toegestaan wordt, een iets minder verregaande set van inkaderingsmaatregelen volstaat. Om deze stelling verder te onderbouwen verwijs ik naar onderdeel 6.5.3. In dit onderdeel worden de antimisbruikmaatregelen van de grensoverschrijdende fiscale eenheid van Oostenrijk behandeld.

4. Rechtsvergelijking België

4.1 Inleiding

België heeft een klassiek vennootschapsbelastingstelsel. Voor de vennootschapsbelasting zijn alleen vennootschappen gevestigd in België met rechtspersoonlijkheid belastingplichtig. Een vennootschap is in België gevestigd wanneer de statutaire zetel, het hoofdkwartier of het management zich in België bevindt. België heft over het wereldinkomen van haar inwoners. De wetgeving voor de winstbepaling is te vinden in de inkomstenbelasting²⁵¹. Het tarief van de vennootschapsbelasting bedraagt 33% en wordt verhoogd met 3% crisisbijdrage. Hierdoor is het effectieve belastingtarief 33,99%.

4.2 De vaste inrichting

Het begrip vaste inrichting in de Belgische wetgeving is hetzelfde als het begrip vaste inrichting in het OESO-Modelverdrag. België heft over het wereldinkomen van haar inwoners. Het resultaat dat een vaste inrichting behaalt in het buitenland wordt in beginsel in België belast. Verliezen van de buitenlandse vaste inrichting zijn aftrekbaar van het positieve resultaat van het Belgische hoofdhuis. Vennootschappen die inkomen genieten uit verschillende landen moeten de verliezen van een buitenlandse vaste inrichting in hetzelfde belastingjaar verrekenen op de volgende wijze:

- Verliezen uit een staat waarmee België een belastingverdrag heeft gesloten worden eerst verrekend met vrijgestelde winst uit een ander staat waarmee België een belastingverdrag heeft. Vervolgens wordt het verlies verrekend met winst uit een staat waarmee België geen belastingverdrag heeft en als laatste met de binnenlandse winst.
- Verliezen uit een staat waarmee België geen belastingverdrag heeft gesloten worden eerst verrekend met winst uit een ander staat waarmee België geen belastingverdrag heeft. Vervolgens wordt het verlies verrekend met vrijgestelde winst uit een staat waarmee België een belastingverdrag heeft en als laatste met de binnenlandse winst.
- Binnenlandse verliezen worden eerst verrekend met binnenlandse winsten. Vervolgens wordt het verlies verrekend met winst uit een staat waarmee België geen belastingverdrag heeft gesloten. Daarna wordt het verlies verrekend met de vrijgestelde winst uit een staat waarmee België een belastingverdrag heeft.

Indien de verliezen niet volledig kunnen worden verrekend in het belastingjaar, dan is het restant verrekenbaar in het volgende jaar²⁵².

Het Hof van Justitie EU heeft zich door middel van het arrest AMID²⁵³ ook uitgelaten over de verliescompensatie in België. Zoals in onderdeel 3.2.3 al beschreven, is hier de vrijheid van vestiging in het geding. Een buitenlandse winst werd tweemaal belast wanneer het hoofdhuis in België een verlies maakt. Dit leidt tot dubbele belastingheffing, zoals blijkt uit het volgende voorbeeld.

²⁵¹ Zie IBFD, Country Analysis, Belgium, Corporate Taxation - Corporate income tax, 1.

²⁵² Zie IBFD, Country Analysis, Belgium, Corporate Taxation - Corporate income tax, 7.2.2.

²⁵³ HvJ EG, 14 december 2000 (AMID), nr. C-141/99, gepubliceerd in V-N 2001/7.38.

| Jaar | Belgisch resultaat | Nederlands resultaat | Totaal |
|------|--------------------|----------------------|--------|
| 1 | -100 | +60 | -40 |
| 2 | +30 | +0 | +30 |
| 3 | +150 | +100 | +250 |
| | +80 | +160 | +240 |

In jaar 1 wordt het Belgische verlies gecompenseerd met het Nederlandse resultaat. De belastbare winst in België is nihil en er wordt een compensabel verlies van 40 doorgeschoven naar volgend jaar. In Nederland wordt 60 belast.

In jaar 2 wordt de Belgische winst gecompenseerd met het verlies van vorig jaar. De belastbare winst in België is nihil en er wordt een compensabel verlies van 10 doorgeschoven naar volgend jaar. In Nederland is de belastingheffing nihil.

In jaar 3 wordt de Belgische winst gecompenseerd met het verlies van vorig jaar. De belastbare winst in België is 140. In Nederland wordt 100 belast.

Dit systeem wordt in België de *Velasquez-doctrine*²⁵⁴ genoemd. Het globale resultaat van deze groep bedraagt 240, terwijl er 300 belast wordt. Dit is in strijd met de vrijheid van vestiging. België mag slechts 80 belasten. Hoewel België de wetgeving nog niet heeft aangepast op dit punt, heeft de Belgische minister van Financiën aangegeven dat Belgische vennootschappen rekening mogen houden met het arrest van het Hof van Justitie EU²⁵⁵.

België kent ook een inhaalregeling, de zogenaamde recapture-clausule. De inhaalregeling is alleen van toepassing voor de staten waarmee België een belastingverdrag heeft gesloten. De inhaalregeling is binnen deze staten waarmee België een belastingverdrag heeft gesloten alleen van toepassing indien het verlies niet met een andere winst is verrekend; bijvoorbeeld een winst van een vaste inrichting in een andere verdragsstaat.

België verleent een voorkoming van dubbele belasting voor resultaten uit buitenlandse vaste inrichtingen waarmee een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting is gesloten. België hanteert voor deze resultaten de vrijstellingsmethode. Resultaten uit een buitenlandse vaste inrichting waarmee geen belastingverdrag is gesloten, worden in België in de belastinggrondslag meegenomen. Het is hierbij niet van belang of het actieve of passieve resultaten zijn. Als tegemoetkoming mag de buitenlandse belasting in mindering worden gebracht op het positieve resultaat. België verleent in deze gevallen geen eenzijdige voorkoming van dubbele belasting²⁵⁶.

4.3 De deelneming

België kent een deelnemingsvrijstelling. De deelnemingsvrijstelling stelt 95% van het dividend vrij en 100% van de waardeinstijging van de aandelen. Om de deelnemingsvrijstelling te kunnen toepassen

²⁵⁴ Genoemd naar de Velasquez zaak, Hoge Raad (België), 29 juni 1984, *Fiscale jurisprudentie/Jurisprudence Fiscale*, nr. 84/164.

²⁵⁵ Aangiftegeds Vennootschapsbelasting 2011 (België), *Deventer: Kluwer* 2011, p. 258.

²⁵⁶ Zie IBFD, Country Analysis, Belgium, Corporate Taxation - Corporate income tax, 7.2.6.

moet echter aan voorwaarden worden voldaan. Voor de dividendvrijstelling moet worden voldaan aan de kwantitatieve en kwalitatieve voorwaarden, terwijl voor de vrijstelling van de waardeinstijging van de aandelen slechts aan de kwalitatieve voorwaarden hoeft te worden voldaan. De 5% dividend die belast wordt, kan worden verminderd door kosten die samenhangen met de aankoop van de aandelen²⁵⁷.

De kwantitatieve voorwaarden waaraan moet worden voldaan zijn:

- De moeder vennootschap moet 10% van de aandelen houden of de verkrijgingsprijs bedraagt minimaal € 1.200.000;
- De aandelen moeten kwalificeren als financiële vaste activa; de aandelen mogen niet als voorraad gehouden worden; en
- De aandelen zijn minimaal één jaar in het bezit van de moeder vennootschap of de moeder vennootschap verplicht zich de aandelen één jaar te houden²⁵⁸.

De kwalitatieve voorwaarden waaraan moet worden voldaan is dat het dividend niet laagbelast is. Dit betekent in het kort dat het belastingtarief minimaal 15% moet zijn en dat de fiscale winstbepalingsregels ongeveer hetzelfde moeten zijn als de winstbepalingsregels van België²⁵⁹.

De deelnemingsvrijstelling is onder deze voorwaarden niet in overeenstemming met het Europese recht. De deelnemingsvrijstelling is met name niet in overeenstemming met artikel 4 van de Moeder-dochterrichtlijn²⁶⁰, omdat niet het volledige dividend wordt vrijgesteld. Ook is het niet mogelijk het niet vrijgestelde deel van het dividend door te schuiven naar het volgende jaar. De grootste belemmering is dat bij verlies in de moedermaatschappij het dividend niet wordt vrijgesteld, maar het verlies wordt verminderd met het dividend. In de zaak Cobelfret²⁶¹ is deze casus voor het Hof van Justitie EU gekomen. Het Hof van Justitie EU oordeelt dat dit in strijd is met de Moeder-dochterrichtlijn, omdat het dividend indirect belast wordt.

België maakt geen onderscheid tussen dividenden uit actief inkomen of passief inkomen. Voorts zijn definitieve verliezen in België aftrekbaar ter hoogte van het ingebrachte aandelenkapitaal²⁶².

4.4 De Belgische fiscale eenheid

Ondanks dat België een gunstig vestigingsklimaat heeft voor multinationals, kent België geen groepsregime. De reden hiervoor is dat België de kosten voor de schatkist van een groepsregime niet

²⁵⁷ Dierckx, 'Belgium's Holding Company Regime - Past, Present and Future', Bulletin for International Taxation, August/September 2008, p. 406.

²⁵⁸ Dierckx, 'Belgium's Holding Company Regime - Past, Present and Future', Bulletin for International Taxation, August/September 2008, p. 406.

²⁵⁹ Dierckx, 'Belgium's Holding Company Regime - Past, Present and Future', Bulletin for International Taxation, August/September 2008, p. 406.

²⁶⁰ Richtlijn van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (2011/96/EU).

²⁶¹ HvJ EG, 12 februari 2009 (Cobelfret), nr. C-138/07, gepubliceerd in V-N 2009/11.14.

²⁶² Zie IBFD, Country Analysis, Belgium, Corporate Taxation - Corporate income tax, 1.8.2.

kan inschatten en vreest dat dit budgettair niet haalbaar is²⁶³. Dit vind ik een vreemde redenatie, omdat België wel de notionele interestaftrek heeft geïntroduceerd, terwijl hier de kosten ook niet van konden worden ingeschat.

4.5 Het toetsingskader

4.5.1 De interne markt

België belast de wereldwinst van haar inwoners. Het resultaat van een buitenlandse vaste inrichting van een Belgisch hoofdhuis wordt in beginsel in België belast. Echter, indien een belastingverdrag is afgesloten met de staat van de buitenlandse vaste inrichting, dan wordt het resultaat van de buitenlandse vaste inrichting vrijgesteld en niet belast in België. Zoals in onderdeel 4.2 uiteengezet vindt verliesverrekening plaats op grond van de Velasquez-doctrine.

In het arrest AMID²⁶³ was de Velasquez-doctrine in het geding. Het betrof een Belgische vennootschap met een vaste inrichting in Luxemburg. In België leed de vennootschap een verlies, terwijl de vaste inrichting winst maakte. Doordat België belasting heft over het wereldinkomen, werd het Belgische verlies verrekend met de winst uit Luxemburg. Het jaar daarop maakte de Belgische vennootschap weer winst, deze kon echter niet worden verrekend met het verlies van het vorige jaar. Dit resulteert in een dubbele heffing, omdat het resultaat van de vaste inrichting in Luxemburg en België is belast. In een zuiver nationale situatie is dit niet mogelijk en daardoor beroept AMID zich op de vrijheid van vestiging.

Het Hof van Justitie EU oordeelde dat dit in strijd is met de vrijheid van vestiging en dat hier geen geaccepteerde rechtvaardiging voor bestaat. Er is volgens het Hof van Justitie EU geen objectief verschil tussen de casus waarin de vaste inrichting in Luxemburg of in België is gevestigd. Indien de vaste inrichting in België was gevestigd, dan had het verlies wel verrekend kunnen worden en daarom is het in strijd met de vrijheid van vestiging. België moet de winst met het verlies uit voorgaand jaar compenseren.

Het AMID-arrest is het begin van het einde geweest voor de Velasquez-doctrine. Op 26 oktober 2007 komt de Velasquez-doctrine wederom aan bod. Ditmaal niet in relatie met een lidstaat van de EU, maar in relatie met derdelanden. De Brusselse rechtbank stelde dat de Velasquez-doctrine in strijd is met het non-discriminatiebeginsel uit de belastingverdragen²⁶⁴.

4.5.2 Economische overview

De mogelijkheden en onmogelijkheden om grensoverschrijdend verlies te verrekenen hebben een grote invloed op de beslissing van multinationals om in België te investeren, of hun hoofdkwartier te vestigen. Indien een Belgische investeerder een vaste inrichting wil starten, moet hij kiezen om dit te doen in een land met of zonder een belastingverdrag. In het eerste geval is de winst van de vaste inrichting ook in België belast, in het tweede geval niet. Opmerkelijk is dat België niet eenzijdig een vrijstelling geeft voor het resultaat van een vaste inrichting in een staat zonder

²⁶³ Cahiers de droit fiscal international, 'Group Taxation', IFA, Kluwer, Den Haag 2004, p. 194.

²⁶⁴ De Broe en Bammens, 'Belgian Companies with Foreign Permanent Establishments: Offsetting of Losses', Bulletin for international taxation, oktober 2010.

belastingverdrag, omdat de vrijstellingsmethode traditioneel door kleine staten met een open economie wordt gehanteerd. Het is dan ook niet in het voordeel van België dat investeringen in het buitenland kunnen afhangen van de aanwezigheid van een belastingverdrag met de betreffende staat²⁶⁵.

4.5.3 Belastingontwijking

De vrijstellingsmethode is in beginsel gevoelig voor belastingontwijking. Dit komt met name door de tekst in het OESO-modelverdrag. De tekst²⁶⁶ maakt het mogelijk voor ondernemingen om een dubbele vrijstelling te verkrijgen. België heeft met name met deze problematiek te maken, omdat België alleen een voorkoming van dubbele belasting geeft indien een verdrag is gesloten met de staat waaruit het inkomen afkomstig is en België in het belastingverdrag de vrijstellingsmethode hanteert.

Een inwoner van een verdragsland heeft recht op de vrijstellingsmethode indien het inkomen in de andere staat belastbaar is. Het is in deze niet van belang of het inkomen ook daadwerkelijk wordt belast in de andere staat.

In het begin volgde België de tekst van het OESO-Modelverdrag letterlijk. Na een aantal jaren heeft België echter een kleine aanpassing gemaakt. België heeft de tekst “belastbaar” vervangen door de term “belast”. Hiermee is het probleem echter niet in alle gevallen opgelost. Dit komt doordat belast niet “effectief” belast betekent. Volgens de Belgische administratieve commentaren betekent het begrip “belast” dat het inkomen een normale aanslagregeling heeft ondergaan in het land van herkomst²⁶⁷. Het is hierbij niet van belang welke vorm de buitenlandse inkomstenbelasting aanneemt. Dit is ook de visie van het Belgische Hof van Cassatie. In de Sidro-zaak²⁶⁸ huldigde het Hof van Cassatie het adagium “exemption vaut impôt”. Dit betekent dat een principiële subjectieve onderworpenheid volstaat. Het is niet van belang of het inkomen in de bronstaat is vrijgesteld van belasting, feitelijk onbelast blijft of normaal belast is. Kortom, de wijze of vorm van belastingheffing is niet relevant.

Door het Sidro-arrest was een dubbele vrijstelling nog steeds mogelijk. Als reactie op deze visie vermelden de nieuw afgesloten belastingverdragen van België de tekst “effectief belast”. Inkomen is effectief belast wanneer het in de oorsprongsstaat is onderworpen aan belastingheffing en niet is vrijgesteld²⁶⁹.

4.6 Conclusie en aanbevelingen

In tegenstelling tot Nederland kan een Belgisch hoofdhuis verliezen van haar buitenlandse vaste inrichting verrekenen. Zodra de buitenlandse vaste inrichting weer winst maakt, wordt het verlies door middel van de inhaalregeling ingelopen. Opvallend is dat winsten van de buitenlandse vaste

²⁶⁵ Cahiers de droit fiscal international, ‘Key practical issues to eliminate double taxation of business income’, IFA, Kluwer, Den Haag 2011, p. 161-162.

²⁶⁶ Art. 23a, lid 1 OESO-Modelverdrag (vrijstellingsmethode) en paragraaf 34 van het OESO-Modelcommentaar bij art. 23a.

²⁶⁷ Zie art. 156 Wet Inkomstenbelasting 1992 (België).

²⁶⁸ Sidro-arrest van het Hof van Cassatie (Cass., 15 september 1970, Pas. 1971, I, 37)

²⁶⁹ Cahiers de droit fiscal international, ‘Key practical issues to eliminate double taxation of business income’, IFA, Kluwer, Den Haag 2011, p. 159-160.

inrichting alleen zijn vrijgesteld wanneer België een belastingverdrag heeft gesloten met de vestigingsstaat van de vaste inrichting. Resultaten uit een buitenlandse vaste inrichting waarmee geen belastingverdrag is gesloten worden in de Belgische grondslag meegenomen en dubbel belast. België maakt geen onderscheid tussen actieve en passieve winsten en wisselt de vrijstellingsmethode in dit geval ook niet in voor de verrekeningsmethode.

Grensoverschrijdende verliesverrekening is bij deelnemingen niet mogelijk. Wel kunnen de definitieve verliezen in aftrek worden genomen. Opvallend is dat België geen fiscale eenheid kent. De reden hiervoor is dat het budgettair niet haalbaar zal zijn.

Het Belgische belastingsysteem is voor wat betreft de vaste inrichting in overeenstemming met het streven naar een interne markt. In het arrest AMID is de verliesverrekeningmethode van België in strijd met het EU-recht bevonden.

België staat niet bekend als vestigingsland, doordat er weinig mogelijkheden zijn voor grensoverschrijdende verliesverrekening. Belgische investeerders zullen alleen in het buitenland investeren indien een belastingverdrag is afgesloten met het investeringsland.

Doordat België weinig mogelijkheden kent tot grensoverschrijdende verliesverrekening, zijn er ook weinig problemen met belastingontwijking. Het enige punt is de tekstuele uitleg van de vrijstellingsmethode in het OESO-Modelverdrag.

België en Nederland zijn qua grote en ligging in Europa goed met elkaar te vergelijken. Beide landen hebben een kleine binnenlandse afzetmarkt en zijn afhankelijk van grensoverschrijdende handel. Wanneer het Belgische belastingsysteem met betrekking tot grensoverschrijdende verliesverrekening wordt afgezet tegen het Nederlandse belastingsysteem, kom ik tot de conclusie dat België zich op dit punt niet onderscheidt. België heeft op dit onderdeel een redelijk vestigingsklimaat; grensoverschrijdende verliesverrekening is in tegenstelling tot Nederland bij vaste inrichtingen mogelijk. Groot nadeel van België is dat resultaten dubbel kunnen worden belast indien geen belastingverdrag aanwezig is. België heeft vooral een aantrekkelijk vestigingsklimaat door de notionele intrestaftrek. Het gevaar van belastingontwijking door dubbele verliesneming, is in België niet streng beperkt. De mogelijkheden hiertoe zijn dan ook beperkt. Kortom mijns inziens moet Nederland met betrekking tot grensoverschrijdende verliesverrekening niet het Belgische belastingsysteem kopiëren. Enig positief punt is de mogelijkheid van vaste inrichtingen voor grensoverschrijdende verliesverrekening.

5. Rechtsvergelijking Duitsland

5.1 Inleiding

Vanaf 1 januari 2001 heeft Duitsland het klassieke vennootschapsbelastingstelsel ingevoerd. De winstbelasting voor kapitaalvennootschappen bestaat uit een vennootschapsbelasting, een bedrijfsbelasting en een solidariteitsheffing. Het tarief van de vennootschapsbelasting bedraagt 15%, de bedrijfsbelasting bedraagt ongeveer 14% en de solidariteitsheffing bedraagt 5,5% van de verschuldigde belasting. De bedrijfsbelasting bestaat uit een federale heffing en een gemeentelijke heffing. De solidariteitsheffing is ingevoerd om de kosten voor de hereniging van Oost- en West-Duitsland te financieren²⁷⁰.

Ondernemingen zijn in Duitsland aan de vennootschapsbelasting onderworpen indien de juridische zetel van de vennootschap, of de feitelijke leiding zich in Duitsland bevindt. Deze vennootschappen zijn onbeperkt belastingplichtig, zij worden dus belast over het wereldinkomen. Buitenlandse vennootschappen zijn beperkt belastingplichtig en worden belast over het inkomen dat in Duitsland is behaald.

5.2 De vaste inrichting

Het begrip vaste inrichting wordt in eerste instantie uitgelegd aan de hand van het belastingverdrag dat Duitsland met de vestigingsstaat van de vaste inrichting heeft. Indien Duitsland geen belastingverdrag met de vestigingsstaat van de vaste inrichting heeft, dan wordt de definitie van de vaste inrichting in de Duitse wetgeving gehanteerd²⁷¹. Net als in de Nederlandse wetgeving heeft Duitsland een zelfde soort bepaling waarin een algemene definitie wordt gegeven van de vaste inrichting. De definitie in de wetgeving van Duitsland is een ruimere dan de definitie die in het OESO-modelverdrag is opgenomen²⁷².

5.2.1 De heffingssystematiek

Duitsland heft over het wereldinkomen van zijn inwoners. Hierdoor wordt het resultaat dat een vaste inrichting behaalt in beginsel in Duitsland belast. Echter, het resultaat van de vaste inrichting zal in het buitenland ook belast worden. Belastingheffing is op grond van artikel 7 OESO-Modelverdrag toegewezen aan het land waar de vaste inrichting is gevestigd. Indien een belastingverdrag ontbreekt, zal de vaste inrichting naar alle waarschijnlijkheid op grond van de nationale wetgeving worden belast in het land van vestiging. Duitsland heeft in bijna alle verdragen ter voorkoming van dubbele belasting een vrijstelling voor vaste inrichtingsresultaten opgenomen²⁷³. In sommige verdragen (bijvoorbeeld Spanje en Portugal) is er een activiteitentoets opgenomen. Wanneer een vaste inrichting passief blijkt te zijn, dan worden de resultaten wel meegenomen in de Duitse belastinggrondslag²⁷⁴. De resultaten worden in de Duitse belastinggrondslag meegenomen,

²⁷⁰ Elsweier, 'Ontwikkelingen in de Duitse belastingwetgeving voor kapitaalvennootschappen', *MBB* 2010/03.

²⁷¹ Zie IBFD, Topic Analysis, Permanent Establishments, Germany, Corporate Taxation, 2.2.

²⁷² Zie IBFD, Topic Analysis, Permanent Establishments, Germany, Corporate Taxation, 2.1.1.2.

²⁷³ Zie IBFD, Country Analysis, Germany, Corporate Taxation - Corporate income tax, 7.2.1.2.

²⁷⁴ Zie IBFD, Country Analysis, Germany, Corporate Taxation - Corporate income tax, 7.2.1.2.

doordat in plaats van de vrijstellingsmethode de verrekeningsmethode wordt toegepast.

Van 1969 tot 1999 was het resultaat van de vaste inrichting belast in Duitsland. Deze bepaling in de wetgeving ging voor op het belastingverdrag dat Duitsland met derdelanden had afgesloten²⁷⁵. Voor verliezen was er de voorwaarde dat deze niet al verrekend mochten zijn in het land van de vaste inrichting²⁷⁶. Net als Nederland vòòr 2012 kende Duitsland ook de inhaalregeling. Verliezen die in aftrek waren gebracht moesten worden ingehaald wanneer de vaste inrichting weer winst ging maken. In *Krankenheim Ruhesitz*²⁷⁷ oordeelde het Hof van Justitie EU dat de inhaalregeling niet in strijd is met de vrijheid van vestiging. De regeling die het resultaat van de vaste inrichting belastte was ingevoerd om de Duitse economie te bevorderen. In 1999 is de regeling vervallen en vanaf dat moment blijft het resultaat van de vaste inrichting buiten de Duitse grondslag wanneer Duitsland een verdrag met het vestigingsland van de vaste inrichting heeft gesloten met daarin een voorkoming door middel van de vrijstellingsmethode. Het verschil met Nederland in deze is dat het in Nederland niet van belang is of er een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting is afgesloten met het vaste inrichtingsland. Het resultaat van een vaste inrichting is in beginsel vrijgesteld.

De activiteitentoets is in sommige verdragen met de vrijstellingsmethode opgenomen. Met name komt deze bepaling veelvuldig voor in verdragen welke gesloten zijn met niet-industriële landen. De activiteitentoets kan per verdrag verschillen. Ook verschilt deze activiteitentoets van de activiteitentoets in de CFC-wetgeving²⁷⁸. Er bestaat een groot verschil in de gevolgen wanneer de vaste inrichting als passief wordt aangemerkt. Onder de CFC-wetgeving wordt slechts het passieve inkomen als laagbelast gekwalificeerd, terwijl onder het belastingverdrag al het inkomen als laagbelast wordt gekwalificeerd. Indien een activiteitentoets ontbreekt in het belastingverdrag, dan kan deze alsnog worden toegepast, namelijk op grond van de nationale wetgeving. Deze zogenoemde switch-over clause is opgenomen in de nationale wetgeving van Duitsland. Indien een vaste inrichting als passief wordt aangemerkt, dan vervalt de vrijstellingsmethode en wordt de verrekeningsmethode toegepast. De switch-over clause is een aanvulling op de CFC-wetgeving. Indien deze bepaling zou ontbreken, dan kan men de CFC-wetgeving omzeilen door passieve activiteiten via een vaste inrichting te houden en niet via een deelneming. Wanneer Duitsland nationale wetgeving ten nadele van de bepalingen uit het belastingverdrag toepast wordt dit treaty override genoemd. Dit gebeurt wanneer de CFC-wetgeving of de switch-over bepaling de vrijstellingsmethode omzet in de verrekeningsmethode.

²⁷⁵ Zie Conclusie A-G Sharpston, 14 februari 2008 (*Lidl Belgium*), nr. C-414/06, r.o. 31, gepubliceerd in V-N 2008/16.9.

²⁷⁶ Zie IBFD, *Country Analysis, Germany, Corporate Taxation - Corporate income tax*, 7.2.2.

²⁷⁷ HvJ EG, 23 oktober 2008 (*Krankenheim*), nr. C-157/07, gepubliceerd in V-N 2008/55.14.

²⁷⁸ Lüdicke, *Exemption and Tax Credit in German Tax Treaties - Policy and Reality*, *Bulletin for International Taxation* 2010/12, p. 615.

5.2.2 Belastingverrekening

De toepassing van de vrijstellingsmethode voor de actieve vaste inrichting is niet een gegeven. Duitsland past ook de verrekeningsmethode veelvuldig toe. De verrekeningsmethode wordt toegepast indien:

- In het belastingverdrag geen vrijstellingsmethode is opgenomen;
- Een belastingverdrag ontbreekt; en
- Een vaste inrichting op grond van de activiteitentoets passief is.

De verrekeningsmethode kan dus ook gelden voor actieve vaste inrichtingen, indien er geen belastingverdrag is of er geen vrijstellingsmethode is opgenomen in het belastingverdrag²⁷⁹.

De belastingverrekening van Duitsland werkt in grote lijnen hetzelfde uit als de belastingverrekening van Nederland. Duitsland heft belasting op basis van het wereldinkomen. De Duitse belastingheffing wordt verminderd met de in het buitenland betaalde belasting. Duitsland berekent de voorkoming van dubbele belasting per country en verrekent niet meer belasting dan in Duitsland moet worden betaald. De niet verrekende belasting kan niet naar een volgend jaar worden overgedragen²⁸⁰. Dit is in strijd met het Europese recht, zie hiervoor onderdeel 3.2.8.

Het meenemen van buitenlandse resultaten in de Duitse belastinggrondslag betekent dat in beginsel verliezen aftrekbaar zijn van de Duitse belastinggrondslag. Echter, verliezen worden alleen onder voorwaarden verrekend met het belastbare inkomen. De verliezen moeten komen uit een actieve vaste inrichting met de volgende activiteiten:

- De productie van goederen (uitgezonderd wapens);
- De winning van delfstoffen en andere commerciële activiteiten (uitgezonderd toerisme); of
- De verhuur van goederen en rechten.

Verliezen uit andere activiteiten of uit passieve vaste inrichtingen worden niet in de Duitse belastinggrondslag verrekend. De verliezen worden verrekend tegen de latere positieve resultaten uit het vaste inrichtingsland. Zodra de verliezen daar zijn verrekend neemt Duitsland de positieve resultaten van de vaste inrichting weer mee in de belastinggrondslag van het hoofdhuis²⁸¹.

5.3 De deelneming

Duitsland kent ook de deelnemingsvrijstelling voor kapitaalvennootschappen. Er is geen bezitsvereiste inzake de aandelen. Hierdoor is de deelnemingsvrijstelling bij het kleinste aandelenbelang al van toepassing. De deelnemingsvrijstelling stelt dividenden en verkoopwinsten volledig vrij. Echter, 5% van de vrijgestelde winsten wordt bij het belastbaar inkomen van de moedervenootschap opgeteld. Er is dus per saldo een 95%-vrijstelling. Verliezen zijn door de objectvrijstelling ook niet aftrekbaar, ook de verliezen welke ontstaan bij verkoop van de deelneming. Net als bij de vaste inrichting geldt internationaal bij de deelnemingsvrijstelling ook de

²⁷⁹ Zie IBFD, Country Analysis, Germany, Corporate Taxation - Corporate income tax, 7.2.1.2.

²⁸⁰ Zie IBFD, Country Analysis, Germany, Corporate Taxation - Corporate income tax, 7.2.6.1.1.

²⁸¹ Zie IBFD, Country Analysis, Germany, Corporate Taxation - Corporate income tax, 7.2.2.

activiteitentoets. Indien niet aan deze toets wordt voldaan, dan is de verrekeningsmethode van toepassing in plaats van de vrijstellingsmethode²⁸².

Definitieve verliezen van buitenlandse vennootschappen zijn in Duitsland niet aftrekbaar. Definitieve verliezen van binnenlandse vennootschappen kunnen in het jaar van ontstaan worden genomen. Tegen deze verschillende behandeling loopt inmiddels een procedure welke nu aanhangig is bij het Duitse Federale Finance Court²⁸³. Een uitgebreidere uiteenzetting kan worden gevonden in onderdeel 5.5.1.

5.4 De Duitse fiscale eenheid

Ook Duitsland kent het fiscale eenheidsregime. Duitsland maakt een duidelijk onderscheid tussen de moedermaatschappij van de fiscale eenheid en haar dochtermaatschappijen. De moedermaatschappij dient onbeperkt belastingplichtig te zijn in Duitsland. In tegenstelling tot Nederland hoeft de moedermaatschappij niet onderworpen te zijn aan de vennootschapsbelasting. Een vennootschap onderworpen aan de inkomstenbelasting kan ook de moedermaatschappij zijn van de fiscale eenheid²⁸⁴. Verder is het van belang dat de moedermaatschappij een materiële onderneming drijft. Alleen kapitaalvennootschappen kwalificeren als dochtermaatschappij. Hierdoor zijn de dochtermaatschappijen per definitie onbeperkt belastingplichtig. Evenals de moedermaatschappij dient ook de dochtermaatschappij een materiële onderneming uit te oefenen. Het Duitse fiscale eenheidsregime is zoals hierboven beschreven alleen toegankelijk voor binnenlands onbeperkt belastingplichtigen. Duitsland kent dus geen grensoverschrijdende fiscale eenheid²⁸⁵. Naast het bovenstaande vereisten moet de moedermaatschappij het gehele boekjaar ononderbroken financieel geïntegreerd zijn in de dochtermaatschappij. Dit houdt in dat de moedermaatschappij in het bezit moet zijn van meer dan 50% van de stemrechten en de aandelen in de dochtermaatschappij. Er zijn echter diverse uitzonderingen op de stemrecht bepaling²⁸⁶. Tot slot moeten de moeder- en dochtermaatschappij een overeenkomst sluiten waarin de dochtermaatschappij zich jaarlijks verplicht de commerciële winst over te dragen aan de moedermaatschappij en de moedermaatschappij op haar beurt het commerciële verlies van de dochtermaatschappij jaarlijks aanzuivert. Deze overeenkomst wordt aangegaan voor een minimale periode van 5 jaar²⁸⁷. Indien de fiscale eenheid binnen 5 jaar wordt verbroken, worden de rechtsgevolgen ongedaan gemaakt en worden de moeder- en dochtermaatschappij zelfstandig belast.

²⁸² Cahiers de droit fiscal international, 'Key practical issues to eliminate double taxation of business income', IFA, Kluwer, Den Haag 2011, p. 354-355.

²⁸³ DE: Federal Finance Court, Pending Case I R 48/11.

²⁸⁴ Boer, 'De Organschaft in de Körperschaftsteuer', WFR 2011/472, onderdeel 2.

²⁸⁵ Boer, 'De Organschaft in de Körperschaftsteuer', WFR 2011/472, onderdeel 3.

²⁸⁶ Hiervoor verwijs ik naar Boer, 'De Organschaft in de Körperschaftsteuer', WFR 2011/472, onderdeel 4.

²⁸⁷ Boer, 'De Organschaft in de Körperschaftsteuer', WFR 2011/472, onderdeel 5.

5.5 Het toetsingskader

5.5.1 De interne markt

5.5.1.1 Vaste inrichting en grensoverschrijdend verlies

Duitsland kent de objectvrijstelling voor vaste inrichtingen. Hierdoor is het niet mogelijk om grensoverschrijdend verlies te verrekenen. In het arrest Lidl Belgium²⁸⁸ heeft het Hof van Justitie EU geoordeeld dat dit een belemmering is van de vrijheid van vestiging. Echter, de evenwichtige heffingsbevoegdheid rechtvaardigt deze belemmering. Hierdoor wordt een verlieslatende vaste inrichting gevestigd in een staat waarmee geen belastingverdrag is gesloten gunstiger behandeld dan een verlieslatende vaste inrichting gevestigd in een staat waarmee wel een belastingverdrag is gesloten. Bij de verlieslatende vaste inrichting gevestigd in een staat met een belastingverdrag wordt het verlies vrijgesteld op grond van het belastingverdrag. Bij de verlieslatende vaste inrichting gevestigd in een staat zonder belastingverdrag wordt in beginsel het verlies meegenomen in de Duitse belastinggrondslag.

Uit het arrest Columbus Container Services is gebleken dat verschillende voorkomingsmethodes naast elkaar gebruikt kunnen worden²⁸⁹. Zoals in onderdeel 3.2.8 beschreven is de switch-over clause Europeesrechtelijk toegestaan. Hieruit volgt dat de activiteitentoets in een belastingverdrag ook toegestaan is.

In het arrest Lidl Belgium oordeelde het Hof van Justitie EU dat rekening moest worden gehouden met definitieve verliezen²⁹⁰. Momenteel is omtrent de definitieve verliezen een zaak aanhangig bij de Duitse Hoge Raad²⁹¹. In deze zaak betreft het een Belgische vaste inrichting, opgericht in 1996, van een Duits hoofdhuis. De vaste inrichting staakte zijn activiteiten in 1998 en was niet in staat om de verliezen uit voorgaande jaren te verrekenen in België. Dit kwam voornamelijk doordat er geen positief resultaat werd behaald. De activa van de vaste inrichting werden verkocht aan een Belgische vennootschap. Sommige van de aandeelhouders van het Duitse hoofdhuis waren ook aandeelhouder van de Belgische vennootschap. Het Duitse gerechtshof oordeelde dat de verliezen definitief zijn²⁹². Op het eerste gezicht is dit niet vreemd, echter de redentatie van het Duitse gerechtshof laat een hoop zaken open. Zo worden de activa verkocht aan aandeelhouders van de Duitse en Belgische vennootschap. Er dient onderzocht te worden of de Belgische wetgeving het toestaat dat (een deel van) het verlies wordt meegegeven aan de Belgische vennootschap. Dit wordt in deze procedure echter genegeerd. Ook wordt er niet naar misbruik gekeken, want de onderneming wordt voortgezet door de Belgische vennootschap en niet door de vaste inrichting. De uitkomst van deze procedure zal het begrip definitieve verliezen verduidelijken. Zoals eerder aangegeven ben ik van mening dat indien de verliezen kunnen worden doorgeschoven geen sprake is van een definitief verlies. Indien dit niet mogelijk is dan is hier wel sprake van definitieve verliezen

²⁸⁸ HvJ EG, 15 mei 2008 (Lidl Belgium), nr. C-414/06, gepubliceerd in BNB 2009/85c*.

²⁸⁹ HvJ EG, 6 december 2007 (Columbus Container Services), nr. C-298/05, gepubliceerd in V-N 2007/59.8.

²⁹⁰ HvJ EG, 15 mei 2008 (Lidl Belgium), nr. C-414/06, r.o. 47-51, gepubliceerd in BNB 2009/85c*.

²⁹¹ DE: Federal Finance Court, Pending Case I R 48/11.

²⁹² DE: Finance Court of Lower Saxony, 16 Juni 2011, Case 6 K 445/09.

en dient Duitsland dit verlies mee te nemen in de belastinggrondslag. De bewijslast ligt hierbij bij de belastingplichtige.

5.5.1.2 Deelneming en grensoverschrijdend verlies

De Duitse belastingwetgeving kent tot de dag van vandaag nog geen bepaling voor het in aftrek brengen van definitieve verliezen²⁹³. Zowel de Duitse wetgever als de Duitse fiscus negeren het arrest Marks & Spencer van het Hof van Justitie EU. Maar wellicht komt hier verandering in door twee uitspraken van de Duitse gerechtshoven. In beide zaken ging het om een Duitse groep die een nieuwe vennootschap oprichtte in een lidstaat van de EU. De Duitse moeder- en dochtermaatschappij vormen daarbij een fiscale eenheid. De nieuwe vennootschap maakt verliezen en wordt geliquideerd. In de eerste zaak stelt het Duitse gerechtshof²⁹⁴ dat om grensoverschrijdend verlies te kunnen verrekenen de vennootschap binnen de fiscale eenheid moet zijn gevoegd. In casu voldoet de buitenlandse vennootschap aan alle voorwaarde op één na. Er is geen overeenkomst gesloten van 5 jaar inzake de winst- en verliesoverdracht. Hierdoor is het definitieve verlies alsnog niet verrekenbaar. Hierop is in de Duitse literatuur²⁹⁵ veel kritiek gekomen en dit is mijns inziens terecht. Voor verrekening van definitieve verliezen kunnen geen extra voorwaarden worden gesteld. In de tweede zaak stelt het Duitse gerechtshof dat het niet verrekenen van definitieve verliezen in strijd is met de vrijheid van vestiging, echter als rechtvaardigingsgrond ziet zij een evenwichtige heffingsbevoegdheid²⁹⁶. Ook in deze uitspraak kan ik mij niet vinden, omdat het Hof van Justitie EU in het arrest Marks & Spencer heeft geoordeeld dat definitieve verliezen moeten worden verrekend. Het Hof van Justitie EU heeft geen rechtvaardigingsgrond aangedragen waarom dit niet moet, het is mijns inziens niet correct dat een gerechtshof in tegenstelling tot het Hof van Justitie EU wel een rechtvaardigingsgrond kan aandragen. Beide uitspraken zijn duidelijk niet in lijn met het arrest Marks & Spencer en beide zaken zijn aanhangig bij de Duitse Hoge Raad.

5.5.2 Economische overview

Het vestigingsklimaat van een land is gebaat bij het in aanmerking nemen van buitenlandse verliezen. Voor een goed vestigingsklimaat van een land is belastingheffing over het wereldinkomen vereist, omdat dan buitenlandse verliezen ook in aanmerking worden genomen in de binnenlandse belastinggrondslag. Duitsland heeft echter een objectvrijstelling voor buitenlandse resultaten en sluit aan bij KIN. Ondanks diverse bepalingen die de vrijstellingsmethode inwisselen voor de verrekeningsmethode of de CFC-regelgeving, is de vrijstellingsmethode in lijn met de Duitse voorkeur om gebruik te maken van buitenlandse distributie, verkoop of financieringen. Gezien de Duitse economie kan dit niet als economische verstoring worden aangemerkt, want de focus van Duitsland ligt al jaren op de export. Duitsland heeft namelijk al jaren een exportoverschot. Kortom,

²⁹³ Bal, 'Latest developments on cross-border loss relief in Germany', European Taxation November 2010, p. 530.

²⁹⁴ Bal, 'Latest developments on cross-border loss relief in Germany', European Taxation November 2010, p. 531.

²⁹⁵ Bal, 'Latest developments on cross-border loss relief in Germany', European Taxation November 2010, p. 532.

²⁹⁶ Bal, 'Latest developments on cross-border loss relief in Germany', European Taxation November 2010, p. 531.

de Duitse heffingsmethode is in lijn met de preferenties van het Duitse bedrijfsleven²⁹⁷. Duitsland is dus meer gebaat bij een heffingsmethode op grond van KIN, omdat de economie vooral draait op export.

Verbetering van het vestigingsklimaat van Duitsland is wel degelijk mogelijk. Zo staat Duitsland verrekening van definitieve verliezen niet toe. Momenteel zijn terzake diverse rechtszaken aanhangig. Indien na de uitspraak van uiteindelijk het Hof van Justitie EU verrekening van definitieve verliezen mogelijk is, maakt Duitsland een kleine verbeterslag wat betreft het vestigingsklimaat. Echter, zoals in de vorige alinea opgemerkt, draait de Duitse economie op de export en ligt daar het zwaartepunt.

5.5.3 Belastingontwijking

De vrijstellingsmethode zorgt er in het algemeen voor dat bedrijven taxplanningsinstrumenten inzetten, zoals een laagbelaste tussenhouder en hybride instrumenten. Hiertegen zijn door Duitsland antimisbruikbepalingen ingevoerd. De belangrijkste is de CFC-regelgeving. Deze regelgeving bestrijdt volstrekt kunstmatige constructies. Voor vaste inrichtingen is er de switch-over clause die het omzeilen van de CFC-wetgeving tegengaat²⁹⁸.

De CFC-regelgeving corrigeert laagbelast passief inkomen van buitenlandse vennootschappen in de Duitse belastinggrondslag. Het buitenlandse inkomen wordt bij de grondslag opgeteld. CFC-regelgeving vindt plaats indien meer dan 50% van de aandelen of stemrecht in bezit is van Duitse aandeelhouders en de activiteiten van de vennootschap niet als actief kwalificeren. Voor beleggingsinkomsten is er niet het 50%-bezitsvereiste, maar vindt de CFC-correctie al plaats bij een bezit van 1%²⁹⁹.

5.6 Conclusie en aanbevelingen

De belastingsystemen van Duitsland en Nederland zijn in grote lijnen hetzelfde. Duitsland kent net als Nederland een objectvrijstelling voor de buitenlandse vaste inrichting. Indien een vaste inrichting als passief kwalificeert, dan wordt de vrijstellingsmethode vervangen door de verrekeningsmethode. Dit gebeurt op grond van de activiteitentoets die is opgenomen in het belastingverdrag. Indien de activiteitentoets niet is opgenomen in het belastingverdrag gebeurt dit op grond van de switch-over clause in de nationale wetgeving. Wanneer de verrekeningsmethode van toepassing is, betekent dit dat verliezen in beginsel aftrekbaar zijn. Duitsland heeft hier echter strikte voorwaarden aan gesteld. Voor deelnemingen kent Duitsland dezelfde systematiek. Er zijn geen voorwaarden aan de deelnemingsvrijstelling gesteld; er bestaat geen minimum aan aandelenbezit. Wanneer het resultaat van een deelneming als passief kwalificeert, wordt op grond

²⁹⁷ Cahiers de droit fiscal international, 'Key practical issues to eliminate double taxation of business income', IFA, Kluwer, Den Haag 2011, p. 370.

²⁹⁸ Cahiers de droit fiscal international, 'Key practical issues to eliminate double taxation of business income', IFA, Kluwer, Den Haag 2011, p. 369.

²⁹⁹ Van Helvoirt, Spierts en Stevens, 'De Duitse Unternehmensteuerreform 2008: een overzicht', WFR 2008/834, onderdeel 4.4.

van de CFC-wetgeving de vrijstellingsmethode vervangen door de verrekeningsmethode. Voor grensoverschrijdende verliesverrekening zijn dezelfde voorwaarden als voor de vaste inrichting van toepassing.

Uit de analyse blijkt dat de Duitse economie draait op de export en dat het Duitse belastingsysteem hierbij aansluiting vindt doordat het is gebaseerd op KIN. Hierdoor is grensoverschrijdende verliesverrekening in beginsel niet mogelijk. Dit is alleen mogelijk indien een onderneming passieve activiteiten uitvoert, geen belastingverdrag aanwezig is of de vrijstellingsmethode niet is opgenomen in het belastingverdrag. Als gevolg van het aansluiten bij KIN weigert Duitsland zich te conformeren aan het arrest Marks & Spencer en staat het de aftrek van definitieve verliezen niet toe. Hierdoor streeft Duitsland niet naar een interne markt. Het zal in deze mijns inziens een kwestie van tijd zijn totdat de eerste rechtszaken door het Hof van Justitie EU worden behandeld. Verder valt op dat Duitsland het gevaar van belastingontwijking hoog opneemt. Passieve resultaten worden altijd in Duitsland belast, is het niet via de CFC-wetgeving of de activiteitentoets in een belastingverdrag, dan toch op grond van de switch-over clause. Belastingontwijking is ook niet mogelijk doordat grensoverschrijdende verliesverrekening nauwelijks voorkomt door de strikte regelgeving hieromtrent.

Nederland en Duitsland zijn als landen moeilijk met elkaar te vergelijken. Nederland heeft een kleine binnenlandse afzetmarkt, terwijl Duitsland een grote binnenlandse afzetmarkt heeft. Overeenkomst is dat beide landen voornamelijk grensoverschrijdend handelen. Door de grote Duitse afzetmarkt is de behoefte tot grensoverschrijdende verliesverrekening niet voor veel bedrijven aanwezig. Bedrijven in Duitsland kunnen in tegenstelling tot Nederland flink groeien door de grote afzetmarkt. Hierdoor zijn mijns inziens de preferenties voor een belastingsysteem anders. Ik ben van mening dat Duitsland haar belastingsysteem uitstekend heeft ingericht. De multinationals zijn gebaat gelijke concurrentie in het buitenland. Dit is mogelijk doordat binnenlandse concurrenten tegen hetzelfde belastingtarief worden belast. De vrijstellingsmethode brengt echter ook het gevaar tot belastingontwijking met zich mee. Multinationals vestigen tussenhoudsters in tax havens om zo min mogelijk belasting te betalen. Duitsland heeft hiertegen verregaande antimisbruikmaatregelen ingevoerd. De conclusie voor Nederland uit deze analyse moet mijns inziens zijn dat indien Nederland een grote binnenlandse afzetmarkt heeft, het Duitse belastingsysteem een goed voorbeeld is voor het Nederlandse belastingsysteem. Nederland is echter niet met Duitsland te vergelijken en daardoor kan de conclusie worden getrokken dat Nederland een ander belastingsysteem als Duitsland moet invoeren. Dit betekent dat het toestaan van grensoverschrijdende verliesverrekening voor Nederland wenselijk is.

6. Rechtsvergelijking Oostenrijk

6.1 Inleiding

De Oostenrijkse wetgeving maakt net als de Nederlandse en Duitse wetgeving een onderscheid tussen onbeperkte en beperkte belastingplichtigen. Oostenrijk belast het wereldinkomen van haar inwoners. Onbeperkte belastingplicht bestaat voor vennootschappen gevestigd in Oostenrijk en de beperkte belastingplicht in geval van een vaste inrichting in Oostenrijk van een niet in Oostenrijk gevestigde vennootschap. Ondernemingen zijn in Oostenrijk gevestigd indien de juridische zetel van de vennootschap of de feitelijke leiding zich in Oostenrijk bevindt. Deze vennootschappen zijn onbeperkt belastingplichtig, zij worden dus belast over het wereldinkomen. De wetgeving voor winstbepaling is in de inkomstenbelasting te vinden. Het tarief van de Oostenrijkse vennootschapsbelasting bedraagt 25%³⁰⁰.

6.2 De vaste inrichting

De vaste inrichting is gedefinieerd als een vaste plek waar duurzame, bedrijfsmatige activiteiten worden uitgevoerd. Verder staat er een opsomming van activiteiten die bij een periode van zes maanden kwalificeert als vaste inrichting. De definiëring van de vaste inrichting komt grotendeels overeen met het OESO-Modelverdrag³⁰¹.

6.2.1 De heffingssystematiek

Oostenrijk belast binnenlands belastingplichtigen over het wereldinkomen. Indien er een belastingverdrag van toepassing is, wordt de heffing toegewezen aan de staat waar de vaste inrichting is gelegen. Indien een Oostenrijkse vennootschap een vaste inrichting in het buitenland heeft, dient Oostenrijk een voorkoming voor dubbele belasting te geven. Op grond van de meeste belastingverdragen die Oostenrijk heeft afgesloten is de vrijstellingsmethode van toepassing³⁰². Wanneer een belastingverdrag ontbreekt, geeft Oostenrijk eenzijdig een voorkoming van dubbele belasting. Oostenrijk verleent de vrijstellingsmethode aan actief buitenlands inkomen dat met 15% of meer belast is in de bronstaat. De vrijstelling wordt *per country* bepaald³⁰³.

Doordat Oostenrijkse vennootschappen voor het wereldinkomen in de belastingheffing worden betrokken, behoren vaste inrichtingsresultaten ook tot het belastbare inkomen. Indien een vaste inrichting verlies lijdt, wordt dit ook meegenomen in de belastinggrondslag. Hier hebben de belastingverdragen geen invloed op³⁰⁴. Tot 25 september 2001 kon het verlies van een buitenlandse vaste inrichting niet worden verrekend met het positieve resultaat van het Oostenrijkse hoofdhuis, indien in het belastingverdrag de vrijstellingsmethode van toepassing was³⁰⁵. Hierop was vanuit de

³⁰⁰ Zie IBFD, Country Surveys, Austria, Corporate Taxation, Corporate Income Tax, 1.3.

³⁰¹ Zie IBFD, Country Analyses, Austria, Corporate Taxation, Corporate Income Tax, 7.1.2.

³⁰² Zie onder meer het verdrag Nederland-Oostenrijk, artikel 24, lid 3.

³⁰³ Zie IBFD, Country Analyses, Austria, Corporate Taxation, Corporate Income Tax, 7.2.6.

³⁰⁴ Zie IBFD, Country Analyses, Austria, Corporate Taxation, Corporate Income Tax, 7.2.2.

³⁰⁵ Gahleitner & Nowotny, 'Austrian Court Rules on the Treatment of Cross-Border Losses under Tax

Oostenrijkse literatuur veel kritiek, mede omdat men dacht dat het in strijd was met het Europese recht. Op 25 september 2001 oordeelde het Oostenrijkse hooggerechtshof dat verliezen wel in de grondslag van het hoofdhuis moeten worden meegenomen, ongeacht of er een vrijstellingsmethode in het belastingverdrag staat. Verder merkte het hooggerechtshof op dat verrekenende verliezen bij een positief resultaat worden ingehaald. Op grond van het arrest Lidl Belgium is gebleken dat het vaste inrichtingsresultaat niet in de grondslag van het hoofdhuis meegenomen dient te worden en dat de Oostenrijkse regelgeving niet in strijd was met het EU-recht. De regelgeving omtrent grensoverschrijdende verliesverrekening is echter niet aangepast en hierdoor is grensoverschrijdende verliesverrekening nog altijd mogelijk.

6.3 De deelneming

Net als Nederland kent Oostenrijk ook de deelnemingsvrijstelling. Voor 1988 had Oostenrijk geen deelnemingsvrijstelling en paste het de vrijstellingsmethode toe³⁰⁶, hierdoor werden buitenlandse winsten en verliezen niet meegenomen in de Oostenrijkse belastinggrondslag. Op grond van de deelnemingsvrijstelling worden de waardeveranderingen van de buitenlandse deelnemingen niet meegenomen in de belastinggrondslag van de moedervenootschap, tenzij de moedervenootschap in het jaar van aankoop of oprichting ervoor kiest de waardeverandering mee te nemen³⁰⁷. De Oostenrijkse deelnemingsvrijstelling zit echter wel anders in elkaar. Zo kwalificeren buitenlandse deelnemingen voor de deelnemingsvrijstelling wanneer:

- De deelneming voldoet aan artikel 2 van de Moeder-Dochterrichtlijn; of
- De deelneming vergelijkbaar is met een Oostenrijkse kapitaalvenootschap en gevestigd is in een EER-staat waarmee een verdrag tot administratieve en gerechtelijke bijstand is gesloten; of
- De deelneming onderworpen is aan een vennootschapsbelasting; en
- De deelneming vergelijkbaar is met een Oostenrijkse kapitaalvenootschap en:
 - Het aandelenbelang, direct of indirect, minimaal 10% bedraagt; en
 - De aandelen minimaal 1 jaar in bezit zijn.

In de literatuur is veel kritiek geuit op al deze verschillende voorwaarden. De voorwaarden werden geacht in strijd te zijn met het Europese recht. Uiteindelijk is een tweetal zaken voor het Hof van Justitie EU gekomen en is gebleken dat het participatiepercentage ten aanzien van derdelanden in strijd is met de vrijheid van kapitaal. Het Hof van Justitie kwam tot deze beslissing, doordat dividenden van derdelanden niet waren vrijgesteld van vennootschapsbelasting en daarbij ook geen verrekening kregen in Oostenrijk.

Treaties with Exemption Method', Bulletin for International Taxation 2002/04, voetnoot 5 en 6.

³⁰⁶ Loukota, Seitz & Toifl, 'Austria's Tax Treaty Policy', Bulletin for International Taxation 2004/08-09, p. 364.

³⁰⁷ Baumann & Gatterer, 'Tax Due Diligence: An Austrian Perspective', European Taxation Journal 2010/11, p. 515.

Indien een buitenlandse deelneming passief inkomen genereert en het belastingtarief en -grondslag zijn niet vergelijkbaar met dat van Oostenrijk, kan de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing zijn. De deelnemingsvrijstelling is niet van toepassing indien bovengenoemde deelnemingen:

- Niet onderworpen zijn aan een met de Oostenrijkse vennootschapsbelasting vergelijkbare vennootschapsbelasting; of
- Onderworpen zijn aan een belastingtarief dat lager is dan 15%; of
- Een persoonlijke of zakelijke belastingvrijstelling genieten.³⁰⁸

Indien de deelnemingsvrijstelling niet wordt toegepast, dan past Oostenrijk de verrekeningsmethode toe³⁰⁹. Om de verrekeningsmethode toe te kunnen passen, moet belastingplichtige diverse bescheiden overleggen³¹⁰. In het gecombineerde arrest Haribo en Salinen heeft het Hof van Justitie EU geoordeeld dat de vrijheid van kapitaal wordt belemmerd wanneer voor portfoliodividenden uit een derdeland geen voorkoming van dubbele belasting wordt gegeven³¹¹. Oostenrijk zal op dit punt de wetgeving moeten aanpassen.

Door de deelnemingsvrijstelling is het in beginsel niet mogelijk om verliezen in aanmerking te nemen in de Oostenrijkse belastinggrondslag. Echter, voor definitieve verliezen is een uitzondering gemaakt. Verliezen die ontstaan zijn als gevolg van faillissement of liquidatie kunnen in aftrek worden gebracht. Dividenden uit de voorgaande 5 jaar worden hierop gecorrigeerd³¹².

6.4 De Oostenrijkse fiscale eenheid

6.4.1 Het Oostenrijkse groepsregime

Vanaf 1 januari 2005 kent Oostenrijk haar eigen fiscale eenheid. Oostenrijk heeft het groepsregime ingevoerd vanwege de zaak Marks & Spencer, die op dat moment aanhangig was bij het Hof van Justitie EU. Dit is een optioneel groepsregime waarbinnen het mogelijk is winsten en verliezen over te dragen aan de moedermaatschappij³¹³. Hieronder volgt een globale uiteenzetting van de Oostenrijkse fiscale eenheid³¹⁴.

Een deelneming kwalificeert voor het groepsregime indien de moedermaatschappij direct of indirect meer dan 50% van het nominale aandelenkapitaal en het stemrecht aan het begin van het boekjaar bezit³¹⁵. Er zijn echter meer mogelijkheden om te voldoen aan de financiële verbondenheidseis. Het groepsregime is zeer flexibel. Naast het opnemen van binnenlandse deelnemingen is het ook

³⁰⁸ Zie IBFD, Country Analyses, Austria, Corporate Taxation, Corporate Income Tax, 7.2.6.2.

³⁰⁹ Zie IBFD, Country Analyses, Austria, Corporate Taxation, Corporate Income Tax, 7.2.6.2.

³¹⁰ Er gelden zware administratieve voorwaarden voor de toepassing van de verrekeningsmethode. Het Hof van Justitie EU heeft geoordeeld dat deze voorwaarden niet te zwaar zijn, zie HvJ EU, 10 februari 2011 (Haribo en Salinen), nr. C-436/08 en nr. C-437/08, r.o. 76-104, gepubliceerd in V-N 2011/16.15.

³¹¹ HvJ EU, 10 februari 2011 (Haribo en Salinen), nr. C-436/08 en nr. C-437/08, gepubliceerd in V-N 2011/16.15.

³¹² Zie IBFD, Country Analyses, Austria, Corporate Taxation, Corporate Income Tax, 9.5.1.

³¹³ Zie IBFD, Country Analyses, Austria, Corporate Taxation, Corporate Income Tax, 8.

³¹⁴ Voor meer informatie verwijs ik naar Schneider, 'Group Taxation Regime: A Landmark Model', DFI 2006/05-06, p. 118-128.

³¹⁵ Schneider, 'Group Taxation Regime: A Landmark Model', DFI 2006/05-06, p. 119.

mogelijk buitenlandse deelnemingen op te nemen in het groepsregime. Voorwaarde hiervoor is wel dat de deelneming qua rechtsvorm vergelijkbaar moet zijn met een Oostenrijkse gekwalificeerde rechtsvorm. Daarnaast mag de deelneming geen tussenhouderster zijn³¹⁶. Ook kan bij buitenlandse deelnemingen alleen de deelneming in de eerste lijn³¹⁷ worden opgenomen in het groepsregime, uitzonderingen daargelaten. De vestigingsplaats van de buitenlandse deelneming is niet van belang voor kwalificatie voor het groepsregime.

De deelnemingen moeten minimaal 3 jaar deel uitmaken van het groepsregime. Indien dit niet het geval is, dan worden de deelnemingen met terugwerkende kracht als aparte entiteit belast³¹⁸. Deelnemingen binnen het groepsregime verplaatsen hun separate winsten en verliezen naar de moedermaatschappij (pooling). Het resultaat van de deelneming wordt berekend alsof zij geen deel uitmaakt van het groepsregime. Onderlinge transacties worden dus niet geëlimineerd. Dit is een groot verschil met de Nederlandse fiscale eenheid. In Oostenrijk is bij het verplaatsen van een vermogensbestanddeel mogelijke boekwinst belast, ook onderlinge leningen worden toegerekend aan de deelnemingen. Het resultaat wordt volledig aan de moedermaatschappij toegerekend, het is hierbij niet van belang of het een 100%-deelneming betreft of bijvoorbeeld een 80%-deelneming³¹⁹. Voorvoegingsverliezen kunnen alleen worden verrekend met de winsten van het specifieke groepslid. Het is bij verkoop of liquidatie van een deelneming niet mogelijk een eventueel verlies in aanmerking te nemen. Dit is nadelig indien er minder verlies in aftrek is gebracht in het groepsregime dan het uiteindelijke verlies dat op de deelneming is geleden. Hier speelt dan ook een mogelijke belemmering van de vrijheid van vestiging³²⁰.

6.4.2 De buitenlandse deelneming in het groepsregime

Het groepsregime kent extra wet- en regelgeving voor de buitenlandse deelnemingen. Zo worden alleen de verliezen van de buitenlandse deelneming toegerekend aan de moedermaatschappij. De winsten zijn toegewezen aan de staat waar de deelneming is gevestigd. In puur binnenlandse situaties worden zowel de winsten als de verliezen toegerekend aan de moedermaatschappij³²¹. Voorts wordt bij een 70%-belang niet het volledige verlies toegerekend aan de moedermaatschappij, maar wordt slechts 70% toegerekend aan de moedermaatschappij. Indien er in de moedermaatschappij onvoldoende winst overblijft om het verlies te verrekenen, wordt het onverrekenende deel doorgeschoven naar het volgende jaar. Indien er in dat volgende jaar weer winst wordt gerealiseerd, dan wordt slechts 75% van het verlies in dat jaar verrekend. De resterende 25% wordt doorgeschoven naar het volgende jaar³²².

³¹⁶ Schneider, 'Group Taxation Regime: A Landmark Model', DFI 2006/05-06, p. 119-120.

³¹⁷ Een deelneming in de eerste lijn is de dochtervennootschap van de moedervennootschap. Een kleindochtervennootschap is geen deelneming in de eerste lijn.

³¹⁸ Schneider, 'Group Taxation Regime: A Landmark Model', DFI 2006/05-06, p. 127.

³¹⁹ Zie IBFD, Country Analyses, Austria, Corporate Taxation, Corporate Income Tax, 8.

³²⁰ Gahleitner & Ratzinger, 'Austria - International Group Taxation: An Overview of Austria's New Tax Incentive', European Taxation 2005/11, p. 514.

³²¹ Gahleitner & Ratzinger, 'Austria - International Group Taxation: An Overview of Austria's New Tax Incentive', European Taxation 2005/11, p. 513.

³²² Schneider, 'Group Taxation Regime: A Landmark Model', DFI 2006/05-06, p. 126.

In het Oostenrijkse groepsregime is het mogelijk enkel de deelnemingen op te nemen die de moedermaatschappij wenselijk acht. Niet alle deelnemingen die aan de voorwaarden voldoen worden dus opgenomen in het groepsregime. Dit lijkt cherry-picking in de hand te werken, ware het niet dat slechts verliezen kunnen worden toegerekend aan de moedermaatschappij en om verliezen te verrekenen dient er ook genoeg winst aanwezig te zijn binnen het groepsregime.

Wanneer een buitenlands verlies in mindering is gebracht op de belastinggrondslag van de moedermaatschappij, dan is bij een positief buitenlands resultaat de inhaalregeling van toepassing. De inhaalregeling werkt hetzelfde uit als bij de buitenlandse vaste inrichting. De inhaalregeling belast het eerder in aftrek genomen verlies. Het belastbare bedrag van de groep wordt dus verhoogd. De inhaalregeling wordt in de volgende gevallen toegepast:

- Het verlies van de buitenlandse deelneming wordt in de staat van vestiging verrekend of had in de staat van vestiging verrekend kunnen worden;
- De deelneming wordt binnenlands belastingplichtig;
- De deelneming behoort niet langer tot het groepsregime, ook indien de deelneming meer dan drie jaar tot het groepsregime heeft behoord;
- De activiteiten van de deelneming worden gestaakt of verkocht;
- De deelneming wordt geliquideerd.³²³

6.5 Het toetsingskader

6.5.1 De interne markt

6.5.1.1 Jurisprudentie vaste inrichting en grensoverschrijdend verlies

Het Oostenrijks Gerechtshof heeft in 2001 geoordeeld dat buitenlandse verliezen van de vaste inrichting in aftrek kunnen worden gebracht op de belastinggrondslag van het in Oostenrijk gevestigde hoofdhuis. Het Gerechtshof zag een belemmering van de vrijheid van vestiging, omdat binnenlandse verliezen van de vaste inrichting wel in aftrek konden worden gebracht op de belastinggrondslag van het hoofdhuis. Uit het arrest Lidl Belgium³²⁴ is gebleken dat een lidstaat geen buitenlandse vaste inrichtingsverliezen hoeft te verrekenen met het hoofdhuis.

De verrekeningsmethode die Oostenrijk hanteert voor passieve winsten is niet in strijd met het Europese recht, zolang de regeling niet discriminatoir³²⁵ wordt toegepast.

6.5.1.2 Jurisprudentie deelnemingen en grensoverschrijdend verlies

Op 10 februari 2011 heeft het Hof van Justitie EU uitspraak gedaan in de gecombineerde zaak Haribo en Salinen³²⁶.

Haribo is een in Oostenrijk gevestigde vennootschap en geniet inkomsten uit Oostenrijkse investeringsfondsen met dividenden uit zowel lidstaten van de EU als derdelanden. De Oostenrijkse

³²³ Gahleitner & Ratzinger, 'Austria - International Group Taxation: An Overview of Austria's New Tax Incentive', European Taxation 2005/11, p. 513.

³²⁴ HvJ EG, 15 mei 2008 (Lidl Belgium), nr. C-414/06, gepubliceerd in BNB 2009/85c*.

³²⁵ HvJ EG, 6 december 2007 (Columbus Container Services), nr. C-298/05, gepubliceerd in V-N 2007/59.8.

³²⁶ HvJ EU, 10 februari 2011 (Haribo en Salinen), nr. C-436/08 en nr. C-437/08, gepubliceerd in V-N 2011/16.15.

fiscus stelt de dividenden niet vrij van belasting. De vrijstelling van belasting hangt in Oostenrijk af van de omvang van de deelneming, de eerder geheven belasting en de oorsprong van de dividenden. Wanneer niet aan de voorwaarden wordt voldaan, wordt het dividend niet vrijgesteld, maar wordt de buitenlandse vennootschapsbelasting verrekend of vindt helemaal geen verrekening plaats. De Oostenrijkse belastingdienst meent dat Haribo niet aan de voorwaarden van de vrijstelling voldoet en weigert de vrijstelling.

Salinen is een in Oostenrijk gevestigde vennootschap en geniet inkomsten uit binnenlandse investeringsfondsen met dividenden uit zowel lidstaten als derdelanden. Net als in de casus Haribo wordt de vrijstellingsmethode voor de dividenden niet verleend, terwijl binnenlandse dividenden zijn vrijgesteld van belasting.

Het Hof van Justitie EU oordeelt dat de voorwaarden om te kwalificeren voor de vrijstellingsmethode een beperking zijn van het vrije verkeer van kapitaal. De voorwaarde dat er bij EER-landen een belastingverdrag aanwezig moet zijn om te kwalificeren voor de vrijstellingsmethode acht het Hof van Justitie EU te zwaar.

Voor portfoliodividenden oordeelt het Hof van Justitie EU dat er géén belemmering is van de vrijheid van kapitaalverkeer, ondanks dat binnenlandse portfoliodividenden worden vrijgesteld en buitenlandse portfoliodividenden niet. Oostenrijk moet echter wel een verrekening toestaan aan de buitenlandse vennootschap en hiervoor mogen de administratieve voorwaarden niet te zwaar wegen.

Wat betreft de grensoverschrijdende fiscale eenheid is Oostenrijk vooruitgelopen op de ontwikkelingen in de zaak Marks & Spencer. Oostenrijk wilde vooruitlopend op de uitspraak in het arrest Marks & Spencer EU-proof zijn en hierdoor heeft Oostenrijk verdergaande maatregelen getroffen dan nodig was. Echter, wanneer het Oostenrijkse belastingstelsel wordt afgezet tegen de interne markt, valt op dat Oostenrijk in verregaande mate voldoet aan de visie achter de interne markt. Zo is onder andere grensoverschrijdende verliesverrekening mogelijk. Ook de inhaalregeling wordt zuiver toegepast op de manier zoals de Europese Commissie³²⁷ had voorgesteld. Verder gaat het Oostenrijkse groepsregime zelfs verder dan de internemarktfilosofie, omdat ook deelnemingen van EER-landen en derdelanden hiervan gebruik kunnen maken.

6.5.2 Economische overview

6.5.2.1 Grensoverschrijdende verliesverrekening

In de periode 2004-2005 heeft Oostenrijk op het gebied van belastingwetgeving een aantal significante en aantrekkelijke wijzigingen doorgevoerd. De belangrijkste wijzigingen zijn:

- Een daling van het tarief in de vennootschapsbelasting van 34% naar 25%;
- Rente met betrekking tot herfinanciering van binnen- of buitenlandse aandelenbelangen zijn aftrekbaar van de belastinggrondslag; en
- De invoering van de grensoverschrijdende fiscale eenheid.³²⁸

³²⁷ Mededeling van de Commissie, 19 december 2006, COM (2006)824 def.

³²⁸ Gahleitner & Ratzinger, 'Austria - International Group Taxation: An Overview of Austria's New Tax

Door deze wijzigingen door te voeren wilde Oostenrijk zich profileren als een holdingland en dan vooral voor Centraal-, Oost- en Zuid-Europa.

Door deze wijzigingen ontstaat een beter vestigingsklimaat. Het is hierdoor echter wel moeilijk, zo niet onmogelijk, om het economische effect van grensoverschrijdende verliesverrekening uit deze wijzigingen te extraheren.

Door deze wijzigingen is Oostenrijk een aantrekkelijk vestigingsland geworden. Het groepsregime heeft veel internationale concerns aangetrokken, doordat grensoverschrijdende verliesverrekening mogelijk is. Tevens zijn buitenlandse investeerders aangetrokken, doordat grensoverschrijdende verliesverrekening ook mogelijk is bij de vaste inrichting. Aangezien Oostenrijk niet een land is dat bekend staat om haar grote export is het logisch dat het belastingsysteem aansluiting zoekt bij KEN. Hierdoor is grensoverschrijdende verliesverrekening mogelijk en worden buitenlandse investeringen aangetrokken³²⁹.

6.5.2.2 Administratieve lasten

De verrekeningsmethode verhoogt de complexiteit en legt een aanzienlijke administratieve last op de belastingplichtigen en de overheid. Indien niet aan administratieve voorwaarden wordt voldaan is het zelfs mogelijk dat er dubbele belastingheffing³³⁰ optreedt. Vooral de eis dat er in het buitenland belasting is voldaan is administratief zwaar om qua bewijslast aan te voldoen en daardoor neemt de kans op dubbele belastingheffing aanzienlijk toe³³¹.

De vrijstellingsmethode daarentegen is in het algemeen een stuk eenvoudiger. Echter, de administratieve lasten blijven aanwezig. Bijvoorbeeld ingeval van verliesverrekening bij een vaste inrichting; daarvoor moet het verlies worden herberekend volgens de maatstaven van de Oostenrijkse wetgeving. Bij ontvangst van portfoliodividenden kan de vrijstellingsmethode worden geclaimd, echter ook dan moet wederom worden bewezen dat er belasting is voldaan over de dividenden. En zeker bij portfoliodividenden is het moeilijk aan deze informatie te komen, omdat het aandelenbelang gering is.

6.5.3 Belastingontwijking

Oostenrijk staat niet bekend als een staat met veel antimisbruikmaatregelen. Oostenrijk gaat echter wel mee met de internationale ontwikkelingen op belastinggebied. Zo wordt in geval van belastingontwijking de vrijstellingsmethode vervangen door de verrekeningsmethode. Dit gebeurt onder andere bij passieve inkomsten die tegen minder dan 15% worden belast. Hier worden echter nieuwe structuren voor bedacht door belastingadviseurs. Zo kan er bijvoorbeeld een holding worden

Incentive', European Taxation 2005/11, p. 509.

³²⁹ Cahiers de droit fiscal international, 'Key practical issues to eliminate double taxation of business income', IFA, Kluwer, Den Haag 2011, p. 142.

³³⁰ Zie HvJ EU, 10 februari 2011 (Haribo en Salinen), nr. C-436/08 en nr. C-437/08, gepubliceerd in V-N 2011/16.15.

³³¹ Cahiers de droit fiscal international, 'Key practical issues to eliminate double taxation of business income', IFA, Kluwer, Den Haag 2011, p. 139.

tussengeschoven met een vennootschapsbelastingtarief van meer dan 15%. Er wordt dan aan de 15%-eis voldaan, echter de dividenden zijn dan onbelast.

Oostenrijk kent echter wel een eigen 'fraus legis'. Hiermee kan zij bij structuren die puur gericht zijn op belastingontwijking de vrijstellingsmethode vervangen voor de verrekeningsmethode. Omdat Oostenrijk geen CFC-regelgeving kent, is de 'fraus legis' methode de enige weg die de Oostenrijkse fiscus kan nemen³³².

Oostenrijk heeft bewust weinig antimisbruikmaatregelen opgenomen om grensoverschrijdende verliesverrekening flexibel te houden. Voorts blijkt uit de statistieken van de OECD³³³ dat de belastingopbrengst niet gedaald is na invoering van het groepsregime en de verlaging van de vennootschapsbelasting.

6.5.3.1 Vergelijking antimisbruikmaatregelen grensoverschrijdend groepsregime Nederland en Oostenrijk

Hieronder vergelijk ik de antimisbruikmaatregelen die Nederland wilde invoeren bij de grensoverschrijdende fiscale eenheid met de antimisbruikmaatregelen die Oostenrijk heeft ingevoerd.

Toe- en uittredingstermijn

Beide staten hebben een termijn van 3 jaar voorgesteld. Dit vermindert de kans op belastingontwijking.

All-in / All-out van een lidstaat

In de Nederlandse regelgeving is het slechts mogelijk een fiscale eenheid te vormen met deelnemingen gevestigd in een lidstaat van de EU. Oostenrijk heeft een ruime regeling en deelnemingen uit elke staat kunnen worden opgenomen in het groepsregime. Ook biedt Oostenrijk de mogelijkheid tot cherry-picking, doordat de moedermaatschappij zelf kan kiezen welke deelnemingen tot het groepsregime behoren. Hierdoor is het mogelijk dat de Oostenrijkse winsten worden verrekend met de buitenlandse verliezen en hierdoor geen heffing mogelijk is in Oostenrijk. Er is echter verrekening mogelijk tot aan de hoogte van de winst; het restant aan verlies wordt doorgeschoven naar het volgende jaar.

Inhaalregeling

Hier heeft de Nederlandse wetgever zich niet diepgaand over uitgelaten. De wetgever wilde alleen de inhaalregeling verscherpen. In Oostenrijk is de inhaalregeling in 2009 noodgedwongen verder verscherpt. In 2009 werd ingevoerd dat er ook inhaal van verliezen is indien de activiteiten van de

³³² Cahiers de droit fiscal international, 'Key practical issues to eliminate double taxation of business income', IFA, Kluwer, Den Haag 2011, p. 141.

³³³ http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/total-tax-revenue_20758510-table2

deelneming worden gestaakt of doorverkocht. Dit gebeurde veelal bij deelnemingen die na aanloopverliezen winst begonnen te maken.

De winstoverdracht vindt per vennootschap plaats, dus wijziging van per country naar de overall methode is hier evenals de achterwaartse verliesverrekening niet van toepassing.

6.6 Conclusie en aanbevelingen

De belastingsystemen van Oostenrijk en Nederland zijn momenteel compleet tegenovergesteld. Waar Nederland op 1 januari 2012 de objectvrijstelling voor vaste inrichtingen invoerde, heeft Oostenrijk in het verleden juist de objectvrijstellingen laten vallen en gekozen voor de mogelijkheid tot grensoverschrijdende verliesverrekening.

De regelgeving voor de vaste inrichting van Oostenrijk komt in grote lijnen overeen met de Nederlandse regelgeving van voor 1 januari 2012 inzake de vaste inrichting. Het grote verschil tussen beide regelingen zit in de inhaalregeling. Nederland haalt de verliezen in zodra weer winst gemaakt wordt en stelt dit niet afhankelijk van de mogelijkheid tot verliesverrekening in het buitenland. Dit kan leiden tot dubbele belastingheffing indien het verlies niet in het buitenland kan worden verrekend. Oostenrijk heeft dezelfde inhaalregeling als Nederland, maar daarbij ook de mogelijkheid definitieve verliezen in aanmerking te nemen. Hierdoor kunnen verliezen die in het buitenland niet worden verrekend alsnog in aanmerking worden genomen. Bij een passieve vaste inrichting is zowel in Oostenrijk als in Nederland de verrekeningsmethode van toepassing.

De Oostenrijkse deelnemingsvrijstelling is in tegenstelling tot de Nederlandse deelnemingsvrijstelling zeer complex. Er wordt onderscheid gemaakt tussen binnen- en buitenlandse deelnemingen. Verder komt de regelgeving van beide landen in grote lijnen overeen. Bij passieve deelnemingen is de verrekeningsmethode van toepassing en definitieve verliezen kunnen in aanmerking worden genomen. De Oostenrijkse regeling omtrent definitieve verliezen is echter wel ruimer, omdat in Oostenrijk het werkelijke definitieve verlies in aanmerking wordt genomen.

Nadeel aan de mogelijkheden tot grensoverschrijdende verliesverrekening zijn de grote administratieve lasten.

Door de wetwijzigingen in 2005 voldoet Oostenrijk in zeer grote mate aan het streven naar een interne markt. Ook is de economie er op vooruitgegaan sinds de invoering van de mogelijkheid tot grensoverschrijdende verliesverrekening. Waar Nederland bang was voor uitholling van de grondslag, bewijst Oostenrijk het tegendeel. Diverse verschillen tussen het door Nederland voorgestelde groepsregime en het door Oostenrijk ingevoerde regime zijn aanwezig. Wat opvalt, is dat het Oostenrijkse systeem een stuk flexibeler is en hier ook de vruchten van plukt. Zo heeft Oostenrijk geen last van cherry-picking en is de inkaderingsmaatregel All-in/All-out niet vereist. Het enige misbruik vindt plaats bij de inhaalregeling. Daar heeft Oostenrijk echter al maatregelen tegen getroffen.

Nederland en Oostenrijk zijn goed met elkaar te vergelijken. Nederland heeft net als Oostenrijk een kleine binnenlandse afzetmarkt. Opvallend is dat de belastingsystemen van beide landen precies tegenovergesteld aan elkaar zijn. Oostenrijk staat grensoverschrijdende verliesverrekening toe, terwijl Nederland dit niet toestaat. Uit de economische analyse is gebleken dat Oostenrijk een aantrekkelijker vestigingsland is geworden en dat buitenlandse ondernemingen zich hebben gevestigd in Oostenrijk. De belastingopbrengsten zijn niet gedaald en om deze reden ben ik van mening dat het Oostenrijkse belastingsysteem ook voor Nederland interessant is. Indien Nederland een grensoverschrijdende fiscale eenheid wil invoeren, kan het een vergelijkbaar systeem als Oostenrijk invoeren. Het voorgestelde systeem in de nota “werken aan winst” is mijns inziens niet soepel genoeg; de antimisbruikmaatregelen maken de grensoverschrijdende fiscale eenheid niet aantrekkelijk. De Oostenrijkse variant kent minder antimisbruikmaatregelen, maar heeft wel de juiste antimisbruikmaatregelen ingevoerd. Oostenrijk heeft wat dat betreft een goed voorbeeld neergezet voor Nederland. De systematiek van de vaste inrichting van Oostenrijk is voor Nederland niet onbekend. Dit systeem hanteerde Nederland voor 1 januari 2012 ook.

7. Conclusie

Op 1 januari 2012 is de objectvrijstelling voor de vaste inrichting ingevoerd. Met invoering van deze wetgeving neemt de wetgever het onderscheid tussen een deelneming en een vaste inrichting weg. Het grote voordeel voor de overheid van de invoering van de objectvrijstelling is een meer solide belastingopbrengst, doordat verliezen van een buitenlandse vaste inrichting niet meer in Nederland kunnen worden verrekend met Nederlandse winsten. Grensoverschrijdende verliesverrekening is daardoor in beginsel niet meer mogelijk in Nederland. Uitzonderingen hierop zijn de verrekening van definitieve verliezen en van passieve verliezen. In deze scriptie zijn de gevolgen van het wel of niet toestaan van grensoverschrijdende verliesverrekening onderzocht. Grensoverschrijdende verliesverrekening is getoetst aan de interne markt, de economische consequenties en het gevaar van belastingontwijking. Tevens is het Nederlandse systeem van grensoverschrijdende verliesverrekening vergeleken met de systemen van België, Duitsland en Oostenrijk.

De probleemstelling van deze scriptie is:

In hoeverre dient Nederland verliezen van een buitenlandse vaste inrichting, respectievelijk een buitenlandse deelneming te verrekenen?

7.1 Het territorialiteitsbeginsel

Het antwoord op de vraag of Nederland grensoverschrijdende verliesverrekening moet toestaan is in eerste instantie terug te voeren tot het heffingsbeginsel dat Nederland hanteert voor belastingheffing. Ik heb in dat kader het territorialiteitsbeginsel uitgebreid behandeld. Het internationale publiekrecht beperkt de reikwijdte van de fiscale jurisdictie van een staat. Het internationale publiekrecht erkent ook dat staten soeverein zijn en hieruit volgt dat staten fiscale rechtsmacht hebben. Eén van de grondslagen waaraan staten hun fiscale rechtsmacht kunnen ontleen, is het territorialiteitsbeginsel. Heffing op grond van het territorialiteitsbeginsel houdt belastingheffing in met als aanknopingspunt het territoir. Het aanknopingspunt kan een persoon op het territoir zijn (woonstaatheffing) of het inkomen dat is gegenereerd op het territoir (oorsprongsheffing).

De uitleg van het territorialiteitsbeginsel is ook van belang voor de Europese rechtspraak. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU kan naar mijn mening worden afgeleid dat het Hof van Justitie EU het territorialiteitsbeginsel uitlegt aan de hand van het internationale publiekrecht. Een staat heeft over inwoners onbeperkte heffingsmacht (woonstaatheffing) en over niet-inwoners beperkte heffingsmacht (oorsprongsheffing).

In de fiscale literatuur heeft een hevige discussie plaatsgevonden over de uitleg van het territorialiteitsbeginsel. Een meerderheid van de auteurs meent dat het territorialiteitsbeginsel ziet op heffing op grond van het oorsprongsbeginsel en maakt geen onderscheid tussen inwoners en niet-inwoners. Echter, er zijn ook auteurs die menen dat het territorialiteitsbeginsel heffing op grond van het woonstaatsbeginsel inhoudt. Ik ben van mening dat Nederland het territorialiteitsbeginsel

moet hanteren en dat dit belastingheffing op grond van het oorsprongsbeginsel impliceert. Ik kom tot deze mening doordat belasting wordt geheven over inkomen (object) en niet over (rechts)personen (subject). Voor belastingheffing dient daarom aangesloten te worden bij de zakelijke heffingsbeginselen en dus bij het oorsprongbeginsel. Gevolg hiervan is dat het oorsprongbeginsel resultaten de kwalificatie binnenlands of buitenlands meegeeft. De oorzaak van het resultaat dient te liggen binnen het territoir om dit hieraan toe te rekenen. Dit betekent ook dat Nederland in beginsel geen grensoverschrijdende verliesverrekening moet toelaten, omdat dat een inbreuk is op het territorialiteitsbeginsel. Ik ben hierdoor van mening dat landen alleen heffingsbevoegd zijn over inkomen dat binnen hun territoir is opgekomen. Hierdoor hoeft Nederland alleen de verliezen te verrekenen die haar oorsprong vinden op haar territoir. Indien Nederland belasting gaat heffen op grond van het woonplaatsbeginsel, dan dient Nederland ook buitenlandse verliezen te verrekenen.

7.2 De interne markt

Eén van de doelstellingen van de Europese Unie is het tot stand laten komen van een interne markt. Dit houdt in dat er geen belemmering is in het vrije verkeer van personen, goederen, diensten en kapitaal. Dit impliceert dat er geen dubbele belastingheffing plaatsvindt en grensoverschrijdende verliesverrekening mogelijk is. Echter, binnen de interne markt behandelt elke lidstaat grensoverschrijdende verliesverrekening anders. Deze verschillende behandeling heeft gevolgen voor de werking van de interne markt. De Europese Commissie heeft in een Mededeling een voorstel gedaan om grensoverschrijdende verliesverrekening mogelijk te maken. In de Mededeling geeft de Europese Commissie drie alternatieven voor grensoverschrijdende verliesverrekening. Zelf is de Europese Commissie voorstander van het systeem van tijdelijke overbrenging van verliezen en inhaal van afgetrokken verliezen. Dit systeem is gelijk aan het systeem dat Nederland voor de vaste inrichting hanteerde vóór 1 januari 2012.

De Europese rechtspraak omtrent grensoverschrijdende verliesverrekening is in grote lijnen uitgekristalliseerd. Het Marks & Spencer-arrest is het standaardarrest. Uit dit arrest volgt dat het toestaan van grensoverschrijdende verliesverrekening niet verplicht is voor lidstaten, tenzij een buitenlands verlies niet meer kan worden verrekend in het buitenland. Het Hof van Justitie EU draagt in het arrest drie rechtvaardigingsgronden aan om grensoverschrijdende verliesverrekening niet toe te staan, namelijk 1. de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid te waarborgen, 2. het gevaar van dubbele verliesverrekening en 3. het gevaar van belastingontwijking. Deze rechtvaardigingsgronden komen in latere arresten steeds weer terug. Het aanwezig zijn van deze drie rechtvaardigingsgronden is niet noodzakelijk. In het arrest X-Holding was de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid te waarborgen voldoende. Het is opvallend dat het Hof van Justitie EU in het arrest Marks & Spencer het disproportioneel vindt dat definitieve verliezen niet kunnen worden verrekend. Het arrest Marks & Spencer geeft aan dat het Hof van Justitie EU schippert tussen de belangen van de lidstaten en de verwezenlijking van de interne markt. Op grond van de beginselen van de interne markt had het Hof

van Justitie EU moeten beslissen dat grensoverschrijdende verliesverrekening moet worden toegestaan.

Het invoeren van de objectvrijstelling voor de vaste inrichting is op grond van het arrest Lidl Belgium niet in strijd met het Europese recht. Voorwaarde is echter dat er een regeling wordt opgenomen om definitieve verliezen te verrekenen. Dit heeft de wetgever gedaan door middel van de stakingsverliesregeling. Het invoeren van de objectvrijstelling voor de vaste inrichting valt niet te rijmen met de interne marktgedachte van de Europese Unie en is een opvallende wijziging te noemen in een steeds meer globaliserende wereld. In plaats van obstakels weg te nemen voor grensoverschrijdend ondernemen, worden juist obstakels ingevoerd.

De mogelijkheid tot verrekening van definitieve verliezen is opgenomen in de liquidatieverliesregeling voor deelnemingen en de stakingsverliesregeling voor vaste inrichtingen. Doordat het Hof van Justitie EU geen uitleg heeft gegeven over definitieve verliezen, bestaat hieromtrent nog onduidelijkheid. Ik ben echter van mening dat de Nederlandse liquidatieverliesregeling in strijd is met het Europese recht, omdat het verliesverrekening pas toestaat na ontbinding en vereffening van de vennootschap. Dit is te laat; de verrekening van definitieve verliezen zou al eerder mogelijk moeten zijn. Mijns inziens dient dit moment te liggen op het tijdstip dat de activiteiten in de vennootschap zijn gestaakt en er de intentie is om de vennootschap te liquideren. Ook de berekening van de omvang van het liquidatieverlies kan in sommige gevallen niet in overeenstemming zijn met het Europese recht. Dit is het geval indien de daadwerkelijke geleden verliezen van de deelneming groter zijn dan de verliesneming op grond van het opgeofferde bedrag.

Het liquidatieverlies is het verschil tussen het opgeofferde bedrag en de liquidatie-uitkering. Dit sluit niet aan bij het daadwerkelijke geleden verlies. Het liquidatieverlies is echter slechts bij toeval het hetzelfde als het daadwerkelijke geleden verlies. Dit kan bijvoorbeeld komen doordat veel goodwill wordt betaald voor een deelneming, waarna een snelle liquidatie volgt zonder dat verlies is geleden in de deelneming. Indien de buitenlandse verliezen groter zijn dan de verliesneming op grond van de liquidatieverliesregeling, dan is dit in strijd met het Europese recht. De stakingsverliesregeling voor vaste inrichtingen verschilt van de liquidatieverliesregeling en hierdoor acht ik deze regeling meer in overeenstemming met het Europese recht dan de liquidatieverliesregeling. Een aantal antimisbruikmaatregelen in de stakingsverliesregeling zijn echter in strijd met het Europese recht. Het stakingsverlies wordt teruggenomen indien binnen drie jaar nadat het stakingsverlies in aftrek is genomen de belastingplichtige weer een positief resultaat geniet uit de staat waar de vaste inrichting was gevestigd en het stakingsverlies wordt teruggenomen bij de overdrager van de vaste inrichting wanneer de voortgezette activiteiten binnen drie jaar na de voortzetting worden gestaakt. Binnenlandse vaste inrichtingen kennen deze beperkingen niet. Om de stakingsverliesregeling in overeenstemming te maken met het Europese recht, pleit ik voor invoering van een tegenbewijsregeling.

Grensoverschrijdende verliesverrekening is wel mogelijk voor passieve verliezen. Wanneer sprake is van passieve resultaten vervalt de vrijstellingsmethode en wordt de verrekeningsmethode toegepast, waardoor de buitenlandse verliezen automatisch verrekend worden met Nederlandse

winsten. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU volgt dat vervanging van de vrijstellingsmethode door de verrekeningsmethode niet in strijd is met het Europese recht. De Nederlandse verrekeningsmethode kent echter wel een drietal pijnpunten. Het eerste pijnpunt betreft het doorschuiven van het verlies naar het volgende jaar indien de tweede of derde limiet een beperking vormt. Het onverrekenende bedrag wordt doorgeschoven naar het volgende jaar en de eerste limiet wordt met dit bedrag verhoogd. Indien de tweede of derde limiet het jaar daarop wederom een beperking vormt, dan belast Nederland verrekeningsinkomen zonder daarvoor een verrekening te geven; dit heeft dubbele economische belastingheffing tot gevolg. Oplossing hiervoor is om naast de eerste limiet ook de tweede limiet te verhogen met het onverrekenende bedrag. Het tweede pijnpunt is de herwaardering naar waarde economisch verkeer van passieve deelnemingen. Doordat de herwaarderingsverplichting altijd van toepassing is, en niet alleen bij kunstmatige constructies, ben ik van mening dat dit in strijd is met het Europese recht. Het derde en laatste pijnpunt is het feit dat verliezen voor 80% worden verrekend. Indien na een verliesjaar een winstjaar plaatsvindt, dan ondervindt dit Europeesrechtelijk geen probleem. Echter, indien de deelneming of vaste inrichting opgeheven wordt, kan het definitieve verlies niet worden verrekend. Dit is in strijd met het Europese recht en ik vind dat de passieve vaste inrichting en de passieve deelneming toegang moeten krijgen tot de stakingsverliesregeling, danwel de liquidatieverliesregeling.

België staat verliesverrekening van buitenlandse vaste inrichtingen toe. Grensoverschrijdende verliesverrekening voor deelnemingen is uitgesloten op de verrekening van liquidatieverliezen na. De verliezen van de buitenlandse vaste inrichting worden door middel van de *Velasquez*-doctrine verrekend. Hierdoor was het mogelijk dat buitenlandse winsten dubbel belast werden; het Hof van Justitie EU heeft dit verboden.

Net als Nederland draagt Duitsland niet bij aan de verwezenlijking van de interne markt. Grensoverschrijdende verliesverrekening is voor zowel de vaste inrichting als de deelneming niet mogelijk. Duitsland verrekent zelfs de definitieve verliezen niet. Dit is volgens mij in strijd met het Europese recht en hiertegen is een tweetal rechtszaken aangespannen. Het zal een kwestie van tijd zijn voordat deze zaken het Hof van Justitie EU bereiken.

Tegenovergesteld aan Duitsland en Nederland is Oostenrijk. Oostenrijk staat grensoverschrijdende verliesverrekening voor zowel vaste inrichtingen als deelnemingen toe. Verliezen van buitenlandse vaste inrichtingen worden verrekend en bij een positief resultaat van de buitenlandse vaste inrichting weer ingehaald. Buitenlandse deelnemingen kunnen verliezen grensoverschrijdend met de winsten van de moedermaatschappij verrekenen indien zij geopteerd hebben voor het groepsregime. Dit groepsregime komt in grote lijnen overeen met de in 2005 in Nederland voorgestelde grensoverschrijdende fiscale eenheid. Verschil tussen beide regimes is dat het Oostenrijkse regime een stuk soepeler is.

7.3 Economische aspecten

In de economische overview heb ik onderzocht welke heffingssystematiek volgens de economische theorie de minste verstoring met zich meebrengt en dus voor de hoogste welvaart zorgt. Tevens is

de concurrentiepositie van Nederland behandeld en zijn de voor- en nadelen van grensoverschrijdende verliesverrekening tegen elkaar afgewogen.

Op grond van de economische welvaartstheorie dient er bij belastingheffing een onderscheid te worden gemaakt tussen belastingneutraliteit en rechtvaardigheid. Belastingneutraliteit is het economische aspect van belastingheffing en behelst de efficiency van de allocatie van kapitaal. Rechtvaardigheid is het juridische aspect en kan niet los worden gezien van het economische aspect; belastingheffing is efficiënt indien de heffing rechtvaardig en economisch optimaal is. Een efficiënte belastingheffing verstoort de productiefactoren niet en belasting wordt naar draagkracht geheven.

De economische theorie kent twee soorten belastingneutraliteit; kapitaalexportneutraliteit (KEN) en kapitaalimportneutraliteit (KIN). KEN houdt in dat het voor een investeerder fiscaal niet uitmaakt of hij in het binnenland of het buitenland investeert, omdat het belastingtarief voor beide investeringen gelijk is. De investeerder betaalt het tarief van de woonstaat. KIN houdt in dat een investeerder het belastingtarief van het land waarin hij investeert betaalt; hierdoor wordt de buitenlandse investeerder gelijk behandeld met de binnenlandse investeerder.

Aan zowel KEN als KIN zijn nadelen verbonden. Bij KEN betaalt de belastingplichtige belasting naar het niveau van de publieke voorzieningen in de woonstaat. De belastingplichtige kan dus of te veel of te weinig belasting betalen. Het nadeel van KIN is dat het niet aansluit bij de bedrijfseconomische werkelijkheid. Zo kan een buitenlands verlies niet worden verrekend met een binnenlandse winst en wordt per saldo meer belasting betaald.

Vogel meent dat KIN boven KEN gaat. Hij is deze mening toegedaan, omdat hij meent dat belastingplichtigen moeten worden belast op grond van het gebruik van publieke voorzieningen. Voorts ziet Vogel bij KEN een dubbele verstoring, omdat het resultaat tweemaal belast wordt; eenmaal in de bronstaat en eenmaal in de woonstaat.

Devereux heeft een andere mening dan Vogel en stelt dat de woonstaatheffing er voor zorgt dat geen belastingconcurrentie plaatsvindt tussen staten en dat de locatieverstoring wordt weggenomen.

Omdat zowel KEN als KIN voor verstoringen zorgt, had Vogel een alternatief bedacht. Dit alternatief lijkt echter veel op KIN.

Ik ben van mening dat er wereldwijd moet worden gestreefd naar belastingheffing op basis van KEN. Het belangrijkste argument hiervoor is het feit dat KEN de locatieverstoring elimineert. Investeerders zullen de locatie van hun investering baseren op niet-fiscale gronden. Verder neemt met KEN de belastingconcurrentie tussen staten af.

Puur op Nederland gericht prefereer ik ook een belastingsysteem op basis van KIN met de mogelijkheid tot grensoverschrijdende verliesverrekening. Nederland is een klein land met een kleine binnenlandse afzetmarkt. Nederland heeft voor Nederlandse ondernemingen al snel een te kleine afzetmarkt en zal grensoverschrijdend ondernemen moeten stimuleren. Met een belastingstelsel op grond van KIN met de mogelijkheid tot grensoverschrijdende verliesverrekening is het mogelijk de opstartverliezen in aftrek te brengen op de Nederlandse grondslag. Voor buitenlandse bedrijven van andere continenten is Nederland ook aantrekkelijk als vestigingsland

voor hun Europese activiteiten indien belastingheffing op grond van KIN plaatsvindt. Ondernemingen zullen eerder hun hoofdkantoor in Nederland vestigen, doordat de vrijstellingsmethode van toepassing is en grensoverschrijdende verliesverrekening mogelijk is.

Door invoering van de objectvrijstelling voor de vaste inrichting is Nederland meer richting een heffingssysteem op basis van KIN gegaan. Uitzonderingen hierop zijn de verrekening van definitieve verliezen en het inwisselen van de vrijstellingsmethode voor de verrekeningsmethode bij passieve resultaten.

De invoering van de objectvrijstelling leidt tot rechtsvormneutraliteit. Doordat grensoverschrijdende verliesverrekening nu net als bij een deelneming niet meer mogelijk is, zal de keuze voor een vaste inrichting danwel deelneming minder worden beïnvloed door fiscale motieven. Het wegnemen van deze verstoring verhoogt de efficiency. Het invoeren van de grensoverschrijdende fiscale eenheid met mogelijkheid tot verliesverrekening en het behoud van het oude regime voor de vaste inrichting leidt overigens ook tot rechtsvormneutraliteit.

Nadeel van de objectvrijstelling is de verslechtering van het vestigingsklimaat. Investeren in het buitenland vanuit Nederland is minder aantrekkelijk geworden. Dit is opvallend voor een klein land in een globaliserende wereld. Wanneer bedrijven willen groeien, zullen zij over de grens moeten ondernemen. Ook om schaalvoordelen te realiseren zal een bedrijf moeten groeien en met de kleine binnenlandse afzetmarkt zal dit over de grens gaan gebeuren. Uit onderzoek onder bedrijven in de Europese Unie blijkt dat 39,5% van de respondenten haar structuur heeft aangepast vanwege de (on)mogelijkheid voor grensoverschrijdende verliesverrekening.

De introductie van een grensoverschrijdende fiscale eenheid, alsmede het herintreden van het oude regime betreffende vaste inrichtingen zal het vestigingsklimaat aanzienlijk verbeteren, de rechtsvormneutraliteit in stand houden en een verschuiving van KIN naar KEN inhouden. Nederland zal dan een zelfde systeem hebben als Oostenrijk. In Oostenrijk hebben veel bedrijven zich gevestigd naar aanleiding van de introductie van het grensoverschrijdende groepsregime. Nadeel van een grensoverschrijdend groepsregime is de dalende belastingopbrengst. Dit kan echter worden terugverdiend indien de werkgelegenheid toeneemt en meer loonbelasting wordt afgedragen. Het voordeel van de objectvrijstelling is dat de Nederlandse belastingopbrengst niet wordt geraakt door slechte buitenlandse resultaten. Uit de Oostenrijkse statistieken kan echter worden geconcludeerd dat de vennootschapsbelastingopbrengsten daar stijgen in plaats van dalen. Dit komt door het aantrekkelijke vestigingsklimaat. Deze stijging van de belastingopbrengsten komt niet alleen door het invoeren van het grensoverschrijdende groepsregime, maar ook door de aanzienlijke verlaging van de vennootschapsbelasting. Hierdoor is Oostenrijk een aantrekkelijker vestigingsland geworden, en heeft het verscheidene ondernemingen aangetrokken. Dit is de reden dat de belastingopbrengsten niet zijn gedaald, maar zijn gestegen.

Investeerders in België zullen hun investeringsbeslissing laten afhangen van de aanwezigheid van een belastingverdrag, omdat anders de resultaten juridisch dubbel worden belast.

Het Duitse heffingssysteem sluit aan bij KIN. Duitsland heeft hiervoor gekozen, omdat het een exportoverschot heeft. Duitsland wil dat haar inwoners gelijk worden belast als de inwoners van het investeringsland.

Tot slot merk ik op dat lidstaten die hun belastingstelsel op KEN baseren, en dus grensoverschrijdende verliesverrekening toestaan, aansluiten bij de internemarktgedachte van de Europese Unie. Dit dient echter wel in een aangepaste vorm te worden gedaan, omdat KEN gecombineerd met een creditstelsel ook niet strookt met de gedachte van de interne markt. Door invoering van de objectvrijstelling heeft Nederland het streven naar de interne markt gefrustreerd.

7.4 Belastingontwijking

Bij het invoeren van grensoverschrijdende verliesverrekening bestaat het gevaar van belastingontwijking. Belastingontwijking is in tegenstelling tot belastingontduiking niet een illegale handeling met strafrechtelijke gevolgen. Bij belastingontwijking is geen sprake van een illegale handeling, maar wordt gebruik gemaakt van de mogelijkheden binnen de wet. Ondernemingen kunnen constructies bedenken, zoals vestiging van een tussenholding in een tax haven, om minder belasting te betalen. Dit was voor Duitsland de reden om grensoverschrijdende verliesverrekening niet toe te staan. Tevens heeft Duitsland CFC-regelgeving ingevoerd om de overige kunstmatige constructies te bestrijden.

Het gevaar van belastingontwijking moet niet onderschat worden bij een grensoverschrijdend groepsregime. Een staat zal een grensoverschrijdend groepsregime alleen invoeren wanneer het met antimisbruikmaatregelen het gevaar van belastingontwijking kan terugbrengen tot een acceptabel niveau. Een staat kan kiezen om de mate van grensoverschrijdende verliesverrekening te beperken om belastingontwijking te voorkomen, danwel afzien van die beperking en wel antimisbruikmaatregelen invoeren. Om belastingontwijking te voorkomen is het uiterste middel grensoverschrijdende verliesverrekening niet toe te staan. De tussenvariant is om buitenlandse verliezen te verrekenen en een inhaalregeling in te voeren. De laatste variant is grensoverschrijdende verliesverrekening toe te staan met antimisbruikmaatregelen. Het verrekenen van buitenlandse verliezen met latere inhaal is mijns inziens een eenvoudig systeem waarbij weinig misbruik plaatsvindt. In Nederland heeft dit systeem jarenlang zonder problemen gewerkt. Ook in België werkt dit systeem zonder problemen. Invoering van de grensoverschrijdende fiscale eenheid hoeft naar mijn mening niet gepaard te gaan met strenge inkaderingsmaatregelen. In de nota "Werken aan winst" heeft Nederland verregaande antimisbruikmaatregelen voorgesteld voor de grensoverschrijdende vaste inrichting. Zo worden buitenlandse verliezen eerst achterwaarts verrekend met buitenlandse winsten en wordt de per country methode vervangen door de overall methode. Oostenrijk heeft de grensoverschrijdende fiscale eenheid ingevoerd met soepelere antimisbruikmaatregelen. Antimisbruikmaatregelen die wel moeten worden ingevoerd zijn de voorwaarde dat de fiscale eenheid voor minimaal 3 jaar in stand moet blijven en de inhaalregeling bij het behalen van winst en misbruik. Nederland kan lering trekken uit de problemen die Oostenrijk heeft ondervonden.

7.5 Blauwdruk voor grensoverschrijdende verliesverrekening in Nederland

Naar aanleiding van bovenstaande conclusies ben ik van mening dat Nederland dient te streven naar een belastingsysteem waarin grensoverschrijdende verliesverrekening mogelijk is. Door grensoverschrijdende verliesverrekening toe te staan, wordt Nederland een aantrekkelijker vestigingsland, de rechtsvormneutraliteit blijft gewaarborgd en is in grote mate belastingneutraliteit gerealiseerd.

Ook is grensoverschrijdende verliesverrekening in overeenstemming met het streven naar een interne markt. Daarnaast zijn de antimisbruikmaatregelen die moeten worden ingevoerd zijn te overzien. Naast het toestaan van grensoverschrijdende verliesverrekening moet Nederland ook diverse Europeesrechtelijke strijdigheden in overige regelgeving moeten corrigeren. Hieronder zal ik een voorstel doen voor een belastingsysteem met grensoverschrijdende verliesverrekening.

7.5.1 De vaste inrichting

Door de invoering van de objectvrijstelling voor de buitenlandse vaste inrichting is het niet mogelijk buitenlandse verliezen te verrekenen met Nederlandse winst. Om grensoverschrijdende verliesverrekening toe te staan moet de invoering van de objectvrijstelling voor de vaste inrichting worden teruggedraaid en moet Nederland toestaan dat een buitenlands verlies weer mag worden verrekend met de Nederlandse winst. De buitenlandse winst wordt vrijgesteld op grond van de vrijstellingsmethode. Tegelijkertijd wordt de inhaalregeling wederom in het leven geroepen. Hierdoor worden in aftrek gebrachte verliezen ingelopen zodra de vaste inrichting winst maakt. Ook de doorschuifregeling moet wederom worden ingevoerd, zodat verliezen die niet kunnen worden verrekend in een volgend jaar worden gecompenseerd.

Voor de winsten van de passieve vaste inrichting vervalt de vrijstellingsmethode. De voorkoming van dubbele belasting wordt gegeven op grond van de verrekeningsmethode. Hierdoor heeft het nauwelijks effect om winstgevende, mobiele activiteiten te verplaatsen. De kwalificatie van de passieve vaste inrichting wil ik koppelen aan de voorwaarden voor de beleggingsdeelneming die momenteel gelden. Hierdoor is de rechtsvormneutraliteit beter gewaarborgd. De andere reden om niet aan te sluiten bij de wetgeving voor 1 januari 2012 met betrekking tot de passieve vaste inrichting is het feit dat deze wetgeving niet in overeenstemming was met het Europese recht. Voor deze wetssystematiek zijn weinig antimisbruikmaatregelen nodig. Naast de regelgeving voor de passieve vaste inrichting dient artikel 13c (oud) Wet Vpb 1969 weer in ere te worden hersteld. Hierdoor vindt de deelnemingsvrijstelling geen toepassing totdat de afgetrokken verliezen van de vaste inrichting bij omzetting in een deelneming zijn ingelopen. Indien een belastingverdrag met een staat ontbreekt, dient Nederland op grond van de nationale wetgeving eenzijdig een voorkoming van dubbele belasting te geven. Hierdoor worden buitenlandse resultaten niet dubbel belast.

Doordat de verliezen van een actieve vaste inrichting volledig kunnen worden verrekend met de Nederlandse winst is een stakingsverliesregeling voor deze resultaten niet nodig. Voor de passieve vaste inrichting is de stakingsverliesregeling wel toepasbaar, omdat anders het stakingsverlies niet volledig kan worden verrekend.

De NOB³³⁴ draagt een ander alternatief aan in haar reactie op het wetsvoorstel objectvrijstelling voor de vaste inrichting. Zij stelt een verplichte inhaal van de verliezen na vijf jaar voor. Dit voorstel komt overeen met de systematiek van artikel 13ca (oud) Wet Vpb 1969 en is budgettair bezien een stuk aantrekkelijker. Door deze variant in te voeren, zal het timingsvoordeel slechts vijf jaar bedragen en zal de budgettaire opbrengst nagenoeg gelijk zijn aan de huidige objectvrijstelling voor de vaste inrichting. Indien dit alternatief wordt ingevoerd, zal artikel 13c (oud) Wet Vpb 1969 aangepast moeten worden. Ook in dit artikel zal moeten worden opgenomen dat het verlies moeten worden ingehaald na vijf jaar. De stakingsverliesregeling blijft ook in stand voor definitieve verliezen. Door dit voorstel kunnen levensvatbare buitenlandse vaste inrichting een incidenteel verlies verrekenen met de Nederlandse winst. Vanuit budgettaire overwegingen zou ik dit voorstel willen overwegen, ik prefereer echter het systeem voor de vaste inrichting van voor 1 januari 2012.

7.5.2 De deelneming

Voor de deelneming maak ik een onderscheid tussen de deelneming en de grensoverschrijdende fiscale eenheid. De grensoverschrijdende fiscale eenheid volgt na de uiteenzetting van de deelneming. De deelneming wordt voor minder dan 95% gehouden door de moedervenootschap. Ik ben van mening dat inzake de deelneming in de wetgeving geen aanpassingen nodig zijn. Ik laat hierbij wel de liquidatieverliesregeling en de deelnemingsverrekening buiten beschouwing. Voor een deelneming acht ik het niet nodig grensoverschrijdende verliesverrekening toe te staan, omdat het hierbij niet om 100%-belangen gaat en ik grensoverschrijdende verliesverrekening alleen nodig acht voor multinationale ondernemingen en niet voor investeerders die een relatief klein belang in een vennootschap houden. Voor het behoud van rechtsvormneutraliteit acht ik het dan ook wenselijk dat alleen vanaf een 95%-belang grensoverschrijdende verliesverrekening mogelijk is. Bij de vaste inrichting gaat het immers veelal om een 100%-belang. Voor actieve deelneming geldt de deelnemingsvrijstelling en worden winsten en verliezen vrijgesteld. Voor de passieve deelneming wordt de vrijstellingsmethode vervangen door de verrekeningsmethode. De verrekeningsmethode impliceert de mogelijkheid tot grensoverschrijdende verliesverrekening. Om het systeem zuiver te houden dient deze consequentie niet aangepakt te worden. Doordat verliesverrekening bij deelnemingen niet mogelijk is, hoeven mijns inziens geen antimisbruikmaatregelen te worden ingevoerd. Invoering van CFC-wetgeving acht ik niet nodig, doordat Nederland een breed woonplaatsbegrip kent. Indien Nederland de heffingsbevoegdheid van passieve resultaten inperkt dan kan Nederland de invoering van CFC-wetgeving overwegen. Doordat (grensoverschrijdende) verliesverrekening van deelnemingen niet mogelijk is, blijft de liquidatieverliesregeling bestaan. Diverse aanpassingen zijn echter wel nodig voor deze regeling om deze EU-proof te maken. Ik zal hier later verder op ingaan. Hetzelfde geldt voor de verrekeningsmethode voor de passieve deelneming.

7.5.3 De grensoverschrijdende fiscale eenheid

³³⁴ Brief NOB aan de Vaste commissie voor Financiën van de Tweede Kamer, 7 oktober 2011, onderdeel 6, *NTFR* 2011/2225.

Voor de grensoverschrijdende fiscale eenheid kies ik het beste uit het voorstel voor de grensoverschrijdende fiscale eenheid uit de nota “Werken aan winst” en de wetgeving die Oostenrijk hanteert voor de grensoverschrijdende fiscale eenheid. Als basis neem ik het fiscale-eenhedsregime dat Nederland momenteel hanteert. Ik begin met de voorwaarden waaraan moet worden voldaan, daarna zal ik de uitwerking van de grensoverschrijdende fiscale eenheid behandelen.

De eerste voorwaarde is dat een deelneming voor minimaal 95% in handen moet zijn van de moedervenootschap. Voorts moet de buitenlandse vennootschap vergelijkbaar zijn met een Nederlandse kwalificerende rechtsvorm. Alle Nederlandse deelnemingen die aan de vereisten voldoen kunnen deel uitmaken van de fiscale eenheid. Buitenlandse deelnemingen kunnen niet onbeperkt in de fiscale eenheid worden gevoegd. Om misbruik te voorkomen, kunnen alleen de direct gehouden deelnemingen door een Nederlandse moedermaatschappij in de fiscale eenheid worden gevoegd. De vestigingsplaats van de deelneming is niet van belang. Of een deelneming is gevestigd binnen of buiten de EU is niet relevant, ditzelfde geldt ook voor de buitenlandse vaste inrichting met betrekking tot verliesverrekening. Zowel binnenlandse als buitenlandse deelnemingen moeten minimaal drie jaar deel uitmaken van de fiscale eenheid. Indien de fiscale eenheid eerder wordt verbroken, dan worden de deelnemingen met terugwerkende kracht als separate entiteiten belast.

Om aan te sluiten bij het nationale systeem worden voor het resultaat van de fiscale eenheid de onderlinge transacties geëlimineerd. Het resultaat van alle deelnemingen wordt fiscaal geconsolideerd. Het voordeel hiervan is dat bepaalde toetsen op niveau van de fiscale eenheid worden gedaan; de thin cap-regeling zal minder snel toepassing vinden.

Indien per saldo een buitenlandse winst tot de Nederlandse grondslag wordt gerekend, dan stelt Nederland dit resultaat vrij door middel van de vrijstellingsmethode. De winst die wordt vrijgesteld is de separate winst van de buitenlandse vennootschap. De onderlinge transacties worden hierin meegenomen. Dit lijkt op een administratieve lastenverzwaring, echter voor de belastingaangifte in het buitenland zal ook een jaarrekening moeten worden gemaakt, dus van een administratieve lastenverzwaring is hier geen sprake. Buitenlandse verliezen kunnen slechts verrekend worden tot de hoogte van de Nederlandse winst. Het restant van het verlies wordt doorgeschoven naar het volgende jaar. Doordat het verlies slechts tot de hoogte van de Nederlandse winst kan worden verrekend, werkt dit cherry-picking niet in de hand. Voorvoegingsverliezen kunnen alleen worden verrekend bij de maatschappij die de verliezen geleden heeft.

De mogelijkheden voor belastingontwijking zijn groot bij de grensoverschrijdende fiscale eenheid. De belangrijkste antimisbruikmaatregel die moet worden ingevoerd is de inhaalregeling. De inhaalregeling werkt bij de grensoverschrijdende fiscale eenheid precies hetzelfde als bij de vaste inrichting. De inhaalregeling wordt echter ook in de volgende gevallen toegepast:

- Het verlies van de buitenlandse deelneming wordt in de staat van vestiging verrekend of had in de staat van vestiging verrekend kunnen worden;
- De deelneming wordt binnenlands belastingplichtig;

- De deelneming behoort niet langer tot het groepsregime, ook indien de deelneming meer dan drie jaar tot het groepsregime heeft behoord;
- De activiteiten van de deelneming worden gestaakt of verkocht;
- De deelneming wordt geliquideerd.

De overige voorwaarden waaraan een deelneming moet voldoen, volstaan om dit systeem voor concerns eenvoudig toepasbaar te maken zonder dat snel misbruik wordt gemaakt. Het is voor voeging in de fiscale eenheid niet van belang of een deelneming actief danwel passief is.

Doordat grensoverschrijdende verliesverrekening mogelijk is, is de liquidatieverliesregeling niet toepasbaar voor de moedermaatschappij in de fiscale eenheid. De grensoverschrijdende fiscale eenheid wordt ook niet gehinderd door belastingverdragen, mede doordat de 'opgaan in'-gedacht los is gelaten. De buitenlandse deelneming wordt als vaste inrichting gekwalificeerd voor het belastingverdrag.

7.5.4 De liquidatie- en stakingsverliesregeling

De liquidatieverliesregeling is van toepassing voor zowel actieve als passieve vennootschappen die niet in de fiscale eenheid zijn gevoegd. De regeling werkt echter wel anders uit voor de actieve en de passieve vennootschap. Dit komt door de verrekeningsmethode die bij de passieve vennootschap wordt toegepast. De stakingsverliesregeling is alleen van toepassing op de passieve vaste inrichting. Voor de actieve vennootschappen stel ik een aantal aanpassingen voor om de liquidatieverliesregeling in overeenstemming te maken met het EU-recht. Ten eerste komt het moment van het nemen van het liquidatieverlies naar voren. Dit wordt het moment waarop het verlies definitief niet meer te verrekenen is in het vestigingsland. De bewijslast hiervoor ligt bij de belastingplichtige. Blijkt het verlies achteraf toch nog verrekenbaar, dan wordt dit wederom teruggenomen. Terzake stel ik een driejaarstermijn voor. Daarnaast wil ik een extra bepaling toevoegen aan de liquidatieverliesregeling. Het liquidatieverlies kan worden verhoogd indien het onverrekenende verlies hoger is. Het liquidatieverlies wordt dan verhoogd tot het onverrekenende verlies. Het gaat dan om onverrekenende verliezen die geleden zijn in de tijd dat de moeder de aandelen hield in de deelneming. Ook mag het verlies niet al op een andere manier door de moeder zijn verrekend.

De liquidatie- en stakingsverliesregeling voor passieve deelnemingen en passieve vaste inrichtingen is een nieuwe regeling die wordt geïntroduceerd. In de verrekeningsmethode voor passieve resultaten wordt 80% van het verlies verrekend. Indien na het verliesjaar weer voldoende winst wordt behaald, is er Europeesrechtelijk geen belemmering. Wanneer dit niet het geval is, dan wordt niet het volledige verlies verrekend. Voor deze regeling stel ik voor dat de overige 20% ook wordt verrekend. De bewijslast hiervoor ligt bij de belastingplichtige. Blijkt het verlies achteraf toch nog verrekenbaar, dan wordt dit teruggenomen. Hiervoor stel ik een driejaarstermijn voor.

7.5.5 Passieve resultaten

Voor de passieve vaste inrichting en de passieve deelneming wordt de vrijstellingsmethode ingewisseld voor de verrekeningsmethode. De verrekeningsmethode wil ik in zijn huidige vorm handhaven, twee uitzonderingen daargelaten. Bij de herwaardering naar waarde economisch verkeer van passieve deelnemingen wil ik een kleine nuance toepassen. Indien de winst die de moedervenootschap moet nemen hoger is dan de winst bij de deelneming, dan is dit in strijd is met het Europese recht. Indien dit aan de orde is, moet de winst van de deelneming worden berekend naar Nederlandse wet- en regelgeving en wordt dit resultaat bij de moeder belast. Voorts worden bij doorschuiving van een onverrekend verlies de eerste en tweede limiet verhoogd met dit bedrag. Hierdoor wordt het verrekeningsinkomen niet belast zonder daar een voorkoming voor te geven. Het onverrekend verlies kan onbeperkt worden doorgeschoven.

7.5.6 Budgettaire alternatief

Het toestaan van grensoverschrijdende verliesverrekening is een budgettaire achteruitgang van de belastingopbrengsten. Wattel³³⁵ heeft een aanzet gegeven voor een alternatief methode om grensoverschrijdende verliesverrekening toe te staan, maar dan zonder grote budgettaire nadelen. In dit alternatief worden deelnemingen en vaste inrichtingen gelijk behandeld, zodat rechtsvormneutraliteit blijft bestaan. De grensoverschrijdende fiscale eenheid vervalt. In plaats daarvan is voor zowel de deelneming als de vaste inrichting de belastingvrijstellingmethode van toepassing. Deelnemingen en vaste inrichting worden behandeld als de vaste inrichting van vóór 1 januari 2012. Hierdoor kunnen buitenlandse verliezen verrekend worden met de Nederlandse winst. De inhaalregeling is uiteraard bij deze variant ook van toepassing. Ik ben van mening dat grensoverschrijdende verliesverrekening pas mogelijk is bij een belang van meer dan 50%. Dit geldt zowel voor de deelneming als voor de vaste inrichting. Budgettaire wil ik het toestaan van grensoverschrijdende verliesverrekening ondervangen door de kosten, zoals rente op financieringen, die samenhangen met de buitenlandse deelneming danwel vaste inrichting toe te rekenen aan de buitenlandse deelneming danwel vaste inrichting. Hierdoor vallen deze kosten niet in de Nederlandse grondslag maar in de buitenlandse grondslag. De buitenlandse winst wordt in beginsel door deze toerekening verlaagd, waardoor Nederland een lagere vrijstelling ter voorkoming van dubbele belasting hoeft te verlenen. Het betreft hier dan ook een nettovrijstelling. Economisch bezien heb ik hier geen argumenten tegen, omdat de kosten worden gealloceerd aan het land waar de opbrengst wordt gegenereerd.

Ik voorzie echter wel diverse problemen met belastingverdragen en het Europese recht. Indien Nederland bovenstaande wetssystematiek gaat toepassen, kunnen kosten die samenhangen met de buitenlandse onderneming niet in aftrek worden gebracht op de Nederlandse winst; vanuit Nederlandse optiek worden moeder en dochter als één onderneming gezien. Indien het vestigingsland van de buitenlandse onderneming moeder en dochter als zelfstandige entiteiten ziet, kunnen de kosten die samenhangen met de buitenlandse onderneming nergens in aftrek worden

³³⁵ Wattel, Noot bij HvJ EG, 16 juli 1998 (ICE), nr. C-264/96, *BNB* 1998/420, punt 10 en Wattel, Conclusie bij HvJ EG, 18 september 2003 (Bosal), nr. C-168/01, gepubliceerd in *V-N* 2002/41.18, punt 6.19 e.v.

gebracht. Momenteel kent geen enkele lidstaat van de Europese Unie een dergelijk belastingsysteem³³⁶. Voorts wordt in dit systeem de deelneming gelijkgesteld met de vaste inrichting en niet andersom. Het is hierbij niet vanzelfsprekend dat het Hof van Justitie EU een verschillende behandeling niet accepteert. Hierdoor kan het Hof van Justitie EU de stelling verwerpen dat de buitenlandse deelneming de kosten in aftrek moet nemen, omdat de buitenlandse vaste inrichting dit wel moet.

Kortom: deze systematiek is een interessante gedachtegang, maar hier zitten nog teveel haken en ogen aan.

³³⁶ Met art. 13l Wet Vpb 1969 voert Nederland deels een nettovrijstelling in.

Literatuurlijst

Literatuur

A

H.J. Ault & D.F. Bradford, 'Taxing international income: an analysis of the U.S. system and its economic premises', in: A. Razin & J. Slemrod, 'Taxation in the Global Economy', Chicago & London: The University of Chicago Press, 1990.

B

A. Bal, 'Latest developments on cross-border loss relief in Germany', *European Taxation Journal*, november 2010.

A. Baumann & M. Gatterer, 'Tax Due Diligence: An Austrian Perspective', *European Taxation Journal*, november 2010.

T. Bender, uit S.H.E. Bot en O. Nijhuis, 'Het territorialiteitsbeginsel: weg ermee?', *WFR* 2005/1161.

T. Bender, 'De vrijstellingsmethode ter voorkoming van internationale dubbele belasting', *Fiscale Monografieën* nr. 92, Deventer: Kluwer, 2000.

T. Bender, 'De vrijstellingsmethode ter voorkoming van internationale dubbele belasting', (diss. Leiden), Leiden: Kluwer, 2000.

T. Bender, S.C.W. Douma & F.A. Engelen, 'Werken aan winst? Werken aan de interne markt!', *WFR* 2005/1029.

T. Bender, S.C.W. Douma & F.A. Engelen, 'Werken aan winst? Werken aan de interne markt! (2)', *WFR* 2005/1069.

P. den Boer, discussiebijdrage I, in: J.H. Christiaanse, 'Deelnemingsvrijstelling en Holdings' (Belastingconsulentendag 1975), Deventer: FED, 1975.

J.P. Boer en M.H.C. Ruijschop, 'Het afscheid van een eenduidig deelnemingsbegrip', *WFR* 2007/273.

M.J. Boer, 'De Organschaft in de Körperschaftsteuer', *WFR* 2011/472.

E. Bos, 'Laagbelaste beleggingsdeelneming nogmaals getoetst', *Forfaitair* 2008/181.

E. van den Brande-Boomsluiters, 'De bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting', *Fiscale monografieën* 110, Deventer: Kluwer, 2004.

L. de Broe en N. Bammens, 'Belgian Companies with Foreign Permanent Establishments: Offsetting of Losses', *Bulletin for International Taxation*, oktober 2010.

C

J.H. Christiaanse, in: 'Deelnemingsvrijstelling en Holdings' (Belastingconsulentendag 1975), Deventer: FED, 1975.

D

M.P. Devereux, 'Debating Proposed Reforms of the Taxation of Corporate Income in the European Union', *International Tax and Public Finance*, januari 2004.

F. Dierckx, 'Belgium's Holding Company Regime - Past, Present and Future', *Bulletin for International Taxation*, augustus/september 2008.

R.P. van den Dool, 'Territorialiteitsbeginsel', in D.A. Albregtse & P. Kavelaars, 'Maatschappelijk heffen 1, De wetenschap', Deventer: Kluwer, 2006.

S.C.W. Douma, 'De vestigingsplaatsfictie in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2003/644.

S.C.W. Douma en P.C. van der Vegt, 'Ritter-Coulais: de ontgrenzing van belastingjurisdictie gaat voort', *WFR* 2005/717.

E

F.J. Elsweyer, 'Ontwikkelingen in de Duitse belastingwetgeving voor kapitaalvennootschappen', *MBB* 2010/03.

F.A. Engelen, 'De voorlichting van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in fiscale zaken', *TFO* 2001/117.

J. Englisch, 'The European Treaties' Implications for Direct Taxes', *INTERTAX* Volume 33, Issue 8/9, Kluwer Law International, 2005.

F

A.A. Fase, 'Het rangordevraagstuk in derdelandenverhoudingen', *WFR* 2008/687.

G

M. Gammie, 'The compatibility of national tax principles with the single market', in: F. Vanistendael e.a. (red.), *EU Freedoms and Taxation*, Amsterdam: *IBFD Publications*, 2006.

G. Gahleitner & C. Nowotny, 'Austrian Court Rules on the Treatment of Cross-Border Losses under Tax Treaties with Exemption Method', *Bulletin for International Taxation*, april 2002.

G. Gahleitner & S. Ratzinger, 'Austria - International Group Taxation: An Overview of Austria's New Tax Incentive', *European Taxation Journal*, november 2005.

J.A.G. van der Geld, 'Hoofdzaken vennootschapsbelasting', FED Fiscale Studieserie nr. 31, *Deventer: Kluwer*, 2009.

J.A.G. van der Geld, 'De herziene deelnemingsvrijstelling', Fiscale Monografieën nr. 20, *Deventer: Kluwer*, 2008.

R. Gielen, W.Y. Ip en L.J.A. Pieterse, 'Keuzeregeling voor liquidatieverlies. Een voorstel tot wijziging van de liquidatieverliesregeling', in: *Aanbevelingen ter verbetering van het vestigingsklimaat voor ondernemingen. Tribuut aan Jaap Bellingwout*, ZIFO-reeks nr. 6, *Deventer: Kluwer* 2012.

R.H. Gordon, 'Taxation of Investment and Savings in the World Economy', *American Economic Review* nr. 76, 1986.

A.C.G.A.C. de Graaf, 'De invloed van het EG-recht op het internationale belastingrecht: beleids- en marktintegratie', *Deventer: Kluwer*, 2004.

A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, 'Internationaal belastingrecht', FED Fiscale Studieserie, *Deventer: Kluwer*, 2009.

M.M.A. van Graafeiland, 'Ontwikkelingen EU-recht; CCCTB', *WFR* 2012/411.

O. Grandenberger, 'Kapitalexportneutralität versus Kapitalimportneutralität', *Mainz: Aufsätze zur Wirtschaftspolitik*, nr. 7 1983.

J.G. Gravelle, 'The Economic Effects of Taxing Capital Income', Cambridge, Mass.: *MIT Press*, 1994.

H

A.L. Harding, 'Double taxation of property and income', *Cambridge: Harvard University Press*, 1933.

A.W. Hofman, 'Tussenhoudsterperikelen in de liquidatieverliesregeling', *WFR* 2006/1344.

T. Horst, 'Note on the Optimal Taxation of International Investment Income', *The Quarterly Journal of Economics*, juni 1980.

G.C. Hufbauer m.m.v. J.M van Rooij, 'U.S. Taxation of International Income - Blueprint for reform', *Washington: Institute for International Economics*, 1992

I

IFA, Cahiers de droit fiscal international, 'Group Taxation', *Kluwer, Den Haag* 2004.

IFA, Cahiers de droit fiscal international, 'Limits on the use of low-tax regimes by multinational businesses: current measures and emerging trends', *Kluwer, Den Haag*, 2011.

J

B. Jacobs, 'De prijs van gelijkheid', *Amsterdam: Bert Bakker*, 2008.

O.H. Jacobs, 'Internationale Unternehmensbesteuerung', *München: Verlag C.H. Beck*, 2002

D. Juch, 'De deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting', *Fiscale brochures, Deventer: FED* 1974.

K

P. Kavelaars, 'Ge- en misbruik van EU-recht', *NTRF Beschouwingen* 2008-11.

E.C.C.M. Kemmeren, 'Exemption method for PEs and (major) shareholdings best services: the CCCTB and the internal markets concerned', *EC Tax Review* 2008/3.

E.C.C.M. Kemmeren, 'Marks & Spencer: balanceren op grenzeloze verliesverrekening', *WFR* 2006/211.

E.C.M.M. Kemmeren, 'Principle of Origin in Tax Conventions. A Rethinking of Models', *Dongen: Pijnenburg vormgevers/uitgevers* 2001.

E.C.M.M. Kemmeren, 'Source of Income in Globalizing Economies: Overview of the Issues and a Plea for an Origin-Based Approach', *IBFD Bulletin*, november 2006.

Q.W.J.C.H. Kok, 'De onmogelijkheid van een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2010/607.

Q.W.J.C.H. Kok, *Cursus Belastingrecht, Studenteneditie 2011-2012, 'Vennootschapsbelasting'*, *Deventer: Kluwer* 2011.

M.G.H. van der Kroon, 'Verslag van het EFS-seminar 'Vaste inrichting versus deelneming'', *WFR* 2011/1592.

L

H. Loukota, W. Seitz & G. Toifl, 'Austria's Tax Treaty Policy', *Bulletin for International Taxation*, augustus/september 2004.

J. Lüdicke, 'Exemption and Tax Credit in German Tax Treaties - Policy and Reality', *Bulletin for International Taxation*, december 2010.

M

O.C.R. Marres, 'Territorialiteit', *NTRF* 2008/520.

R.S.J. Martha, 'The Jurisdiction to Tax in International Law. Theory and Practice of Legislative International Law', *Deventer: Kluwer* 1989.

P.F.E.M. Merks, 'Belastingontduiking, -ontwijking en -planning (deel 1)', *MBB* 2006/338.

- G.T.K. Meussen, 'Grensoverschrijdende verliesverrekening: twee Europeesrechtelijke conclusies geanalyseerd', *FED* 2005/56.
- G.T.K. Meussen, 'The ECJ's Judgement in *Krankenheim* - The Last Piece in the Cross-Border Loss Relief Puzzle?', *European Taxation Journal*, juli 2009.
- P.B. Musgrave, 'United States taxation of Foreign investment income. Issues and arguments', *Cambridge: Harvard University*, 1969.
- P.B. Musgrave, 'Criteria for Foreign Tax Credit', in: *Taxation and Operations Abroad (Symposium)*, *Princeton: Princeton University Press*, 1960.
- P.B. Musgrave, 'Interjurisdiction equity in company taxation: principles and applications to the European Union', in Cnossen, 'Taxing capital income in the European Union, issues and options for reform', *Oxford: Oxford University Press*, 2000.
- P.B. Musgrave, 'Taxation of Foreign Investment Income. An Economic Analysis', *Baltimore: Johns Hopkins Press*, 1963.
- R.A. Musgrave, 'Fiscal Systems', *New Haven: Yale University Press*, 1969.
- N**
- M. Nieuwenboer, 'Een Europese Nederlandse fiscale eenheid', in: Essers, 'Focus op verrekenprijzen in Europa', *Maastrichtse fiscale symposia 17*, *Deventer: Kluwer* 2008.
- O**
- E.A. Owens, 'The foreign tax credit', *Cambridge: The Law school of Harvard University*, 1961.
- P**
- A. Perdelwitz, '8th Annual IFA Conference on International Taxation in Berlin', *European Taxation Journal*, februari 2009.
- R**
- C. van Raad, *Cursus Belastingrecht, Studenteneditie 2010-2011, 'Internationaal belastingrecht'*, *Deventer: Kluwer* 2010.
- A. Razin & E. Sadka, 'International Tax Competition and Gains from Tax Harmonization', *Economics Letters* vol. 37(1), 1991.
- Redactie Vakstudienieuws, Aantekening bij HvJ EG, 12 september 2006 (*Cadbury Schweppes*), nr. C-196/04, *V-N* 2006/49.15.
- Redactie Vakstudienieuws, Aantekening bij HvJ EG, 29 maart 2007, nr. C-347/04, *V-N* 2007/18.14
- Redactie Vakstudienieuws, Aantekening bij HvJ EG, 6 december 2007 (*Columbus Container Services*), nr. C-298/05, *V-N* 2007/59.8.
- D.J. Rouslang, 'Deferral and the Optimal Taxation of International Investment Income', *National Tax Journal* vol. 53, nr. 3, 2000.
- S**
- M. Sato & R.M Bird, 'International Aspects of the Taxation of Corporations and Shareholders', *IMF Staff Papers* nr. 22, juli 1975.
- R. Schneider, 'Group Taxation Regime: A Landmark Model', *DFI* 2006/05-06.
- E. Sharpston, Conclusie bij HvJ EG, 14 februari 2008 (*Lidl Belgium*), nr. C-414/06, *V-N* 2008/16.9.
- D.S. Smit, Noot bij HvJ EG, 6 december 2007 (*Columbus Container Services*), nr. C-298/05, *FED* 2008/35.

- D.S. Smit, P.F.E.M. Merks en B.J. Kiekebeld, 'Cadbury Schweppes: analyse en de gevolgen voor de fiscale behandeling van buitenlandse concernfinanciering in de huidige Wet Vpb 1969', *WFR* 2007/129.
- B.B. Snoy, 'Taxes on Direct Investment Income in the EEC, A Legal and Economic Analysis', *New York: Praeger*, 1975.
- 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* 2006/293.
- E.M.S. Spierts, A.J.A. Stevens en J.H.A.M. van Helvoirt, 'De Duitse Unternehmensteuerreform 2008: een overzicht', *WFR* 2008/834.
- D.E. van Sprundel, 'Verslag van het EFS Seminar "Grensoverschrijdende fiscale eenheid: fata morgana?"', *WFR* 2008/1443.
- S.A.W.J. Strik & N.H. de Vries, *Cursus Belastingrecht, Studenteneditie 2010-2011, 'Venootschapsbelasting'*, Deventer: Kluwer 2010.
- J.E. Sullivan, 'The Non-Exercise of Taxing Powers by Member States and Its Compatibility with EC Law', *European Taxation Journal*, april 2009.
- T**
- J.M. Terra & J. Wattel, 'European Tax Law', FED Fiscale Studiereserie, *Deventer: FED*, 2008.
- V**
- Y. Verdingh, *Aangiftegids Venootschapsbelasting 2011 (België)*, *Deventer: Kluwer* 2011.
- P. Vlaanderen, 'Why Exempt Foreign Business Profits?', *Tax Notes International*, maart 2002.
- K. Vogel, 'Worldwide vs. Source taxation of income - A review and re-evaluation of arguments', *INTERTAX* 1988, (I) 8/9, (II) 10, (III) 11.
- W**
- N.M. van der Wal, 'Vaste inrichtingen en het gemeenschapsrecht: enkele kwetsbare onderdelen van de Nederlandse regelgeving', *WFR* 2009/436.
- P.J. Wattel, Noot bij HvJ EG, 16 juli 1998 (ICE), nr. C-264/96, *BNB* 1998/420.
- P.J. Wattel, Noot bij HvJ EG, 13 december 2005 (Marks & Spencer), nr. C-446/03, *BNB* 2006/72.
- P.J. Wattel, Noot bij HvJ EG, 12 september 2006 (Cadbury Schweppes), nr. C-196/04, *BNB* 2007/54 c*.
- P.J. Wattel, Noot bij HvJ EG, 23 oktober 2008 (Krankenheim), nr. C-157/07, *BNB* 2009/86.
- P.J. Wattel, Nadere Conclusie bij HR, 7 juni 2010 (X-Holding), nr. 43 484bis, *V-N* 2010/48.17.
- D.M. Weber, 'Belastingontwijking en de EG-Verdragsvrijheden' (diss. Amsterdam UvA), *Amsterdam: Kluwer*, 2003.
- D.M. Weber, 'Belastingontwijking en de EG-Verdragsvrijheden', *Fiscale Monografieën* nr. 105, *Deventer: Kluwer* 2003.
- D.M. Weber, 'Het Bosal Holding-arrest: analyse, kritiek en gevolgen', *WFR* 2003/1844.
- D.M. Weber, 'Is the limitation of tax jurisdiction a restriction of the freedom of movement?', in: *Accounting and Taxation & Assessment of ECJ Case Law*, 2007.

D.M Weber, 'VPB 2007. Een stelsel gebaseerd op het territorialiteitsbeginsel: EG-aspecten en contouren', *WFR* 2004/1297.

D.M. Weber, Noot bij HvJ EG, 15 mei 1997 (Futura), nr. C-250/95, *FED* 1998/365.

D.M. Weber, Noot bij HvJ EG, 19 november 2009 (X-Holding), Conclusie van A-G Kokott, *FED* 2010/3.

S. van Weeghel, 'Thoughts on territoriality in relation to Dutch corporate tax reform', in: H. Simonart e.a., *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Brussel: Bruylant, 2006.

S. van Weeghel, 'Territorialiteit is de oplossing van veel problemen', *WFR* 2004/1517.

S. van Weeghel, uit: J.J. van den Broek, 'Verslag van het Nijmeegse congres "VPB 2007 in Europees perspectief, een wetenschappelijke benadering"', *WFR* 2005/1489.

Jurisprudentie

HvJ EG, 15 mei 1997 (Futura), nr. C-250/95, (oude notatie) V-N 1997/4242,27, (nieuwe notatie) V-N 1997/50.27.

HvJ EG, 16 juli 1998 (ICE), nr. C-264/96, *FED* 1999/266.

HvJ EG, 14 december 2000 (AMID), nr. C-141/99 V-N 2001/7.38.

HvJ EG, 18 september 2003 (Bosal), nr. C-168/01, V-N 2003/46.10.

HvJ EG, 11 maart 2004 (Lasteryrie du Saillant), nr. C-9/02, V-N 2004/15.9

HvJ EG, 13 december 2005 (Marks & Spencer), nr. C-446/03, V-N 2005/60.15.

HvJ EG, 12 september 2006 (Cadbury Schweppes), nr. C-196/04, V-N 2006/49.15.

HvJ EG, 12 december 2006 (Test Claimants in the FII Group Litigation), nr. C-446/07, V-N 2007/5.9.

HvJ EG, 29 maart 2007 (Rewe), nr. C-347/04, V-N 2007/18.14.

HvJ EG, 18 juli 2007 (Oy AA), nr. C-231/05, V-N 2007/57.13.

HvJ EG, 6 december 2007 (Columbus Container Services), nr. C-298/05, V-N 2007/59.8.

HvJ EG 21 februari 2008 (Part Service), nr. C-425/06, V-N 2008/11.17.

HvJ EG, 28 februari 2008 (Deutsche Shell), nr. C-293/06, V-N 2008/13.8.

HvJ EG, 15 mei 2008 (Lidl Belgium), nr. C-414/06, *BNB* 2009/85c*.

HvJ EG, 22 mei 2008 (Ampliscientifica), nr. C-162/07, V-N 2008/25.20

HvJ EG, 23 oktober 2008 (Krankenheim), nr. C-157/07, V-N 2008/55.14.

HvJ EG, 27 november 2008 (Papillon), nr. C-418/07, V-N 2008/59.20.

HvJ EG, 12 februari 2009 (Cobelfret), nr. C-138/07, V-N 2009/11.14.

HvJ EU, 21 januari 2010 (SGI), nr. C-311/08, V-N 2010/13.21.

HvJ EU, 25 februari 2010 (X-Holding), nr. C-337/08, V-N 2010/12.19.

HvJ EU, 10 februari 2011 (Haribo en Salinen), nr. C-436/08 en nr. C-437/08, V-N 2011/16.15.

Conclusie A-G Kokott, 19 april 2011 (Philips Electronics), nr. C-18/11, gepubliceerd in V-N 2012/21.19.

HR, 27 april 1960, nr. 14 104, BNB 1960/161.

HR, 27 april 1960, nr. 14 105, BNB 1960/162.

HR, 4 mei 1960, nr. 14 203, BNB 1960/165.

HR, 4 mei 1960, nr. 14 207, BNB 1960/166.

HR, 5 december 1984, nr. 22 486, BNB 1986/351.

HR, 29 juni 1988, nr. 24 738, BNB 1988/331.

HR, 16 maart 1994, nr. 27 764, BNB 1994/191.

HR, 13 november 1996, nr. 31 008, BNB 1998/47.

HR, 20 december 2002, nr. 37 072, BNB 2003/286.

HR, 5 december 2003, nr. 37 743, BNB 2004/139.

HR, 2 oktober 2009, nr. 08/00900, BNB 2010/22.

HR, 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37.

Nadere Conclusie A-G Wattel, 19 april 2006, nr. 39 258bis, V-N 2006/36.10.

Rechtbank Haarlem, 10 juni 2011, LJN: BQ 7515

Rechtbank 's-Gravenhage, 30 december 2011, LJN: BV2892.

DE: Federal Finance Court, Pending Case I R 48/11.

DE: Finance Court of Lower Saxony, 16 Juni 2011, Case 6 K 445/09.

Hof van Cassatie (België), 15 september 1970, Pas. 1971, I, 37.

Hof van Cassatie (België), 29 juni 1984, *Fiscale jurisprudentie/Jurisprudence Fiscale*, nr. 84/164.

Parlementaire geschiedenis

Kamerstukken II 1962/63, 6000, nr. 9.

Kamerstukken II 1989/90, nr. 13.

Kamerstukken II 1997/98, 25 087, nr. 4.

Kamerstukken II 2004/05, 30 107, nr. 2.

Kamerstukken II, 2010/11, 32 740, nr. 3.

Verslag Nota-overleg Kamerstukken II 2005/06, 30 107, nr. 9.

Nota Wet werken aan winst 29 april 2005, nr. AFP 2005-00386, V-N 2005/24.3.

Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3.

MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 003, nr. 3.

MvT, Kamerstukken 6000.

Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, 11 april 2011, IFZ2011/100 M2, V-N 2011/12.4.

Fiscale Agenda 2011, 14 april 2011, AFP/2011/248 U, V-N 2011/22.

Tweede Kamer, 15 september 2011, Belastingplan 2012 c.a.,

http://www.prinsjesdag2011.nl/pd09_sites/objects/636/32k/3d7d47d78fa462cd422545407a983/belastingplan_2012.pdf

Regeer- en gedoogakkoord, 30 juli 2010,

<http://www.kabinetsformatie2010.nl/pdf/dsc9a1a.pdf?c=getobject&s=obj&objectid=127493> en
<http://www.kabinetsformatie2010.nl/pdf/dsc8d2d.pdf?c=getobject&s=obj&objectid=127492>.

Europese (concept)regelgeving en Europees beleid

Mededeling van de Commissie, 19 december 2006, COM (2006)824 def.

Richtlijn van de Raad, 16 maart 2011, COM (2011)121 def.

Persbericht Europese Commissie, 16 juni 2011, nr. IP/11/719.

Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende een gemeenschappelijk geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB), COM(2011)121.

Richtlijn van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, nr. 2011/96/EU.

Website

http://ec.europa.eu/yourvoice/ebtp/consultations/relief/relief_nl.pdf

www.europa-nu.nl

www.ibfd.org

http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/total-tax-revenue_20758510-table2

<http://tax-planning.nl/2010/06/hongarije-crisis-belastingverlaging>

Overige

Besluit, 10 augustus 1994, DB 94/1842M, V-N 1994 blz. 2702-2704.

Besluit over winstallocatie aan vaste inrichtingen van 15 januari 2011, nr. IFZ 2010/457, V-N 2011/9.12.

Commissie van Weeghel, Continuïteit en vernieuwing - Een visie op het belastingstelsel, 7 april 2010.

Brief NOB aan de Tweede Kamer, 17 mei 2011

Brief NOB aan de Vaste commissie voor Financiën van de Tweede Kamer, 7 oktober 2011, NTFR 2011/2225.

Brief NOB aan de Tweede Kamer, 10 oktober 2011.

OECD, 'Taxation and Economic Growth', *Economics Department Working Papers NO. 620.*, 2008.

Reuters, 'na het', De Tijd (Belgisch nieuwsblad), 27 november 2010.