

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Nadruk verboden

Faculteit der Economische Wetenschappen

Masterscriptie

## **Vaste inrichting vs. Deelneming**

*Een Europeesrechtelijke toets in outbound-situaties*

Naam student: P.D.M. van der Valk

Studentnummer: 306550

Begeleider: Mr. drs. M.G.H. van der Kroon

Datum: Rotterdam, 06-09-2012

## **Voorwoord**

Na zes jaar studeren, ben ik nu aan het einde van mijn studie gekomen. Veel ervaringen en goede vriendschappen rijker en met de economische en fiscale kennis opgedaan, ga ik nu een start maken aan het 'echte' leven. Hopelijk hoeft er, behalve de werktijden, niet al te veel te veranderen. Ik kan terug kijken op een fantastische tijd en wil hiervoor een aantal mensen bedanken.

Allereerst wil ik natuurlijk mijn ouders bedanken. Mijn ouders zijn er altijd voor mij geweest in mijn studietijd, om me te helpen, te motiveren, me streng toe te spreken als ik weer eens de 'luie student' uithing en me toe te juichen bij iedere mooie prestatie!

Daarnaast wil ik ook mijn broer bedanken voor het geven van het goede voorbeeld: 'Het is helemaal niet erg om twee jaar te lang over je studie te doen, als je maar wel kan zeggen dat je iets leuks en nuttigs heb gedaan in die extra tijd!'

Verder wil ik een aantal van mijn vrienden bedanken. Met name Martijn Krassenburg, omdat we sinds dag 1 van de studie met elkaar op zijn getrokken en bijna alles samen hebben gedaan. Ivo, Michel en Denny voor alle mooie inhoudelijke discussies en de gezelligheid. En mijn fantastische bestuursgenoten van de Stichting Belastingwinkel Rotterdam.

Tenslotte wil ik mijn begeleider, Martijn van der Kroon, bedanken. Volgens mij had ik me geen betere begeleider kunnen wensen. Door alle positieve en toch kritische feedback heb ik hier toch mooi een hele masterscriptie neer kunnen zetten.

## **Inhoudsopgave**

<b>LIJST MET AFKORTINGEN .....</b>	<b>5</b>
<b>HOOFDSTUK 1: INLEIDING .....</b>	<b>6</b>
1.1 Aanleiding .....	6
1.2 Probleemstelling en Deelvragen .....	9
1.3 Opzet .....	10
<b>HOOFDSTUK 2 – DE OBJECTVRIJSTELLING VOOR DE VASTE INRICHTING.....</b>	<b>12</b>
2.1 Inleiding .....	12
2.2 De vaste inrichting .....	13
2.2.1 Algemeen.....	13
2.2.2 De vaste inrichting in de Nederlandse wetgeving .....	14
2.2.3 De vaste inrichting in het OESO-modelverdrag .....	15
2.2.4 OESO-voorstel.....	17
2.3 Hoofdpijnen van de objectvrijstelling .....	18
2.4 Objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten .....	20
2.4.1 Algemeen.....	20
2.4.2 Buitenlandse ondernemingswinsten uit verdragslanden .....	21
2.4.3 Buitenlandse ondernemingswinsten uit niet-verdragslanden .....	23
2.5 Vaststelling van de buitenlandse winsten .....	24
2.5.1 Valutaresultaten .....	25
2.5.2 Duurzame overdracht van vermogensbestanddelen.....	26
2.6 Laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming .....	27
2.6.1 Algemeen.....	27
2.6.2 Werkzaamhedentoets .....	28
2.6.3 Onderworpenheidstoets .....	30
2.6.4 Verrekening van buitenlandse belasting .....	31
2.7 Stakingsverliesregeling .....	32
2.8 De beleggingsinstelling.....	34

2.9 Conclusie.....	35
<b>HOOFDSTUK 3 - DE DEELNEMINGSVRIJSTELLING .....</b>	<b>38</b>
3.1 Inleiding .....	38
3.2 De deelneming.....	39
3.2.1 De deelneming – “dochtermaatschappij” .....	39
3.2.2 De kapitaalvennootschap.....	40
3.2.3 De buitenlandse deelneming.....	41
3.2.4 De belastingplichtige – “moedermaatschappij” .....	42
3.3 Basis deelnemingsvrijstelling.....	42
3.3.1 Voordelen uit hoofde van een deelneming.....	43
3.3.2 Kosten van een deelneming.....	44
3.3.3 Tussenregeling valutaresultaten.....	44
3.4 Regeling voor de beleggingsdeelneming .....	45
3.4.1 De beleggingsdeelneming .....	46
3.4.2 De kwalificerende beleggingsdeelneming.....	47
3.4.3 Deelnemingsverrekening.....	49
3.5 Liquidatieverlies .....	51
3.5.1 Het opgeofferde bedrag en de liquidatie-uitkering .....	51
3.5.2 Toepassing van de liquidatieverliesregeling.....	52
3.5.3 Rechtsgrond van de liquidatieverliesregeling.....	53
3.6 Conclusie.....	54
<b>HOOFDSTUK 4 – TOETSINGSKADER.....</b>	<b>57</b>
4.1 Inleiding .....	57
4.2 Het Europese recht.....	57
4.2.1 Inleiding.....	57
4.2.2 De vrijheden uit het VwEU .....	59
4.3 Toetsingskader objectvrijstelling.....	64
4.4 Conclusie.....	65

<b>HOOFDSTUK 5 – EUROPEES RECHTELIJKE TOETS OBJECTVRIJSTELLING .....</b>	<b>66</b>
5.1 Inleiding .....	66
5.2 Valutakoersresultaten.....	66
5.2.1 Vaste inrichting vs. Deelneming.....	66
5.2.2 Valutaresultaten onder de objectvrijstelling.....	69
5.3 Overdracht vermogensbestanddelen .....	70
5.3.1 Vaste inrichting vs. Deelneming.....	70
5.3.2 Overdracht vermogensbestanddelen naar een buitenlandse vaste inrichting .....	71
5.4 Laagbelaste beleggingsopbrengsten .....	73
5.4.1 Vaste inrichting vs. Deelneming.....	73
5.4.2 Laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming.....	74
5.5 Verlies door staking/liquidatie .....	76
5.5.1 Vaste inrichting vs. Deelneming.....	76
5.5.2 Stakingsverlies vaste inrichting .....	77
5.6 Buitenlands belastingplichtigen.....	79
5.6.1 Vaste inrichting vs. Deelneming.....	79
5.6.2 Objectvrijstelling voor buitenlands belastingplichten.....	79
5.7 Conclusie.....	81
<b>HOOFDSTUK 6 – CONCLUSIE.....</b>	<b>84</b>
<b>LITERATUURLIJST .....</b>	<b>87</b>

## **Lijst met afkortingen**

aant.	aantekening
art.	artikel
BNB	Beslissingen in de belastingzaken Nederlandse Belastingrechtspraak
BV	Besloten Vennootschap
BvdB 2001	Besluit voorkoming van dubbele Belasting 2001
concl.	Conclusie
EU	Europese Unie
FED	Fiscaal Weekblad FED
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
m.nt.	Met noot
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
NTFR	Nederlands Tijdschrift Fiscaal Recht
NvT	Nota van Toelichting
NOB	de Nederlandse Orde van de Belastingadviseurs
NV	Naamloze vennootschap
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OESO-commentaar	Commentaar op het OESO-modelverdrag
OESO-modelverdrag	OESO-modelverdrag ter zake van inkomen en vermogen (tekst 2010)
Stb.	Staatsblad
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
V-N	Vakstudie Nieuws
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wet Vpb 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad Fiscaal Recht

## **Hoofdstuk 1: Inleiding**

### **1.1 Aanleiding**

Wereldwijde economische handel zorgt ervoor dat steeds meer ondernemingen over de grens hun activiteiten gaan uitoefenen. Met het ontstaan van de Europese Unie (hierna: de EU) en de invoering van de euro is het zeker binnen de EU makkelijk geworden voor ondernemingen om internationaal te handelen. Tevens, door de verbeteringen van de mogelijkheden om internationaal te communiceren, is internationale uitbreiding van een onderneming steeds aantrekkelijker geworden, zowel binnen de EU als wereldwijd. Multinationale ondernemingen drijven een onderneming in verschillende landen. Voor deze multinationals is het aantrekkelijk om aan fiscale planning te doen. Door de juiste fiscale planning kan een bedrijf miljoenen euro's besparen.

Indien een onderneming in een andere staat, dan de vestigingsstaat, een onderneming of een gedeelte van zijn onderneming wil drijven, kan dit in verschillende vormen. Het is mogelijk om (een gedeelte van) een onderneming te drijven in een andere staat door middel van een buitenlandse dochtermaatschappij of in de vorm van een vaste inrichting. Het voornaamste verschil tussen een vaste inrichting en een deelneming, is dat een vaste inrichting een juridische onzelfstandig onderdeel is van de primaire onderneming (hierna: hoofdhuis). Een deelneming is een juridisch zelfstandige entiteit.

In de Nederlandse fiscale wetgeving wordt het begrip 'vaste inrichting' op verschillende plaatsen gebruikt. Voor toepassing van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten uit de Wet Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb 1969) wordt aangesloten bij het begrip 'vaste inrichting' uit verdragen ter voorkoming van dubbele belastingheffing. Voor verdragsloze situaties is het begrip 'vaste inrichting' uitgewerkt in art. 15f Wet Vpb 1969. Voor de definitie van het begrip 'vaste inrichting' uit art. 15f Wet Vpb 1969 kan worden aangesloten bij de definitie van art. 5 van het OESO-modelverdrag (Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling).<sup>1</sup>

Kort gezegd kan het begrip 'vaste inrichting' omschreven worden als een bedrijfsinrichting met voldoende faciliteiten om zelfstandig te kunnen functioneren als een onderneming. In het OESO-commentaar wordt het begrip 'vaste inrichting' nader toegelicht. In art. 5, eerste lid,

---

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 97.

OESO-modelverdrag zijn de volgende vereisten te onderscheiden waaraan moet worden voldaan voor het kwalificeren van activiteiten als vaste inrichting:

- ◇ er moet sprake zijn van een “bedrijfsinrichting”;
- ◇ de bedrijfsinrichting moet “vast” zijn; en
- ◇ de werkzaamheden van een onderneming worden geheel of gedeeltelijk uitgeoefend met behulp van de vaste bedrijfsinrichting.<sup>2</sup>

De winst, behaald door de vaste inrichting in het buitenland, behoort tot de belaste wereldwinst van het in Nederland gevestigde hoofdhuis. Voor 1 januari 2012 werd ter voorkoming van dubbele belasting in Nederland een verrekening gegeven voor de in de andere Staat betaalde belasting, welke was opgenomen in het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 (hierna: BvdB 2001). Op grond van art. 31 BvdB 2001 werd de binnenlandse belastingplichtige, het hoofdhuis, vrijgesteld van de vennootschapsbelasting die betrekking heeft op buitenlandse winst. De buitenlandse winst, was de winst behaald uit buitenlandse onderneming, die wordt gedreven door de vaste inrichting binnen het gebied van een andere Mogendheid<sup>3</sup>. De vrijstelling van art. 31 BvdB 2001 was enkel van toepassing indien werd voldaan aan de onderworpenheidseis.<sup>4</sup> De onderworpenheidseis hield in dat de vaste inrichting in de andere Mogendheid onderworpen was aan een belasting naar de winst. Op grond van art. 33 BvdB 2001 werd de vrijstelling toegepast voor de buitenlandse winst door een vermindering te verlenen op de verschuldigde vennootschapsbelasting.

Indien de vaste inrichting negatieve buitenlandse winst behaalde, mochten deze worden afgetrokken van het binnenlandse resultaat van het hoofdhuis. Bij het afrekken van deze negatieve winsten was de inhaalregeling van art. 35 BvdB 2001 van toepassing. Op grond van de inhaalregeling werden de negatieve buitenlandse winsten bij voor bezwaar vatbare beschikking vastgesteld door de inspecteur. Indien in latere jaren de vaste inrichting weer positieve winsten behaalde, moesten deze winsten worden ingehaald. Inhalen vond plaats door de positieve buitenlandse winsten niet vrij te stellen van vennootschapsbelasting voor het bedrag van negatieve buitenlandse winsten welke in eerdere jaren is afgetrokken van de binnenlandse winsten. Op grond van de overgangsregeling zal de inhaalregeling worden

---

<sup>2</sup> OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital (condensed version)*, 22 juli 2010, blz. 92.

<sup>3</sup> Art. 32, eerste lid, BvdB 2001 (vervallen).

<sup>4</sup> Art. 32, eerste lid, BvdB 2001 (vervallen).



doorgezet en moeten negatieve buitenlandse winsten uit een staat worden ingehaald voordat de objectvrijstelling van toepassing zal zijn op de winsten behaald door een vaste inrichting.<sup>5</sup>

In de Sinterklaasbrief van 5 december 2009 kondigde de toenmalig staatssecretaris van Financiën, De Jager, aan in overweging te nemen om buitenlandse vaste inrichting verliezen geheel buiten de Nederlandse grondslag te houden.<sup>6</sup> Op 14 april 2011 bood de toenmalig staatssecretaris van Financiën, Weekers, de Fiscale Agenda 2011<sup>7</sup> aan de Tweede Kamer aan. In de Fiscale Agenda 2011 was opgenomen dat de objectvrijstelling voor de vaste inrichting met ingang van 2012 zou worden ingevoerd.

De NOB heeft in een brief aan de Tweede Kamer<sup>8</sup> een alternatief aangeboden voor het invoeren van de objectvrijstelling. De NOB is van mening dat het toenmalige systeem van vrijstelling, ter voorkoming van dubbele belasting van buitenlandse winsten uit vaste inrichting, al velen jaren naar tevredenheid functioneert voor de belastingplichtigen en tevens voor de Belastingdienst. Een objectvrijstelling zou volgens de NOB een negatieve uitstraling hebben op het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat. Hierdoor stelde zij een verplichte ‘inhaal’ van negatieve buitenlandse winst uit vaste inrichting voor na een periode van vijf jaren. Dit kan gebeuren door de afgetrokken buitenlandse verliezen na vijf jaren weer op te tellen bij de winst van het hoofdhuis.

Het alternatief van de NOB is echter door de Tweede Kamer niet in aanmerking genomen. In het Belastingplan 2012<sup>9</sup> is de objectvrijstelling voor de vaste inrichting geïntroduceerd. Sinds 1 januari 2012 is de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten opgenomen in art. 15e tot en met art. 15j Wet Vpb 1969 en art. 23d Wet Vpb 1969. Het overgangsrecht is opgenomen in art. 33d tot en met 33d Wet Vpb 1969.

De invoering van de objectvrijstelling moet een meer gelijke behandeling van de buitenlandse vaste inrichting ten opzichte van de buitenlandse dochtermaatschappij tot stand brengen.<sup>10</sup> Voor de invoering van de objectvrijstelling bestond een timingvoordeel bij het drijven van een onderneming in het buitenland door een vaste inrichting ten opzichte van een buitenlandse dochtermaatschappij. Dit timingvoordeel ontstaat door de mogelijkheid die bestond voor de vaste inrichting om in een jaar geleden buitenlandse verliezen af te kunnen trekken van het

<sup>5</sup> Art. 33b, eerste lid, Wet Vpb 1969.

<sup>6</sup> Brief van het Ministerie van Financiën 5 december 2009, DB/2009/674M, V-N 2009/49.22.

<sup>7</sup> Kamerstukken II 2010-2011, 32 740, nr. 1.

<sup>8</sup> S.A.W.J. Strik, NOB Commissie wetsvoorstellen, 17 mei 2011.

<sup>9</sup> Kamerstukken II 2011/2012, 33 003, nr. 2.

<sup>10</sup> Brief van het Ministerie van Financiën 5 december 2009, DB/2009/674M, V-N 2009/49.22.

binnenlandse resultaat van het hoofdhuis. Verliezen behaald door een buitenlandse deelneming kunnen enkel onder bepaalde voorwaarde bij liquidatie van de deelneming in aftrek worden gebracht op het binnenlandse resultaat. Een andere reden voor het invoeren van de objectvrijstelling was de administratieve last die de oude regeling gaf aan de Belastingdienst, door het moeten bijhouden van alle in te halen verliezen in verschillende landen.

## 1.2 Probleemstelling en Deelvragen

De staatssecretaris van Financiën heeft in het Belastingplan 2012 gezegd dat de invoering van objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten zal leiden tot een meer evenwichtige fiscale behandeling van de vaste inrichting en de deelneming.<sup>11</sup> Deze scriptie is gericht op de objectvrijstelling voor de buitenlandse vaste inrichting en de verschillen in fiscale behandeling van een belastingplichtige met een buitenlandse vaste inrichting en een belastingplichtige met een buitenlandse dochtermaatschappij. De verschillen in fiscale behandeling zullen worden getoetst aan het EU-recht<sup>12</sup> om te onderzoeken of de regeling van de objectvrijstelling in overeenstemming is met het EU-recht.

### *Probleemstelling*

*“Is de objectvrijstelling voor de buitenlandse vaste inrichting in overeenstemming met het Europese recht en leiden de verschillen in fiscale behandeling van een belastingplichtige met een buitenlandse vaste inrichting en een belastingplichtige met een buitenlandse deelneming tot een belemmering van het vrije verkeer?”*

Aan de hand van een aantal deelvragen wordt toegewerkt naar een antwoord op de probleemstelling.

### *Deelvragen:*

- ◇ Wat is een vaste inrichting?
- ◇ Hoe werkt de regeling van objectvrijstelling buitenlandse ondernemingswinsten?
- ◇ Wat is een deelneming?
- ◇ Hoe werkt de deelnemingsvrijstelling?

---

<sup>11</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 13.

<sup>12</sup> Met het EU-recht worden het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU) bedoeld.

- ◇ Op welke essentiële punten verschillen de objectvrijstelling en de deelnemingsvrijstelling en zijn deze verschillen in strijd met het vrije verkeer?

#### *Afbakening:*

In deze scriptie wordt enkel ingegaan op het begrip vaste inrichting en wordt niet ingegaan op de vaste vertegenwoordiger. Voor het begrip ‘deelneming’ wordt uitgegaan van een deelneming in een kapitaalvennootschap, welke kwalificeert voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling.

Het onderzoek richt zich op de outbound-situaties, waarin een in Nederland gevestigde onderneming activiteiten gaat ontplooiën in het buitenland in de vorm van een vaste inrichting of door middel van het van een deelneming.

Bij het behandelen van de vaste inrichting en de fiscale behandeling hiervan zal niet of slechts zeer beperkt worden ingegaan op de winstallocatie aan de vaste inrichting. Dit omdat winstallocatie aan de vaste inrichting op zichzelf een zeer uitgebreid onderwerp is, dat veel problematiek met zich meebrengt en waarover uitgebreide discussies bestaan.

### **1.3 Opzet**

In hoofdstuk 2 staat een beschrijving van de buitenlandse vaste inrichting en de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten.

Hoofdstuk 3 begint met een uitgebreide beschrijving van de deelneming voor de deelnemingsvrijstelling. Hierop volgt een uiteenzetting van de belangrijkste elementen van de deelnemingsvrijstelling, die van belang zijn voor de vergelijking met de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten.

In hoofdstuk 4 wordt het toetsingskader uiteengezet. Dit hoofdstuk gaat in op het EU-recht zoals opgenomen in het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU). Daarnaast wordt de toetsing aan de verdragsvrijheden uit het VwEU behandeld, zoals deze wordt uitgevoerd door het Hof van Justitie Europese Unie (HvJ EU).

Hoofdstuk 5 geeft aan de hand van hoofdstuk 2 en hoofdstuk 3 een beschrijving van de belangrijkste verschillen tussen de objectvrijstelling en de deelnemingsvrijstelling. Door deze

beschrijving wordt duidelijk of er sprake is van een verschil in fiscale behandeling van de belastingplichtige met een buitenlandse vaste inrichting ten opzichte van de belastingplichtige met een buitenlandse deelneming. De verschillen worden in de hoofdstuk getoetst aan het Europese recht.

In hoofdstuk 6 wordt het geheel samengebracht tot een conclusie waarbij de probleemstelling wordt beantwoord.

## **Hoofdstuk 2 – De objectvrijstelling voor de vaste inrichting**

### **2.1 Inleiding**

Winsten behaald door een buitenlandse vaste inrichting behoren tot de wereldwinst van het in Nederland gevestigde hoofdhuis. Tot het jaar 2012 werd op grond van bilaterale verdragen of het BvdB 2001 een vrijstelling verleend voor winsten behaald door de vaste inrichting. De regeling voor vrijstelling was opgenomen in art. 31 tot en met art. 35 BvdB 2001. Indien in een jaar verliezen werden gerealiseerd door de buitenlandse vaste inrichting, konden deze in aftrek worden gebracht op de belastbare winsten van het hoofdhuis. Behaalde de vaste inrichting in latere jaren een winst, dan werd op grond van de inhaalregeling<sup>13</sup> voor deze winsten geen vrijstelling verleend tot de het bedrag van de afgetrokken verliezen was ingehaald. Onder de huidige regeling wordt, op grond van het overgangsrecht, de inhaalregeling voortgezet voor verliezen die onder de oude regeling in aftrek zijn gebracht op de winst van het in Nederland gevestigde hoofdhuis.<sup>14</sup>

In de ‘Sinterklaasbrief’<sup>15</sup> van 5 december 2009 kondigde de staatssecretaris van Financiën aan het verrekenen van verliezen van een buitenlandse vaste inrichting met Nederlandse winsten te willen beperken. Een van de redenen voor het beperken van de verrekening van buitenlandse verliezen met Nederlandse winst is dat dit leidt tot een timingvoordeel ten opzichte van de deelneming. Verliezen behaald door een vaste inrichting in een bepaald jaar konden direct in aftrek komen op de Nederlandse winst. Verliezen van een deelneming kunnen niet direct in aftrek komen op de Nederlandse winst. Pas indien sprake is van definitieve verliezen bij een deelneming is het mogelijk om, op grond van art. 13d Wet Vpb 1969, deze definitieve verliezen af te trekken van de Nederlandse winst. Daarnaast is een belangrijke reden voor het invoeren van de objectvrijstelling de mogelijkheid voor belastingplichtige om het inhalen van verliezen voor onbepaalde tijd uit te stellen door het omzetten van een vaste inrichting in een deelneming.<sup>16,17</sup> Tevens wordt door de staatssecretaris genoemd dat door het bijhouden van deze verliezen een administratieve last ontstaat voor de Belastingdienst en voor de bedrijven zelf.<sup>18</sup> Door de beperking van de

---

<sup>13</sup> Art. 35 BvdB 2001 (vervallen).

<sup>14</sup> Art. 33b Wet Vpb 1969.

<sup>15</sup> Brief van het Ministerie van Financiën 5 december 2009, DB/2009/674M, V-N 2009/49.22.

<sup>16</sup> Art. 13c Wet Vpb 1969 (vervallen).

<sup>17</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 2, blz. 14.

<sup>18</sup> Brief van het Ministerie van Financiën 5 december 2009, DB/2009/674M, V-N 2009/49.22.

verrekening van buitenlandse verliezen wil de staatssecretaris komen tot een meer gelijke behandeling van een vaste inrichting en een deelneming.<sup>19</sup>

In de Fiscale Agenda<sup>20</sup> van 14 april 2011 gaf de staatssecretaris van Financiën aan dat de verliesimport bij vaste inrichting zou worden aangepakt. In het Belastingplan 2012<sup>21</sup> is het wetsvoorstel voor de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten opgenomen in artikel X onderdeel R. Per 1 januari 2012 is de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten opgenomen in de Wet Vpb 1969. De objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten is uitgewerkt in de nieuwe afdeling 2.10a in art. 15e tot en met 15j Wet Vpb 1969. Overige artikelen die van belang zijn voor de objectvrijstelling zijn art. 23d Wet Vpb 1969 en het overgangsrecht in art. 33b tot en met 33d Wet Vpb 1969.

In dit hoofdstuk wordt allereerst ingegaan op wat een vaste inrichting is en de hoofdlijnen van de objectvrijstelling. In de daarop volgende paragrafen worden de volgende onderdelen van de objectvrijstelling in detail behandeld: de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten, de laagbelaste beleggingsonderneming en de stakingsverliesregeling. Tevens wordt kort ingegaan op de vaststelling van de buitenlandse winst uit onderneming en de gevolgen die dit met zich meebrengt voor valutaresultaten en de overdracht van vermogensbestanddelen. Tenslotte worden een aantal uitzonderingen voor de beleggingsinstelling behandeld en wordt afgesloten met een conclusie.

## **2.2 De vaste inrichting**

### *2.2.1 Algemeen*

Indien een onderneming in een andere staat dan zijn vestigingsstaat een onderneming of een gedeelte van een onderneming wil drijven, kan dit in de vorm van een vaste inrichting. Een vaste inrichting is een juridisch onzelfstandig onderdeel van de primaire onderneming (het hoofdhuis), welke gevestigd is in een andere staat.<sup>22</sup> Het voornaamste bestaansdoel van de vaste inrichting is de verdeling van heffingsbevoegdheid over de winst van een onderneming tussen verschillende staten.<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> Brief van het Ministerie van Financiën, 5 december 2009, DB/2009/674M, blz. 2.

<sup>20</sup> Kamerstukken II 2010-2011, 32 740, nr. 1.

<sup>21</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 2.

<sup>22</sup> A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, FED Fiscale Studiereserie, Deventer: Kluwer 2009, blz. 31.

<sup>23</sup> OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital (condensed version)*, 22 juli 2010, blz. 92.

Voor het bepalen van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de verschillende staten is, zowel voor de onderneming als voor de overheden van de verschillende staten, de vraag van belang wanneer sprake is van het bestaan van een vaste inrichting. Bepaald moet worden of alleen de staat waarin het hoofdhuis is gevestigd belasting mag heffen over de winsten of dat de andere staat waarin activiteiten worden uitgevoerd een deel van de winst mag belasten. Wanneer sprake is van een vaste inrichting in een staat, is het niet direct duidelijk welk deel van de winst deze staat zal mogen belasten. Bepaald moet worden welk deel van de winst kan worden toegerekend aan de vaste inrichting.<sup>24</sup> Indien sprake is van een vaste inrichting heeft de onderneming zowel in de woonstaat van het hoofdhuis, als in de vestigingsstaat van de vaste inrichting, over het algemeen administratieve verplichtingen.

### *2.2.2 De vaste inrichting in de Nederlandse wetgeving*

Het begrip ‘vaste inrichting’ is op verschillende plaatsen opgenomen in wetten en regelgeving. In verband met de invoering van de objectvrijstelling is met ingang van 1 januari 2012 de definitie van het begrip ‘vaste inrichting’ opgenomen in art. 15f Wet Vpb 1969. Tevens is het begrip ‘vaste inrichting’ in art. 2 BvdB 2001 aangepast. Deze aanpassing had tot doel een betere aansluiting van het begrip ‘vaste inrichting’ met de gebruikte termen en uitgangspunten in de door Nederland gesloten bilaterale verdragen en met de omschrijving van het begrip ‘vaste inrichting’ in art. 5 van het OESO-modelverdrag.<sup>25</sup> De definitie van het begrip ‘vaste inrichting’ komt materieel overeen met de definitie van het begrip ‘vaste inrichting’ in art. 5 OESO-modelverdrag.<sup>26</sup>

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de definitie van het begrip in het OESO-modelverdrag niet beslissend is voor de inhoud die aan het begrip wordt gegeven in de Nederlandse wetgeving.<sup>27</sup> Het commentaar bij het OESO-modelverdrag heeft geen rechtelijke werking. De Hoge Raad oordeelde dat de kern van het begrip ‘vaste inrichting’ in het OESO-modelverdrag en het BvdB 2001 in hoofdlijnen vergelijkbaar was, maar dat de in art. 5, derde lid, OESO-modelverdrag opgenomen uitzonderingen niet van toepassing zijn voor de Nederlandse wetgeving. Echter, in de vernieuwde definitie van het begrip ‘vaste inrichting’ in art. 15f Wet Vpb 1969 en art. 2 BvdB 2001 zijn deze uitzonderingen wel opgenomen. Hierdoor bestaat een betere aansluiting tussen de Nederlandse wet en art. 5 OESO-modelverdrag. In art. 15f Wet

---

<sup>24</sup> Aan de vervolgvraag, welke deel van de winst mag worden belast in de vestigingsstaat van de vaste inrichting, zal in deze scriptie geen aandacht worden besteed.

<sup>25</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 97.

<sup>26</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 97.

<sup>27</sup> HR 3 april 1974, nr. 17 259, BNB 1974/172.

Vpb 1969 en art. 2 BvdB 2001 is niet de tekst van art. 5, tweede en zevende lid, OESO-modelverdrag overgenomen. Art. 5, tweede lid, OESO-modelverdrag bevat enkele voorbeelden van veel voorkomende vormen van een vaste inrichting. Art. 5, zevende lid, OESO-modelverdrag benadrukt dat het hebben van een dochtermaatschappij in een andere staat op zichzelf niet leidt tot het aanwezig zijn van een vaste inrichting. Deze leden zijn niet overgenomen, omdat zij enkel ter verduidelijking dienen. In het Belastingplan 2012 wordt benadrukt dat met de aanpassingen ten opzichte van art. 5 van het OESO-modelverdrag geen inhoudelijke afwijkingen zijn beoogd.<sup>28</sup>

### 2.2.3 De vaste inrichting in het OESO-modelverdrag

In het OESO-commentaar wordt het begrip ‘vaste inrichting’ nader omschreven. In art. 5, eerste lid, OESO-modelverdrag zijn de volgende vereisten te onderscheiden waaraan moet worden voldaan voor het kwalificeren van activiteiten als vaste inrichting:

- ◇ er moet sprake zijn van een “bedrijfsinrichting”;
- ◇ de bedrijfsinrichting moet “vast” zijn; en
- ◇ de werkzaamheden van een onderneming worden geheel of gedeeltelijk uitgeoefend met behulp van de vaste bedrijfsinrichting.<sup>29</sup>

De eerste eis is het aanwezig zijn van een bedrijfsinrichting in de andere staat. Met een bedrijfsinrichting kan een gebouw worden bedoeld. Enkel materiële vaste activa kunnen kwalificeren als bedrijfsinrichting.<sup>30</sup> Het is mogelijk dat voor het aanwezig zijn van een bedrijfsinrichting geen gebouw ter beschikking staat aan de onderneming, omdat dit niet nodig is voor de uitvoering van de werkzaamheden. In dit geval kan toch sprake zijn van een bedrijfsinrichting indien enkel een bepaalde ruimte ter beschikking staat aan de onderneming. In het arrest van de Hoge Raad van 19 juni 1955<sup>31</sup> wordt wel de eis gesteld dat de ruimte voor de onderneming ingericht moet zijn. In dit arrest ging het om een onderneming die verschillende ruimtes huurde voor korte tijd voor het laten aanmeten van kunstogen bij particulieren. De ruimtes waren oogheeskundige klinieken en ruimtes in hotels. Deze ruimtes waren niet speciaal ingericht voor de onderneming en werden niet duurzaam gebruikt ten behoeve van de onderneming. Hierdoor was geen sprake van de aanwezigheid van een vaste

---

<sup>28</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 97.

<sup>29</sup> OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital (condensed version)*, 22 juli 2010, blz. 92.

<sup>30</sup> P.G.H. Albert, *Thema 2. Vaste Inrichting: Begrip*, WFR 1995/1442.

<sup>31</sup> HR 19 juni 1955, nr. 12 369, BNB 1955/277.



inrichting. Voor het aanwezig zijn van een bedrijfsinrichting is geen wettelijk recht nodig, maar kan ook illegaal van een ruimte gebruik worden gemaakt.<sup>32</sup>

Het tweede vereiste stelt dat de bedrijfsinrichting vast is. Dit vereiste is op te delen in twee delen. Ten eerste moet hieronder worden begrepen dat sprake is van verbondenheid van de bedrijfsinrichting aan een bepaald geografisch punt. Uit het arrest van de Hoge Raad van 13 oktober 1954<sup>33</sup> is gebleken dat de bedrijfsinrichting wel verplaatsbaar mag zijn. In dit arrest was sprake van een Duits gezelschap dat in Nederland gedurende vijf à zes maanden op verschillende plaatsen circusvoorstellingen gaf. Ondanks dat het tentencomplex van het Duitse circus verplaatsbaar was, diende het wel als middelpunt van de uitgevoerde werkzaamheden in Nederland.

Ten tweede moet er sprake zijn van enige mate van duurzaamheid waarmee de werkzaamheden worden uitgeoefend. Werkzaamheden die slechts tijdelijk worden uitgeoefend, kwalificeren niet als vaste inrichting. Werkzaamheden waarvan de duur minder dan 6 maanden is, worden over het algemeen niet aangemerkt als duurzaam. Het tijdelijk onderbreken van de werkzaamheden betekent niet dat er geen sprake is van het duurzaam uitoefenen van werkzaamheden, dit kan het geval zijn bij seizoenswerk.<sup>34</sup>

Het laatste vereiste is dat de werkzaamheden van een onderneming geheel of gedeeltelijk met behulp van de vaste bedrijfsinrichting worden uitgeoefend. Dit wil zeggen dat de werkzaamheden van een onderneming, door het personeel van deze onderneming, daadwerkelijk worden uitgeoefend op de plek waar de vaste bedrijfsinrichting is gevestigd.<sup>35</sup>

Geen vereiste voor het kwalificeren als vaste inrichting is het productieve karakter van de activiteiten in de andere staat. Het is niet verplicht dat de vaste inrichting bijdraagt aan de winst van de onderneming.<sup>36</sup>

In art. 5, tweede lid, OESO-modelverdrag worden tevens een aantal specifieke voorbeelden genoemd van bedrijfsinrichtingen. In het tweede lid worden genoemd:

- a) een plek van management;
- b) een filiaal;

---

<sup>32</sup> OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital (condensed version)*, 22 juli 2010, blz. 92-93.

<sup>33</sup> HR 13 oktober 1954, nr. 11 908, BNB 1954/336.

<sup>34</sup> OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital (condensed version)*, 22 juli 2010, blz. 94-95.

<sup>35</sup> OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital (condensed version)*, 22 juli 2010, blz. 92.

<sup>36</sup> OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital (condensed version)*, 22 juli 2010, blz. 92.

- c) een kantoor;
- d) een fabriek;
- e) een werkplaats; en
- f) een mijn, een olie- of gasbron, een steengroeve of andere plek waar natuurlijke rijkdommen worden gewonnen.

Dit is enkel om een aantal veel voorkomende vormen van een vaste inrichting te onderschrijven. Voor het kwalificeren als vaste inrichting moeten deze bedrijfsinrichtingen wel voldoen aan de vereisten genoemd in art. 5, eerste lid, OESO-modelverdrag.<sup>37</sup> Zo oordeelde de Hoge Raad in het arrest van 26 januari 2000<sup>38</sup> dat slechts sprake is van een vaste inrichting bij een plaats van leiding indien wordt voldaan aan de algemene eisen die worden gesteld aan het bestaan van een vaste inrichting in art. 5 van het Verdrag Nederland – Verenigd Koninkrijk.

Enkel indien de duur van de uitvoering van werk in een bouwwerk of van constructie- of installatiewerkzaamheden in een Staat een periode van ten minste twaalf maanden overschrijdt, wordt dit aangemerkt als een vaste inrichting.<sup>39</sup>

In art. 5, vierde lid, OESO-modelverdrag en art. 2, tweede lid, BvdB 2001 zijn een aantal uitzonderingen opgenomen op het vaste inrichtingsbegrip. Het gaat hierbij om werkzaamheden van voorbereidende aard of werkzaamheden die het karakter hebben van hulpwerkzaamheden. Indien deze werkzaamheden echter overeenkomen met de activiteiten van de onderneming van het hoofdhuis, dan kan wel sprake zijn van de aanwezigheid van een vaste inrichting.

#### 2.2.4 OESO-voorstel

Op 12 oktober 2011 heeft de OESO een discussiestuk gepubliceerd omtrent het begrip ‘vaste inrichting’.<sup>40</sup> In dit discussiestuk worden door de OESO verschillende voorstellen gedaan voor de uitbreiding van het OESO-commentaar bij art. 5 OESO-modelverdrag. Dit discussiestuk staat open voor commentaar van het publiek. Iedereen was uitgenodigd zijn commentaar voor 10 februari 2012 op te sturen naar de OESO.

---

<sup>37</sup> OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital (condensed version)*, 22 juli 2010, blz. 98.

<sup>38</sup> HR 26 januari 2000, nr. 33 434, BNB 2000/159 (concl. A-G van Kalmthout).

<sup>39</sup> Art. 2, eerste lid, BvdB 2001 en art. 5, derde lid, OESO-modelverdrag.

<sup>40</sup> OECD, *Interpretation and application of Article 5 (Permanent Establishment) of the OECD Model Tax Convention*, 12 oktober 2011.

In het discussiestuk komen verschillende voorgenoemen wijzigingen aan bod. Veel wijzigingen zien op zeer specifieke situaties en het uitwerken van verschillende voorbeelden. Interessant is het voorstel omtrent de duurzaamheid van de vaste inrichting, met name de vraag welke tijdsduur hierbij aangehouden kan worden. Het bedrijfsleven wilde de globale grens van 6 maanden vervangen door een harde grens van twaalf maanden. Op deze manier zou meer duidelijkheid ontstaan over de vraag of er sprake is van de aanwezigheid van een vaste inrichting.<sup>41</sup> Echter, de OESO ziet af van het stellen van een harde grens.

### **2.3 Hoofdpijnen van de objectvrijstelling**

Voor 1 januari 2012 konden verliezen van de vaste inrichting worden verrekend met Nederlandse winsten. Dit leidde tot een ‘onevenwichtigheid’ tussen de fiscale behandeling van de vaste inrichting en de behandeling van de deelneming. Door de invoering van de objectvrijstelling ontstaat er een meer territoriale benadering van de fiscale behandeling van de vaste inrichting. Een territoriale benadering wil zeggen dat zowel de buitenlandse winsten als de verliezen buiten de Nederlandse grondslag vallen. Hierdoor wordt de fiscale behandeling van de vaste inrichting meer gelijkgetrokken met die van de deelneming.<sup>42</sup>

De regeling van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten is opgenomen in afdeling 2.10a Wet Vpb 1969. Gekozen is voor het noemen van buitenlandse ondernemingswinsten, omdat het gaat om een breder gebied dan enkel winsten uit een vaste inrichting, bijvoorbeeld ook winsten uit onroerende zaken. De regeling kan worden onderverdeeld in drie onderdelen, namelijk:

- ◇ Objectvrijstelling voor (actieve) buitenlandse ondernemingswinsten;
- ◇ De laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming; en
- ◇ De regeling voor definitief geleden verliezen (stakingsverlies).

De objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten is opgedeeld in twee delen. Het eerste deel, opgenomen in art. 15e, tweede lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969, heeft betrekking op winst uit een staat waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belastingheffing heeft gesloten. Het tweede deel, opgenomen in art. 15e, tweede lid, onderdeel b, Wet Vpb 1969, heeft betrekking op buitenlandse ondernemingswinsten uit staten waarmee

---

<sup>41</sup> OECD, *Interpretation and application of Article 5 (Permanent Establishment) of the OECD Model Tax Convention*, 12 oktober 2011, blz. 15.

<sup>42</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 14.

Nederland geen verdrag heeft gesloten. Welke inkomenscategorieën onder de objectvrijstelling vallen, verschilt tussen de wel- en niet-verdragslanden.

Art. 15f Wet Vpb 1969 geeft de definitie van de vaste inrichting. Deze definitie is van belang voor buitenlandse ondernemingswinsten uit landen waarmee Nederland geen verdrag heeft. Dit omdat het hierbij niet mogelijk is om de definitie uit een verdrag te volgen.

Net als voor de deelneming bestaat er voor de vaste inrichting een uitzondering voor toepassing van de objectvrijstelling indien sprake is van laagbelaste passieve inkomsten uit een andere staat. De objectvrijstelling is niet van toepassing op buitenlandse ondernemingswinsten uit een 'laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming'. De laagbelaste beleggingsonderneming wordt omschreven in art. 15g Wet Vpb 1969. Een laagbelaste beleggingsonderneming is een onderneming die passieve werkzaamheden heeft en die niet onderworpen is aan een naar Nederlandse begrippen reële heffing. Voor de laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming wordt op grond van art. 15h Wet Vpb 1969 een verrekening ter voorkoming van dubbele belasting gegeven.<sup>43</sup> Echter, indien Nederland op grond van een verdrag vrijstelling dient te verlenen voor bepaalde inkomsten, dan zal alsnog de objectvrijstelling van toepassing zijn op deze inkomsten.<sup>44</sup>

In de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten is een regeling opgenomen voor het in aftrek kunnen brengen van definitief geleden verliezen uit de buitenlandse onderneming. Indien de activiteiten in het buitenland worden gestaakt of verkocht en het saldo van de positieve en negatieve buitenlandse winsten uit onderneming is negatief, dan is sprake van een stakingsverlies. Een stakingsverlies kan onder voorwaarden in aftrek worden gebracht op het Nederlandse resultaat. De regeling voor het in aftrek kunnen brengen van een stakingsverlies op het Nederlandse resultaat is opgenomen in art. 15j Wet Vpb 1969.

In de art. 33b tot en met 33d Wet Vpb 1969 is het overgangsrecht opgenomen.<sup>45</sup> In de situaties dat een vaste inrichting op grond van de oude regeling uit het BvdB 2001 nog in te halen verliezen heeft staan van voor 2012, is de objectvrijstelling niet van toepassing op positieve winsten uit buitenlandse onderneming tot een bedrag gelijk aan dat van de nog in te halen negatieve buitenlandse winst.<sup>46</sup> Art. 33c en 33d Wet Vpb 1969 regelen de

---

<sup>43</sup> De verrekening van dubbele belasting vindt plaats volgens de methode omschreven in art. 23d Wet Vpb 1969.

<sup>44</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 96.

<sup>45</sup> In deze scriptie wordt verder geen aandacht besteed aan het overgangsrecht.

<sup>46</sup> Art. 33b Wet Vpb 1969.

overgangssituaties die betrekking hebben op de laagbelaste beleggingsonderneming respectievelijk het stakingsverlies.

## 2.4 Objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten

### 2.4.1 Algemeen

Op grond van art. 15e, eerste lid, Wet Vpb 1969 wordt de winst van de belastingplichtige verminderd met zowel de negatieve als positieve winsten uit een andere staat; de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten. Bij het bepalen van de (belastbare) winst van de belastingplichtige wordt uitgegaan van de wereldwinst verminderd met de winst uit een andere staat. De winst uit een andere staat wordt naar Nederlandse fiscale maatstaven bepaald.<sup>47</sup>

Wilde en Wisman<sup>48</sup> en Pötgens en Bellingwout<sup>49</sup> zijn van mening dat niet gesproken kan worden van een daadwerkelijke objectvrijstelling. Onder een daadwerkelijke objectvrijstelling worden buitenlandse ondernemingswinsten uitgesloten uit de heffingsgrondslag. De winst uit de andere staat behoort onder de huidige regeling wel tot de Nederlandse heffingsgrondslag, dus in eerste instantie wordt nog steeds uitgegaan van de wereldwinst. De heffingsgrondslag, de wereldwinst, wordt vervolgens gecorrigeerd voor de buitenlandse ondernemingswinsten. De wijze waarop de winsten en verliezen van de vaste inrichting worden vastgesteld is niet veranderd ten opzichte van de oude methode van vrijstelling uit het BvdB 2001, waarbij een aftrek- en bijdragewinst werd berekend. Wel is de wijze waarop rekening wordt gehouden met de buitenlandse winsten en verliezen gewijzigd.<sup>50, 51</sup>

Voor de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten geldt dat de ondernemingswinsten per staat worden gesaldeerd (de 'per country'-methode). Dit is met name relevant voor de stakingsverliesregeling uit art. 15i Wet Vpb 1969. Wordt in de ene staat een positieve winst behaald en in een andere staat een stakingsverlies, dan hoeven deze bedragen niet te worden gesaldeerd en kan het stakingsverlies in aftrek worden gebracht op het Nederlandse resultaat.<sup>52</sup>

---

<sup>47</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 93.

<sup>48</sup> M.F. de Wilde en C. Wisman, *Over de 'objectvrijstelling' en de klok van interne markt*, FED 2012/41.

<sup>49</sup> F.P.G. Pötgens en J.W. Bellingwout, *Objectvrijstelling voor vaste inrichtingen: Much Ado About Nothing?*, WFR 2012/654.

<sup>50</sup> Kamerstukken 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 93.

<sup>51</sup> In paragraaf 2.5 wordt hier nader op ingegaan.

<sup>52</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 93.

De objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten is opgesplitst in twee categorieën, namelijk een objectvrijstelling voor ondernemingswinsten uit landen waarmee Nederland een verdrag heeft dat daadwerkelijk van kracht is en landen waarmee Nederland geen verdrag heeft (dat daadwerkelijk van kracht is). Art. 15e, tweede lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969 heeft betrekking op buitenlandse ondernemingswinsten uit landen waarmee Nederland een verdrag heeft afgesloten dat daadwerkelijk van kracht is. Art. 15e, tweede lid, onderdeel b, Wet Vpb 1969 ziet op de buitenlandse ondernemingswinsten uit landen waarmee Nederland geen verdrag heeft (dat daadwerkelijk van kracht is).

#### *2.4.2 Buitenlandse ondernemingswinsten uit verdragslanden*

In art. 15e, tweede lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969 is opgenomen wat wordt verstaan onder de winst uit een andere staat waarmee Nederland een verdrag heeft dat van kracht is. Het moet gaan om een verdrag dat daadwerkelijk van kracht is en voorziet in een regeling voor de verdeling van de heffing over bestanddelen van de winst van de belastingplichtige. Pijl<sup>53</sup> heeft opgemerkt dat het gebruik van de term ‘van kracht’ echter niet juist is. Het moet gaan om het ‘van toepassing’ zijn van een verdrag. Het is mogelijk dat een verdrag pas later van toepassing wordt dan het ‘van kracht’ is geworden. Dit speelt in de situatie waarbij een verdrag inwerking gaat treden. Vanaf het moment van inwerkingtreding is het verdrag van kracht, dit kan zijn gedurende een kalenderjaar. Het daadwerkelijk van toepassing worden van een verdrag vindt over het algemeen plaats op 1 januari van het kalenderjaar na het kalenderjaar waarin de inwerkingtreding van het verdrag plaatsvond. De staatsecretaris heeft aangegeven dat het in art. 15e, tweede lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969 gaat om een verdrag dat van toepassing is. Dit volgt tevens uit de slotzin van de wettekst, waarin wordt aangegeven dat art. 15e, tweede lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969 enkel van toepassing is ingeval Nederland op basis van het verdrag een vrijstelling dient te verlenen. Is het verdrag wel ‘van kracht’ maar niet ‘van toepassing’, dan hoeft Nederland op grond van het verdrag geen vrijstelling te verlenen.<sup>54</sup>

Is sprake van een verdrag dat daadwerkelijk van toepassing is, dan wordt onder de buitenlandse ondernemingswinst verstaan:

---

<sup>53</sup> H. Pijl, *Enkele kanttekeningen bij de objectvrijstelling in het Belastingplan 2012*, NTFR 2011-2223.

<sup>54</sup> Kamerstukken I 2011-2012, 33 003, D, blz. 13.

- ◇ de in die staat behaalde winst uit buitenlandse onderneming, zijnde een onderneming die, of een gedeelte van een onderneming dat, wordt gedreven met behulp van een vaste inrichting binnen het gebied van die staat;
- ◇ de in de winst begrepen opbrengsten, verminderd met de daarmee verband houdende kosten, uit de in die staat gelegen onroerende zaken, en
- ◇ de in de winst begrepen overige voordelen, verminderd met de daarmee verband houdende kosten, uit die staat die op grond van het verdrag, onderscheidenlijk de regeling, ter heffing aan die staat zijn toegewezen.<sup>55</sup>

De objectvrijstelling is enkel van toepassing indien Nederland, op grond het verdrag met de andere staat, een vrijstelling ter voorkoming van dubbele belasting moet verlenen voor de winsten behaald in die andere staat.<sup>56</sup> In de MvT bij het Belastingplan 2012 wordt aangegeven dat de objectvrijstelling enkel van toepassing is indien Nederland op grond van het verdrag “voorkoming van dubbele belasting dient te verlenen volgens de vrijstellingsmethode”<sup>57</sup>. Mijns inziens leidt dit tot onduidelijkheid. Wat precies met ‘de vrijstellingsmethode’ wordt bedoeld, wordt niet aangegeven. Hiermee kan bedoeld worden de ‘exemption method’<sup>58</sup> uit het OESO-modelverdrag. In veel verdragen, bijvoorbeeld het verdrag tussen Nederland en België, wordt voor de wijze van voorkoming van dubbele belastingheffing verwezen naar de Nederlandse wetgeving. In een dergelijke situatie wordt volgens het MvT bij het Belastingplan 2012 in de objectvrijstelling verwezen naar de vrijstellingsmethode uit het verdrag en het verdrag verwijst voor de vrijstellingsmethode naar Nederlandse wetgeving. Een verduidelijking van deze situatie is mijns inziens wenselijk.

De koppeling van de objectvrijstelling aan het van toepassing zijnde belastingverdrag heeft tot gevolg dat voor de verschillende inkomenscategorieën per land een verschil in behandeling ontstaat. Dit omdat voor de invulling van de relevante begrippen wordt aangesloten bij het van toepassing zijnde belastingverdrag, waarbij het mogelijk is dat de invulling van de relevante begrippen per verdrag verschilt.<sup>59</sup> Zo ook voor de definitie van het begrip ‘vaste inrichting’. Dit kan leiden tot verschillen in de fiscale behandeling van buitenlandse ondernemingswinsten uit verschillende staten, aangezien in verdragen de invulling van het begrip ‘vaste inrichting’ kan verschillen. Echter, over het algemeen wordt voor verdragen ter

<sup>55</sup> Art. 15e, tweede lid, onderdeel a, sub 1 tot en met 3, Wet Vpb 1969.

<sup>56</sup> Art. 15e, tweede lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969.

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

<sup>58</sup> Art. 23A OESO-modelverdrag.

<sup>59</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 94.

voorkoming van dubbele heffing, die Nederland heeft afgesloten met andere staten, aansluiting gezocht bij het OESO-modelverdrag. Hierdoor kan in veel gevallen aansluiting worden gezocht bij de definitie van het begrip ‘vaste inrichting’ uit art. 5 van het OESO-modelverdrag en de nadere invulling hiervan in het OESO-commentaar.

#### *2.4.3 Buitenlandse ondernemingswinsten uit niet-verdragslanden*

Heeft Nederland geen verdrag met de staat waaruit een belastingplichtige ondernemingswinsten heeft behaald, dan wordt de toepassing van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten bepaald op grond van art. 15e, tweede lid, onderdeel b, Wet Vpb 1969. Is er wel een verdrag van kracht, maar ziet deze niet op de verdeling van de heffing over de winst van belastingplichtige, dan is voor de regeling ook geen sprake van een verdragsland.<sup>60</sup> Is er geen sprake van een verdragsland, dan wordt onder de buitenlandse ondernemingswinst verstaan:

- ◇ de in die staat behaalde winst uit buitenlandse onderneming, zijde een onderneming die, of een gedeelte van een onderneming dat, wordt gedreven met behulp van een vaste inrichting als bedoeld in art. 15f Wet Vpb 1969 binnen het gebied van die staat;
- ◇ de in de winst begrepen opbrengsten, verminderd met de daarmee verband houdende kosten, uit binnen het gebied van de andere staat gelegen onroerende zaken, daaronder begrepen rechten die direct of indirect betrekking hebben op dergelijke onroerende zaken, en
- ◇ de in de winst begrepen opbrengsten, verminderd met de daarmee verband houdende kosten, uit rechten op aandelen in de winst van een onderneming waarvan de leiding in de andere staat is gevestigd voor zover deze rechten niet opkomen uit effecten bezit.<sup>61</sup>

Voor buitenlandse ondernemingswinsten van actieve buitenlandse ondernemingen is het niet meer van belang of zij zijn onderworpen aan een belastingheffing naar de winst.<sup>62</sup> Hierop is echter een uitzondering opgenomen in art. 15e, vijfde lid, Wet Vpb 1969 voor de exploitatie van schepen of luchtvaartuigen in het internationale verkeer.

Bij de bepaling van de definitie van relevante begrippen kan bij de niet-verdragslanden niet worden teruggegrepen op een verdrag. Een aantal begrippen worden nader toegelicht in de wet. Voor de definitie van het begrip ‘vaste inrichting’ wordt verwezen naar art. 15f Wet Vpb

---

<sup>60</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 94.

<sup>61</sup> Art. 15e, tweede lid, onderdeel b, Wet Vpb 1969.

<sup>62</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 95.



1969. De staatssecretaris heeft aangegeven dat de definitie van het begrip ‘vaste inrichting’ uit art. 15f Wet Vpb 1969 materieel overeenkomt met de definitie van het begrip in art. 5 van het OESO-modelverdrag.<sup>63</sup>

Daarnaast worden voor de niet-verdragslanden de buitenlandse ondernemingswinsten op grond van art. 15e, derde lid, Wet Vpb 1969 verder uitgebreid met werkzaamheden die gedurende een aaneengesloten periode van tenminste 30 dagen in, op of boven het winningsgebied van een andere staat worden verricht.

## **2.5 Vaststelling van de buitenlandse winsten<sup>64</sup>**

Voor de vaststelling van de resultaten van de buitenlandse vaste inrichting wordt zoveel mogelijk aangesloten bij de oude systematiek van vrijstelling die tot 31 december 2011 was opgenomen in het BvdB 2001.<sup>65</sup> Hierbij werd uitgegaan van de wereldwinst van de belastingplichtige en werd vervolgens een vrijstelling gegeven voor de winst uit buitenlandse onderneming. De in de wereldwinst meegenomen winst van de vaste inrichting is de bijdragewinst. De vrijstelling voor de winst uit buitenlandse onderneming is de aftrekwinst.

Voor de winsttoerekening aan een vaste inrichting wordt voor verdragslanden aangesloten bij het belastingverdrag dat van toepassing is. Voor de winsttoerekening aan een vaste inrichting uit een niet-verdragsland is in art. 15e, zesde lid, Wet Vpb 1969 een zelfstandigheidfictie opgenomen. Deze zelfstandigheidfictie is gebaseerd op de meest recente tekst van art. 7, tweede lid, OESO-modelverdrag. Door de staatsecretaris wordt tevens verwezen naar zijn besluit van 15 januari 2011<sup>66</sup> (winstallocatie aan vaste inrichtingen).<sup>67</sup>

Door het uitgaan van de oude systematiek, met aftrek- en bijdragewinst, verandert de vaststelling van de buitenlandse winsten niet, enkel de wijze waarop hier rekening mee wordt gehouden.<sup>68</sup> Dit heeft tot gevolg dat valutakoersresultaten die niet tot uitdrukking komen bij de vaste inrichting behoren tot de Nederlandse heffingsgrondslag. Daarnaast hoeft niet direct te worden afgerekend over stille reserves bij duurzame overdracht van

---

<sup>63</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 97.

<sup>64</sup> In deze scriptie wordt niet ingegaan op de winstallocatie aan vaste inrichtingen. In paragraaf 2.5 worden enkel twee belangrijke gevolgen behandeld van de wijze waarop de resultaten van de buitenlandse vaste inrichting worden vastgesteld.

<sup>65</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 93.

<sup>66</sup> Besluit van 15 januari 2011, nr. IFZ2010/457M, V-N 2011/9.12.

<sup>67</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 96.

<sup>68</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 93.

vermogensbestanddelen met stille reserves van het hoofdhuis naar een buitenlandse vaste inrichting. Dit wordt hierna nader toegelicht.

### 2.5.1 Valutaresultaten

Door het voorzetten van de oude methode van vaststellen van winsten en verliezen van de vaste inrichting, wordt aangenomen dat tevens de jurisprudentie ten aanzien van de oude methode van toepassing blijft.<sup>69</sup> Dit zou betekenen dat de Ruppiah-arresten<sup>70</sup> van de Hoge Raad nog steeds van toepassing zijn. In deze arresten is besloten dat de aftrekwinst van de buitenlandse onderneming moet worden berekend in de valuta van de bronstaat (situsmunt). De bijdragewinst wordt berekend door het verschil in eind- en beginvermogen waarin valutaresultaten wel tot uitdrukking komen. Op grond van goed koopmansgebruik worden vlottende activa tegen actuele koers gewaardeerd en vaste activa kunnen worden gewaardeerd tegen historische koers.<sup>71</sup> Hierdoor worden de valutaresultaten op vlottende activa direct in de heffing betrokken en valutaresultaten op vaste activa pas bij realisatie.

Door het in stand houden van de oude systematiek, die ook wel wordt aangeduid als de Ruppiah-leer<sup>72</sup>, blijft tevens de kritiek uit de literatuur bestaan. Onder de Ruppiah-leer wordt er vanuit gegaan dat in de bronstaat voor vaststelling van de winst dezelfde regels worden toegepast, waardoor valutaresultaten niet tot uitdrukking komen in de bronstaat. Echter, indien de winst van de vaste inrichting in de bronstaat in euro's wordt berekend, dan wordt een valutawinst ook in de bronstaat in de heffing betrokken, waardoor dubbele heffing over deze valutawinst ontstaat.

Daarnaast kan de toepassing van deze systematiek bij een belastingplichtige leiden tot heffing van vennootschapsbelasting over 'fantominkomen'.<sup>73</sup> Dit kan voorkomen wanneer een valutaresultaat wel tot uitdrukking komt in de winst van de vaste inrichting, in de aftrekwinst, maar niet tot uitdrukking komt in de winst van de generale onderneming, in de bijdragewinst. Een voorbeeld situatie is dat de generale onderneming een lening aantrekt die wordt

---

<sup>69</sup> Zie bijvoorbeeld de redactie van Vakstudie Nieuws (V-N 2011/65.5) en F.P.G. Pötgens en J.W. Bellingwout, *Objectvrijstelling voor vaste inrichting: Much Ado About Nothing?*, WFR 2012/654.

<sup>70</sup> HR 4 mei 1960, (nr. 14 104, 14 105, 14 218, 13 892, 14 203, 14 207 en 14 172) BNB 1960/161 t/m 167.

<sup>71</sup> HR 27 juni 1990, nr. 26 050, BNB 1990/252.

<sup>72</sup> F.P.G. Pötgens en J.W. Bellingwout, *Objectvrijstelling voor vaste inrichting: Much Ado About Nothing?*, WFR 2012/654, en T. Bender, *Vrijstelling ter voorkoming van dubbele belasting*, Deventer: Kluwer 2000, blz 365.

<sup>73</sup> Kamerstukken I 2011-2012, 33 003, nr. E, blz. 3.

toegerekend aan de vaste inrichting.<sup>74</sup> In dit geval luidt de lening in euro's, maar de situsmunt van de vaste inrichting niet. Bij aflossing van de lening kan door de vaste inrichting een valutaverlies worden geleden, waardoor een verlies ontstaat bij de vaste inrichting. Vervolgens komt bij de belastingplichtige in de bijdragewinst dit verlies niet tot uitdrukking. In deze situatie wordt door toepassing van de objectvrijstelling een bedrag ter grootte van het verlies van de vaste inrichting, de negatieve aftrekwinst, bij de winst van de belastingplichtige opgeteld, terwijl dit verlies niet voorkomt in de bijdragewinst.

### 2.5.2 Duurzame overdracht van vermogensbestanddelen

Bij de overdracht van een vermogensbestanddeel van het hoofdhuis van een belastingplichtig lichaam naar haar vaste inrichting is geen sprake van een realisatiemoment. De vaste inrichting maakt onderdeel uit van het hoofdhuis en is geen afzonderlijke belastingplichtige, waardoor de overdracht van een vermogensbestanddeel niet zichtbaar is en niet leidt tot een bijdrage aan de winst van de belastingplichtige.<sup>75</sup> Bij het duurzaam overdragen van een vermogensbestanddeel naar de vaste inrichting wordt het vermogensbestanddeel op de vaste inrichtingsbalans opgenomen voor de waarde in het economisch verkeer (WEV). Bij verkoop door de vaste inrichting aan een derde of bij het afschrijven op het vermogensbestanddeel kan een verschil ontstaan tussen de aftrek- en bijdragewinst. Dit verschil wordt veroorzaakt doordat voor het bepalen van de bijdragewinst de waarde van het vermogensbestanddeel gelijk is aan de oorspronkelijke boekwaarde en voor het bepalen van de aftrekwinst wordt uitgegaan van de hogere WEV ten tijde van overdracht naar de vaste inrichting. Door het verschil in aftrek- en bijdragewinst, dat ontstaat bij verkoop of bij verschillen in afschrijving, vindt belastingheffing plaats over de eventueel aanwezige stille reserves.

Bij de overdracht van vermogensbestanddelen van het hoofdhuis naar de vaste inrichting kan het onder omstandigheden voorkomen dat de belastingplichtige wordt belast over nog niet gerealiseerde winst.

Stel belastingplichtige BV X draagt een machine over aan zijn buitenlandse vaste inrichting Z.<sup>76</sup> De WEV van de machine op het moment van overdracht is 100 euro. Bij BV X is de boekwaarde van de machine nihil. Bij Z wordt de machine in vijf jaar afgeschreven tot nihil.

---

<sup>74</sup> Voorbeeld ontleend aan F.P.G. Pötgens en J.W. Bellingwout, *Objectvrijstelling voor vaste inrichting: Much Ado About Nothing?*, WFR 2012/654.

<sup>75</sup> H. Lohuis, *Verschillen en overeenkomsten winstbepaling vaste inrichting en dochtermaatschappij*, TFO 2011/138.

<sup>76</sup> Voorbeeld ontleend aan H. Lohuis, *Verschillen en overeenkomsten winstbepaling vaste inrichting en dochtermaatschappij*, TFO 2011/138.

In een jaar na overdracht van de machine heeft Z een verlies van 100 euro voor afschrijvingen. De bijdragewinst is 100 euro negatief.<sup>77</sup> De aftrekwinst bedraagt 120 euro negatief. Dit omdat in de aftrekwinst de afschrijving op de machine wel wordt meegenomen. Voor de toepassing van de objectvrijstelling wordt de aftrekwinst afgetrokken van de winst van de belastingplichtige. In deze situatie is de aftrekwinst negatief, dit leidt tot een bijtelling van het bedrag bij de winst van de belastingplichtige. Per saldo leidt dit tot een belastbare winst bij de belastingplichtige van 20 euro.

*Cijfermatige uitwerking:*

Winst belastingplichtige	0
<u>Bijdragewinst</u>	<u>-/-100</u> +
Totale winst belastingplichtige	-/-100
<u>Aftrekwinst</u>	<u>-/-120</u> -
Belastbaar bedrag belastingplichtige	20

## **2.6 Laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming**

### *2.6.1 Algemeen*

Op grond van art. 15e, zevende lid, Wet Vpb 1969 is de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten niet van toepassing voor laagbelaste buitenlandse beleggingsondernemingen. Wat wordt verstaan onder een laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming is opgenomen in art. 15g Wet Vpb 1969. De regeling van de laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming is niet van toepassing indien Nederland op grond van een verdrag ter voorkoming van dubbele belastingheffing een vrijstelling moet verlenen voor de winst van een dergelijke laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming. In oudere Nederlandse belastingverdragen is mogelijk geen regeling opgenomen voor “passieve” buitenlandse ondernemingswinsten. In een dergelijk geval is de objectvrijstelling wel van toepassing voor de laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming.<sup>78</sup>

Pijl<sup>79</sup> geeft aan dat in de regeling voor de laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming zich een cirkelredenering bevindt. De objectvrijstelling is enkel van toepassing indien aan de voorwaarde uit art. 15e, zevende lid, Wet Vpb 1969 is voldaan. Of aan art. 15e, zevende lid,

<sup>77</sup> In de bijdragewinst wordt niet meer afgeschreven, omdat uit wordt gegaan van de oorspronkelijke boekwaarde. De oorspronkelijke boekwaarde is nihil, dus wordt niet meer afgeschreven.

<sup>78</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 96.

<sup>79</sup> H. Pijl, *Enkele kanttekeningen bij de objectvrijstelling in het Belastingplan 2012*, NTFR 2011-2223 en H. Pijl, *De feestdagen en de objectvrijstelling*, NTFR 2011-2710.

Wet Vpb 1969 is voldaan, is afhankelijk van het verdrag. De modernere belastingverdragen verwijzen in de voorkomingsbepaling weer naar de Nederlandse wetgeving, waarmee in de huidige situatie art. 15h, eerste lid, Wet Vpb 1969 wordt bedoeld.<sup>80</sup> Deze regeling is echter niet van toepassing als niet aan art. 15e, zevende lid, Wet Vpb 1969 is voldaan.<sup>81</sup> Door deze cirkelredenering kan niet worden toegekomen aan de regeling voor de laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming. De staatssecretaris heeft aangegeven dat in de regeling een zekere cirkelredenering kan worden onderkend. Echter, acht hij de bedoeling van de regeling volstrekt duidelijk.<sup>82</sup>

De regeling van de laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming is vergelijkbaar met de regeling voor de laagbelaste beleggingsdeelneming uit de deelnemingsvrijstelling. Op een aantal punten wijken de regelingen van elkaar af.<sup>83</sup> Tevens is de regeling voor de laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming minder gedetailleerd. De oorzaak hiervan is dat het moeilijker is voor een belastingplichtige om passieve inkomsten te verplaatsen naar een andere staat door middel van een vaste inrichting. Daarnaast is de belastingplichtige niet vrij in het toerekenen van bezittingen, kapitaal en winst aan een vaste inrichting.<sup>84</sup>

Op grond van art. 15g, eerste lid, Wet Vpb 1969 is sprake van een laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming indien:

- ◇ de werkzaamheden van de buitenlandse onderneming grotendeels bestaan uit beleggen of het direct of indirect financieren van de belastingplichtige of met belastingplichtige verbonden lichamen, dan wel het ter beschikking stellen van bedrijfsmiddelen aan belastingplichtige of een met belastingplichtige verbonden lichaam, en
- ◇ de winst van de buitenlandse onderneming niet onderworpen is aan een naar Nederlandse begrippen reële heffing.

### 2.6.2 Werkzaamhedentoets

De werkzaamhedentoets voor de buitenlandse onderneming is opgenomen in art. 15g, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969. Bestaan de werkzaamheden van een buitenlandse

---

<sup>80</sup> H. Pijl, *De feestdagen en de objectvrijstelling*, NTFR 2011-2710.

<sup>81</sup> Voor een uitgebreide technische uitleg van de cirkelredenering verwijs ik naar H. Pijl, *De feestdagen en de objectvrijstelling*, NTFR 2011-2710.

<sup>82</sup> Kamerstukken I 2011-2012, 33 003, nr. F, blz. 5.

<sup>83</sup> In hoofdstuk 5 wordt nader ingegaan op het onderscheid tussen de regeling voor de laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming en de regeling voor de laagbelaste beleggingsdeelneming.

<sup>84</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 97.

onderneming grotendeels, dit wil zeggen voor meer dan 50%, uit beleggen of direct of indirect financieren van de belastingplichtige of met de belastingplichtige verbonden lichamen, dan wel het ter beschikking stellen van bedrijfsmiddelen aan de belastingplichtige of met de belastingplichtige verbonden lichamen, dan is sprake van een passieve buitenlandse onderneming.

Bij het bepalen of sprake is van passieve werkzaamheden wordt niet enkel gekeken naar de werkzaamheden van de buitenlandse onderneming zelf, maar worden tevens de werkzaamheden van lichamen waarvan een belang van 5% of meer aan de buitenlandse onderneming is toe te rekenen, beoordeeld. Dit worden de middellijke werkzaamheden van de buitenlandse onderneming genoemd. De middellijke werkzaamheden van de buitenlandse onderneming worden pro rata meegenomen in de werkzaamhedentoets.<sup>85</sup>

Op grond van art. 15g, tweede lid, Wet Vpb gelden een aantal uitzonderingen voor de werkzaamhedentoets. De eerste uitzondering ziet op werkzaamheden die bij ministeriële regeling te stellen regels kunnen worden aangemerkt als actieve financierings- en terbeschikkingstellingswerkzaamheden.<sup>86</sup> Op grond van art. 2a, vijfde lid, en art. 2b, vijfde lid, Uitvoeringsbeschikking Vpb 1971 wordt voor het bepalen of sprake is van actieve financierings- en terbeschikkingstellingswerkzaamheden aangesloten bij art. 2a, eerste tot en met vierde lid, en 2b, eerste tot en met vierde lid, Uitvoeringsbeschikking Vpb 1971. De tweede uitzondering heeft betrekking op het houden van onroerende zaken of rechten op onroerende zaken.<sup>87</sup> Het houden van onroerende zaken kan onder omstandigheden worden gezien als beleggen. Indien de werkzaamheden van een buitenlandse onderneming grotendeels bestaan uit het houden van onroerende zaken die worden gezien als belegging, dan wordt niettemin voldaan aan de werkzaamhedentoets van art. 15g, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969. De reden hiervoor is dat over het algemeen het heffingsrecht over inkomsten uit onroerende zaken is toebedeeld aan de bronstaat en dat onroerende zaken niet mobiel zijn. Hierdoor wordt geen reden gezien om voor de inkomsten uit het houden van onroerende zaken door een buitenlandse onderneming geen objectvrijstelling te verlenen.<sup>88</sup>

De uitzondering voor werkzaamheden die bestaan uit het houden van onroerende zaken ziet enkel op het houden van onroerende zaken door een buitenlandse onderneming gedreven met

---

<sup>85</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 98.

<sup>86</sup> Art. 15g, tweede lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969.

<sup>87</sup> Art. 15g, tweede lid, onderdeel b, Wet Vpb 1969.

<sup>88</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 99.

behulp van een vaste inrichting.<sup>89</sup> Enkel het aanwezig zijn van een onroerende zaak in een andere staat is niet voldoende om deze onroerende zaken te kwalificeren als vaste inrichting. Dit omdat niet wordt voldaan aan de eis dat de werkzaamheden van een onderneming geheel of gedeeltelijk doormiddel van een bedrijfsinrichting in een andere staat worden uitgeoefend. Wil een onroerende zaak gekwalificeerd kunnen worden als (onderdeel van een) vaste inrichting, dan moeten in de andere staat werkzaamheden, met betrekking tot de onroerende zaak, van een onderneming geheel of gedeeltelijk worden uitgeoefend met behulp van een bedrijfsinrichting in de andere staat, door personeel van de onderneming. Inkomsten uit door een belastingplichtige gehouden onroerende zaken in het buitenland, die niet behoren tot het vermogen van een vaste inrichting, worden vrijgesteld door de objectvrijstelling op grond van art. 15e, tweede lid, onderdeel a, sub 2 en art. 15e, tweede lid, onderdeel b, sub 2, Wet Vpb 1969. Kortom onroerende zaken die behoren tot het vermogen van een laagbelaste beleggingsonderneming worden aangemerkt als goede werkzaamheden en onroerende zaken die niet behoren tot een vaste inrichting of laagbelaste beleggingsonderneming worden vrijgesteld.

### *2.6.3 Onderworpenheidstoets*

De onderworpenheidstoets is opgenomen in art. 15g, eerste lid, onderdeel b, Wet Vpb 1969. Indien sprake is van passieve werkzaamheden bij de buitenlandse onderneming, dan moet worden getoetst of de winst uit de buitenlandse onderneming onderworpen is aan een belasting naar de winst die resulteert in een naar Nederlandse begrippen reële heffing. Voor het antwoord op de vraag wanneer sprake is van een naar Nederlandse begrippen reële heffing wordt aansluiting gezocht bij de reële heffingstoets voor de laagbelaste beleggingsdeelneming uit art. 13, elfde lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969.<sup>90</sup>

Voor de reële heffingstoets, zoals deze geldt sinds 1 januari 2010, moet worden gekeken naar drie onderdelen van het belastingregime waaraan de dochtervennootschap is onderworpen; het belastingtarief, de belastinggrondslag en andere (uitvoerings)aspecten die de uiteindelijke heffing bepalen. Aan de hand van deze onderdelen moet worden bepaald of met name de

---

<sup>89</sup> De regeling voor de laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming spreekt in art. 15g, eerste lid, Wet Vpb 1969 over wanneer een buitenlandse onderneming wordt aangemerkt als een laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming. Art. 15g heeft dus enkel betrekking op de werkzaamheden van de buitenlandse onderneming die wordt gedreven met behulp van een vaste inrichting (art. 15e, tweede lid, onderdeel a, sub 1, Wet Vpb 1969). Art. 15g, tweede lid, Wet Vpb 1969 geeft aan dat bepaalde werkzaamheden zijn uitgezonderd voor toepassing van het eerste lid, onderdeel a.

<sup>90</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 99.

passieve inkomsten adequaat in de winstbelastingheffing worden betrokken.<sup>91</sup> Voor wat betreft het belastingtarief van de reële heffingtoets wordt een winstbelastingtarief van tenminste 10%, indien sprake is van een vergelijkbare grondslag, voldoende geacht.<sup>92</sup> Bij de vergelijking van de belastinggrondslag moet worden gekeken naar stelselafwijkingen van het belastingstelsel die gevolgen hebben voor de belastingheffing over passieve inkomsten. Indien een stelselafwijking leidt tot onvoldoende onderworpenheid van passieve inkomsten, is geen sprake van een naar Nederlandse begrippen reële heffing.<sup>93</sup> Onder andere (uitvoerings)aspecten die de uiteindelijke heffing bepalen, kan bijvoorbeeld worden begrepen verschillen in de verliesverrekening of verschillen in de fiscale consolidatie.<sup>94</sup>

#### *2.6.4 Verrekening van buitenlandse belasting*

Op grond van art. 15h Wet Vpb 1969 wordt een forfaitaire verrekening gegeven voor buitenlandse belasting naar de winst van de laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming. De berekening voor de vermindering ter voorkoming van dubbele belastingheffing vindt plaats op grond van art. 23d Wet Vpb 1969. Voor de vermindering wordt uitgegaan van een forfaitair belastingtarief van 5%. Het is mogelijk voor de belastingplichtige om op verzoek een verrekening te krijgen voor de daadwerkelijk betaalde buitenlandse belasting.<sup>95</sup>

Voor toepassing van de verrekening van buitenlandse winstbelasting wordt uitgegaan van het gezamenlijke bedrag aan winst van alle laagbelaste beleggingsondernemingen die een belastingplichtige heeft in verschillende landen. Op basis van het saldo van alle winsten wordt de verrekening ter voorkoming van dubbele belasting gegeven.<sup>96</sup>

Aan de verrekening zijn in art. 23d Wet Vpb 1969 een aantal limieten gesteld. Op grond van art. 23d, tweede lid, onderdeel b, Wet Vpb 1969 bedraagt de vermindering niet meer dan het bedrag aan Nederlandse belasting dat verschuldigd zou zijn over het gezamenlijke bedrag aan de winsten uit laagbelaste buitenlandse beleggingsondernemingen. Daarnaast kan de vermindering op grond van art. 23d, vierde lid, Wet Vpb 1969 niet meer bedragen dan de in Nederland verschuldigde vennootschapsbelasting.

---

<sup>91</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 32 129, nr. 3, blz. 61–62.

<sup>92</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 32 129, nr. 3, blz. 62.

<sup>93</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 32 129, nr. 3, blz. 62. Tevens verwijs ik voor voorbeelden van stelselafwijkingen die wel of niet gevolgen hebben voor de belastingheffing over (passieve) inkomsten naar de parlementaire geschiedenis.

<sup>94</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 32 129, nr. 3, blz. 63.

<sup>95</sup> Art. 23d, derde lid, Wet Vpb 1969.

<sup>96</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 101.



Indien sprake is van een negatieve winst uit laagbelaste buitenlandse beleggingsondernemingen, dan kan op grond van art. 15h, tweede lid, Wet Vpb 1969 een deel van de negatieve winst in aftrek worden gebracht op de winst van belastingplichtige. Het bedrag dat in aftrek kan worden gebracht op de winst van belastingplichtige is 5/H deel van het bedrag aan negatieve winst uit laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming. Hierbij staat de 'H' voor het hoogste tarief uit art. 22 Wet Vpb 1969, in 2012 is het hoogste tarief 25%. Bij deze methode van verrekening is geen inhaal nodig in latere jaren als de laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming weer een positieve winst behaalt.<sup>97</sup>

## **2.7 Stakingsverliesregeling**

Op grond van het EU-recht<sup>98</sup> moet het mogelijk zijn om definitief geleden verliezen uit een andere lidstaat in aftrek te kunnen brengen op binnenlandse winsten. Om de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten in overeenstemming te laten zijn met het EU-recht, is de stakingsverliesregeling opgenomen binnen de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten.

De regeling voor het verrekenen van stakingsverliezen uit buitenlandse ondernemingen is opgenomen in art. 15i en 15j Wet Vpb 1969. Ingeval de activiteiten in de andere staat worden gestaakt en het saldo van de winst uit die staat is negatief<sup>99</sup>, dan vindt de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten geen toepassing met betrekking tot het negatieve saldo van de winst.

Op grond van art. 15i, tweede lid, Wet Vpb 1969 is sprake van een stakingsverlies indien de op grond van art. 15e Wet Vpb 1969 in aanmerking genomen bedragen van winst per saldo negatief zijn. Hierbij moet het gaan om een definitief negatief saldo. Het stakingsverlies wordt verminderd met verliezen waarvoor in de andere staat een tegemoetkoming bij de belastingheffing is verleend bij de belastingplichtige of een met de belastingplichtige verbonden lichaam. Van een tegemoetkoming is sprake wanneer de verliezen al zijn verrekend in de andere staat, bijvoorbeeld door een verrekening met winsten van een zustermaatschappij.<sup>100</sup> Komt de tegemoetkoming ter zake van verliezen - die deel uitmaken van het stakingsverlies - toe aan een ander dan de belastingplichtige of een met de

---

<sup>97</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 101.

<sup>98</sup> Voor een uitgebreide behandeling van de rechtspraak omtrent dit onderwerp verwijs ik naar hoofdstuk 5.

<sup>99</sup> Hierbij gaat het om het saldo van de winsten die op grond van art. 15e Wet Vpb 1969 in aanmerking zijn genomen voor de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten.

<sup>100</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 103.

belastingplichtige verbonden lichaam, dan wordt eveneens dit deel van het stakingsverlies niet in aanmerking genomen.<sup>101</sup> Hiervan is bijvoorbeeld sprake wanneer, bij verkoop van de activiteiten van de vaste inrichting, de verliezen overgebracht kunnen worden aan de koper van de activiteiten.<sup>102</sup> Hetgeen naast de hiervoor genoemde voorbeelden moet worden verstaan onder een tegemoetkoming is nog onduidelijk.<sup>103</sup>

De bewijslast met betrekking tot het aanwezig zijn van het stakingsverlies en de hoogte van het stakingsverlies ligt bij de belastingplichtige.<sup>104</sup> Ik sluit mij aan bij de mening van Bender<sup>105</sup> dat dit leidt tot een administratieve last bij de belastingplichtige, dit gaat in tegen één van de genoemde argumenten voor afschaffing van de oude regeling. In de Sinterklaasbrief van 5 december 2009<sup>106</sup> werd door de staatssecretaris genoemd dat door het bijhouden van verliezen<sup>107</sup> een administratieve last ontstaat voor de Belastingdienst en voor de bedrijven zelf. Onder de huidige regeling wordt deze administratieve last voor de belastingplichtige mijns inziens zwaarder. Dit omdat de stakingsverliesregeling een complexe regeling is met meerdere bepalingen die misbruik van de regeling moeten voorkomen.<sup>108</sup>

Het stakingsverlies wordt bij belastingplichtige in aanmerking genomen op het tijdstip waarop de belastingplichtige ophoudt winst te genieten uit de andere staat. De activiteiten in de andere staat mogen niet in belangrijke mate worden voortgezet door de belastingplichtige of een met de belastingplichtige verbonden lichaam.<sup>109</sup> Op grond van art. 15i, vijfde lid, Wet Vpb 1969 wordt het stakingsverlies teruggenomen als de belastingplichtige binnen een termijn van drie jaar wederom winst uit (nieuwe) activiteiten geniet in de staat waar het stakingsverlies is geleden. Op grond van art. 15i, vijfde lid, Wet Vpb 1969 vindt een winstbijtelling plaats bij de belastingplichtige. Op grond van art. 15i, zesde lid, eerste volzin, Wet Vpb 1969 valt deze winst niet onder de toepassing van de objectvrijstelling.<sup>110</sup> De

---

<sup>101</sup> Art. 15i, derde lid, Wet Vpb 1969.

<sup>102</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 103.

<sup>103</sup> Zie ook de redactie van Vakstudie Nieuws (V-N 2011/45.4).

<sup>104</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 103.

<sup>105</sup> T. Bender, *Objectvrijstelling voor buitenlandse winst – waarom eigenlijk?*, NTFR 2011-2482.

<sup>106</sup> Brief van het Ministerie van Financiën 5 december 2009, DB/2009/674M, V-N 2009/49.22.

<sup>107</sup> Het bijhouden van verliezen was onder de oude regeling nodig voor toepassing van de inhaalregeling.

<sup>108</sup> Hiermee bedoel ik het bepalen wanneer activiteiten zijn gestaakt, het rekening houden met nieuwe activiteiten die worden aangevangen en het voortzetten van activiteiten door een verbonden lichaam. Dit alles leidt tot een zeer complexe regeling.

<sup>109</sup> Art. 15i, vierde lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969.

<sup>110</sup> Dit leidt tot een belastingheffing bij de belastingplichtige.

bijgetelde winst wordt bij de vaste inrichting aangemerkt als negatieve winst uit de staat waar de activiteiten van de vaste inrichting plaatsvinden.<sup>111</sup>

Voortzetting van de activiteiten kan tevens plaats vinden door overdracht van de activiteiten aan een verbonden lichaam. Voortzetting van de activiteiten door een met de belastingplichtige verbonden lichaam kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer de activiteiten worden verkocht aan een verbonden lichaam of indien de activiteiten overgaan op een verbonden lichaam als gevolg van een juridische fusie.<sup>112</sup> Op grond van art. 15j Wet Vpb 1969 kan het winstsaldo van de buitenlandse onderneming meegaan met de overgedragen activiteiten naar het verbonden lichaam. Indien de activiteiten binnen 3 jaar na de voortzetting door het verbonden lichaam worden gestaakt, wordt nagegaan of wel sprake is geweest van een reële voortzetting van de activiteiten. Het verbonden lichaam dient aannemelijk te maken dat de staking plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen die zijn opgekomen na aanvang van de voortzetting.<sup>113</sup> Het winstsaldo wordt enkel doorgeschoven indien sprake is van een reële voortzetting van de activiteiten. Indien geen sprake is geweest van een reële voortzetting van de activiteiten, komt het winstsaldo terug bij de belastingplichtige. Deze regeling is opgenomen om te voorkomen dat de activiteiten in het zicht van staking worden overgedragen aan een met de belastingplichtige verbonden lichaam, waarbij het negatieve winstsaldo kan worden benut, omdat het benutten van de verliezen niet mogelijk is bij de belastingplichtige zelf.<sup>114,115</sup>

## **2.8 De beleggingsinstelling**

Een uitzondering op de toepassing van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten is indien de buitenlandse onderneming wordt gehouden door een fiscale beleggingsinstelling<sup>116</sup>. Op grond van art. 15e, achtste lid, Wet Vpb1969 vindt de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten geen toepassing als de belastingplichtige wordt aangemerkt als een beleggingsinstelling. De winst behaald door een beleggingsinstelling is belast tegen een tarief van 0%. Voor de winst van de beleggingsinstelling geldt op grond van art. 28, tweede lid, onderdeel b, Wet Vpb 1969 een

---

<sup>111</sup> Hierdoor gaan de verliezen uit de eerder gestaakte activiteiten niet verloren, maar worden ze toegerekend aan de nieuwe activiteiten.

<sup>112</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 104.

<sup>113</sup> Art. 15j, tweede lid, Wet Vpb 1969.

<sup>114</sup> Deze situatie doet zich voor wanneer een belastingplichtige onvoldoende winst geniet om het (gehele) stakingsverlies van de vaste inrichting in aftrek te kunnen brengen op de winst van de belastingplichtige.

<sup>115</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 104.

<sup>116</sup> In de wet, en tevens in het vervolg van deze scriptie, wordt de fiscale beleggingsinstelling ex art. 28 Wet Vpb 1969 aangehaald als 'beleggingsinstelling'.

doorstootverplichting voor de winsten. Winsten van een beleggingsinstelling moeten binnen 8 maanden na afloop van het jaar ter beschikking worden gesteld aan de aandeelhouders van de beleggingsinstelling. Zou de objectvrijstelling wel van toepassing zijn, dan zou dit de winst van de beleggingsinstelling verlagen en zouden deze winsten niet verplicht binnen acht maanden ter beschikking moeten worden gesteld aan de aandeelhouders.

Voor de beleggingsinstelling<sup>117</sup> en de vrijgestelde beleggingsinstelling<sup>118</sup> geldt de uitzondering voor de inkomsten uit onroerende zaken, van art. 15g, tweede lid, onderdeel b, Wet Vpb 1969, niet. Tevens heeft een beleggingsinstelling met een laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming geen recht op toepassing van verrekening van buitenlandse winstbelasting op grond van art. 15h en art. 23d Wet Vpb 1969.

## **2.9 Conclusie**

Een belastingplichtige kan een onderneming of een deel van een onderneming drijven in het buitenland door middel van een vaste inrichting. De winst uit onderneming behoort tot de wereldwinst van de belastingplichtige. Op grond van de objectvrijstelling kan de belastingplichtige een vrijstelling van belastingheffing krijgen voor de winsten uit de buitenlandse vaste inrichting.

Voor toepassing van de objectvrijstelling wordt voor het begrip ‘vaste inrichting’ aangesloten bij het van toepassing zijnde verdrag. Voor verdragsloze situaties is de definitie van het begrip opgenomen in art. 15f Wet Vpb 1969. Een vaste inrichting is aanwezig indien sprake is van een ‘bedrijfsinrichting’, die ‘vast’ is, en waardoor werkzaamheden van een onderneming geheel of gedeeltelijk worden uitgeoefend. Voor verdere uitleg het begrip ‘vaste inrichting’ kan worden aangesloten bij het OESO-commentaar bij art. 5 OESO-modelverdrag.

Sinds 1 januari 2012 is de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten opgenomen in de Wet Vpb 1969. De regeling bestaat uit drie verschillende onderdelen, te weten de objectvrijstelling voor (actieve) buitenlandse ondernemingswinsten, de regeling voor laagbelaste buitenlandse beleggingsondernemingen en de stakingsverliesregeling.

Door toepassing van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten wordt bij een belastingplichtige de (wereld)winst verminderd met de positieve en negatieve winsten uit andere staat. In de regeling van de objectvrijstelling voor (actieve) buitenlandse

---

<sup>117</sup> Art. 28 Wet Vpb 1969.

<sup>118</sup> Art. 6a Wet Vpb 1969.

ondernemingswinsten wordt een splitsing gemaakt voor het bepalen van het bedrag van de winst voor verdragslanden en voor niet-verdragslanden.

Met de regeling van de objectvrijstelling wordt een meer territoriale benadering voor belastingheffing nagestreefd. Echter van een puur territoriale benadering is geen sprake. Door de wijze waarop de buitenlandse ondernemingswinst wordt vastgesteld, wordt nog wel rekening gehouden met valutaresultaten en vindt geen directe afrekening plaats bij overdracht van vermogensbestanddelen met stille reserves van het hoofdhuis naar de vaste inrichting. De objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten is niet van toepassing voor winsten uit een laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming. Een laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming is een onderneming waarvan de werkzaamheden grotendeels bestaan uit beleggen of financieren van de belastingplichtige of een met de belastingplichtige verbonden personen en waarvan de winsten niet onderworpen zijn aan een naar Nederlandse maatstaven reële heffing. Om dubbele heffing bij de laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming te voorkomen wordt een forfaitaire verrekening gegeven voor de op de laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming drukkende buitenlandse winstbelasting. Een uitzondering op de regeling voor de laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming is ingeval Nederland, op grond van een door Nederland afgesloten verdrag, voorkoming van dubbele belastingheffing moet geven door middel van de vrijstellingsmethode.

Indien een belastingplichtige ophoudt winst te genieten uit een andere staat en het saldo van de buitenlandse ondernemingswinsten, die op grond van art. 15e Wet Vpb 1969 onder de regeling van de objectvrijstelling vallen, is negatief, dan is sprake van een stakingsverlies. De objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten vindt geen toepassing voor stakingsverliezen uit buitenlandse onderneming. Voor de regeling telt de 'per country'-methode.

In dit hoofdstuk hebben we gekeken naar wanneer sprake is van de aanwezigheid van een vaste inrichting en is de regeling van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten behandeld. In de volgende hoofdstukken wordt behandeld wanneer sprake is van een deelneming voor de deelnemingsvrijstelling en hoe de fiscale behandeling van de deelneming in zijn werk gaat. Na het behandelen van de fiscale behandeling van de deelneming wordt gekeken naar de verschillen in fiscale behandeling ten opzichte van de vaste inrichting. Indien sprake is van verschillen in fiscale behandeling tussen de twee

ondernemingsvormen, dan kan worden getoetst of deze verschillen in strijd zijn met het Europese recht.

## Hoofdstuk 3 - De deelnemingsvrijstelling

### 3.1 Inleiding

Dubbele belastingheffing kan plaatsvinden op twee manieren, namelijk juridische dubbele heffing en economische dubbele heffing. Van juridische dubbele belastingheffing is sprake wanneer bij één (rechts)persoon één heffingsobject meerdere malen in de belastingheffing wordt betrokken. Internationale juridische dubbele heffing kan plaatsvinden doordat één heffingsobject bij één (rechts)persoon in meerdere landen wordt belast. Internationale juridische dubbele heffing wordt voorkomen door verdragen ter voorkoming van dubbele belastingheffing.

Economische dubbele belasting doet zich voor wanneer één heffingsobject bij meerdere (rechts)personen in de belastingheffing wordt betrokken. Een voorbeeld hiervan is in de volgende situatie:

*BV X heeft 100% van de aandelen in BV Y. BV Y heeft een winst behaald van 100 euro. Over deze winst wordt 25% vennootschapsbelasting betaald. Vervolgens keert BV Y het restant van de winst, 75 euro, uit aan BV X. Zonder voorkoming van economische dubbele belastingheffing zou BV X eveneens 25% vennootschapsbelasting over de uitgekeerde winst van 75 euro moeten betalen.*

In Nederland wordt deze economische dubbele belastingheffing voorkomen op grond van de deelnemingsvrijstelling. De deelnemingsvrijstelling zorgt dat bij het bepalen van de winst van een belastingplichtige buiten aanmerking blijven de voordelen uit hoofde van een deelneming, alsmede de kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van die deelneming.<sup>119</sup> De regeling van de deelnemingsvrijstelling is opgenomen in afdeling 2.5 van de Wet Vpb 1969, art. 13 tot en met art. 13k Wet Vpb 1969.

In dit hoofdstuk worden de hoofdlijnen van de deelnemingsvrijstelling behandeld. Eerst wordt behandeld wanneer sprake is van een deelneming voor de deelnemingsvrijstelling. Daarna wordt de basis van de deelnemingsvrijstelling behandeld en wordt nader ingegaan op de regeling voor de beleggingsdeelneming en de liquidatieverliesregeling. Aan de hand hiervan wordt in hoofdstuk 5 een vergelijking getrokken met de objectvrijstelling voor de vaste inrichting.

---

<sup>119</sup> Art. 13, eerste lid, Wet Vpb 1969.

## 3.2 De deelneming

Voor een belastingplichtige om in aanmerking te komen voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling moet allereerst sprake zijn van een deelneming. Het begrip deelneming is in de Wet Vpb 1969 gedefinieerd als vereiste voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. In art. 13, tweede tot en met vijfde lid, Wet Vpb 1969 is de definitie van het begrip deelneming opgenomen. Het lichaam waarin de belastingplichtige, de moeder, een deelneming heeft, wordt ook wel de dochter genoemd.<sup>120</sup>

### 3.2.1 De deelneming – “dochtermaatschappij”

Op grond van art. 13, tweede lid, Wet Vpb 1969 is sprake van een deelneming indien de belastingplichtige:

- a) 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;
- b) ten minste 5% bezit van het aantal in omloop zijde bewijzen van deelgerechtigheid in een fonds voor gemene rekening; daarbij wordt het aantal andere dan enkelvoudige bewijzen van deelgerechtigheid herleid tot een daarmee overeenstemmend aantal enkelvoudige bewijzen;
- c) lid is van een coöperatie of van een vereniging op coöperatieve grondslag;
- d) als commanditaire vennoot een aandeel heeft in de vennootschappelijke gemeenschap van een open commanditaire vennootschap en daardoor voor ten minste 5% deelt in het door die vennootschap behaalde voordeel.

Naast de hiervoor genoemde lichamen die kunnen fungeren als deelneming voor de deelnemingsvrijstelling is het onder voorwaarden tevens mogelijk om de deelnemingsvrijstelling toe te passen op belangen in een nijvere vereniging of een onderlinge waarborgmaatschappij.<sup>121</sup>

In art. 13, derde lid, Wet Vpb 1969 is een uitbreiding gegeven van de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Onder bepaalde omstandigheden is sprake van een deelneming bij belastingplichtigen binnen de EU die ten minste 5% van de stemrechten in een lichaam hebben. Hiernaast bestaan tevens de meesleepregeling van art. 13, vierde lid, Wet Vpb 1969

---

<sup>120</sup> S.A.W.J. Strik en N.H. de Vries, *Studenteneditie Cursus Belastingrecht – Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2009, blz. 263.

<sup>121</sup> Mededeling van 7 juli 1992, nr. DB92/3335, V-N 1992/35.19 en Besluit van 7 november 1997, nr. DB97/3989, V-N 1997/53.19.



en de meetrekregeling van art. 13, vijfde lid, Wet Vpb 1969. Heeft een belastingplichtige een deelneming op grond van art. 13, tweede of derde lid, Wet Vpb 1969, dan kunnen winstbewijzen<sup>122</sup> of schuldvorderingen<sup>123</sup>, die betrekking hebben op de deelneming in het lichaam, tevens tot de deelneming worden gerekend door de meesleepregeling. Onder de meetrekregeling kunnen vermogensbestanddelen die niet op grond van art. 13, tweede, derde of vierde lid, Wet Vpb 1969 worden aangemerkt als deelneming, onder bepaalde omstandigheden, toch worden aangemerkt als deelneming. Het gaat hierbij om aandelen<sup>124</sup>, schuldvorderingen<sup>125</sup> en winstbewijzen<sup>126</sup>.

In het vervolg van deze scriptie wordt voor het begrip deelneming uitgegaan van de meest standaard vorm van een deelneming, namelijk de deelneming genoemd in art. 13, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969, waarbij de belastingplichtige voor ten minste 5% van het nominaal gestorte aandelenkapitaal aandeelhouder is van een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld.

### *3.2.2 De kapitaalvennootschap*

Zoals besproken heeft de belastingplichtige een deelneming indien hij voor ten minste 5% van het nominaal gestorte aandelenkapitaal aandeelhouder is van een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld. Deze vorm van een deelneming komt in de praktijk het meeste voor.<sup>127</sup> Voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling worden geen eisen gesteld aan het recht waarnaar de vennootschap is opgericht. Voorbeelden van een naar buitenlandsrecht opgerichte vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld, zijn de Belgische NV, Belgische BVBA, Duitse GmbH en de Engelse Ltd. Tevens wordt geen onderscheid gemaakt tussen vennootschappen met hun vestigingsplaats binnen Nederland dan wel in een andere staat.<sup>128</sup>

Een belastingplichtige kan ook een deelneming houden in een buitenlands samenwerkingsverband. Hierbij moet het gaan om een niet-transparant samenwerkingsverband. Dit omdat bij een transparant samenwerkingsverband de voordelen uit dit samenwerkingsverband direct worden toegerekend aan de participanten, waardoor de

---

<sup>122</sup> Art. 13, vierde lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969.

<sup>123</sup> Art. 13, vierde lid, onderdeel b, Wet Vpb 1969.

<sup>124</sup> Art. 13, vijfde lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969.

<sup>125</sup> Art. 13, vijfde lid, onderdeel b, Wet Vpb 1969.

<sup>126</sup> Art. 13, vijfde lid, onderdeel c, Wet Vpb 1969.

<sup>127</sup> *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 13 Wet Vpb 1969, aant. 4.3.

<sup>128</sup> Zie verder paragraaf 3.2.3 *De buitenlandse deelneming*.

deelnemingsvrijstelling niet nodig is. In het besluit van de staatsecretaris van 11 december 2009<sup>129</sup> is een algemeen toetsingskader geformuleerd aan de hand waarvan wordt bepaald of een samenwerkingsverband wordt gekwalificeerd als niet-transparant. De toetsing bestaat uit vier vragen. De vragen luiden als volgt:<sup>130</sup>

- A. Kan het samenwerkingsverband de juridische eigendom hebben van vermogensbestanddelen waarmee de activiteiten worden uitgeoefend?
- B. Zijn de participanten van het samenwerkingsverband allen beperkt aansprakelijk voor schulden en verplichtingen van het samenwerkingsverband?
- C. Heeft het samenwerkingsverband een in aandelen verdeeld kapitaal of kan het kapitaal gelijk worden gesteld met een in aandelen verdeeld kapitaal?
- D. Kunnen participanten toetreden of worden vervangen, uitgezonderd gevallen van vererving of legaat, zonder toestemming van alle participanten?

Indien drie of vier vragen bevestigend worden beantwoord dan is sprake van een niet-transparant samenwerkingsverband. Tevens is besloten dat sprake is van een niet-transparant samenwerkingsverband in gevallen waarin de aansprakelijkheid van de participanten beperkt is tot hun inleg, de onderneming eigendom is van het samenwerkingsverband en de onderneming niet voor rekening en risico van de participanten wordt gedreven.<sup>131</sup>

In de bijlage bij het besluit van 11 december 2009 is een lijst opgenomen waarin een groot aantal buitenlandse samenwerkingsverbanden zijn getoetst en waarin wordt aangegeven of deze al dan niet transparant zijn.

### *3.2.3 De buitenlandse deelneming*

De wetgever heeft met het oog op de toenemende invloed van het EU-recht met ingang van 1 januari 2007 de regeling omtrent de deelneming aangepast. Hiermee heeft de wetgever tot doel gehad het opheffen van de verschillen tussen binnenlandse en buitenlandse deelnemingen. Om te kwalificeren als deelneming voor de deelnemingsvrijstelling werden aan de buitenlandse deelneming tot 1 januari 2007 zwaardere eisen gesteld dan aan de binnenlandse deelneming. Een buitenlandse deelneming moest onderworpen zijn aan een belasting naar de winst in het land waar de deelneming was gevestigd. Tevens mocht de buitenlandse deelneming niet door de moeder worden aangehouden als belegging. Voor

---

<sup>129</sup> Besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M, Stcrt. 2009, 19749, V-N 2009/65.17.

<sup>130</sup> Besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M, Stcrt. 2009, 19749, V-N 2009/65.17.

<sup>131</sup> HR 2 juni 2006, nr. 40 919, BNB 2006/288 (concl. A-G Wattel, m.nt. D Juch).

buitenlandse deelnemingen gevestigd in een lidstaat van de EU golden soepelere regels. Per 1 januari 2007 zijn de zwaardere eisen voor alle buitenlandse deelnemingen opgeheven. De reden voor het opheffen van deze verschillen was het in overeenstemming brengen van de regeling van de deelnemingsvrijstelling met het EU-recht en hiermee het overzichtelijker en consequenter maken van de deelnemingsvrijstelling.<sup>132</sup>

### 3.2.4 De belastingplichtige – “moedermaatschappij”

Het lichaam wat een deelneming houdt, wordt ook wel de moedermaatschappij genoemd. In art. 13, tweede lid, Wet Vpb 1969 wordt over de moedermaatschappij gesproken als “de belastingplichtige”. In art. 2, eerste lid, Wet Vpb 1969 is opgenomen welke lichamen binnenlands belastingplichtig zijn voor de vennootschapsbelasting. In art. 3 Wet Vpb 1969 is bepaald wie buitenlands belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting. Op grond van art. 18, eerste lid, Wet Vpb 1969 wordt de belastbare winst uit onderneming voor de buitenlandse belastingplichtige bepaald op de voet van art. 8, eerste tot en met achtste, elfde en dertiende lid, alsmede art. 8b tot en met art. 15aj en art. 15d Wet Vpb 1969. De deelnemingsvrijstelling is enkel van belang voor de buitenlandse belastingplichtige indien deelneming toerekenbaar is aan de onderneming van een in Nederland gevestigde vaste inrichting.<sup>133</sup> Voordelen behaald uit hoofde van de deelneming worden dan toegerekend aan de vaste inrichting en zijn Nederlands inkomen op grond van art. 17, derde lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969. Het is niet mogelijk dat de moeder een fiscale beleggingsinstelling is. De deelnemingsvrijstelling is op grond van art. 13, achtste lid, Wet Vpb 1969 niet van toepassing indien de belastingplichtige wordt aangemerkt als een beleggingsinstelling.

## 3.3 Basis deelnemingsvrijstelling

Zonder toepassing van de deelnemingsvrijstelling zouden winsten van de dochtermaatschappij eveneens bij de moedermaatschappij kunnen worden belast. De regeling van de deelnemingsvrijstelling voorkomt economisch dubbele belastingheffing. De belangrijkste rechtsgronden voor de deelnemingsvrijstelling zijn de ‘ne bis in idem’- en de verlengstukgedachte.<sup>134</sup> De vertaling uit het Latijn van ‘ne bis in idem’ is ‘niet tweemaal voor hetzelfde’. In de Wet Vpb 1969 brengt deze rechtsgrond met zich mee dat de winst slechts één keer mag worden belast met vennootschapsbelasting. De verlengstukgedachte wil zeggen dat

---

<sup>132</sup> Kamerstukken II, 2005-2006, 30 572, nr. 3, blz. 13.

<sup>133</sup> Q.W.J.C.H. Kok, *Cursus Belastingrecht – Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2012, Vpb.2.4.1.A.a Algemeen.

<sup>134</sup> J.N. Bouwman, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Amersfoort: SDU Uitgevers 2011, par. 6.1.2.2.

de dochter kan worden gezien als partiële voortzetting van de moeder, waardoor de winst van de dochter gezien kan worden als eigen winst van de moeder.<sup>135</sup> Met betrekking tot de buitenlandse deelneming kan tevens worden gesproken over het soevereiniteitsbeginsel als rechtsgrond voor de deelnemingsvrijstelling.<sup>136</sup> Het soevereiniteitsbeginsel wil zeggen dat het heffingsrecht over de winst van een lichaam ligt in het land waar dit lichaam is gevestigd. De winsten van de dochter worden op grond van dit beginsel in de vestigingsstaat van de dochter belast en niet in de vestigingsstaat van de moeder. Hier tegenover staat wel de gedachte dat lichamen economisch gezien los van elkaar moeten worden gezien. Op grond van deze laatste gedachte zouden moeder en dochter beide individueel belast moeten worden voor de behaalde winsten.

### *3.3.1 Voordelen uit hoofde van een deelneming*

Op grond van art. 13, eerste lid, Wet Vpb 1969 blijven voordelen behaald uit hoofde van een deelneming buiten aanmerking bij het bepalen van de winst van een belastingplichtige. Onder voordelen uit hoofde van een deelneming worden zowel negatieve als positieve voordelen verstaan. De voordelen die behaald zijn, moeten 'uit hoofde van' een deelneming zijn behaald. Dit wil zeggen dat sprake moet zijn van een verband tussen de behaalde voordelen en de deelneming.<sup>137</sup> Voordelen behaald uit hoofde van een deelneming zijn onder andere dividenden, vermogenswinsten en vermogensverliezen.

In art. 13, zesde en zevende lid, Wet Vpb 1969 zijn twee uitbreidingen opgenomen met betrekking tot de voordelen uit hoofde van een deelneming. Art. 13, zesde lid, Wet Vpb 1969 heeft betrekking op voordelen uit hoofde van een deelneming door een earn-outregeling en prijsaanpassingen. Het gaat hierbij om rechten op een of meerdere termijnen waarvan het aantal of de omvang in het jaar van vervreemding of verkrijging nog niet vaststaat. Bij een earn-outregeling is een deel van de (ver)koop prijs van een deelneming afhankelijk van de toekomstige winst of omzet. Het deel dat later wordt nabetaald valt tevens onder toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Hetzelfde geldt voor prijsaanpassingen, zoals balansgaranties, winstgaranties en betalingsgaranties.

Op grond van art. 13, zevende lid, Wet Vpb 1969 vallen afdekinstrumenten voor valutarisico's op deelnemingen tevens onder de toepassing van de deelnemingsvrijstelling.

---

<sup>135</sup> D. Juch, *De deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting*, FED Fiscale Brochures, Deventer: Kluwer 1974, blz. 13 en 20.

<sup>136</sup> J.N. Bouwman, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Amersfoort: SDU Uitgevers 2011, par. 6.1.2.2.

<sup>137</sup> J.N. Bouwman, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Amersfoort: SDU Uitgevers 2011, par. 6.1.2.2.

Een belastingplichtige loopt een valutarisico wanneer de activa en passiva van een deelneming in een andere valuta worden gewaardeerd bij de deelneming dan de (functionele) valuta van de belastingplichtige. Indien voor het valutarisico-afdekinstrument een voor bezwaar vatbare beschikking is afgegeven door de inspecteur, waarin wordt vastgesteld dat het valutarisico-afdekinstrument het valutarisico van de deelneming afdekt, vallen de winsten en verliezen op dit valutarisico-afdekinstrument onder toepassing van de deelnemingsvrijstelling.

### 3.3.2 *Kosten van een deelneming*

De kosten van een deelneming zijn voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling onder te verdelen in drie verschillende categorieën, namelijk:

- ◇ kosten ter zake van de verwerving van een deelneming;
- ◇ kosten ter zake van de vervreemding van een deelneming; en
- ◇ overige kosten, niet zijnde verwervings- of vervreemdingskosten.

Op grond van art. 13, eerste lid, Wet Vpb 1969 vallen kosten ter zake van verwerving van een deelneming en kosten ter zake van vervreemding van een deelneming onder toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Overige kosten zijn in beginsel aftrekbaar van de winst van de belastingplichtige.<sup>138</sup>

### 3.3.3 *Tussenregeling valutaresultaten*

Valutaresultaten uit in een deelneming geïnvesteerd vermogen worden aangemerkt als voordelen uit hoofde van een deelneming en vallen hierdoor onder de toepassing van de deelnemingsvrijstelling.<sup>139</sup> Dit betekent dat valutawinsten op een deelneming niet belast zijn en valutaverliezen op een deelneming niet aftrekbaar zijn. Echter, met terugwerkende kracht tot 8 april 2011 is de Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen ingevoerd. Dit omdat belastingplichtigen naar aanleiding van het arrest Deutsche Shell<sup>140</sup> in hun aangifte vennootschapsbelasting een aftrek claimden voor valutaverliezen op deelnemingen. In het arrest Deutsche Shell ging het om een Duitse belastingplichtige met een vaste inrichting in Italië. De Duitse belastingplichtige had een valutaverlies geleden door een waardedaling van de Italiaanse lire ten opzichte van de Duitse mark. Voor dit verlies was in Italië geen

---

<sup>138</sup> *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 13 Wet Vpb 1969, aant. 3.

<sup>139</sup> HR 9 juni 1982, nr. 21 142, BNB 1982/230.

<sup>140</sup> HvJ EG 28 februari 2008, nr. C-293/06 (Deutsche Shell), BNB 2008/84 (m.nt. P.J. Wattel).

mogelijkheid tot verrekening. Dit omdat het resultaat van de vaste inrichting werd bepaald in de Italiaanse lire, waardoor een valutaverlies in Italië niet tot uitdrukking kon komen. Het HvJ EU komt in het arrest tot het oordeel dat een definitief valutaverlies van een vaste inrichting moet kunnen worden verrekend met het resultaat van het hoofdhuis.

In de literatuur<sup>141</sup> ontstond de discussie of het Deutsche Shell-arrest tevens van toepassing zou kunnen zijn op valutaverliezen op een deelneming.<sup>142</sup> Dit zou leiden tot het aftrekbaar zijn van valutaverliezen op een deelneming op grond van het Deutsche Shell-arrest en het onbelastbaar blijven van valutawinsten op grond van de deelnemingsvrijstelling. De staatssecretaris acht deze situatie niet wenselijk.<sup>143</sup> De wetgever heeft gekozen voor een tijdelijke oplossing, de Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen, voor het afdekken van het risico dat de aftrekbaarheid van valutaverliezen op deelneming op grond van toekomstige HvJ EU toegestaan moet worden.

De Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen is opgenomen in art. 28b Wet Vpb 1969. De hoofdregel uit art. 28b, eerste lid, Wet Vpb 1969 bepaalt dat in het geval valutaverliezen uit hoofde van een deelneming in enig jaar in aftrek zijn toegestaan op grond van de jurisprudentie van het HvJ EU en de belastingplichtige brengt deze valutaverliezen ook daadwerkelijk in aftrek, dat in dit geval de valutawinsten eveneens in de heffing worden betrokken. Valutawinsten uit hoofde van deelnemingen waarvoor geen valutaverlies in aftrek is gebracht, worden alsdan ook in de heffing betrokken.<sup>144</sup> Dit heeft tot gevolg dat voor valutawinsten vanaf het begin van het boekjaar waarin de valutaverliezen zijn geclaimd, de deelnemingsvrijstelling niet meer van toepassing is. De belastingplichtige heeft dus een keuze voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling op valutaresultaten uit hoofde van een deelneming of voor toepassing van de Tussenregeling uit art. 28b Wet Vpb 1969.

### **3.4 Regeling voor de beleggingsdeelneming**

Door toepassing van de deelnemingsvrijstelling wordt voorkomen dat bepaalde winsten onderworpen zijn aan dubbele belastingheffing. Voordelen behaald door een belastingplichtige uit hoofde van een deelneming worden vrijgesteld. Om grondslaguitholling

---

<sup>141</sup> S. Douma, *Valutaverlies op deelneming: aftrekbaar!*, NTFR 2008/2327; M. Koerts, *Deutsche Shell; dispariteit of belemmering van het vrije verkeer binnen de EG?*, WFR 2008/725; A.J.A. Stevens, *Het Shell-arrest: een tussenstand*, NTFR-B 2008/27, en M. Sanders en A.J.A. Stevens, *De Tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen*, WFR 2011/1290.

<sup>142</sup> In deze scriptie ga ik niet in op het wel of niet van toepassing zijn van het Deutsche Shell-arrest op valutaverliezen op een deelneming. Voor deze discussie verwijs ik naar de artikelen genoemd in voetnoot 141.

<sup>143</sup> Kamerstukken 2010-2011, 32 818, nr. 3, blz. 2.

<sup>144</sup> Kamerstukken 2010-2011, 32 818, nr. 3, blz. 3.

te voorkomen is in de deelnemingsvrijstelling een regeling opgenomen waarmee wordt voorkomen dat belastingplichtigen mobiel kapitaal kunnen verplaatsen naar een andere staat, waar de inkomsten uit mobiel kapitaal niet of laagbelast zijn, om deze inkomsten vervolgens via de Nederlandse deelnemingsvrijstelling belastingvrij te kunnen genieten.<sup>145</sup>

De hoofdregel voor de beleggingsdeelneming is opgenomen in art. 13, negende lid, Wet Vpb 1969. Om te bepalen of sprake is van een beleggingsdeelneming, is het oogmerk waarmee de deelneming wordt gehouden van belang (de oogmerktoets). Wordt een deelneming gehouden als belegging, dan kan de deelnemingsvrijstelling toch van toepassing zijn indien sprake is van een kwalificerende beleggingsdeelneming. Van een kwalificerende beleggingsdeelneming is sprake als wordt voldaan aan de reële heffingstoets of de bezittingentoets.

### *3.4.1 De beleggingsdeelneming*

De regeling met betrekking tot de beleggingsdeelneming is opgenomen in art. 13, negende tot en met vijftiende lid, Wet Vpb 1969. De hoofdregel uit art. 13, negende lid, Wet Vpb 1969 geeft aan dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op voordelen die behaald zijn uit hoofde van een beleggingsdeelneming, alsmede op de kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van die deelneming, tenzij sprake is van een kwalificerende beleggingsdeelneming. Een beleggingsdeelneming is een deelneming die wordt gehouden als belegging. Of sprake is van een deelneming die wordt gehouden als belegging, is afhankelijk van het oogmerk van de belastingplichtige. Wordt een deelneming gehouden met het oog op het behalen van een rendement dat bij normaal vermogensbeheer kan worden verwacht, dan is sprake van een deelneming die wordt gehouden als belegging.<sup>146</sup> Een deelneming wordt onder meer niet geacht als belegging te worden gehouden als de activiteiten van de onderneming van de deelneming in het verlengde liggen van de activiteiten van de belastingplichtige.<sup>147</sup> Tevens kan sprake zijn van een gemengd oogmerk, waarbij de deelneming zowel met het oogmerk beleggen als ondernemen wordt gehouden. Wanneer sprake is van een gemengd oogmerk moet worden getoetst waar het zwaarte punt ligt: bij ondernemen of bij beleggen.<sup>148</sup>

In art. 13, tiende lid, Wet Vpb 1969 zijn een aantal ficties opgenomen voor de beleggingsdeelneming. Van een fictieve beleggingsdeelneming is sprake indien:

---

<sup>145</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 32 129, nr. 3, blz. 15.

<sup>146</sup> Kamerstukken II, 2009-2010, 32 129, nr. 3, blz. 58.

<sup>147</sup> Kamerstukken II, 2009-2010, 32 129, nr. 3, blz. 59.

<sup>148</sup> Kamerstukken II, 2009-2010, 32 129, nr. 3, blz. 59.

- a. de bezittingen van de deelneming geconsolideerd gezien grotendeels bestaan uit (aandelen)belangen van minder dan 5%; of
- b. de werkzaamheden van de deelneming grotendeels bestaan uit het direct of indirect financieren van de belastingplichtige of een met de belastingplichtige verbonden lichaam, dan wel het ter beschikking stellen van bedrijfsmiddelen aan de belastingplichtige of een met de belastingplichtige verbonden lichaam. Hierbij worden tevens de werkzaamheden beoordeeld van lichamen waar de deelneming een belang van ten minste 5% heeft.

#### *3.4.2 De kwalificerende beleggingsdeelneming*

Een uitzondering op de regeling met betrekking tot de beleggingsdeelneming is wanneer sprake is van een kwalificerende beleggingsdeelneming. Indien sprake is van een kwalificerende beleggingsdeelneming is de deelnemingsvrijstelling wel van toepassing. Dit geldt zowel voor de gewone beleggingsdeelneming als voor de fictieve beleggingsdeelneming.

Op grond van art. 13, elfde lid, Wet Vpb 1969 is sprake van een kwalificerende beleggingsdeelneming indien:

- a. het lichaam onderworpen is aan een winstbelasting die resulteert in een naar Nederlandse begrippen reële heffing (reële heffingstoets); of
- b. de bezittingen van het lichaam middellijk of onmiddellijk voor minder dan de helft bestaan uit laagbelaste vrije beleggingen (bezittingentoets).

##### *3.4.2.1 Reële heffingstoets<sup>149</sup>*

Voor de reële heffingstoets uit art. 13, elfde lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969, zoals deze geldt sinds 1 januari 2010, moet worden gekeken naar drie onderdelen van het belastingregime waaraan de dochtervennootschap is onderworpen; het belastingtarief, de belastinggrondslag en andere (uitvoerings)aspecten die de uiteindelijke heffing bepalen. Aan de hand van deze onderdelen moet worden bepaald of met name de passieve inkomsten adequaat in de winstbelastingheffing worden betrokken.<sup>150</sup> Voor wat betreft het belastingtarief in de reële

---

<sup>149</sup> Dit is een herhaling van hetgeen geschreven in paragraaf 2.5.3 *Onderworpenheidstoets*. Dit omdat voor de onderworpenheidstoets uit art. 15g, eerste lid, onderdeel b, Wet Vpb 1969 wordt aangesloten bij de reële heffingstoets uit art. 13, elfde lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969.

<sup>150</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 32 129, nr. 3, blz. 61–62.



heffingtoets wordt een winstbelastingtarief van tenminste 10% voldoende geacht, indien sprake is van een vergelijkbare grondslag.<sup>151</sup> Bij de vergelijking van de belastinggrondslag moet worden gekeken naar stelselafwijkingen van het belastingstelsel die gevolgen hebben voor de belastingheffing over passieve inkomsten. Indien een stelselafwijking leidt tot onvoldoende onderworpenheid van passieve inkomsten, is geen sprake van een naar Nederlandse begrippen reële heffing.<sup>152</sup> Onder andere (uitvoerings)aspecten die de uiteindelijke heffing bepalen, kan worden verstaan de verschillen in verliesverrekening of verschillen in de fiscale consolidatie.<sup>153</sup>

#### 3.4.2.2 *Bezittingentoets*

Om te bepalen of deelneming in een lichaam voldoet aan de bezittingentoets uit art. 13, elfde lid, onderdeel b, Wet Vpb 1969 wordt gekeken of de bezittingen van het lichaam voor minder dan de helft bestaan uit laagbelaste vrije beleggingen. In art. 13, twaalfde lid, Wet Vpb 1969 wordt nader ingegaan op hetgeen onder vrije beleggingen wordt verstaan. Als vrije beleggingen worden aangemerkt:

- a. Andere dan voor de ondernemingsactiviteiten van het lichaam redelijkerwijs noodzakelijke beleggingen, met uitzondering van beleggingen in (rechten op) onroerende zaken die niet in het bezit zijn van een beleggingsinstelling<sup>154</sup> of vrijgestelde beleggingsinstelling<sup>155,156</sup>;
- b. bezittingen die worden aangewend voor werkzaamheden die grotendeels bestaan uit het financieren van de belastingplichtige of een met de belastingplichtige verbonden lichaam, met uitzondering van bezittingen voor actieve financieringswerkzaamheden<sup>157</sup> en bezittingen waarvan de aanschaffingskosten geheel of nagenoeg geheel zijn gefinancierd door geldleningen van een verbonden lichaam of verbonden persoon;<sup>158</sup> en
- c. bedrijfsmiddelen die worden aangewend voor werkzaamheden die grotendeels bestaan uit terbeschikkingstelling aan een met de belastingplichtige verbonden lichaam, met

---

<sup>151</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 32 129, nr. 3, blz. 62.

<sup>152</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 32 129, nr. 3, blz. 62. Tevens verwijs ik voor voorbeelden van stelselafwijkingen die wel of niet gevolgen hebben voor de belastingheffing over (passieve) inkomsten naar de parlementaire geschiedenis.

<sup>153</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 32 129, nr. 3, blz. 63.

<sup>154</sup> Art. 28 Wet Vpb 1969.

<sup>155</sup> Art. 6b Wet Vpb 1969.

<sup>156</sup> Art. 13, twaalfde lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969.

<sup>157</sup> Art. 2a Uitvoeringsbeschikking vennootschapsbelasting 1971.

<sup>158</sup> Art. 13, twaalfde lid, onderdeel b, Wet Vpb 1969.

uitzondering van bedrijfsmiddelen voor actieve terbeschikkingstellingswerkzaamheden<sup>159</sup> en bedrijfsmiddelen waarvan de aanschaffingskosten geheel of nagenoeg geheel zijn gefinancierd door geldleningen van een verbonden lichaam of verbonden persoon.<sup>160</sup>

Deze vrije beleggingen worden op grond van art. 13, dertiende lid, Wet Vpb 1969 geacht laagbelast te zijn, indien de voordelen die voortvloeien uit de hiervoor genoemde beleggingen, bezittingen of bedrijfsmiddelen niet zijn onderworpen aan een naar Nederlandse maatstaven reële heffing.<sup>161</sup>

### 3.4.3 Deelnemingsverrekening

Om te voorkomen dat mobiel kapitaal wordt verplaatst naar een staat waar de winst is onderworpen aan een geringe of geen belastingheffing, geldt een speciale regeling voor beleggingsdeelnemingen. Indien sprake is van een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming, is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing op voordelen behaald uit hoofde van deze deelneming. Op grond van art. 13aa, eerste lid, Wet Vpb 1969 wordt een gebruteerd bedrag van de voordelen uit de beleggingsdeelneming bij de winst van de belastingplichtige opgeteld en wordt vervolgens een vermindering van vennootschapsbelasting gegeven voor de op de voordelen uit de beleggingsdeelneming drukkende winstbelasting. De vermindering van vennootschapsbelasting vindt plaats volgens de verrekeningsmethode opgenomen in art. 23c Wet Vpb 1969 (deelnemingsverrekening).

Voor de brutering en de verrekening wordt uitgegaan van een forfaitair winstbelastingtarief van 5% waaraan de niet-kwalificerende beleggingsdeelneming is onderworpen. Het voordeel behaald uit hoofde van de niet-kwalificerende beleggingsdeelneming wordt gebruteerd door het behaalde voordeel te vermenigvuldigen met 100/95.<sup>162</sup> Vervolgens wordt op grond van art. 23c, eerste lid, Wet Vpb 1969 een vermindering gegeven van vennootschapsbelasting. Het bedrag van de vermindering bedraagt de laagste van de volgende twee bedragen:

- a. 5% van de gebruteerde voordelen;
- b. het bedrag dat tot de volgens hoofdstuk V van de Wet Vpb 1969 berekende belasting in dezelfde verhouding staat als het bedrag van de gezamenlijke gebruteerde

---

<sup>159</sup> Art. 2b Uitvoeringsbeschikking vennootschapsbelasting 1971.

<sup>160</sup> Art. 13, twaalfde lid, onderdeel c, Wet Vpb 1969.

<sup>161</sup> Voor de reële heffingstoets verwijs ik naar paragraaf 3.4.2.1 *Reële heffingstoets*.

<sup>162</sup> Art. 13aa, tweede lid, Wet Vpb 1969.

voordelen nadat het is verminderd met de bij de winstbepaling van het jaar in aftrek gekomen kosten ter zake van de (niet-kwalificerende) beleggingsdeelnemingen, staat tot het belastbare bedrag.<sup>163</sup>

Uit art. 23c, tweede lid, onderdeel b is de volgende formule te ontleen:

$$\text{Maximum deelnemingsverrekening} = (\text{gebruteerde deelnemingsvoordelen} \text{ } \mp \text{ aan (niet-kwalificerende) beleggingsdeelnemingen toerekenbare kosten}) / (\text{belastbare bedrag}) \times \text{vennootschapsbelasting (vóór toepassing van de deelnemingsverrekening)}^{164}$$

Bij uitzondering is het voor lichamen gevestigd in de EU of Europese Economische Ruimte (EER) onder bepaalde voorwaarden mogelijk om in plaats van het forfaitaire percentage van 5% uit te gaan van het werkelijke bedrag aan winstbelasting dat drukt op de voordelen uit de niet-kwalificerende beleggingsdeelneming.<sup>165</sup>

In een verliesjaar voor de niet-kwalificerende beleggingsdeelneming wordt op grond van art. 13aa, zesde lid, Wet Vpb 1969 de winst van de belastingplichtige verminderd met een bedrag van 5/H deel van de negatieve voordelen uit de beleggingsdeelneming. Hierbij staat H voor het hoogste vennootschapsbelastingtarief, in 2012 zijnde 25%.

De deelnemingsverrekening vindt geen toepassing in het geval dat de beleggingsinstelling vrijgesteld is van belastingheffing of onderworpen is aan een belastingheffing die niet resulteert in een daadwerkelijke heffing.<sup>166</sup> Daarnaast vindt de deelnemingsverrekening tevens geen toepassing indien de belastingplichtige een beleggingsinstelling is.<sup>167</sup>

Voor belastingplichtige met een middellijk of onmiddellijk als belegging gehouden belang van ten minste 25% in een laagbelast lichaam, waarvan de bezittingen uitsluitend of nagenoegen uitsluitend bestaan uit laagbelaste vrije beleggingen, geldt op grond van art. 13a Wet Vpb 1969 een bijzondere regeling. Het belang in een dergelijk lichaam moet op grond van art. 13a, eerste lid, Wet Vpb 1969 jaarlijks worden gewaardeerd op de waarde in het economische verkeer.

---

<sup>163</sup> Art. 23c, tweede lid, Wet Vpb 1969.

<sup>164</sup> Q.W.J.C.H. Kok, *Cursus belastingrecht – Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2012, Vpb.2.4.3.D.b2.

<sup>165</sup> Art. 23c, derde lid, Wet Vpb 1969.

<sup>166</sup> Art. 13aa, zevende lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969.

<sup>167</sup> Art. 13aa, zevende lid, onderdeel b, Wet Vpb 1969.

### 3.5 Liquidatieverlies

In art. 13d Wet Vpb 1969 is een uitzondering opgenomen op de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. In art. 13d, eerste lid, Wet Vpb 1969 wordt bepaald dat de deelnemingsvrijstelling geen toepassing vindt ten aanzien van verliezen behaald uit hoofde van een deelneming die tot uitdrukking komen nadat de deelneming is ontbonden. Dit verlies wordt ook wel het liquidatieverlies genoemd. Op grond van art. 13d, tweede lid, Wet Vpb 1969 wordt het liquidatieverlies gesteld op het door de belastingplichtige voor de deelneming opgeofferde bedrag minus de liquidatie-uitkering.

#### *3.5.1 Het opgeofferde bedrag en de liquidatie-uitkering*

Voor het bepalen van het opgeofferde bedrag wordt niet aangesloten bij de fiscale boekwaarde van een deelneming. De fiscale boekwaarde van een lichaam is te beïnvloeden. Hierdoor kan aansluiting bij de fiscale boekwaarde van een lichaam een zekere mate van subjectiviteit met zich meebrengen. De hoogte van het opgeofferde bedrag wordt extracomptabel bepaald. De moedermaatschappij dient in haar administratie de mutaties in het opgeofferde bedrag bij te houden.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat voor het opgeofferde bedrag wordt uitgegaan van het bedrag dat de belastingplichtige heeft betaald bij de verwerving van de deelneming, de kostprijs van de deelneming, waarbij dit bedrag kan worden gecorrigeerd voor eventuele positieve of negatieve gebeurtenissen in de toekomst.<sup>168</sup> Bij de verwerving meegekocht dividend zorgt voor een vermindering van het opgeofferde bedrag.

Op grond van art. 13d, tweede lid, onderdeel a tot en met d, Wet Vpb 1969 vinden verschillende correcties plaats op het opgeofferde bedrag, onder andere voor de sancties uit art. 13b, 13ba en 13h Wet Vpb 1969.

Het opgeofferde bedrag moet worden verhoogd met eventuele kapitaalstoringen die worden gedaan door de moeder in de deelneming. Het terug storten van kapitaal van de dochtermaatschappij naar de moedermaatschappij leidt tot een verlaging van het opgeofferde bedrag.

---

<sup>168</sup> Kamerstukken II, 1986-1987, 19 968, nr. 3, blz. 5.

Het afwaarderen van een onzakelijke lening kan tevens leiden tot een verhoging van het opgeofferde bedrag. In het arrest van de Hoge Raad van 25 november 2011<sup>169</sup> is geoordeeld dat, indien een belastingplichtige bij liquidatie van een deelneming verlies maakt op een onzakelijke lening die is aangegaan met die deelneming, het verlies op de onzakelijke lening het opgeofferde bedrag verhoogd.

Voor het bepalen van het liquidatieverlies moet vervolgens de hoogte van de liquidatieuitkering worden bepaald. In art. 13d, derde lid, Wet Vpb 1969 is opgenomen dat tot de liquidatieuitkering ten minste wordt gerekend, positieve voordelen uit hoofde van de deelneming welke met toepassing van de deelnemingsvrijstelling zijn genoten:

- a. in het jaar waarin de deelneming zijn onderneming geheel of nagenoeg geheel heeft gestaakt, in de vijf jaren daarvoor en in de daaropvolgende jaren;
- b. in het zesde tot en met het tiende jaar voor het jaar waarin de onderneming van de deelneming geheel of nagenoeg geheel is gestaakt, indien dit voordeel is genoten in een jaar waarin commercieel verlies is geleden door de deelneming.

### *3.5.2 Toepassing van de liquidatieverliesregeling*

De toepassing van de liquidatieverliesregeling is aan een aantal voorwaarden verbonden. Op grond van art. 13d, negende lid, Wet Vpb 1969 wordt het liquidatieverlies in aanmerking genomen op het tijdstip waarop de vereffening is voltooid. De eerste voorwaarde is dat geen sprake is van enigerlei tegemoetkoming bij de belastingheffing voor het geclaimde liquidatieverlies bij de belastingplichtige, een met de belastingplichtige verbonden lichaam, het lichaam dat of de persoon die de onderneming geheel of gedeeltelijk voortzet, of een met de voortzetter verbonden lichaam.<sup>170</sup> Ten tweede moet het ontbonden lichaam in zijn geheel zijn gestaakt of zijn verkocht aan een derde.<sup>171</sup> Als derde voorwaarde wordt gesteld dat het liquidatieverlies is gebleken en blijkt dat aan de voorwaarden uit art. 13d, negende lid, onderdeel a, sub 1, Wet Vpb 1969 en art. 13d, negende lid, onderdeel b, Wet Vpb 1969 is voldaan.<sup>172</sup> Dit wil zeggen dat de belastingplichtige de omvang van het verlies moet bewijzen, moet bewijzen dat geen sprake is van een tegemoetkoming bij de belastingheffing voor de

---

<sup>169</sup> HR 25 november 2011, nr. 10/05161, BNB 2012/38.

<sup>170</sup> Art. 13d, negende lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969.

<sup>171</sup> Art. 13d, negende lid, onderdeel b, Wet Vpb 1969.

<sup>172</sup> Art. 13d, negende lid, onderdeel c, Wet Vpb 1969.

geleden verliezen en moet bewijzen dat de onderneming is gestaakt of verkocht aan een derde.<sup>173</sup>

Op grond van art. 13e Wet Vpb 1969 is het mogelijk een nog niet in aanmerking genomen liquidatieverlies door te schuiven, indien sprake is van een voortzetting van de onderneming van het ontbonden lichaam door de belastingplichtige zelf<sup>174</sup> of een met de belastingplichtige verbonden lichaam waarin de belastingplichtige of een met hem verbonden lichaam deelneemt<sup>175</sup>. Het doorschuiven van het liquidatieverlies is enkel mogelijk indien aan de voorwaarden van art. 13d, negende lid, onderdelen a en c, Wet Vpb 1969 wordt voldaan.

### 3.5.3 Rechtsgrond van de liquidatieverliesregeling

In de literatuur bestaat veel discussie omtrent de grondslag van de liquidatieverliesregeling. Hierbij wordt de vraag gesteld wat de bestaansreden is van de liquidatieverliesregeling. Aan het begin van dit hoofdstuk is behandeld dat de rechtsgrond van de deelnemingsvrijstelling is gelegen in de 'ne bis in idem'-gedachte en de verlengstukgedachte. Daarnaast is voor de buitenlandse deelneming tevens het soevereiniteitsbeginsel van belang. Hier tegenover staat echter de zienswijze dat lichamen economisch los moeten worden gezien van hun aandeelhouder. Dit wordt ook wel de antropomorfe zienswijze genoemd, waarbij lichamen zelfstandige entiteiten zijn die los van elkaar in de belastingheffing moeten worden betrokken. De vennootschapsbelasting betreft lichamen zelfstandig in de heffing, de deelnemingsvrijstelling is een uitzondering op deze zelfstandigheid.

De Tweede Kamer noemt als reden voor het bestaan van de liquidatieverliesregeling het verloren gaan van de mogelijkheid verliezen van de deelneming te compenseren.<sup>176</sup> Verburg<sup>177</sup> trekt deze verklaring in twijfel, omdat lang niet overal in de fiscale regelgeving verliesverdamping dermate belangrijk wordt geacht. Verburg vermoedt dat sprake is van een meer algemene economische reden, ten gunste van het Nederlandse bedrijfsleven, voor het bestaan van de liquidatieverliesregeling.

---

<sup>173</sup> Q.W.J.C.H. Kok, *Cursus belastingrecht – Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2012, Vpb.2.4.13.E.e1 en Vpb.2.4.13.E.e2.

<sup>174</sup> Art. 13e, eerste lid, Wet Vpb 1969.

<sup>175</sup> Art. 13e, tweede lid, Wet Vpb 1969.

<sup>176</sup> Kamerstukken II, 1986-1987, 19 968, nr. 3, blz. 4 en 5.

<sup>177</sup> J. Verburg, *Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 1984, blz. 199.

Volgens de schrijvers van de *Cursus Belastingrecht*<sup>178</sup> zou een liquidatieverlies uit een buitenlandse deelneming op grond van het soevereiniteitsbeginsel niet in aftrek moeten kunnen komen bij de binnenlandse moedermaatschappij voor zover deze verliezen door de deelneming zelf zijn gemaakt. Met deze stelling ben ik het eens. Voor zover door een deelneming verliezen worden gemaakt door de activiteiten die worden uitgeoefend in het vestigingsland, vallen die verliezen onder het aldaar geldende belastingstelsel en moeten ze zover mogelijk in die staat worden gecompenseerd.

Stevens<sup>179</sup> is van mening dat belastingplichtigen worden geprikkeld een deelneming eerder dan nodig te liquideren door het bestaan van de mogelijkheid een liquidatieverlies bij de moedermaatschappij in aanmerking te nemen.

De liquidatieverliesregeling is eveneens van toepassing op liquidatieverliezen uit buitenlandse deelneming. Dit is in overeenstemming met de jurisprudentie van het HvJ EU in het arrest *Marks & Spencer II*<sup>180</sup>. In dit arrest was besloten dat definitief geleden verliezen van een buitenlandse deelneming in aftrek moesten kunnen komen op het resultaat van de moedermaatschappij. Dit omdat voor een binnenlandse verhouding wel een mogelijkheid tot verliesverrekening met de moedermaatschappij bestond en het weigeren van aftrek van definitief geleden buitenlandse verliezen was hierdoor in strijd met de vrijheid van vestiging.

### **3.6 Conclusie**

Op grond van de deelnemingsvrijstelling wordt economische dubbele belastingheffing voorkomen. De deelnemingsvrijstelling stelt alle positieve en negatieve voordelen uit hoofde van een deelneming vrij van vennootschapsbelasting, alsmede de kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van die deelneming.

Een deelneming voor de deelnemingsvrijstelling kan onder andere zijn een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal, een fonds voor gemene rekening en het lidmaatschap van een coöperatie of van een vereniging op coöperatieve grondslag.<sup>181</sup> Om te kwalificeren voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling moet de moedermaatschappij, een binnenlands of buitenlands belastingplichtig lichaam, een belang hebben het andere lichaam zoals genoemd in art. 13, tweede lid, onderdeel a tot en met d, Wet Vpb 1969.

---

<sup>178</sup> Q.W.J.C.H. Kok, *Cursus belastingrecht – Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2012, Vpb.2.4.12.A.e2.

<sup>179</sup> L.G.M. Stevens, *Fiscale saneringsperikelen*, TFO 1993/6.

<sup>180</sup> HvJ EG 12 december 2005, nr. C-446/03 (*Marks & Spencer II*), BNB 2006/72 (concl. A-G Poirares Maduro; m.nt. P.J. Wattel).

<sup>181</sup> Art. 13, tweede lid, Wet Vpb 1969.

In verband met het arrest Deutsche Shell is een Tussenregeling voor valutaresultaten op een deelneming opgenomen in art. 28b Wet Vpb 1969. Op grond van deze regeling worden valutawinsten op alle deelneming van een belastingplichtige in de heffing betrokken, indien de belastingplichtige met succes de aftrek van een valutaverlies op een deelneming heeft kunnen claimen. Alle valutawinsten op de deelnemingen van de belastingplichtige worden in dit geval meegenomen vanaf het boekjaar waarin voor het eerst een valutaverlies in aanmerking is genomen. De belastingplichtige heeft de keuze om geen aftrek voor valutaverliezen te claimen, waardoor alle valutaresultaten onder toepassing van de deelnemingsvrijstelling blijven vallen.

De deelnemingsvrijstelling is niet van toepassing op voordelen uit hoofde van een beleggingsdeelneming, tenzij sprake is van een kwalificerende beleggingsdeelneming. Voor het bepalen of sprake is van een beleggingsdeelneming is het oogmerk van belang waarmee de belastingplichtige de deelneming houdt. Wordt een deelneming gehouden als belegging, dan is sprake van een beleggingsdeelneming. Tevens zijn twee ficties opgenomen voor gevallen waarin in ieder geval sprake is van een beleggingsdeelneming. Allereerst lichamen die grotendeels belangen van minder dan 5% in andere lichamen bezitten. Ten tweede lichamen waarvan de functie grotendeels bestaat uit financierings- of terbeschikkingstellingswerkzaamheden binnen concern.

Om te bepalen of sprake is van een kwalificerende beleggingsdeelneming worden twee toetsen uitgevoerd, de reële heffingstoets en de bezittingentoets. Bij de reële heffingstoets wordt getoetst of de beleggingsdeelneming onderworpen is aan een naar Nederlandse maatstaven reële heffing. De bezittingentoets toetst of de bezittingen van de beleggingsdeelneming niet grotendeels bestaan uit laagbelaste vrije beleggingen. Indien aan één van beide toetsen is voldaan, is sprake van een kwalificerende beleggingsdeelneming en is de deelnemingsvrijstelling wel van toepassing.

In art. 13d Wet Vpb 1969 is een uitzondering opgenomen op de toepassing van de deelnemingsvrijstelling, de liquidatieverliesregeling. De deelnemingsvrijstelling is niet van toepassing op een verlies op een deelneming dat tot uitdrukking komt na ontbinding van de deelneming (liquidatieverlies). De hoogte van het liquidatieverlies wordt bepaald door het opgeofferde bedrag te verminderen met de liquidatie-uitkering. Het liquidatieverlies komt in aftrek op het resultaat van de belastingplichtige op het tijdstip waarop de vereffening is voltooid. Om in aanmerking te komen voor aftrek van het liquidatieverlies mag geen sprake



zijn van een tegemoetkoming in de belastingheffing ter zake van het liquidatieverlies, moet de onderneming geheel zijn gestaakt of overgedragen zijn aan een niet-verbonden lichaam en moet de omvang van het liquidatieverlies zijn gebleken.

In het volgende hoofdstuk wordt uiteengezet hoe de toetsing aan het EU-recht plaats moet vinden. Aan de hand van de uiteenzetting van de deelnemingsvrijstelling in dit hoofdstuk en de objectvrijstelling uit hoofdstuk 2, wordt in hoofdstuk 5 ingegaan op de belangrijkste verschillen tussen de fiscale behandeling van een belastingplichtige met een buitenlandse vaste inrichting en de fiscale behandeling van een belastingplichtige met een buitenlandse deelneming. De verschillen wordt in hoofdstuk 5 tevens getoetst aan de het EU-recht.

## **Hoofdstuk 4 – Toetsingskader**

### **4.1 Inleiding**

In de voorgaande hoofdstukken is duidelijk geworden wat een vaste inrichting is, wanneer sprake is van een deelneming voor de deelnemingsvrijstelling en op welke wijze de vaste inrichting en de deelneming fiscaal worden behandeld. Voor het toetsen van de objectvrijstelling en de verschillen tussen de objectvrijstelling en de deelnemingsvrijstelling moet een toetsingskader worden bepaald. De objectvrijstelling en de verschillen tussen de objectvrijstelling en de deelnemingsvrijstelling worden getoetst aan het EU-recht. In dit hoofdstuk wordt het toetsingskader uiteengezet voor de Europees rechtelijke toets, zodat in het volgende hoofdstuk aan de hand hiervan de objectvrijstelling kan worden getoetst.

### **4.2 Het Europese recht**

#### *4.2.1 Inleiding*

Op 1 december 2009 is het Verdrag van Lissabon ondertekend. Met de ondertekening van het Verdrag van Lissabon zijn het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU) en het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) in werking getreden. De Europese Unie kan verschillende mate van bevoegdheid hebben.<sup>182</sup> Voor directe en indirecte belastingen geldt een gedeelde bevoegdheid voor de Europese Unie. Dit omdat de belastingen invloed kunnen hebben op de werking van de interne markt.<sup>183,184</sup> De gedeelde bevoegdheid wil zeggen dat zowel de Europese Unie als de lidstaten wetgevend kunnen optreden en juridisch bindende handelingen kunnen vaststellen. Wanneer de Europese Unie zijn bevoegdheid niet uitoefent, mag de lidstaat zijn bevoegdheid uitoefenen.<sup>185</sup> De Europese Unie is overigens niet bevoegd om belasting te heffen, de heffing van belasting is een soeverein recht van de lidstaten zelf.<sup>186</sup> Het recht van belastingheffing moet echter wel in overeenstemming met het EU-recht worden uitgevoerd.<sup>187</sup>

Op grond van art. 3 VEU is het doel van de Europese Unie ‘de vrede, haar waarden en het welzijn van haar volkeren te bevorderen’. In art. 3, derde lid, VEU is opgenomen dat de

---

<sup>182</sup> Art. 2 VwEU.

<sup>183</sup> D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht – Europees belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2012, EBR.2.0.2.A.

<sup>184</sup> Art. 4, tweede lid, onderdeel a, VwEU.

<sup>185</sup> Art. 2, tweede lid, VwEU.

<sup>186</sup> D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht – Europees belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2012, EBR.5.0.0.

<sup>187</sup> Zie onder andere HvJ EG 14 februari 1995, zaak C-279/93 (Schumacker), BNB 1995/187 (concl. Léger, m.nt. A.H.M. Daniels).

Europese Unie een interne markt tot stand brengt. De interne markt wordt bevorderd door positieve en negatieve integratie. Positieve integratie wordt bereikt door middel van unificatie, harmonisatie of coördinatie van het gemeenschappelijke beleid.<sup>188</sup> Op het gebied van belastingen zijn voorbeelden van positieve integratie de Moeder-dochterrichtlijn<sup>189</sup>, Fusierichtlijn<sup>190</sup> en de Interest- en Royalty-richtlijn<sup>191</sup>. Negatieve integratie is het door het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) buiten werking stellen van nationale regelingen die tegen de werking van de interne markt in gaan.

Voor directe belastingen bestaat geen specifieke non-discriminatiebepaling. Wel is een algemene discriminatieverbod opgenomen in art. 18 VwEU, waarin staat dat elke discriminatie naar nationaliteit verboden is. Uit de jurisprudentie van het HvJ EG is echter gebleken dat aan de algemene non-discriminatiebepaling uit art. 18 VwEU niet wordt getoetst, indien kan worden getoetst een bepaling waarin het discriminatieverbod verder is uitgewerkt.<sup>192</sup> Het discriminatieverbod is nader uitgewerkt in de verdragsvrijheden uit het VwEU.<sup>193</sup> Om een interne markt zonder binnengrenzen tot stand te brengen is in art. 26, tweede lid, VwEU opgenomen dat het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal gewaarborgd moet worden. De vier verdragsvrijheden zijn verder uitgewerkt in art. 28 tot en met 37 en art. 45 tot en met 66 VwEU. De verdragsvrijheden zijn de belangrijkste gedragsnormen die tevens van toepassing zijn op het belastingrecht van de lidstaten.<sup>194</sup>

Het HvJ EU verzekert de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van het Europese recht.<sup>195</sup> Het HvJ EU heeft per lidstaat staat één rechter. Tevens wordt het HvJ EU bijgestaan door advocaten-generaal.<sup>196</sup> Het HvJ EU is op grond van art. 267 VwEU bevoegd, bij wijze van een prejudiciële beslissing, een uitspraak te doen over de uitlegging van het Europese recht, en over de geldigheid en de uitlegging van de handelingen van de instellingen, de organen of de instanties van de Europese Unie.

Indien een nationaal rechtelijke instantie een beslissing moet nemen over de uitleg van het Europese recht, en volgens het nationale recht is geen hoger beroep meer mogelijk, dan is de

---

<sup>188</sup> D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht – Europees belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2012, EBR.2.0.2.B.

<sup>189</sup> Richtlijn 2011/96/EU (PbEU 2011, L 345).

<sup>190</sup> Richtlijn 2009/133/EG (PbEG 2009, L 310).

<sup>191</sup> Richtlijn 2003/49/EG (PbEG 2006, L 157).

<sup>192</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EG 20 oktober 1993, zaak C-92/92 (Collins), Jur. blz. I-5145 (concl. A-G Jacobs).

<sup>193</sup> I.J.J. Burgers, *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, Amersfoort: SDU Uitgevers 2011, par. 8.5.

<sup>194</sup> D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht – Europees belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2012, EBR.2.0.0.A.

<sup>195</sup> Art. 19, eerste lid, VEU.

<sup>196</sup> Art. 19, tweede lid, VEU.

nationaal rechtelijke instantie verplicht om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EU.<sup>197</sup> Lagere rechters zijn niet verplicht om prejudiciële vragen te stellen, maar deze mogelijkheid bestaat wel voor lagere rechters. De verplichting om prejudiciële vragen te stellen geldt niet indien over de uitleg van een bepaling van het Europese recht geen twijfel kan bestaan ('acte clair') of indien het HvJ al eerder een uitspraak heeft gedaan over een gelijke vraag ('acte éclairé').<sup>198</sup> Daarnaast bestaat de mogelijkheid voor de Europese Commissie<sup>199</sup>, indien zij van mening is dat een lidstaat het EU-recht heeft geschonden, om een infractie- of inbraakprocedure bij het HvJ EU te starten.<sup>200</sup>

#### 4.2.2 De vrijheden uit het VwEU

In het VwEU zijn vier verdragsvrijheden te onderscheiden:

- Vrij verkeer van goederen<sup>201</sup>;
- Vrij verkeer van personen<sup>202, 203</sup>;
- Vrijheid van verrichten van diensten<sup>204</sup>;
- Vrijheid van kapitaalverkeer<sup>205</sup>.

In 1985 in de zaak Commissie/Frankrijk<sup>206</sup> werd een van de verdragsvrijheden uit het toenmalige EG-verdrag (tegenwoordig: VwEU) voor het eerst toegepast op een directe belasting. In deze zaak werd een belastingfaciliteit in de Franse winstbelasting in strijd geacht met het vrije verkeer van goederen, omdat deze enkel van toepassing was voor uitgevers van dagbladen die waren geprint in Frankrijk. Een jaar later in de zaak Avoir Fiscal<sup>207</sup> werd voor het eerst een regeling in de directe belasting in strijd geacht met de vrijheid van vestiging uit het toenmalige EG-verdrag. Sinds deze zaken van het HvJ EG zijn nog velen malen

---

<sup>197</sup> Art. 267 VwEU.

<sup>198</sup> D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht – Europees belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2012, EBR.2.0.3.

<sup>199</sup> Art. 244 VwEU.

<sup>200</sup> Art. 258 VwEU.

<sup>201</sup> Art. 28 - 37 VwEU.

<sup>202</sup> Art. 45 - 54 VwEU.

<sup>203</sup> Hieronder valt tevens de vrijheid van vestiging uit art. 49 VwEU.

<sup>204</sup> Art. 56 - 62 VwEU.

<sup>205</sup> Art. 63 - 65 VwEU.

<sup>206</sup> HvJ EG 7 mei 1985, zaak 18/84 (Commissie/Frankrijk), Jurispr. 1985, blz. 1339.

<sup>207</sup> HvJ EG 28 januari 1986, nr. 270/83 (Avoir Fiscal), FED 1990/3 (concl. A-G Mancini; m.nt. J.TH.L. Brouwer).

regelingen in de directe belasting getoetst aan, en in strijd geacht met, de verdragsvrijheden.<sup>208</sup>

#### *4.2.2.1 Toetsing aan de verdragsvrijheden*

Uit de jurisprudentie van het HvJ zijn een aantal stappen te onderscheiden waaraan een nationale regeling wordt getoetst om te bepalen is de regeling in strijd is met een van de verdragsvrijheden.<sup>209</sup> Voor de toetsing aan de verdragsvrijheden worden vijf stappen doorlopen:

1. Toegang tot het verdrag;
2. Belemmering;
3. Rechtvaardigingsgronden;
4. Geschiktheidstoets;
5. Noodzakelijkheidstoets.

#### *Ad 1. Toegang tot het verdrag*

Het Europese recht is van toepassing op de lidstaten van de Europese Unie.<sup>210</sup> Om een beroep te kunnen doen op het vrije verkeer van personen moet een natuurlijke persoon onderdaan zijn van een lidstaat. Op grond van art. 54 VwEU worden vennootschappen gelijk gesteld aan natuurlijke personen, indien een vennootschap is opgericht in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat en de statutaire zetel, het hoofdbestuur of de hoofdvestiging van de vennootschap zich binnen de Europese Unie bevindt. De vrijheid van kapitaalverkeer is in beginsel ook van toepassing tussen lidstaten en derde landen.<sup>211</sup>

Een volgende voorwaarde voor toepassing van de verdragsvrijheden is het aanwezig zijn van grensoverschrijdende economische activiteiten in een andere lidstaat. Voor toepassing van de vrijheid van vestiging is als aanvullende eis gesteld dat een onderdaan van een lidstaat zich moet 'vestigen' in een andere lidstaat. Met 'vestigen' wordt bedoeld 'dat daadwerkelijk een economische activiteit wordt uitgeoefend door middel van een duurzame (vaste) vestiging

---

<sup>208</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EG 21 september 1999, zaak C-307/97 (Saint Gobain), BNB 2000/75 (concl. A-G Mischo, noot I.J.J. Burgers); HvJ EG 12 december 2005, nr. C-446/03 (Marks & Spencer II), BNB 2006/72 (concl. A-G Poiares Maduro; m.nt. P.J. Wattel); HvJ EG 22 november 2011, zaak C-371/10 (National Grid Indus), BNB 2012/40 (concl. A-G Kokott; m.nt. S.C.W. Douma).

<sup>209</sup> HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94 (Gebhard), FED 1997/175 (concl. A-G Léger, aant. D.M. Weber).

<sup>210</sup> Art. 52 VwEU.

<sup>211</sup> Art. 63 VwEU.

voor onbepaalde tijd in een andere lidstaat'<sup>212</sup>. Bij het beoordelen of de verdragsvrijheden van toepassing zijn, wordt gekeken naar de objectieve omstandigheden en niet van de subjectieve intentie.<sup>213</sup>

Indien sprake is van toegang tot het VwEU, moet vervolgens de vraag worden gesteld welk van de verdragsvrijheden van toepassing is. Een regelmatig terugkerend punt is de samenloop tussen vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaalverkeer. De vrijheid van kapitaalverkeer kan in beginsel ook worden toegepast tussen lidstaten en derde landen, dit is niet mogelijk bij de toetsing aan de vrijheid van vestiging.

Wat betreft de toepassing van de vrijheid van vestiging of de vrijheid van kapitaalverkeer voor specifieke nationale regelingen zijn duidelijke voorrangregels te onderscheiden.<sup>214</sup> Is de nationale regeling enkel van toepassing op situaties waarin sprake is van doorslaggevende zeggenschap, dan wordt getoetst aan de vrijheid van vestiging.<sup>215</sup> Is een nationale regeling enkel gericht op situaties zonder doorslaggevende zeggenschap, dan wordt getoetst aan de vrijheid van kapitaalverkeer.<sup>216</sup> Daarnaast kan sprake zijn van een 'generieke regeling', welke van toepassing is op situaties met en zonder doorslaggevende zeggenschap. Hierbij wordt gekeken naar de feitelijke situatie. Is in de feitelijke situatie geen sprake van doorslaggevende zeggenschap, dan wordt getoetst aan de vrijheid van kapitaalverkeer.<sup>217</sup> Indien in de feitelijke situatie wel sprake van doorslaggevende zeggenschap, kan worden getoetst aan de vrijheid van vestiging.<sup>218</sup> Echter, in een aantal arresten, waarbij in de feitelijke situatie wel sprake was van doorslaggevende zeggenschap, heeft het HvJ EG getoetst aan de vrijheid van vestiging en aan de vrijheid van kapitaalverkeer.<sup>219</sup> Volgens Smit hanteert het HvJ EU deze dubbele toets als de situatie haar niet (geheel) duidelijk is.<sup>220</sup>

## *Ad 2. Belemmering*

---

<sup>212</sup> HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-221/89 (Factortame-II), Jur. blz. I-3905 (concl. A-G Mischo), r.o. 20.

<sup>213</sup> D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht - Europees belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2012, EBR.5.0.2.A.

<sup>214</sup> S.J.C. Hemels en J.W. Rompen, *Vestiging of kapitaalverkeer: welke vrijheid heeft prioriteit?*, WFR 2010/1058.

<sup>215</sup> Zie HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04 (Cadbury Schweppes), BNB 2007/54 (m.nt. P.J. Wattel); HvJ EG 13 maart 2007, zaak C-524/07 (Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation), V-N 2007/15.9.

<sup>216</sup> Zie HvJ EG 17 september 2009, zaak C-182/02 (Glaxo Wellcome), V-N 2009/47.20.

<sup>217</sup> M.G.H. van der Kroon, *Verslag van het EFS-seminar 'Bronbelasting: waar begint en eindigt de EU'*, WFR 2012/898.

<sup>218</sup> HvJ EG 18 juni 2009, zaak C-303/07 (Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy), V-N 2009/31.11.

<sup>219</sup> Zie HvJ EG 12 december 2006, zaak C-374/04 (ACT Group Litigation), BNB 2007/131 (concl. A-G Geelhoed, m.nt. P.J. Wattel); HvJ EG 12 december 2006, zaak C-446/04 (FII Group Litigation), BNB 2007/130 (m.nt. P.J. Wattel).

<sup>220</sup> M.G.H. van der Kroon, *Verslag van het EFS-seminar 'Bronbelasting: waar begint en eindigt de EU'*, WFR 2012/898.

Bij de tweede stap moet bepaald worden of de nationale regeling leidt tot een belemmering van het vrije verkeer. In de zaak *Cassis de Dijon*<sup>221</sup> heeft het HvJ EG een tweedeling gemaakt in de belemmerende nationale regelingen:

- een belemmerende regeling met onderscheid (een discriminerende belemmering); of
- een belemmerende regeling zonder onderscheid, maar wel leidt tot een belemmering van het vrije verkeer.

Het HvJ EU zal over het algemeen zwaarder oordelen over een belemmerende regeling waarin wel onderscheid wordt gemaakt.<sup>222</sup> De belemmeringen met onderscheid naar nationaliteit zijn onder te verdelen in drie categorieën; discriminatie naar nationaliteit, discriminatie tussen de binnenlandse situatie en de buitenlandse situatie en discriminatie tussen twee buitenlandse situaties.<sup>223</sup>

Nationale regelingen zonder onderscheid kunnen eveneens in strijd zijn met de verdragsvrijheden. Dit is het geval indien de nationale regeling een rechtstreekse voorwaarde stelt aan het vrije verkeer.<sup>224</sup> Tevens kan sprake zijn van een belemmering van het vrije verkeer door regeling zonder onderscheid indien de lidstaat van ontvangst geen rekening houdt met soortgelijke door de lidstaat van oorsprong toegepaste regelingen.<sup>225</sup> Dit wordt het beginsel van wederzijdse erkenning genoemd.<sup>226</sup>

Naast belemmeringen met en zonder onderscheid kan sprake zijn van een dispariteit. Een dispariteit ontstaat doordat lidstaten het soevereine recht hebben om belasting te heffen en hiervoor een eigen belastingstelsel hebben, welke ieder hun eigen regels hebben en die over het algemeen niet op elkaar zijn afgestemd.<sup>227</sup> Dit kan voor de belastingplichtige voor- en nadelen met zich meebrengen, zo kunnen bepaalde inkomsten nergens belast worden of juist dubbel belast zijn. Een dispariteit levert geen strijdigheid op met het Europese recht.<sup>228</sup>

---

<sup>221</sup> HvJ EG 20 februari 1979, zaak 120/78 (*Cassis de Dijon*), Jur. blz. 649 (concl. A-G Captopri).

<sup>222</sup> D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht - Europees Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2012, EBR.5.0.8.

<sup>223</sup> D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht - Europees Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2012, EBR.5.0.9.A.

<sup>224</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EG 10 mei 1995, zaak C-384/93 (*Alpine Investments*), Jur. 1995, blz. I-1141; HvJ EG 15 december 1995, zaak C-415/93 (*Bosman*), Jur. 1995, blz. I-4921 en HvJ EG 4 juni 2002, zaak C-367/98 (*Commissie tegen Portugal*), Jur. 1998, blz. I-4731.

<sup>225</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EG 20 februari 1979, zaak 120/78 (*Cassis de Dijon*), Jur. blz. 649 (concl. A-G Captopri) en HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00 (*Überseering*), FED 2003/446 (m.nt. D.M. Weber).

<sup>226</sup> Vakstudie 08 – Nederlands Internationaal Belastingrecht, Kluwer 2011, onderdeel 4, aantekening 8.2.

<sup>227</sup> D.M. Weber, *Op zoek naar een (nieuwe) balans tussen belastingsovereiniteit en het recht op vrij verkeer binnen de EG*, Deventer: Kluwer 2006, blz. 12.

<sup>228</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EG 12 mei 1998, zaak C-336/96 (*Gilly*), BNB 1998/305 (concl. A-G Ruiz-Jarabo Colomer, m.nt. I.J.J. Burgers).

### *Ad 3. Rechtvaardigingsgronden*

Een regeling die leidt tot een belemmering van het vrije verkeer kan van toepassing blijven, indien de belemmering gerechtvaardigd wordt door een geschreven of ongeschreven rechtvaardigingsgrond. De geschreven rechtvaardigingsgronden zijn opgenomen in het VwEU.<sup>229</sup> Voor de vrijheid van vestiging zijn deze gronden opgenomen in art. 51 en 52 VwEU. In art. 52 VwEU gaat het om het uitvoeren van het gezag van de lidstaat. Art. 52 VwEU heeft betrekking op regelingen voor vreemdelingen die zien op de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid. Voor de vrijheid van kapitaalverkeer zijn de belangrijkste rechtvaardigingsgronden opgenomen in art. 65, eerste lid, onderdeel a en b, VwEU, waarbij het gaat om onderscheid tussen belastingplichtige die zich niet in dezelfde situatie bevinden en het tegengaan van fiscale fraude.

Het HvJ heeft aangegeven dat de ongeschreven rechtvaardigingsgronden enkel maatregelen zonder onderscheid kunnen rechtvaardigen.<sup>230</sup> Echter, uit de jurisprudentie is gebleken dat het HvJ de ongeschreven rechtvaardigingsgronden tevens toepast op belemmerende maatregelen met onderscheid naar nationaliteit.<sup>231</sup> De ongeschreven rechtvaardigingsgronden komen voort uit de jurisprudentie van het HvJ EU. Tot nu toe zijn in de jurisprudentie onder meer goedgekeurd als rechtvaardigingsgronden:

- De doeltreffendheid van fiscale controles<sup>232</sup>;
- Evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten<sup>233</sup>;
- Tegengaan van belastingontwijking en misbruik van het gemeenschapsrecht<sup>234</sup>;
- Fiscale coherentie<sup>235</sup>.

Tevens zijn in de jurisprudentie van het HvJ EG een aantal gronden genoemd die niet gelden als rechtvaardiging voor het belemmeren van de verdragsvrijheden; economische

---

<sup>229</sup> Van de geschreven rechtvaardigingsgronden worden enkel ingegaan op de rechtvaardigingsgronden voor belemmering van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaalverkeer. Aan het vrije verkeer van goederen en de vrijheid van het verrichten van diensten zal sowieso niet getoetst worden.

<sup>230</sup> HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94 (Gebhard), FED 1997/175 (concl. Léger, aant. D.M. Weber).

<sup>231</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EG 28 januari 1992, zaak C-204/90 (Bachmann), FED 1992/286 (concl. A-G Mischo, aant. P.J. Wattel).

<sup>232</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EG 15 mei 1997, zaak C-250/95 (Futura Participations), FED 1998/365 (concl. A-G Lenz, aant. D.M. Weber).

<sup>233</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04 (N), BNB 2007/22 (m.nt. I.J.J. Burgers).

<sup>234</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04 (Cadbury Schweppes), BNB 2007/54 (m.nt. P.J. Wattel).

<sup>235</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EG 28 januari 1992, zaak C-204/90 (Bachmann), FED 1992/286 (concl. A-G Mischo, aant. P.J. Wattel).



beleidsoverwegingen<sup>236</sup>, budgettaire beleidsoverwegingen<sup>237</sup>, administratieve moeilijkheden<sup>238</sup> en compenserende voordelen<sup>239</sup>. Door het HvJ worden deze gronden niet worden aangemerkt als dwingende reden van algemeen belang.

#### *Ad 4 & 5. Geschiktheidstoets en Noodzakelijkheidstoets*

Als laatste moet worden bepaald of de regeling voldoet aan het evenredigheidsbeginsel. Voor het bepalen of is voldaan aan het evenredigheidsbeginsel worden twee toetsen uitgevoerd, de geschiktheidstoets en de noodzakelijkheidstoets. Bij de geschiktheidstoets wordt bepaald of sprake is van een causaal verband tussen de regeling en het doel dat wordt nagestreefd.<sup>240</sup> Bij de noodzakelijkheidstoets wordt bepaald of de belemmerende regeling daadwerkelijk noodzakelijk is voor het bereiken van het doel van de regeling. De regeling mag niet verder gaan dan noodzakelijk om het doel van de regeling te bereiken.<sup>241</sup> Een regeling voldoet niet aan het evenredigheidsbeginsel wanneer het mogelijk is om een minder belemmerende regeling door te voeren waarbij hetzelfde doel kan worden bereikt. Echter, het is niet nodig voor een lidstaat om de minst belemmerende regeling te hebben in vergelijking met andere lidstaten.<sup>242</sup>

### **4.3 Toetsingskader objectvrijstelling**

Bij het toetsen van de objectvrijstelling en het onderscheid tussen de fiscale behandeling van een belastingplichtige met een buitenlandse vaste inrichting en de fiscale behandeling van een belastingplichtige met een buitenlandse deelneming moet mijns inziens worden getoetst aan de vrijheid van vestiging uit art. 49 VwEU. Dit blijkt tevens uit eerdere jurisprudentie waarin werd getoetst of sprake was van discriminatie van de vaste inrichting ten opzichte van de deelneming of toetsing van een regeling die specifiek van toepassing is op vaste inrichtingen.<sup>243</sup> De regeling van de objectvrijstelling ziet op situaties waarin een belastingplichtige (een gedeelte van) een onderneming gaat drijven in het buitenland. De

---

<sup>236</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-288/89 (Gouda), Jur. blz. I-4007 (concl. A-G Tesauero).

<sup>237</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EG 6 juni 2000, zaak C-35/98 (Verkooijen), BNB 2000/326 (concl. A-G La Pergola, noot I.J.J. Burgers)

<sup>238</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EG 27 november 2008, zaak C-418/07 (Papillon), V-N 2008/59.20 (concl. A-G Kokott).

<sup>239</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EG 21 september 1999, zaak C-307/97 (Saint Gobain), BNB 2000/75 (concl. A-G Mischo, noot I.J.J. Burgers).

<sup>240</sup> D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht - Europees Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2012, EBR.4.0.6.B.

<sup>241</sup> HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94 (Gebhard), FED 1997/175 (concl. A-G Léger, aant. D.M. Weber).

<sup>242</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EG 10 mei 1995, zaak C-384/93 (Alpine Investments) (concl. A-G Jacobs), Jur. blz. I-1141, r.o. 51.

<sup>243</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EG 21 september 1999, zaak C-307/97 (Saint-Gobain), BNB 2000/75; HvJ EG 23 oktober 2008, zaak C-157/07 (KR Wannsee), BNB 2009/86 (m.nt. P.J. Wattel).

onderneming in het buitenland is een onzelfstandig onderdeel van het hoofdhuis. De doorslaggevende zeggenschap met betrekking tot de buitenlandse onderneming ligt in dit geval bij de belastingplichtige.

#### **4.4 Conclusie**

In dit hoofdstuk is het toetsingskader uiteengezet aan de hand waarvan in het volgende hoofdstuk de objectvrijstelling en de verschillen tussen de objectvrijstelling en de deelnemingsvrijstelling worden getoetst. De wijze waarop door lidstaten belasting wordt geheven, moet in overeenstemming zijn met het Europese recht. De nationale regelingen van een lidstaat moeten in overeenstemming zijn met het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal. Het HvJ EU verzekert de eerbiediging van het Europese recht.

Om te toetsen of een nationale regeling in strijd is met een van de verdragsvrijheden, moeten een vijftal stappen worden doorlopen. Allereerst moet sprake zijn van toegang tot het VwEU en de daarin opgenomen verdragsvrijheden. Bij de tweede stap wordt gekeken of de nationale regeling een belemmering vormt voor het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal. Hierbij kan sprake zijn van een belemmering met onderscheid naar nationaliteit en een belemmering zonder onderscheid. Indien sprake is van een belemmering moet worden nagegaan of de belemmering wordt gerechtvaardigd door een van de geschreven of ongeschreven rechtvaardigingsgronden. De geschreven rechtvaardigingsgronden zijn opgenomen in het VwEU en de ongeschreven rechtvaardigingsgronden komen voort uit de jurisprudentie van het HvJ. Tenslotte moet worden getoetst of de nationale regeling voldoet aan het evenredigheidsbeginsel. De toetsing aan het evenredigheidsbeginsel bestaat uit de geschiktheidstoets en de noodzakelijkheidstoets. Om te voldoen aan geschiktheidstoets moet sprake zijn van een causaal verband tussen de regeling en het doel dat wordt nagestreefd. Bij de noodzakelijkheidstoets wordt de vraag gesteld of de nationale regeling niet verder gaat dan noodzakelijk om het doel te bereiken.

In het volgende hoofdstuk worden de objectvrijstelling en de verschillen tussen de objectvrijstelling en de deelnemingsvrijstelling getoetst aan het Europese recht. De toetsing zal plaatsvinden aan de vrijheid van vestiging (art. 49 VwEU).

## **Hoofdstuk 5 – Europees rechtelijke toets Objectvrijstelling**

### **5.1 Inleiding**

In de hoofdstukken 2 en 3 zijn de fiscale behandeling van de belastingplichtige met een buitenlandse vaste inrichting en de fiscale behandeling van de belastingplichtige met een buitenlandse deelneming behandeld. Aan de hand van de uiteenzettingen van beide regelingen is te zien dat de regeling van de objectvrijstelling in grote mate is afgeleid van de deelnemingsvrijstelling. Hierdoor komen de regelingen in grote lijnen overeen.

Om tot een antwoord op de probleemstelling te komen wordt in dit hoofdstuk uiteengezet waar de belangrijkste verschillen in de fiscale behandeling zitten tussen de belastingplichtige met een buitenlandse vaste inrichting en de belastingplichtige met een buitenlandse deelneming. Vervolgens worden deze verschillen getoetst, aan de hand van het in het vorige hoofdstuk uiteengezette toetsingskader, om te kijken of sprake is van strijdigheid met het Europese recht. Tevens wordt voor een aantal belangrijke punten de regeling van de objectvrijstelling op zichzelf getoetst aan het Europese recht.

In dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op de volgende punten:

1. Valutakoersresultaten
2. Overdracht vermogensbestanddelen
3. Laagbelaste beleggingsopbrengsten
4. Verlies door staking/liquidatie
5. Buitenlands belastingplichtigen

### **5.2 Valutakoersresultaten**

#### *5.2.1 Vaste inrichting vs. Deelneming*

In het arrest *Deutsche Shell*<sup>244</sup> is door het HvJ EU geoordeeld dat valutaverliezen die niet tot uitdrukking kunnen komen bij een buitenlandse vaste inrichting, in aftrek moeten kunnen komen op het resultaat van het hoofdhuis. In Nederland wordt bij de voorkoming voor dubbele belastingheffing al rekening gehouden met valutaresultaten van een buitenlandse vaste inrichting. De oorzaak hiervan is te vinden in de *Rupiah*-arrest<sup>245</sup> van de HR, waarin is besloten dat de buitenlandse winst moet worden berekend in de lokale valuta (situsmunt). De

---

<sup>244</sup> HvJ EU 28 februari 2008, nr. C-293/06 (*Deutsche Shell*), BNB 2008/84 (m.nt. P.J. Wattel).

<sup>245</sup> HR 4 mei 1960, nr. 14 104, 14 105, 14 218, 13 892, 14 203, 14 207 en 14 172, BNB 1960/161 t/m 167.

wijze waarop winsten worden vastgesteld waarvoor voorkoming voor dubbele belastingheffing wordt verleend, is niet veranderd sinds de invoering van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten.<sup>246</sup>

Aangezien in Nederland rekening wordt gehouden met valutaresultaten van een buitenlandse vaste inrichting, lijkt het arrest Deutsche Shell in de eerste instantie niet van groot belang voor de Nederlandse fiscale regelgeving. Echter, in de literatuur is de discussie ontstaan of de beredenering van het HvJ EU in het arrest Deutsche Shell ook van toepassing kan worden geacht op valutaverliezen van een buitenlandse deelneming. Op 15 juni 2011 heeft de staatssecretaris het wetsvoorstel voor de Tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen ingediend.<sup>247</sup> De Tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen is met terugwerkende kracht tot 8 april 2011 in werking getreden.<sup>248</sup>

Valutakoersresultaten die worden geleden op een deelneming vallen onder de deelnemingsvrijstelling en komen hierdoor niet tot uitdrukking in de winst van de belastingplichtige moedermaatschappij. In deze Tussenregeling wordt de optie gegeven om valutaresultaten niet onder toepassing van de deelnemingsvrijstelling te laten vallen, indien dit moet worden toegestaan op grond van toekomstige jurisprudentie van het HvJ EU. Indien de belastingplichtige in enig jaar succesvol een claim doet op het ten laste van de winst brengen van valutaverliezen op een deelneming, worden in dat jaar of latere jaren opgekomen positieve valutaresultaten uit hoofde van alle deelnemingen belast. Doet de belastingplichtige succesvol een claim op het in aftrek brengen van een valutaverlies, dan zal de belastingplichtige zo lang de regeling bestaat onder het bereik van de Tussenregeling blijven vallen en is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing op positieve valutaresultaten uit deelnemingen.<sup>249</sup> Kiest de belastingplichtige niet voor toepassing van de Tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen, dan worden bij de belastingplichtige de valutaresultaten niet in aanmerking genomen.

Voor de belastingplichtige met een buitenlandse vaste inrichting is geen sprake van een keuze tussen wel of geen vrijstelling van valutaresultaten op de vaste inrichting. De vraag kan worden gesteld of sprake van een belemmering van de vrijheid van vestiging ex art. 49 VwEU. Dit omdat onderscheid wordt gemaakt tussen de fiscale behandeling van een

---

<sup>246</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 93.

<sup>247</sup> Kamerstukken II 2010-2011, 32 818, nr. 2.

<sup>248</sup> Wet van 1 december 2011, *Stb.* 2011, 585.

<sup>249</sup> H. Vermeulen, H. Koster, Q.W.J.C.H. Kok en J. Vleggeert, *Cursus Belastingrecht – Venootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2012, Vpb.7.2.0.B.e.

belastingplichtige met een buitenlandse vaste inrichting en een belastingplichtige met een buitenlandse deelneming. Bij dit verschil in behandeling wordt geen direct of indirect onderscheid gemaakt naar nationaliteit. Het onderscheid dat wordt gemaakt, vindt namelijk plaats naar de vorm waarin de onderneming in het buitenland wordt gedreven, een buitenlandse vaste inrichting of een buitenlandse deelneming.

Mijns inziens is hier sprake van een belemmering zonder onderscheid. Een dergelijke belemmering zonder onderscheid is enkel in strijd met het vrije verkeer, indien hieraan een rechtstreekse voorwaarde wordt gesteld of niet voldaan wordt aan het beginsel van wederzijdse erkenning.

In dit hoofdstuk wordt aan de vrijheid van vestiging getoetst. Het verschil in behandeling en de daaruit voorkomende belemmering stelt mijns inziens geen rechtstreekse voorwaarde aan de vrijheid van vestiging. De belastingplichtige wordt niet belemmerd zich in een andere staat te vestigen of om een gedeelte van een onderneming te drijven in een andere staat. Deze mogelijkheid blijft bestaan voor de belastingplichtige alleen wordt hij belemmerd in zijn vrije keuze vorm waarin hij (een gedeelte van) een onderneming in het buitenland drijft.

Uit het arrest *Colombus Container Services*<sup>250</sup> blijkt dat een lidstaat een onderscheid mag maken in de wijze waarop zij de verschillende vestigingsvormen van nationale vennootschappen die in het buitenland opereren behandelen. Dit werd later bevestigd en verduidelijkt in de zaak *X-Holding*<sup>251</sup>, waarin werd geoordeeld dat een buitenlandse vaste inrichting zich niet in dezelfde situatie bevindt als de buitenlandse deelneming wat de verdeling van heffingsbevoegdheid betreft. Echter, de verschillende vestigingsvormen die in het buitenland opereren, mogen niet worden gediscrimineerd ten opzichte van een vergelijkbare binnenlandse situatie.<sup>252</sup>

In de arresten *Avoir Fiscal*<sup>253</sup> en *St. Gobain*<sup>254</sup> leidde een belemmering van de vrije keuze waarin een onderneming wordt gedreven tot een belemmering van de vrijheid van vestiging. In deze arresten had een vaste inrichting van een buitenlandse vennootschap geen recht op

---

<sup>250</sup> HvJ EG 6 december 2007, zaak C-298/05 (*Columbus Container Services*), FED 2008/35 (concl. A-G Mengozzi, aant. D.S. Smit).

<sup>251</sup> HvJ EU 25 februari 2010, zaak C-337/08 (*X Holding*), BNB 2010/166 (concl. Kokott, m.nt. Meussen).

<sup>252</sup> HvJ EG 6 december 2007, zaak C-298/05 (*Columbus Container Services*), FED 2008/35 (concl. A-G Mengozzi, aant. D.S. Smit), r.o. 53.

<sup>253</sup> HvJ EG 28 januari 1986, zaak 270/83 (*Avoir Fiscal*), FED 1990/3 (concl. A-G Mancini; m.nt. J.TH.L. Brouwer).

<sup>254</sup> HvJ EG 21 september 1999, zaak C-307/97 (*Saint-Gobain*), BNB 2000/75 (concl. A-G Mischo; m.nt. I.J.J. Burgers).

toepassing van bepaalde faciliteiten, terwijl een dochtermaatschappij van een buitenlandse vennootschap wel recht had op toepassing van diezelfde faciliteiten. Echter, ik acht deze arresten hier niet van toepassing, omdat beide arresten zagen op een inbound-situatie en niet op een outbound-situatie zoals wordt getoetst in dit hoofdstuk. In de inbound-situatie was sprake van een nationale regeling met onderscheid. Een belemmerende nationale regeling met onderscheid wordt door het HvJ EU strenger beoordeeld, dan een regeling zonder onderscheid. Het beginsel van wederzijdse erkenning is in dit geval mijns inziens niet relevant. Van een belemmerende regeling zonder onderscheid waarbij de lidstaat van ontvangst geen rekening houdt met soortgelijke door de lidstaat van oorsprong toegepaste regelingen is mijns inziens geen sprake.

### *5.2.2 Valutaresultaten onder de objectvrijstelling*

In de zaak Deutsche Shell heeft het HvJ EG besloten dat het niet aanvaardbaar is dat bij de vaststelling van het resultaat van een hoofdhuis het valutaresultaat op een vaste inrichting, dat naar zijn aard niet geleden kan worden bij de vaste inrichting, niet in aanmerking kan worden genomen.<sup>255</sup> Onder de toepassing van de objectvrijstelling voor de vaste inrichting worden, door de wijze waarop de buitenlandse winst wordt vastgesteld, valutaresultaten op de vaste inrichting in aanmerking genomen bij het hoofdhuis. Op dit vlak is de regeling van de objectvrijstelling mijns inziens in overeenstemming met de uitspraak van het HvJ EG in de zaak Deutsche Shell.

In hoofdstuk 2 is besproken de wijze waarop in Nederland valutaresultaten op een vaste inrichting in aanmerking worden genomen bij het hoofdhuis tevens kan leiden tot het dubbel in aanmerking nemen van het valutaresultaat, indien in de staat van de vaste inrichting de valutaresultaten ook tot uitdrukking kunnen komen.<sup>256</sup> Mijns inziens is hier geen sprake van een strijdige belemmering van het vrije verkeer, maar slechts sprake van een dispariteit. Indien in de hoofdhuisstaat en in de vaste inrichtingstaat uniforme regels zouden toepassen, dus bijvoorbeeld beide de winst van de vaste inrichting in de situsmunt berekenen, zou geen sprake zijn van een belemmering.

Daarnaast kan in bepaalde gevallen sprake zijn van een ‘fantominkomen’.<sup>257</sup> Het ontstaan van ‘fantominkomen’ kan worden aangemerkt als een belemmering van

---

<sup>255</sup> HvJ EU 28 februari 2008, nr. C-293/06 (Deutsche Shell), BNB 2008/84 (m.nt. P.J. Wattel), r.o. 44.

<sup>256</sup> Zie paragraaf 2.5.1.

<sup>257</sup> Zie paragraaf 2.5.1.

grensoverschrijdende activiteiten. De belemmering bestaat niet in een binnenlandse situatie, waarbij een in Nederland gevestigde vennootschap een filiaal ergens anders in Nederland heeft. Het ‘fantominkomen’ kan namelijk enkel ontstaan indien het hoofdhuis een andere functionele valuta heeft dan het filiaal. Dit doet zich niet voor in een binnenlandse situatie. Deze belemmering komt mijns inziens niet voort uit een dispariteit, het naast elkaar bestaan van systemen van belastingheffing van twee verschillende landen, maar ontstaat door de wijze waarop in Nederland het buitenlandse resultaat wordt vastgesteld (met aftrek- en bijdragewinst).

Het mogelijk ontstaan van een ‘fantominkomen’ leidt tot een belemmering met onderscheid tussen de binnenlandse en de buitenlandse situatie. Mijns inziens is voor deze belemmering geen rechtvaardiginggrond aanwezig. Voor de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten en het nastreven van het territorialiteitsbeginsel kunnen door de lidstaten afspraken worden gemaakt over de onderlinge verdeling van de heffingsbevoegdheid. Hiertoe behoren tevens regelingen ter voorkoming van dubbele belasting. De wijze waarop lidstaten de heffingsbevoegdheid verdelen, is een soevereine zaak van de lidstaten.<sup>258</sup> Echter, de nationale regelingen dienen wel in overeenstemming te zijn met de verdragsvrijheden uit het VwEU.<sup>259</sup> De belemmering ontstaat doordat sprake is van een zeer algemeen geformuleerde regeling ter voorkoming van dubbele belasting, welke niet in enige mate verfijnd is om belemmeringen zoals een ‘fantominkomen’ te voorkomen. Mijns inziens is hierdoor sprake van een belemmering die in strijd is met de vrijheid van vestiging.

De strijdige belemmering moet worden weggenomen. Een mogelijke oplossing is het opnemen van een specifiek wetsartikel waarin ‘fantominkomen’ worden gedefinieerd en wordt bepaald dat deze buiten aanmerking blijven bij het bepalen van de winst van een belastingplichtige. Een gehele aanpassing van de wijze waarop buitenlandse winsten worden bepaald (aftrek- en bijdragewinst) lijkt mij overbodig.

## **5.3 Overdracht vermogensbestanddelen**

### *5.3.1 Vaste inrichting vs. Deelneming*

Bij de overdracht van vermogensbestanddelen met stille reserves van een belastingplichtige naar een andere staat is sprake van een verschil in behandeling tussen overdracht naar een

---

<sup>258</sup> Zie noot P.J. Wattel, HvJ EG 23 oktober 2008, zaak C-157/07 (KR Wannsee), BNB 2009/86 (m.nt. P.J. Wattel).

<sup>259</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EU 28 februari 2008, nr. C-293/06 (Deutsche Shell), BNB 2008/84 (m.nt. P.J. Wattel).

buitenlandse deelneming en overdracht naar een buitenlandse vaste inrichting. Op grond van art. 8b Wet Vpb 1969 dient bij een overdracht van een vermogensbestanddeel van een belastingplichtige naar een ander lichaam, waarin de belastingplichtige een deelneming heeft, een zakelijke prijs te worden berekend. Dit leidt tot winstneming bij de overdracht van vermogensbestanddelen met stille reserves van een belastingplichtige naar een dochtermaatschappij. Uitstel van winstneming, omdat sprake is van gelieerde partijen, is niet mogelijk.<sup>260</sup> Bij de overdracht van vermogensbestanddelen met stille reserves van een belastingplichtige naar een buitenlandse vaste inrichting is geen sprake van een realisatiemoment. Bij het duurzaam overbrengen van een vermogensbestanddeel met stille reserves van het hoofdhuis naar een buitenlandse vaste inrichting, moet het vermogensbestanddeel op de balans van de vaste inrichting worden opgenomen tegen waarde economisch verkeer. Bij verkoop door de vaste inrichting van het duurzaam overgedragen vermogensbestanddeel aan een derde of bij verschillen in afschrijvingen op het vermogensbestanddeel tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting ontstaat een verschil tussen de aftrek- en bijdragewinst. Door de verschillen in aftrek- en bijdragewinst vindt belastingheffing over de stille reserves plaats bij de belastingplichtige.<sup>261</sup>

Het onderscheid tussen de belastingplichtige die een vermogensbestanddeel met stille reserves overbrengt naar een buitenlandse deelneming en de belastingplichtige die een vermogensbestanddeel met stille reserves overbrengt naar een buitenlandse vaste inrichting op zich zorgt niet voor een belemmering van de vrijheid van vestiging. Zoals eerder in dit hoofdstuk besproken is het op grond van de zaak *Columbus Container Services* en de zaak *X-Holding* toegestaan om onderscheid te maken in de behandeling van een buitenlandse vaste inrichting en de buitenlandse deelneming.

### *5.3.2 Overdracht vermogensbestanddelen naar een buitenlandse vaste inrichting*

Doordat na overdracht van een vermogensbestanddeel met stille reserves bij het bepalen van de aftrekwinst van de vaste inrichting afgeschreven moet worden over de waarde economische verkeer en bij het berekenen van de bijdragewinst wordt afgeschreven over de boekwaarde<sup>262</sup>, vindt een belastingheffing plaats bij de belastingplichtige. In een binnenlandse situatie waarbij een belastingplichtige een vermogensbestanddeel met stille reserves overdraagt aan een binnenlands filiaal zou geen sprake zijn van een verschil in afschrijving,

---

<sup>260</sup> HR 8 mei 1957, nr. 12 931, BNB 1957/208.

<sup>261</sup> Zie paragraaf 2.5.2.

<sup>262</sup> De boekwaarde op de fiscale balans van belastingplichtige (het hoofdhuis).



omdat bij het filiaal niet het vermogensbestanddeel hoeft te worden geherwaardeerd naar waarde economisch verkeer.

In de zaak National Grid Indus<sup>263</sup> is een eindafrekening over ongerealiseerde winsten bij zetelverplaatsing in strijd geacht met de vrijheid van vestiging. In de situatie van overdracht van een vermogensbestanddeel naar een buitenlandse vaste inrichting is geen sprake van een directe afrekening. Belastingheffing over de stille reserves vindt plaats bij verkoop aan een derde of door het ontstaan van een verschil in afschrijving bij de vaste inrichting ten opzichte van het hoofdhuis. De staatssecretaris van Financiën zegt dat sprake is van een realisatie van stille reserves van een vermogensbestanddeel, indien in de andere staat afschrijving kan plaatsvinden over een hoger bedrag dan mogelijk was geweest in het geval het vermogensbestanddeel niet verplaatst was naar een andere staat.<sup>264</sup> Hier sluit ik me bij aan. Was het vermogensbestanddeel met stille reserves niet overgedragen naar de buitenlandse vaste inrichting, dan zouden de afschrijving op het vermogensbestanddeel lager zijn geweest, wat resulteert in een lagere belastbare winst.<sup>265</sup>

In hoofdstuk 2 is de situatie behandeld dat in de vaste inrichtingstaat geen mogelijkheid was de afschrijving op het vermogensbestanddeel in aftrek te brengen op een positief resultaat uit de vaste inrichting.<sup>266</sup> Door de afschrijvingen ontstaat bij de vaste inrichting een (groter) negatief resultaat, welk resultaat niet tot uitdrukking komt in de bijdragewinst. Hierdoor vindt een hogere bijtelling bij de belastingplichtige plaats, waarvoor geen vrijstelling wordt verleend door de toepassing van de objectvrijstelling. Voor zover in latere jaren de verliezen van de buitenlandse vaste inrichting kunnen worden verrekend met positieve resultaten van de vaste inrichting is slechts sprake van een tijdelijk verschil. Hier is enkel sprake van een liquiditeitsnadeel bij de belastingplichtige. In de zaak Lidl Belgium<sup>267</sup> was geen sprake van een strijdige belemmering van de vrijheid van vestiging indien verliezen niet bij het hoofdhuis in aftrek worden toegestaan voor zover deze verliezen in toekomstige belastingjaren in aanmerking kunnen worden genomen bij de vaste inrichting. Mijns inziens is de uitspraak in de zaak Lidl Belgium in deze situatie eveneens van toepassing. De verliezen kunnen mogelijk in latere belastingjaren worden verrekend met toekomstig behaalde positieve resultaten van de

---

<sup>263</sup> HvJ EG 22 november 2011, zaak C-371/10 (National Grid Indus), BNB 2012/40 (concl. A-G Kokott; m.nt. S.C.W. Douma).

<sup>264</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 262, nr. 3, blz. 5.

<sup>265</sup> In dit geval wordt voor het gemak ervan uitgegaan dat de overige omstandigheden gelijk zijn gebleven en dat de hoogte van de winst (met uitzondering van de afschrijving op het vermogensbestanddeel) niet anders zou zijn geweest met of zonder verplaatsing van het vermogensbestanddeel.

<sup>266</sup> Zie paragraaf 2.5.2.

<sup>267</sup> HvJ EG 15 mei 2008, nr. C-414/06 (Lidl Belgium), BNB 2009/85 (m.nt. P.J. Wattel).

vaste inrichting. Indien dit niet mogelijk is kunnen de verliezen onderdeel uitmaken van een toekomstig te claimen stakingsverlies. Hierdoor is mijns inziens in deze situatie geen sprake van een strijdige belemmering van de vrijheid van vestiging.

## **5.4 Laagbelaste beleggingsopbrengsten**

### *5.4.1 Vaste inrichting vs. Deelneming*

In de objectvrijstelling is een speciale regeling opgenomen voor inkomsten uit laagbelaste buitenlandse beleggingsondernemingen. De regeling voor de laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming is gebaseerd op de regeling voor inkomsten uit beleggingsdeelnemingen in de deelnemingsvrijstelling. Hierdoor komen beide regelingen grotendeels overeen. Het voornaamste verschil tussen de twee regelingen zit in de toetsen die kunnen bepalen of de buitenlandse onderneming of de deelneming kwalificeert als een beleggingsonderneming respectievelijk een beleggingsdeelneming; de werkzaamhedentoets en de bezittingentoets.

De werkzaamhedentoets voor de buitenlandse onderneming uit art. 15g, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969 toets of de werkzaamheden van de buitenlandse onderneming, tezamen met de werkzaamheden van lichamen waarvan een belang van ten minste 5% is toe te rekenen aan de buitenlandse onderneming, niet grotendeels bestaan uit beleggen, passief financieren van de belastingplichtige of een met de belastingplichtige verbonden lichaam, dan wel het passief ter beschikking stellen van bedrijfsmiddelen aan een belastingplichtige of een met de belastingplichtige verbonden lichaam. Uitzonderingen hierop zijn actieve financierings- of terbeschikkingstellingswerkzaamheden en werkzaamheden die bestaan uit het houden van onroerende goederen.<sup>268</sup>

Bij de bezittingentoets wordt getoetst of de bezittingen van de deelneming niet grotendeels bestaan uit vrije beleggingen. Onder vrije beleggingen worden verstaan:

- Andere dan redelijkerwijs noodzakelijke beleggingen, met uitzondering van (rechten op) onroerende zaken;
- Bezittingen die worden aangewend voor passieve financieringswerkzaamheden;

---

<sup>268</sup> Art. 15g, tweede lid, Wet Vpb 1969.

- Bedrijfsmiddelen die worden aangewend voor passieve terbeschikkingstellingswerkzaamheden.<sup>269</sup>

Allereerst vindt de toetsing van de buitenlandse onderneming plaats naar de werkzaamheden van de buitenlandse onderneming. Bij de deelneming wordt gekeken naar de bezittingen van het lichaam. Dit verschil is te verklaren aan de hand van de winsttoerekening aan de buitenlandse vaste inrichting. De toerekening van activa aan een vaste inrichting en voor het bepalen van de belastbare inkomsten van de vaste inrichting wordt bepaald aan de hand van de werkzaamheden en de functies die worden uitgeoefend door de vaste inrichting.<sup>270</sup>

Daarnaast bestaat er een verschil tussen de inhoud van de beide toetsen. In de werkzaamhedentoets wordt slechts gesproken over ‘beleggen’, terwijl in de bezittingentoets wordt gesproken over ‘vrije beleggingen’. De redactie van de Vakstudie Nieuws<sup>271</sup> noemen als mogelijke verklaring voor dit verschil, dat vrije beleggingen mogelijk sowieso al niet toerekenbaar zijn aan een buitenlandse onderneming.

Mijns inziens is met de hiervoor genoemde verschillen geen sprake van discriminatie of een belemmering van de vrijheid van vestiging voor de vaste inrichting. Beide toetsen beoordelen of sprake is van het beleggen van vermogen, dan wel het uitvoeren van passieve financierings- of terbeschikkingstellingswerkzaamheden aan verbonden lichamen. Tevens gelden zowel voor de buitenlandse onderneming als voor de buitenlandse deelneming de uitzonderingen voor actieve financierings- of terbeschikkingstellingswerkzaamheden en het houden van onroerende zaken.

#### *5.4.2 Laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming*

In beginsel staat het lidstaten vrij een keuze te maken om voorkoming van dubbele belasting te verlenen op grond van een verrekeningsmethode of door middel van de vrijstellingsmethode.<sup>272</sup> Wel dient de regeling voor voorkoming van dubbele belasting in overeenstemming te zijn met de verdragsvrijheden uit het VwEU.<sup>273</sup>

Voor de laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming wordt een verrekeningsmethode toegepast. Indien geen sprake is van een laagbelaste beleggingsonderneming, wordt een

<sup>269</sup> Art. 13, twaalfde lid, onderdeel a tot en met c, Wet Vpb 1969.

<sup>270</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 97.

<sup>271</sup> De redactie van Vakstudie Nieuws (V-N 2011/45.4).

<sup>272</sup> Zie art. 4, eerste lid, Moeder-dochterrichtlijn.

<sup>273</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EG 6 december 2007, zaak C-298/05 (Columbus Container Services), FED 2008/35 (m.nt. D.S. Smit).

vrijstellingsmethode toegepast. Hierdoor kan het voorkomen dat inkomsten uit bepaalde staten wel en uit andere staten niet in aanmerking komen voor toepassing van de vrijstellingsmethode en slechts een verrekening krijgen voor de in de andere staat geheven belasting over deze inkomsten. Een situatie met een laagbelaste beleggingsonderneming kan zich in een binnenlandse situatie niet voordoen, omdat de winst van een binnenlands filiaal van een belastingplichtige behoort tot de belastbare winst van de belastingplichtige.

In de zaak FII<sup>274</sup> werd voor buitenlandse dividenden wel en voor binnenlandse dividenden geen aanvullende heffing toegepast. Dit werd niet geacht in strijd te zijn met het Europese recht, zolang in het totaal de buitenlandse dividenden niet zwaarder werden belast dan de binnenlandse dividenden. In de zaak Cadbury Schweppes<sup>275</sup> werd de benadering uit de zaak FII niet toegepast op een CFC (Controlled Foreign Company) regeling. Door deze regeling werden voor inkomsten uit een CFC in het Verenigd Koninkrijk een verrekening van dubbele belasting gegeven, terwijl in een binnenlandse situatie een vrijstelling van toepassing was. Deze regeling kon enkel worden gerechtvaardigd, voor zover de regeling zag op het voorkomen van misbruik. Uit deze zaak kan worden geconcludeerd dat de lidstaten elkaars belastingtarieven moeten erkennen en niet zomaar mogen bijheffen indien sprake is van een lager tarief waaraan buitenlandse inkomsten zijn onderworpen. Het is wel toegestaan voor een lidstaat om bij te heffen in het geval dat sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie, welke dient om de nationale heffing te ontwijken.

In de zaak Columbus Container Services<sup>276</sup> wordt voor het toepassen van een verrekeningsmethode in plaats van een vrijstellingsmethode voor een buitenlandse vaste inrichting uitspraak gedaan in overeenstemming met de uitspraak in de zaak FII. Het toepassen van een verrekeningsmethode voor een buitenlandse vaste inrichting wordt niet in strijd geacht met de vrijheid van vestiging. Dit omdat de regeling er enkel toe leidt dat het belastingtarief voor de winst van een buitenlandse vaste inrichting gelijk is aan het belastingtarief in de binnenlandse situatie. Mijns inziens is de regeling voor de laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming in overeenstemming met de zaak Columbus Container Services, omdat deze zaak eveneens ziet op het toepassen van een verrekeningsmethode voor inkomsten uit een buitenlandse passieve vaste inrichting. Door de regeling van de laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming wordt het belastingtarief van de passieve buitenlandse

---

<sup>274</sup> HvJ EG 12 december 2006, zaak C-446/04 (FII), BNB 2007/130 (m.nt. P.J. Wattel).

<sup>275</sup> HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04 (Cadbury Schweppes), BNB 2007/54 (m.nt. P.J. Wattel).

<sup>276</sup> HvJ EG 6 december 2007, zaak C-298/05 (Columbus Container Services), V-N 200 2007/59.8.

vaste inrichting gelijkgetrokken met het belastingtarief in de binnenlandse situatie, er is geen sprake van een zwaardere belastingheffing. Hierdoor kan mijns inziens worden geconcludeerd dat de regeling voor de laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming niet in strijd is met de vrijheid van vestiging.

## **5.5 Verlies door staking/liquidatie**

### *5.5.1 Vaste inrichting vs. Deelneming*

De stakingsverliesregeling is waarschijnlijk opgenomen om de objectvrijstelling in overeenstemming te laten zijn met het EU-recht.<sup>277</sup> In het arrest *Marks & Spencers II*<sup>278</sup> is door het HvJ EG geoordeeld dat definitief geleden verliezen van een buitenlandse deelneming moeten kunnen worden verrekend met de binnenlandse moedermaatschappij. In het arrest *Lidl Belgium*<sup>279</sup> is besloten dat het niet in aftrek toestaan van verliezen van een vaste inrichting, welke nog in de toekomst kunnen worden verrekend met winsten van de vaste inrichting, niet in strijd is met het EU-recht. Dit wil zeggen dat voor de buitenlandse vaste inrichting en voor de buitenlandse deelneming niet de mogelijkheid hoeft te bestaan om nog niet-definitieve verliezen te kunnen verrekenen met binnenlandse resultaten.

Of de stakingsverliesregeling uit art. 15i en 15j Wet Vpb 1969 in overeenstemming is met het EU-recht wordt in de literatuur echter nog enigszins in twijfel getrokken.<sup>280</sup> Voor toepassing van de objectvrijstelling worden de winsten per staat bepaald. Heeft een belastingplichtige in een staat meerdere vaste inrichtingen, dan worden de winsten hieruit samengenomen voor het bepalen van de vrijstelling ('per country'-methode). De staatssecretaris stelt dat de 'per country'-methode tevens aansluit bij de omgekeerde situatie waarbij alle Nederlandse inkomsten van een buitenlandse belastingplichtige worden samengesteld voordat zij is de heffing worden betrokken.<sup>281</sup> Heeft een belastingplichtige meerdere deelnemingen in een andere staat, dan wordt voor de deelnemingsvrijstelling de vrijstelling bepaald per deelneming.

Het verschil in behandeling van buitenlandse vaste inrichtingen ten opzichte van buitenlandse deelnemingen komt tot uitdrukking indien sprake is van verliezen in een bepaalde staat. Een

---

<sup>277</sup> Zie onder andere de redactie van Vakstudie Nieuws (V-N 2011/45.4).

<sup>278</sup> HvJ EG 12 december 2005, zaak C-446/03 (*Marks & Spencer II*), BNB 2006/72 (concl. A-G Poiares Maduro; m.nt. P.J. Wattel).

<sup>279</sup> HvJ EG 15 mei 2008, zaak C-414/06 (*Lidl Belgium*), BNB 2009/85 (m.nt. P.J. Wattel).

<sup>280</sup> Zie onder andere F.P.G. Pötgens en J.W. Bellingwout, *Objectvrijstelling voor vaste inrichting: Much Ado About Nothing?*, WFR 2012/654 en de redactie van Vakstudie Nieuws (V-N 2011/45.4).

<sup>281</sup> Kamerstukken 2011/2012, 33 003, nr. 3, blz. 93.

definitief verlies van een vaste inrichting kan enkel in aanmerking worden genomen indien alle activiteiten in de staat waar de vaste inrichting is gevestigd, zijn gestaakt. Wanneer een deelneming definitieve verliezen incasseert, kan de moedermaatschappij aanspraak maken op toepassing van de liquidatieverliesregeling ook indien in dezelfde staat zich nog andere deelnemingen bevinden.<sup>282</sup>

Door dit verschil in behandeling kan het aantrekkelijker zijn om activiteiten in het buitenland af te zonderen door deze onder te brengen in een deelneming in plaats van een vaste inrichting. Het verschil in behandeling leidt mijns inziens niet tot een belemmering van de vrijheid van vestiging. Zoals eerder in dit hoofdstuk besproken is het op grond van de zaak Columbus Container Services en de zaak X-Holding toegestaan om onderscheid te maken in de behandeling van een buitenlandse vaste inrichting en de buitenlandse deelneming.

### *5.5.2 Stakingsverlies vaste inrichting*

#### *5.5.2.1 De 'per country'-methode*

De 'per country'-methode voor buitenlandse vaste inrichtingen kan worden vergeleken met de binnenlandse situatie. In het geval een belastingplichtige meerdere filialen in Nederland heeft, worden de resultaten van deze filialen gesaldeerd voor het bepalen van het belastbaar inkomen in Nederland. Dit leidt in de binnenlandse situatie er wel toe dat de resultaten van alle losse filialen direct invloed hebben op het belastbaar inkomen van de belastingplichtige. Aan de ene kant is sprake van een vergelijkbare situatie, omdat in de binnenlandse situatie eveneens de resultaten van alle filialen worden gesaldeerd. Daarentegen hebben de resultaten van alle losse Nederlandse filialen wel direct invloed op het belastbaar inkomen van de belastingplichtige. Uit de zaak Lidl Belgium is gebleken dat dit niet hoeft te betekenen dat de verliezen van een buitenlandse vaste inrichting direct in aftrek moeten komen op de binnenlandse resultaat. In de zaak Lidl Belgium ging het slechts om één vaste inrichting en niet om meerdere zoals in de hiervoor geschetste situatie met meerdere vaste inrichtingen in een staat. Mijns inziens doet dit niet af aan de toepasselijkheid van de uitspraak in de zaak Lidl Belgium op de Nederlandse regeling, ondanks dat het onder de Nederlandse regeling om meerdere vaste inrichtingen in een staat kan gaan, is slechts sprake van één belastingplichtige.

---

<sup>282</sup> Uitgaande van een situatie waarbij aan de voorwaarde voor toepassing van de liquidatieverliesregeling wordt voldaan. Dit betekent onder andere dat geenszins sprake mag zijn van een tegemoetkoming bij de belastingheffing ter zake van het liquidatieverlies bij de andere deelnemingen (verbonden lichamen) in die andere staat.

Bij de ‘per country’-methode vindt de aftrek niet plaats aan de hand van alle zelfstandig behaalde resultaten van iedere vaste inrichting, maar dit is mijns inziens inherent aan het feit dat slechts sprake is van één belastingplichtige. Het is noodzakelijk om de resultaten ‘per country’ te bepalen voor de evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid over de verschillende staten. Echter, gaat het mijns inziens te ver om voorkoming van dubbele belasting te verlenen op grond van de objectvrijstelling per individuele vaste inrichting.

#### *5.5.2.2 Voortzetting van activiteiten*

Indien de belastingplichtige binnen een termijn van drie jaar wederom winst geniet uit de staat waarvoor het stakingsverlies is geclaimd of indien sprake is van voortzetting van de activiteiten door een met de belastingplichtige verbonden lichaam, wordt het eerder in aftrek gebrachte stakingsverlies weer bijgeteld bij de winst van de belastingplichtige of het met de belastingplichtige verbonden lichaam. Dit leidt tot een belemmering van de vrijheid van vestiging, omdat in een binnenlandse situatie geen sprake kan zijn van een bijtelling van eerder in aftrek gebrachte verliezen van een binnenlands filiaal.

In de zaak *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee*<sup>283</sup> ging het om de vraag of de Duitse inhaalregeling die geen rekening hield met het feit dat verliezen werden ingehaald waarvoor in de vaste inrichtingstaat geen verrekening kon plaatsvinden met aldaar behaalde winsten in strijd was met de vrijheid van vestiging. De regeling leidde volgens het HvJ EG tot een belemmering van de vrijheid van vestiging, welke werd gerechtvaardigd door het belang van een evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten. Mijns inziens kan de belemmering van het terugnemen van het stakingsverlies bij voortzetting binnen drie jaar eveneens worden gerechtvaardigd door het belang van een evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, ondanks dat niet duidelijk is of door de voortzetting van de activiteiten daadwerkelijk een verrekening kan plaatsvinden van de eerder geleden verliezen. Indien later blijkt dat de verliezen toch definitief zijn geleden, kunnen de verliezen worden meegenomen in een toekomstig stakingsverlies en dus alsnog in aftrek komen op het resultaat van de belastingplichtige.

---

<sup>283</sup> HvJ EG 23 oktober 2008, zaak C-157/07 (*KR Wannsee*), BNB 2009/86 (m.nt. P.J. Wattel).

## 5.6 Buitenlands belastingplichtigen

### 5.6.1 Vaste inrichting vs. Deelneming

Op grond van art. 18 Wet Vpb 1969 wordt de belastbare winst uit onderneming voor de buitenlands belastingplichtigen eveneens bepaald met toepassing van art. 13 Wet Vpb 1969. Dit wil zeggen dat voor het bepalen van de winst van een buitenlandse belastingplichtige eveneens de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. In art. 18 Wet Vpb 1969 zijn niet art. 15e tot en met art. 15j Wet Vpb 1969 opgenomen. Hierdoor is de objectvrijstelling niet van toepassing bij het bepalen van de belastbare winst uit onderneming voor de buitenlands belastingplichtigen. Dit leidt tot een verschil in behandeling van een buitenlandse belastingplichtige met een vaste inrichting in Nederland waaraan de aandelen van een buitenlands lichaam zijn toe te rekenen en een buitenlandse belastingplichtige met een vaste inrichting in Nederland, welke op zijn beurt een sub-vaste-inrichting heeft in een derde staat. Uit de volgende paragraaf zal blijken dat dit mijns inziens niet tot een strijdigheid van de vrijheid van vestiging kan leiden, omdat mijns inziens een sub-vaste-inrichting in Nederland niet belast is.

### 5.6.2 Objectvrijstelling voor buitenlands belastingplichtigen

In art. 18 Wet Vpb 1969 is geen verwijzing opgenomen naar de objectvrijstelling. In de derde Nota van Wijziging<sup>284</sup> was opgenomen dat de verwijzing uit art. 18 Wet Vpb 1969 naar art. 15e Wet Vpb 1969 abusievelijk was blijven staan en dat deze verwijzing kwam te vervallen. Dit betekent dat voor het bepalen van de winst uit onderneming bij een buitenlandse belastingplichtige art. 15e Wet Vpb 1969 niet van toepassing is. De objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten is dus niet van toepassing voor buitenlands belastingplichtigen.

Pijl<sup>285</sup> merkt terecht op dat het van toepassing zijn van de objectvrijstelling bij het bepalen van de winst uit onderneming van een buitenlandse belastingplichtige enkel betekenisvol is, indien voor de objectvrijstelling relevante inkomensbestanddelen ook daadwerkelijk kunnen worden toegerekend aan de vaste inrichting in Nederland van de buitenlandse belastingplichtige. Pijl gaat in zijn artikel in op vrijgesteld passief inkomen, onroerende

---

<sup>284</sup> Kamerstukken 2011-2012, 33 003, nr. 11.

<sup>285</sup> H. Pijl, *Non-discriminatie: objectvrijstelling voor buitenlands belastingplichtigen*, WFR 2012/60.



zaken, rechten op aandelen in de winst en de vaste inrichting onder een Nederlandse vaste inrichting (sub-vaste-inrichting).<sup>286</sup>

Een voorbeeld van een vaste inrichting onder een Nederlandse vaste inrichting, de sub-vaste-inrichting, is wanneer een transparant samenwerkingsverband in Nederland een project uitvoert in een derde land. Het transparante samenwerkingsverband in Nederland is geen vennootschapsbelastingplichtig lichaam, het samenwerkingsverband kan hierdoor worden aangemerkt als een vaste inrichting.<sup>287</sup> Indien het project in het derde land tevens wordt aangemerkt als vaste inrichting, dan is sprake van een sub-vaste-inrichting.

De vraag is hoe in de belastingheffing en bij de voorkoming van dubbele belastingheffing wordt omgegaan met de sub-vaste-inrichting. Pijl zegt dat de het ministerie van Financiën er vanuit gaat dat een vaste inrichting geen sub-vaste-inrichting kan hebben. Hiervan is echter geen gepubliceerd (uitvoerings)beleid bekend.<sup>288</sup> Als een sub-vaste-inrichting voor de Nederlandse belastingheffing niet bestaat, zou dit tot gevolg hebben dat de winst van de sub-vaste-inrichting niet in Nederland toe wordt gerekend aan het resultaat van de Nederlandse vaste inrichting. Hierdoor vindt in Nederland geen belastingheffing plaats over de winst van de sub-vaste-inrichting en is toepassing van de objectvrijstelling voor de buitenlandse belastingplichtige niet van belang voor winsten uit de sub-vaste-inrichting. Doordat geen sprake is van belastingheffing, kan tevens geen sprake zijn van een belemmering.

Het onderscheid dat wordt gemaakt tussen binnenlands belastingplichtigen en buitenlands belastingplichtigen leidt niet tot een belemmering van de vrijheid van vestiging in geval de inkomsten uit een sub-vaste-inrichting niet in de Nederlandse heffing worden betrokken. In dit geval is met betrekking tot het niet van toepassing zijn van de objectvrijstelling voor buitenlands belastingplichtigen met een sub-vaste-inrichting mijns inziens geen sprake van strijdigheid met het Europese recht.

Stel dat wel sprake is van het in de heffing betrekken van inkomsten van een sub-vaste-inrichting bij de buitenlandse belastingplichtige, dan is wel sprake van een belemmering van de vrijheid van vestiging. Dit omdat een buitenlandse belastingplichtige geen recht heeft op toepassing van de objectvrijstelling, terwijl een binnenlandse belastingplichtige wel recht heeft op toepassing hiervan. Dit onderscheid leidt tot een directe discriminatie naar

---

<sup>286</sup> In deze scriptie ga ik enkel in op de problematiek met de vaste inrichting onder een Nederlandse vaste inrichting.

<sup>287</sup> Indien aan de vereiste voor het bestaan van een vaste inrichting wordt voldaan.

<sup>288</sup> H. Pijl, *Non-discriminatie: objectvrijstelling voor buitenlands belastingplichtigen*, WFR 2012/60.

nationaliteit, waarvoor geen rechtvaardigingsgrond aanwezig is. Indien het inkomen van een sub-vaste-inrichting in de Nederlandse heffing kan worden betrokken, leidt het niet van toepassing zijn van de objectvrijstelling voor een buitenlandse belastingplichtige tot een strijdige belemmering van de vrijheid van vestiging. Dit omdat het verschil in behandeling van een in Nederland gevestigde vaste inrichting van een buitenlands lichaam ten opzichte van een in Nederland gevestigde kapitaalvennootschap leidt tot een belemmering van de vrije keuze van de vorm waarin een inwoner van een van de lidstaten een onderneming of een gedeelte van een onderneming kan drijven in Nederland.<sup>289</sup> Deze strijdigheid met de vrijheid van vestiging is mijns inziens zeer simpel op te lossen, door het opnemen van art. 15e tot en met art. 15j Wet Vpb 1969 in art. 18 Wet Vpb 1969. Hierdoor zal de objectvrijstelling tevens van toepassing zijn bij het bepalen van de belastbare winst van buitenlands belastingplichtigen.

## **5.7 Conclusie**

In dit hoofdstuk is de objectvrijstelling voor de vaste inrichting op vijf punten vergeleken met de deelnemingsvrijstelling en tevens is de regeling van objectvrijstelling voor de buitenlandse vaste inrichting op deze vijf punten zelfstandig getoetst aan het Europese recht.

Op grond van de zaak *Columbus Container Services* en de zaak *X-Holding* is het toegestaan om onderscheid te maken in de behandeling tussen een buitenlandse vaste inrichting en een buitenlandse deelneming. De verschillen in behandeling kunnen worden aangemerkt als belemmeringen zonder onderscheid, omdat voor het toepassen van de objectvrijstelling, dan wel de deelnemingsvrijstelling geen onderscheid wordt gemaakt naar nationaliteit. Bij het onderzoeken van de verschillen in behandeling tussen een belastingplichtige met een buitenlandse vaste inrichting en een belastingplichtige met een buitenlandse deelneming kan enkel sprake zijn van een strijdige belemmering indien een rechtstreekse voorwaarde wordt gesteld aan de vrijheid van vestiging of geen rekening wordt gehouden met de wederzijdse erkenning van de belastingregelingen van de andere lidstaten.

Op grond het voorgaande kan mijns inziens worden geconcludeerd dat het verschil in behandeling van valutaresultaten, de overdracht van vermogensbestanddelen en stakings- of liquidatieverliezen tussen de belastingplichtige met een buitenlandse vaste inrichting en een belastingplichtige met een buitenlandse deelneming, geen strijdigheid oplevert met de vrijheid

---

<sup>289</sup> Vergelijk HvJ EG 21 september 1999, zaak C-307/97 (*Saint-Gobain*), BNB 2000/75 (concl. A-G Mischo; m.nt. I.J.J. Burgers).

van vestiging. Bij de vergelijking van de regeling voor de laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming ten opzichte van de laagbelaste beleggingsdeelneming is mijns inziens geen sprake van een significant onderscheid en kan hierdoor ook niet worden gesproken van een belemmering van het vrije verkeer.

Bij de zelfstandige toets van de objectvrijstelling voor de vaste inrichting kan op een aantal vlakken worden gesproken van belemmeringen met onderscheid. Bij verschillende onderdelen is sprake van een onderscheid tussen een grensoverschrijdende situatie ten opzichte van een binnenlandse situatie. Tevens zijn aan de orde gekomen het onderscheid tussen verschillende grensoverschrijdende situaties en onderscheid naar nationaliteit.

Op grond van de zaak Deutsche Shell moeten valutaresultaten die niet tot uitdrukking kunnen komen bij de vaste inrichting in aanmerking worden genomen bij het belastingplichtige hoofdhuis. De regeling van de objectvrijstelling is op dit vlak in overeenstemming met deze uitspraak van het HvJ EG. Echter, dat door de wijze waarop de aftrek- en bijdragewinst worden vastgesteld tevens een ‘fantomwinst’ kan ontstaan, is mijns inziens een strijdige belemmering van de vrijheid van vestiging.

Bij de overdracht van vermogensbestanddelen wordt slechts geheven over de eventueel aanwezige stille reserves bij verkoop van het vermogensbestanddeel door de vaste inrichting aan een derde of bij het ontstaan van een verschil in afschrijving bij de vaste inrichting vergeleken met het hoofdhuis. Mijns inziens wordt hierdoor voldoende aangesloten bij de realisatie van de stille reserves en is geen sprake van strijdigheid met de vrijheid van vestiging.

De laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming is mijns inziens in overeenstemming met de uitspraak in de zaak Columbus Container Services. De regeling van de laagbelaste beleggingsonderneming is hierdoor niet in strijd met de vrijheid van vestiging. De regeling leidt er enkel toe dat de winst van een passieve buitenlandse vaste inrichting aan een gelijk belastingtarief is onderworpen als het geval zou zijn in een binnenlandse situatie.

De stakingsverliesregeling veroorzaakt op twee vlakken onderscheid tussen een binnenlandse situatie en een grensoverschrijdende situatie. Allereerst wordt door toepassing van de ‘per country’-methode een stakingsverlies pas definitief indien alle activiteiten in een bepaalde staat zijn gestaakt. Hierdoor kan niet per vaste inrichting een stakingsverlies worden geclaimd. Mijns inziens is dit inherent aan het feit dat slechts sprake is van één

belastingplichtige. Daarnaast moet het stakingsverlies worden teruggenomen indien binnen een termijn van drie jaar wederom winst uit de staat wordt behaald waar het stakingsverlies was geclaimd of indien sprake is van voortzetting van de activiteiten door een verbonden lichaam. Mijns inziens levert dit eveneens geen strijdigheid op met de vrijheid van vestiging, omdat het mogelijk is dat bij voortzetting van activiteiten nieuwe verrekeningsmogelijkheden ontstaan voor het eerder geleden verlies.

Ten slotte is het niet van toepassing zijn van de objectvrijstelling voor de vaste inrichting voor buitenlands belastingplichtigen getoetst. Dit leidt mijns inziens niet tot een belemmering van de vrijheid van vestiging, omdat volgens Pijl het ministerie van Financiën van mening is dat een sub-vaste-inrichting niet kan bestaan. Hierdoor zullen inkomsten uit een sub-vaste-inrichting niet aan de buitenlandse belastingplichtige worden toegerekend en is geen sprake van belastingheffing. Indien geen sprake is van belastingheffing is de toepassing van de objectvrijstelling voor inkomsten uit een sub-vaste-inrichting overbodig. Hierdoor kan het niet van toepassing zijn van de objectvrijstelling voor buitenlands belastingplichtige mijns inziens niet tot een strijdige belemmering van de vrijheid van vestiging leiden. Echter, indien de inkomsten van een sub-vaste-inrichting wel in de Nederlandse heffing worden betrokken bij de buitenlandse belastingplichtige, dan is wel sprake van een strijdige belemmering van de vrijheid van vestiging. Deze belemmering kan mijns inziens worden voorkomen door het opnemen van art. 15e tot en met art. 15j Wet Vpb 1969 in art. 18 Wet Vpb 1969, waardoor de objectvrijstelling wel van toepassing is bij het bepalen van de belastbare winst van een buitenlandse belastingplichtige.

## **Hoofdstuk 6 – Conclusie**

Op 1 januari 2012 is de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten ingevoerd. Met de invoering van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten wil de overheid tot een meer gelijke fiscale behandeling komen van de vaste inrichting en de deelneming. In deze scriptie is een uiteenzetting gegeven van objectvrijstelling. Vervolgens is de deelnemingsvrijstelling behandeld. Aan de hand hiervan is onderzoek gedaan naar de belangrijkste verschillen in fiscale behandeling van de belastingplichtige met een buitenlandse vaste inrichting en de belastingplichtige met een buitenlandse deelneming. Deze verschillen zijn getoetst aan de vrijheid van vestiging uit het VwEU. Tevens is op deze punten onderzoek gedaan naar de Europees rechtelijke houdbaarheid van de regeling van de objectvrijstelling op zichzelf. Aan de hand hiervan wordt in deze conclusie antwoord gegeven op de probleemstelling.

*“Is de objectvrijstelling voor de buitenlandse vaste inrichting in overeenstemming met het Europese recht en leiden de verschillen in fiscale behandeling van een belastingplichtige met een buitenlandse vaste inrichting en een belastingplichtige met een buitenlandse deelneming tot een belemmering van het vrije verkeer?”*

De objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten is grotendeels vergelijkbaar met de deelnemingsvrijstelling. Ondanks de overeenkomsten tussen beide regelingen zijn een aantal belangrijke verschillen te onderkennen. Voor de volgende punten is onderzocht of deze leiden tot strijdige belemmeringen van de vrijheid van vestiging:

1. Valutakoersresultaten
2. Overdracht vermogensbestanddelen
3. Laagbelaste beleggingsopbrengsten
4. Verlies door staking/liquidatie
5. Buitenlands belastingplichtigen

Bij de vergelijking tussen de behandeling van een belastingplichtige met een buitenlandse vaste inrichting en een belastingplichtige met een buitenlandse deelneming is geen sprake van een onderscheid naar nationaliteit. Welk van beide regelingen moet worden toegepast, is afhankelijk van de buitenlandse ondernemingsvorm, namelijk een deelneming of een vaste inrichting. Bij een belemmering zonder onderscheid wordt door het HvJ EU minder streng geoordeeld over het al dan niet in strijd zijn met het vrije verkeer. Een belemmering zonder

onderscheid wordt enkel in strijd geacht met het vrije verkeer indien de regeling een rechtstreekse beperking geeft van het vrije verkeer of in geval de regeling niet in overeenstemming is met het beginsel van wederzijdse erkenning.

In de zaak *Columbus Container Services* en de zaak *X-Holding* heeft het HvJ EG/EU aangegeven dat het toegestaan is om een onderscheid te maken in de fiscale behandeling van een belastingplichtige met een buitenlandse vaste inrichting en een belastingplichtige met een buitenlandse deelneming. Het onderscheid dat wordt gemaakt tussen de fiscale behandeling van een belastingplichtige met een buitenlandse vaste inrichting en een belastingplichtige met een buitenlandse deelneming op het gebied van valutaresultaten, overgedragen vermogensbestanddelen en definitieve verliezen is mijns inziens hierdoor ook niet in strijd met het Europese recht. Het onderscheid dat wordt gemaakt bij de behandeling van laagbelaste beleggingsopbrengsten is mijns inziens dermate klein, dat hier niet van een belemmerend onderscheid kan worden gesproken.

Bij de toetsing van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten kan het wel mogelijk zijn dat sprake is van een belemmerende regeling met onderscheid. Het onderscheid wordt dan gemaakt tussen een binnenlandse situatie en een grensoverschrijdende situatie. Een dergelijk onderscheid wordt voor het HvJ EU strenger beoordeeld dan een regeling zonder onderscheid.

De valutaresultaten op een vaste inrichting vallen onder de Nederlandse heffingsgrondslag. Dit is in overeenstemming met de zaak *Deutsche Shell*. Echter, het mogelijk ontstaan van een ‘fantominkomen’ acht ik niet in overeenstemming met het Europese recht. Mijns inziens is hier sprake van strijdigheid met de vrijheid van vestiging, omdat in een binnenlandse situatie geen ‘fantominkomen’ kan ontstaan. Tevens is geen sprake van een rechtvaardiging van het heffen over ‘fantominkomen’.

Bij de overdracht van vermogensbestanddelen vindt geen directe heffing plaats over stille reserves. De heffing over de in Nederland ontstane stille reserves vindt pas plaats bij verkoop van het overgedragen vermogensbestanddeel aan een derde of door het verschil in afschrijving over het overgedragen vermogensbestanddeel bij het hoofdhuis en de vaste inrichting. Dat geen sprake is van directe afrekening over stille reserves is mijns inziens in overeenstemming met de uitspraak in de zaak *National Grid Indus*, waarbij een zetelverplaatsing naar het buitenland niet mocht leiden tot een directe afrekening over de stille reserves.

De regeling voor de laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming is mijns inziens in overeenstemming met eerdere rechtspraak van het HvJ EG. De regeling voor de laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming leidt enkel tot een gelijk belastingtarief bij heffing over inkomsten uit een passieve buitenlandse vaste inrichting in vergelijking met de binnenlandse situatie. Dit is in overeenstemming met de uitspraak in de zaak Columbus Container Services.

Stakingsverlies regeling is op twee punten getoetst aan de vrijheid van vestiging. De toepassing van de ‘per country’-methode en het terugnemen van het stakingsverlies bij voortzetting van activiteiten binnen een periode van drie jaar leiden beide tot een belemmering van de vrijheid van vestiging. De ‘per country’-methode kan mijns inziens worden gerechtvaardigd doordat sprake is van één belastingplichtige. Het terugnemen van het stakingsverlies bij voortzetting van activiteiten kan mijns inziens worden gerechtvaardigd doordat door de voortzetting mogelijk nieuwe verrekeningsmogelijkheden ontstaan. Hierdoor is in beide gevallen geen sprake van een strijdige belemmering van de vrijheid van vestiging.

Het laatste punt is het niet van toepassing zijn van de objectvrijstelling voor buitenlands belastingplichtigen. Mijns inziens leidt dit enkel tot een strijdige belemmering van de vrijheid van vestiging indien de inkomsten van een sub-vaste-inrichting in de Nederlandse heffing kunnen worden betrokken en niet worden vrijgesteld. Een dergelijke belemmering van de vrijheid van vestiging is op te lossen door het opnemen van de artikelen van de regeling voor de objectvrijstelling in art. 18 Wet Vpb 1969.

De objectvrijstelling voor de vaste inrichting en de verschillen in fiscale behandeling van een belastingplichtige met een buitenlandse vaste inrichting en een belastingplichtige met een buitenlandse deelneming leiden mijns inziens slechts op twee punten tot een strijdige belemmering van het vrije verkeer. Op deze twee punten is de objectvrijstelling voor de vaste inrichting mijns inziens niet in overeenstemming met het Europese recht. Zoals hiervoor besproken leidt de heffing over ‘fantominkomen’ mijns inziens tot een strijdige belemmering van de vrijheid van vestiging. Daarnaast is mijn inziens sprake van een strijdige belemmering van de vrijheid van vestiging indien de inkomsten van sub-vaste-inrichtingen bij buitenlands belastingplichtigen in de Nederlandse heffing worden betrokken en niet worden vrijgesteld. Voor beide belemmeringen acht ik een aanpassing van de wettekst wenselijk, waarmee deze belemmeringen worden opgeheven.

## Literatuurlijst

### *Boeken*

- T. Bender, *Vrijstelling ter voorkoming van dubbele belasting*, Deventer: Kluwer 2000
- J.N. Bouwman, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Amersfoort: SDU Uitgevers 2011
- I.J.J. Burgers en O.C.R. Marres, *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, Amersfoort: SDU Uitgevers 2011
- A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, FED Fiscale Studieserie, Deventer: Kluwer 2009
- D. Juch, *De deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting*, FED Fiscale Brochures, Deventer: Kluwer 1974
- S.A.W.J. Strik en N.H. de Vries, *Studenteneditie Cursus Belastingrecht – Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2009
- J. Verburg, *Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 1984
- H. Vermeulen, H. Koster, Q.W.J.C.H. Kok en J. Vleggeert, *Cursus Belastingrecht – Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2012
- D.M. Weber, *Op zoek naar een (nieuwe) balans tussen belastingsoevereiniteit en het recht op vrij verkeer binnen de EG*, Deventer: Kluwer 2006
- D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht – Europees belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2012

### *Tijdschriften*

- P.G.H. Albert, *Thema 2. Vaste Inrichting: Begrip*, WFR 1995/1442
- T. Bender, *Objectvrijstelling voor buitenlandse winst – waarom eigenlijk?*, NTFR 2011-2482
- S. Douma, *Valutaverlies op deelneming: aftrekbaar!*, NTFR 2008/2327
- S.J.C. Hemels en J.W. Rompen, *Vestiging of kapitaalverkeer: welke vrijheid heeft prioriteit?*, WFR 2010/1058



M. Koerts, *Deutsche Shell; dispariteit of belemmering van het vrije verkeer binnen de EG?*, WFR 2008/725

M.G.H. van der Kroon, *Verslag van het EFS-seminar 'Bronbelasting: waar begint en eindigt de EU'*, WFR 2012/898

H. Lohuis, *Verschillen en overeenkomsten winstbepaling vaste inrichting en dochtermaatschappij*, TFO 2011/138

H. Pijl, *Enkele kanttekeningen bij de objectvrijstelling in het Belastingplan 2012*, NTFR 2011-2223

H. Pijl, *De feestdagen en de objectvrijstelling*, NTFR 2011-2710

H. Pijl, *Non-discriminatie: objectvrijstelling voor buitenlands belastingplichtigen*, WFR 2012/60

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

M. Sanders en A.J.A. Stevens, *De tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen*, WFR 2011/1290

L.G.M. Stevens, *Fiscale saneringsperikelen*, TFO 1993/6

A.J.A. Stevens, *Het Shell-arrest: een tussenstand*, NTFR-B 2008/27

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

### *Jurisprudentie*

HR 13 oktober 1954, nr. 11 908, BNB 1954/336

HR 19 juni 1955, nr. 12 369, BNB 1955/277

HR 4 mei 1960, nr. 14 104, 14 105, 14 218, 13 892, 14 203, 14 207 en 14 172, BNB 1960/161 tot en met 167

HR 3 april 1974, nr. 17 259, BNB 1974/172

HR 9 juni 1982, nr. 21 142, BNB 1982/230

HR 27 juni 1990, nr. 26 050, BNB 1990/252

HR 26 januari 2000, nr. 33 434, BNB 2000/159

HR 2 juni 2006, nr. 40 919, BNB 2006/288

HR 25 november 2011, nr. 10/05161, BNB 2012/38

HvJ EG 20 februari 1979, zaak 120/78 (Cassis de Dijon), Jur. blz. 649

HvJ EG 7 mei 1985, zaak 18/84 (Commissie/Frankrijk), Jurispr. 1985

HvJ EG 28 januari 1986, nr. 270/83 (Avoir Fiscal), FED 1990/3

HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-221/89 (Factortame-II), Jur. blz. I-3905

HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-288/89 (Gouda), Jur. blz. I-4007

HvJ EG 28 januari 1992, zaak C-204/90 (Bachmann), FED 1992/286

HvJ EG 20 oktober 1993, zaak C-92/92 (Collins), Jur. blz. I-5145

HvJ EG 14 februari 1995, zaak C-279/93 (Schumacker), BNB 1995/18

HvJ EG 10 mei 1995, zaak C-384/93 (Alpine Investments), Jur. 1995, blz. I-1141

HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94 (Gebhard), FED 1997/175

HvJ EG 15 december 1995, zaak C-415/93 (Bosman), Jur. 1995, blz. I-4921

HvJ EG 15 mei 1997, zaak C-250/95 (Futura Participations), FED 1998/365

HvJ EG 12 mei 1998, zaak C-336/96 (Gilly), BNB 1998/305

HvJ EG 21 september 1999, zaak C-307/97 (Saint Gobain), BNB 2000/75

HvJ EG 6 juni 2000, zaak C-35/98 (Verkooijen), BNB 2000/326

HvJ EG 4 juni 2002, zaak C-367/98 (Commissie tegen Portugal), Jur. 1998, blz. I-4731

HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00 (Überseering), FED 2003/446

HvJ EG 12 december 2005, zaak C-446/03 (Marks & Spencer II), BNB 2006/72

HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04 (N), BNB 2007/22

HvJ EG 12 december 2006, zaak C-374/04 (ACT Group Litigation), BNB 2007/131

HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04 (Cadbury Schweppes), BNB 2007/54

HvJ EG 12 december 2006, zaak C-446/04 (FII Group Litigation), BNB 2007/130

HvJ EG 13 maart 2007, zaak C-524/07 (Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation), V-N 2007/15.9

HvJ EG 6 december 2007, zaak C-298/05 (Columbus Container Services), FED 2008/35

HvJ EG 28 februari 2008, zaak C-293/06 (Deutsche Shell), BNB 2008/84

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

HvJ EG 23 oktober 2008, zaak C-157/07 (KR Wannsee), BNB 2009/86

HvJ EG 27 november 2008, zaak C-418/07 (Papillon), V-N 2008/59.20

HvJ EG 18 juni 2009, zaak C-303/07 (Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy), V-N 2009/31.11

HvJ EG 17 september 2009, zaak C-182/02 (Glaxo Wellcome), V-N 2009/47.20

HvJ EU 25 februari 2010, zaak C-337/08 (X Holding), BNB 2010/166

HvJ EG 22 november 2011, zaak C-371/10 (National Grid Indus), BNB 2012/40

*Parlementaire stukken*

Besluit van 7 november 1997, nr. DB97/3989, V-N 1997/53.19

Besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M, V-N 2009/65.17.

Besluit van 15 januari 2011, nr. IFZ2010/457M, V-N 2011/9.12.

Brief van het Ministerie van Financiën 5 december 2009, DB/2009/674M, V-N 2009/49.22

Kamerstukken I 2011-2012, 33 003, nr. D

Kamerstukken I 2011-2012, 33 003, nr. E

Kamerstukken I 2011-2012, 33 003, nr. F

Kamerstukken II, 1986-1987, 19 968, nr. 3

Kamerstukken II, 2005-2006, 30 572, nr. 3

Kamerstukken II 2009-2010, 32 129, nr. 3

Kamerstukken II 2010-2011, 32 740, nr. 1.

Kamerstukken II 2010-2011, 32 818, nr. 3

Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3

Mededeling van 7 juli 1992, nr. DB92/3335, V-N 1992/35.19

### *Overige*

OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital (condensed version)*, 22 juli 2010

OECD, “Interpretation and application of Article 5 (Permanent Establishment) of the OECD Model Tax Convention”, 12 oktober 2011

Redactie van Vakstudie Nieuws, aantekeningen bij Belastingplan 2012, V-N 2011/65.5

S.A.W.J. Strik, NOB Commissie wetsvoorstellen, 17 mei 2011

Vennootschapsbelasting (Fiscale Encyclopedie de Vakstudie), art. 13 Wet Vpb 1969, Deventer: Kluwer (losbl.)