

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Nadruk verboden

Erasmus School of Economics

Masterscriptie

Objectvrijstelling voor vaste inrichtingen

Naam student: W. R. Dhorai
Studentnummer: 312675
Begeleider: Dhr. P. Kavelaars
Plaats / datum: Rotterdam, 3 juli 2013

INHOUDSOPGAVE

Lijst van afkortingen	4
1 INLEIDING	5
1.1 Aanleiding	5
1.2 Probleemstelling	8
1.3 Toetsingskader	9
1.4 Afbakening	9
1.5 Opbouw	9
2 VASTE INRICHTING	10
2.1 Inleiding	10
2.2 Begripsomschrijving	10
2.2.1 Inleiding	10
2.2.2 Vaste inrichting	11
2.2.3 Vaste vertegenwoordiger	15
2.2.4 Vast middelpunt	15
2.3 Winsttoerekening	16
2.3.1 Inleiding	16
2.3.2 Ondernemingsplitsing	17
2.3.3 Causale winstsplitsing	20
2.4 Voorkoming van dubbele belasting	21
2.4.1 Inleiding	21
2.4.2 Methodiek	22
2.4.3 Inhaalregeling	23
2.4.4 Doorschuifregeling	25
2.5 Samenvatting	25
3 MOEDER-DOCHTERVERHOUDINGEN	27
3.1 Inleiding	27
3.2 Bezitsverhouding	28
3.3 Winsttoerekening	30
3.4 Grondslagen deelnemingsvrijstelling	34
3.4.1 Inleiding	34
3.4.2 Binnenlandse verhoudingen	35
3.4.3 Buitenlandse verhoudingen	36
3.5 Deelnemingsvrijstelling	36
3.5.1 Inleiding	36
3.5.2 Voorwaarden	37
3.5.3 Omzetting vaste inrichting in een deelneming	40
3.5.4 Liquidatieverliesregeling	43
3.6 Samenvatting	47

4	HOOFDHUIS-VASTE-INRICHTINGVERHOUDINGEN	48
4.1	Inleiding	48
4.2	Relatie tussen voorkomingsmethodieken	49
4.3	Vergelijkbaarheid dochtervennootschappen en vaste inrichtingen	52
4.4	Objectvrijstelling	58
4.4.1	Inleiding	58
4.4.2	Objectvrijstelling voor (actieve) buitenlandse ondernemingswinsten	59
4.4.2.1	Inkomenscategorieën	61
4.4.3	Laagbelaste buitenlandse beleggingsondernemingen	64
4.4.3.1	Werkzaamhedentoets	64
4.4.3.2	Onderworpenheidstoets	65
4.4.3.3	Uitzonderingen	66
4.4.4	Stakingsverliezen	67
4.5	Samenvatting	71
5	SAMENVATTING EN CONCLUSIES	72
5.1	Vrijstelling bij vaste inrichting en dochtervennootschap	72
5.1.1	Inleiding	72
5.1.2	Aftrek van verliezen	73
5.1.2.1	Dochtervennootschappen	73
5.1.2.2	Vaste inrichtingen	73
5.1.3	Overgang vermogensbestanddelen	74
5.1.3.1	Dochtervennootschappen	74
5.1.3.2	Vaste inrichtingen	74
5.1.4	Valutakoersresultaten	75
5.1.4.1	Dochtervennootschappen	75
5.1.4.2	Vaste inrichtingen	75
5.1.5	Interne dienstverlening	76
5.1.5.1	Dochtervennootschappen	76
5.1.5.2	Vaste inrichtingen	76
5.1.6	Evaluatie	77
5.2	Samenvatting	78
5.3	Conclusie	81
	Bronvermelding	83

LIJST VAN AFKORTINGEN

AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
Besluit Vpb 1942	Besluit op de vennootschapsbelasting 1942
BNB	Beslissing in belastingzaken
BRK	Belastingregeling voor het Koninkrijk
BvdB 1941	Beschikking voorkoming dubbele belasting 1941
BvdB 2001	Besluit voorkoming dubbele belasting 2001
BW	Burgerlijk Wetboek
c.q	casu quo
DTB 1917	(Wet op de) Dividend- en Tantiëmebelasting
enz.	enzovoort
EU	Europese Unie
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ	Hof van Justitie Europese <u>Gemeenschappen/Unie</u>
jis.	junctis
jo.	juncto
MvT	Memorie van Toelichting
NDFR	Nederlandse Documentatie Fiscaal Recht
nr.	nummer
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NTFR-B	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht Beschouwingen
NvT	Nota van Toelichting
OESO	Organisatie voor economische samenwerking en ontwikkeling
p.	pagina
r.o.	rechtsoverweging
Stb.	Staatsblad
Stc.	Staatscourant
V-N	Vakstudie Nieuws
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
WB 1940	Besluit op de winstbelasting 1940
Wet IB 1914	Wet op de inkomstenbelasting 1914
Wet IB 2001	Wet op de inkomstenbelasting 2001
Wet VpBb 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad Fiscaal Recht

Comment [KP(-R1): Dit moet stort. zijn

Hoofdstuk 1 INLEIDING

§1.1 AANLEIDING

In juni 2009 publiceerde de staatssecretaris van Financiën het consultatiedocument¹ *'Mogelijke aanpassingen in de vennootschapsbelasting'*. Het document bevatte een uitwerking van een aantal voorstellen zoals een aangepast regime voor de laagbelaste beleggingsdeelneming, de verplichte groepsrentebox en een afzonderlijke renteaftrekbepanking.² Zijn zogenoemde 'Sinterklaasbrief'³ was hierop een vervolg. Daarin werden de voorstellen uitvoeriger aan de orde gesteld. De staatssecretaris deelde mede dat hij alsnog af zou zien van de voorgestelde regelingen met uitzondering van een renteaftrekbepanking inzake overnameholdings. De staatssecretaris merkte in dit kader op dat ontwikkelingen in de (Europese) jurisprudentie hebben geleid tot een bezinning op de verhouding tussen die ontwikkelingen en de verschillende onderdelen van het consultatiedocument.⁴ Daarnaast gaf hij aan dat hij voorstellen zou doen met betrekking tot een beperking in de verliesverrekening voor vaste inrichtingen; ingaande 2012 is dat geëffectueerd. Een vaste inrichting is kort gezegd een buitenlands filiaal van een onderneming zonder een juridische huls. Op deze problematiek betreffende de vaste inrichting ga ik in deze scriptie in.

Ten aanzien van de wetgeving die gold tot 2012 hadden ondernemingen met vaste inrichtingen in het buitenland een timingvoordeel ten opzichte van ondernemingen met buitenlandse dochtermaatschappijen⁵ indien de buitenlandse activiteiten verliesgevend waren. Verliezen die door een vaste inrichting werden geleden, waren direct aftrekbaar van de in Nederland behaalde winst doordat de vaste inrichting daarvan integraal deel uitmaakte. Ingeval de vaste inrichting nadien winst maakte, werd in feite de verliesverrekening teruggenomen door dergelijke winsten niet vrij te stellen bij het hoofdhuis zolang de in aanmerking genomen verliezen niet waren ingelopen; dit wordt aangeduid als de inhaalregeling⁶. Er ontstond dus een timingvoordeel. De reden van de inhaalregeling was dat de verliezen ook in het land waar de vaste inrichting is

¹ Brief staatssecretaris van Financiën van 14 juni 2009, Kamerstukken II 2009/10, 31 369, nr. 6.

² Kamerstukken II 2009/10, 31 369, nr. 6, p. 2.

³ Kamerstukken II 2009/10, 31 369, nr. 9.

⁴ Kamerstukken II 2009/10, 31 369, nr. 9, p. 1-2.

⁵ Hierbij neem ik aan dat de fiscale vestigingsplaats van de dochtermaatschappijen op grond van artikel 4, derde lid, OESO-modelverdrag in het buitenland ligt.

⁶ Zie artikelen 12 en 35 BvdB 2001. Ook onder verdragstoepassing heeft inhaalregeling haar werking. Zie ook §2.4.3.

gevestigd in aanmerking werd genomen: dit vloeit voort uit de regel van internationaal belastingrecht waarbij de resultaten van vaste inrichtingen ter heffing worden toegewezen aan de staat waar de vaste inrichting is gelegen (artikel 7 OESO-Modelverdrag). Dochtervennootschappen kunnen negatieve resultaten niet verrekenen met de resultaten van de moedervennootschap.⁷ Dat vloeit logisch voort uit het feit dat hier sprake is van twee separate juridische entiteiten die ieder afzonderlijk in de belastingheffing worden betrokken. In verliesituaties was het derhalve door bovenstaand timingvoordeel in de regel aantrekkelijker een vaste inrichting te hebben dan een dochtervennootschap. De nieuwe regeling inzake vaste inrichtingen behelst in wezen dat voor verliezen van vaste inrichtingen een zelfde systematiek geldt als voor verliezen van buitenlandse dochters; ten aanzien van winsten geldt mutatis mutandis hetzelfde. Door de herziening wordt de Nederlandse winst niet meer geraakt door negatieve ontwikkelingen van een vaste inrichting in het buitenland. Resultaten van een buitenlandse vaste inrichting worden op deze wijze geëlimineerd uit de wereldwinst.⁸ Het gevolg is dat er ten aanzien van verliezen na invoering van deze regeling in principe geen onderscheid meer bestaat tussen moeder-dochterverhoudingen enerzijds en hoofdhuis-vaste inrichtingen anderzijds.

Voorheen bestond voor belastingplichtigen de mogelijkheid verliezen van een vaste inrichting die ten laste waren gebracht van de Nederlandse winstgrondslag, definitief te maken door de vaste inrichting om te zetten in een deelneming zodra zij winstgevend werd. Daarmee werd dus in feite de inhaalregeling gefrustreerd. Afgetrokken verliezen bleven bij de moedervennootschap (voorheen hoofdhuis) achter en verdampten. Nadien behaalde voordelen uit deelneming vielen op grond artikel 13 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: “Wet VpB 1969”) onder de deelnemingsvrijstelling.⁹ Dit is indertijd gerepareerd door invoering van artikel 13c Wet VpB 1969. Artikel 13c Wet VpB 1969 had als doel deze manier van grondslaguitholling tegen te gaan. De werking van artikel 13c Wet VpB 1969 komt er kort gezegd op neer dat, indien een vaste inrichting met verliezen wordt omgezet in een dochtervennootschap, voordelen ontleend aan de dochtervennootschap bij de moeder pas onder de deelnemingsvrijstelling vallen indien de

⁷ Met uitzondering van liquidatieverliezen die definitief niet verrekenbaar zijn met het resultaat van de dochtermaatschappij. Daarnaast geldt een uitzondering binnen het fiscale eenheidsregime, zie artikel 15 Wet VpB 1969. Gevoegde maatschappijen kunnen resultaten behaald na het voegingsmoment onderling verrekenen. De fiscale eenheid staat overigens alleen open voor in Nederland gevestigde maatschappijen (zie artikel 15, derde lid, onderdeel c jo. artikel 15, vierde lid, Wet VpB 1969 en HvJ 25 februari 2010, C-337/08 (X-Holding), V-N 2010/12.19).

⁸ V-N 2011/22.4.

⁹ J. N. Bouwman, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Amersfoort: SDU 2011, §6.6.

voorheen afgetrokken verliezen zijn ingelopen.¹⁰ De staatssecretaris¹¹ merkt echter op dat artikel 13c Wet VpB 1969 niet geheel succesvol is gebleken om uitholling van de belastinggrondslag te voorkomen. Hoewel er onder de regelgeving tot 2012 in de eerste instantie sprake is van een timingvoordeel, kan dit voordeel voor onbepaalde tijd worden uitgesteld ingeval de vaste inrichting wordt omgezet in een dochtervennootschap. Een dochtermaatschappij kan de werking van de antimisbruikbepaling van artikel 13c Wet VpB 1969 frustreren door na omzetting behaalde winsten niet uit te keren aan haar moedervennootschap. Ingeval de dochtervennootschap haar winst niet uitkeert aan haar moedervennootschap, vindt er bij de moedervennootschap geen heffing plaats. Zodoende kan de belastingheffing zeer lang worden uitgesteld. Daarnaast blijven waardeinstijgingen van de deelneming buiten de werkingssfeer van artikel 13c Wet VpB 1969, doordat de moedervennootschap de deelneming mag waarderen tegen historische kostprijs. In dit kader vertegenwoordigt de waarde van de vaste inrichting ten tijde van de omzetting, de historische kostprijs van de deelneming. Derhalve kan men ook op dit punt de antimisbruikbepaling van artikel 13c Wet VpB 1969 frustreren door de waardering van de deelneming blijvend te fixeren op historische kostprijs. De facto wordt de toepassing van artikel 13c Wet VpB 1969 vermeden door het realisatiemoment van waardemutaties en dividenden uit te stellen.

Daarnaast merkt de staatssecretaris in zijn Sinterklaasbrief op dat hij van mening is dat de inhaalregeling veel administratieve lasten veroorzaakt bij zowel de belastingplichtige als bij de fiscus. Het is de taak van de belastingdienst zicht te houden op de claims die zij hebben ten aanzien van de afgetrokken verliezen. Zodra de vaste inrichting winst gaat maken, dienen geleden verliezen hiermee te worden verrekend. Daarnaast rust er een administratieve last op de belastingplichtige doordat het verlies per buitenlands filiaal bijgehouden dient te worden. Verder vraagt de staatssecretaris¹² zich af of het reëel is om buitenlandse verliezen ten laste van de Nederlandse belastinggrondslag te brengen. Zijn voorkeur gaat uit naar een territoriale benadering ten aanzien van vaste inrichtingen. Dit wil zeggen dat de buitenlandse verliezen hetzelfde worden behandeld als buitenlandse winsten; ze worden effectief beide buiten de Nederlandse belastinggrondslag gehouden. De keuze van de staatssecretaris wordt door de

¹⁰ Zie §3.5.3.

¹¹ Kamerstukken II 2009/10, 31 369, nr. 9.

¹² Kamerstukken II 2009/10, 31 369, nr. 9.

Studiecommissie Belastingstelsel¹³ onderschreven. In de ogen van de Studiecommissie past een objectvrijstelling voor buitenlandse filialen bij een neutraler en meer solide belastingstelsel.¹⁴

De staatssecretaris tracht met de invoering van de objectvrijstelling buitenlandse vaste-inrichtingsresultaten gelijk te behandelen aan de buitenlandse winsten. De gedachte van de Studiecommissie Belastingstelsel is dat door de invoering van de objectvrijstelling een neutraler belastingstelsel tot stand komt. De bedoeling is dus dat de objectvrijstelling de verschillen tussen internationaal ondernemen via een buitenlandse dochtervennootschap of via een buitenlandse vaste inrichting zal verkleinen.

§1.2 PROBLEEMSTELLING

Het voorgaande roept de vraag op of de door de wetgever gekozen oplossing juist is. Die vraag beoog ik in dit onderzoek te beantwoorden. Dit leidt tot de volgende onderzoeksvraag:

Heeft de objectvrijstelling voor vaste inrichtingsresultaten als gevolg dat de fiscale behandeling van een vaste inrichting en een buitenlandse dochtervennootschap minder ongelijk wordt?

Deze onderzoeksvraag beantwoord ik met behulp van de volgende deelvragen.

- Wat was de voormalige fiscale behandeling van de resultaten van vaste inrichtingen vanuit een Nederlands perspectief?
- Hoe worden moeder-dochterverhoudingen ten aanzien van onder andere verliezen van de dochtervennootschappen in de huidige wet behandeld?
- In hoeverre zijn vaste inrichtingen en buitenlandse dochtervennootschappen vergelijkbaar? Wat houdt ingevoerde objectvrijstelling voor vaste-inrichtingsresultaten in?

De scriptie wordt afgerond met een afsluitend hoofdstuk waar op basis van de beoordeling van de deelvragen de algemene probleemstelling wordt beantwoord.

¹³ Kamerstukken II 2009/10, 32 140, nr. 4, Studiecommissie Belastingstelsel onder voorzitterschap van S. van Weeghel, Continuïteit en vernieuwing, Een visie op het belastingstelsel, 's-Gravenhage, 7 april 2010.

¹⁴ Zie V-N 2011/22.4, §4.3.

§1.3 TOETSINGSKADER

Mijns inziens heeft de objectvrijstelling inzake vaste inrichtingen als gevolg dat de fiscale behandeling tussen van een vaste inrichting en een buitenlandse dochtervennootschap minder ongelijk wordt, indien de behandeling op punten als valutakoersresultaten, kosten van interne dienstverlening, overdracht van vermogenbestanddelen en aftrek van verliezen wordt gelijkgetrokken.

§1.4 AFBAKENING

De winstbepaling van vennootschappen zal slechts kort aan de orde komen. Daarnaast zal het vernieuwde artikel 7 OESO-Modelverdrag met daarop het bijbehorende commentaar ook summier besproken worden. Voorts zal de fiscale behandeling van vaste inrichtingen in de Wet op de loonbelasting 1964 en Wet op de omzetbelasting 1968 buiten beschouwing worden gelaten. Verder zal de verhouding tussen artikel 7 OESO-Modelverdrag en artikel 14 OESO-Modelverdrag onbesproken blijven. Hiernaast zal ik ook niet ingaan op de *transfer pricing* problematiek. Er wordt in de scriptie steeds uitgegaan van de situatie waarin een in Nederland gevestigde vennootschap dan wel een hoofdhuis een buitenlandse dochtervennootschap respectievelijk een vaste inrichting heeft, tenzij anders is aangegeven.

§1.5 OPBOUW

Het tweede hoofdstuk bevat een uitgebreide uiteenzetting over de fiscale behandeling van de vaste inrichting. In het derde hoofdstuk ga ik in op moeder-dochterverhoudingen waarbij ik voornamelijk inzoom op de deelnemingsvrijstelling. Daarna bespreek ik de gelijke behandeling van vaste-inrichtingsresultaten en dochterresultaten. In het licht hiervan bespreek ik de historische samenhang tussen vaste inrichtingen en buitenlandse dochtervennootschappen. Voorts komt de werking van de objectvrijstelling inzake vaste-inrichtingsresultaten uitvoerig aan bod. Ik sluit af met conclusies.

Hoofdstuk 2 VASTE INRICHTING

§2.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk bespreek ik relevante punten die betrekking hebben op de fiscale behandeling van de resultaten van een vaste inrichting tot 2012. Allereerst start ik in paragraaf 2.2 met een begripsomschrijving van een vaste inrichting en de hiermee nauw samenhangende begrippen vaste vertegenwoordiger en vast middelpunt. Hiertoe besteed ik aandacht aan de definities die het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 (hierna: “BvdB 2001”) en het OESO-Modelverdrag geven. Bovendien bespreek ik jurisprudentie die invulling geeft aan het vaste-inrichtingbegrip. Vervolgens ga ik in paragraaf 2.3 in op de winsttoerekening aan vaste inrichtingen. Hierbij belicht ik zowel de ondernemingsplitsing als de causale winstsplitsing en benoem ik kort de OESO-visie ten aanzien van de winsttoerekening aan vaste inrichtingen. Voorts zoem ik in paragraaf 2.4 in op de voorkomingsmethodieken die in het kader van de vaste inrichting van belang zijn. Daarnaast zal ik kort stilstaan bij de aspecten rondom de passieve vaste inrichting. Verder komen in deze paragraaf de inhaal- en doorschuifregeling aan bod en enkele internationaalrechtelijke aspecten die hiermee samenhangen. Dit hoofdstuk sluit ik af met een samenvatting.

§2.2 BEGRIPSOMSCHRIJVING¹⁵

2.2.1 *Inleiding*

Ondernemingen die internationaal actief zijn, kunnen in beginsel hun activiteiten in het buitenland ontplooiën via een aldaar gevestigde dochtervennootschap of door gebruik te maken van een vaste inrichting. Bij een dochtervennootschap is sprake van een afzonderlijke juridische entiteit die losstaat van de winstbepaling van andere juridische entiteiten. De vaste inrichting is geen juridische entiteit en is als het ware onderdeel van het resultaat van het lichaam waar het deel van uitmaakt.¹⁶ Echter zal men ook in dit tweede geval te maken krijgen met

¹⁵ J. N. Bouwman, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Amersfoort: SDU 2011, §11.2.2.2.

¹⁶ Hier is echter een uitzondering op. Onder omstandigheden kan een dochtervennootschap een vaste inrichting vormen voor de moedervernootschap en de moedervernootschap een vaste inrichting vormen voor de dochtervennootschap. De laatstgenoemde

winsttoerekening doordat de heffingsbevoegdheid over de hoofdhuis- en vaste-inrichtingwinst toekomt aan verscheidene landen. De term vaste inrichting is hier van groot belang, aangezien deze een aanknopingspunt biedt ten behoeve van de verdeling van de heffingsbevoegdheid. Daarnaast kan men door een vaste inrichting ondergeschikte werkzaamheden en overige werkzaamheden van elkaar scheiden zodat een toerekening kan plaatsvinden aan de bronstaat. Voorbeelden van dergelijke werkzaamheden zijn opslagactiviteiten, (bedrijfsinrichting ter verwerving van) voorraden, bedrijfsinrichting ter voorbereiding van werkzaamheden etc.

De aanwezigheid van een vaste inrichting wordt vastgesteld aan de hand van de feiten en omstandigheden.¹⁷ Het meest in het oog springende kenmerk van een vaste inrichting is dat zij geen juridische entiteit is. De vaste inrichting wordt gezien als een onderdeel van het lichaam (de in het buitenland gevestigde onderneming)¹⁸ en wordt op het gebied van directe belastingen gebruikt.¹⁹ De vaste inrichting biedt een aanknopingspunt voor de minimumeis die moet gelden wat betreft de ontplooiende kwaliteit en kwantiteit van ondernemerschap in de bronstaat. Indien aan de eisen wordt voldaan, wordt verdragsrechtelijk de heffingsbevoegdheid over de winsten toegekend aan de bronstaat.²⁰ Naast de vaste inrichting komen in dit kader ook de begrippen vaste vertegenwoordiger en vast middelpunt voor. Op deze begrippen wordt nader ingegaan.

2.2.2 Vaste inrichting²¹

De Wet VpB 1969 omvat geen definitie van een vaste inrichting. In hoofdstuk III van de Wet VpB 1969 (buitenlandse belastingplicht) wordt slechts een “Nederlandse onderneming” omschreven om de winst-uit-ondernemingsfeer af te bakenen.²² Buiten de nationale wet bieden

situatie was aan de orde in arrest HR 21 augustus 1985, BNB 1985/301*. In deze casus vormde de Nederlandse moeder vennootschap een vaste inrichting voor de Antilliaanse dochter vennootschap (Limited). De moeder vennootschap voerde een deel van leiding van de Limited uit in Nederland en werd daarmee aangemerkt als inrichting dat zich bezighield met werkzaamheden voor de Limited. De Nederlandse moeder vennootschap kwalificeerde daarmee als vaste inrichting op grond van het BRK. Deze situatie is echter uitzonderlijk en zal in het vervolg van deze scriptie buiten beschouwing worden gelaten. Zie I.J.J. Burgers e.a., *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, Amersfoort: SDU 2011, §5.2.4.6.

¹⁷ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, FED Fiscale Studietoets, Deventer: Kluwer 2012, §2.1.1.

¹⁸ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, FED Fiscale Studietoets, Deventer: Kluwer 2012, §1.5.

¹⁹ De problematiek omtrent de vaste inrichting komt naast de winstbelastingfeer ook voor in de loonbelasting- en omzetbelastingfeer. De gevolgen voor de loon- en omzetbelasting zullen in deze scriptie buiten beschouwing worden gelaten.

²⁰ C. van Raad, *Cursus Belastingrecht (Internationaal Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2012, §2.3.0.

²¹ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, FED Fiscale Studietoets, Deventer: Kluwer 2012, §2.2.1 & §2.2.2.

²² Zie artikel 17, derde lid, onderdeel a, Wet VpB 1969. Naast de Wet VpB 1969 kan men ook in hoofdstuk VII van de Wet IB 2001 dit begrip vinden. Een “Nederlandse onderneming” wordt in artikel 17a, eerste lid, Wet VpB 1969 uitgebreid en middels artikel 19 Wet VpB 1969 ingeperkt.

het BvdB 2001 en het OESO-Modelverdrag aanknopingspunten wat onder een vaste inrichting dient te worden verstaan. Deze omschrijvingen komen hoofdzakelijk overeen, doch zijn niet gelijk. Ofschoon uit de jurisprudentie blijkt dat aan beide definities veel betekenis toekomt bij de uitleg van het begrip vaste inrichting, is onduidelijk welke definitie voor de nationale wet prevaleert.²³

In dit kader kan men uit de jurisprudentie vier vereisten afleiden die doorslaggevend zijn met betrekking tot de vraag of naar nationaal recht sprake is van een vaste inrichting:²⁴

- fysieke constructie: er dient sprake te zijn van een al dan niet verplaatsbare²⁵ inrichting;
- dient aan de onderneming ter beschikking te staan: een feitelijke terbeschikkingstelling (zonder dat daar een juridische bekrachtiging aan ten grondslag ligt) is voldoende;
- duurzaam: incidenteel ontplooiende activiteiten vormen geen vaste inrichting (kunstogenarrest²⁶). Daarnaast is beslist dat een verplaatsbare inrichting wel kwalificeert als vaste inrichting (circustentarrest). Verder is niet belangrijk dat de belastingplichtige te allen tijde de beschikking moet hebben over de inrichting;
- werkzaamheden van de onderneming enigerlei dienen geheel of gedeeltelijk in de vaste inrichting worden uitgevoerd;
- de inrichting fungeert als middelpunt van de uitgeoefende activiteiten van de onderneming in het bronland: deze eis komt voort uit het circustentarrest en het kunstogenarrest.²⁷

Het BvdB 2001 geeft de volgende omschrijving van het begrip vaste inrichting (artikel 2, eerste lid, BvdB 2001): “...een duurzame inrichting van een onderneming met behulp waarvan de werkzaamheden van die onderneming geheel of gedeeltelijk worden uitgeoefend, daaronder begrepen: (a) de zetel van de leiding van de onderneming; (b) landbouwgronden; en (c) werken waarvan de uitvoering langer dan twaalf maanden duurt.” Deze definitie is gegeven in het BvdB 2001. Het BvdB 2001 heeft een overkoepelende werking op veel fiscale wetten.²⁸ Hierdoor geldt

²³ C. van Raad, *Cursus Belastingrecht (Internationaal Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2012, §3.0.4.B.a.

²⁴ C. van Raad, *Cursus Belastingrecht (Internationaal Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2012, §2.3.0.b.

²⁵ HR 13 oktober 1954, nr. 11 908, BNB 1954/336 (circustentarrest). Uit het arrest bleek namelijk dat onder een vaste inrichting tevens kon worden verstaan een inrichting - in casu een complex circustenten - welke, ook al mocht zij verplaatsbaar zijn - en in casu ook regelmatig verplaatst worden - geregeld als middelpunt van het door de werkgever hier te lande uitgeoefende bedrijf dient.

²⁶ HR 15 juni 1955, nr. 12 369, BNB 1955/277 (kunstogenarrest). In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat er geen sprake was van een vaste inrichting omdat de duurzaamheid ontbrak en de lokaliteiten op geen enkele wijze voor het bedrijf waren ingericht.

²⁷ I.J.J. Burgers e.a., *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, Amersfoort: SDU 2011, §5.2.2.

²⁸ Zie artikel 1 BvdB 2001.

de definitie van de vaste inrichting ook voor andere fiscale wetten.²⁹ In het BvdB 2001 wordt wat betreft de voorkoming aangesloten bij de term ‘buitenlandse onderneming’³⁰ waarvoor een definitie wordt gegeven. Een buitenlandse onderneming is een (deel van de) onderneming die in buitenland wordt gedreven met behulp van een vaste inrichting of vaste vertegenwoordiger. Daarnaast worden tot een buitenlandse onderneming gerekend: (rechten die direct of indirect betrekking hebben op) buitenlandse onroerende zaken; winstaandelen in het buitenland gelegen ondernemingen; en werkzaamheden die gedurende een aaneengesloten periode van minstens dertig dagen in, op of boven het buitenlands winningsgebied worden verricht.³¹

Daarnaast kunnen het OESO-Modelverdrag en het OESO-commentaar als richtsnoer dienen voor het begrip vaste inrichting.³² Uit het eerste lid van artikel 5 OESO-Modelverdrag blijkt dat de omschrijving van een vaste inrichting van toepassing is ten aanzien van het gehele OESO-Modelverdrag. Artikel 5 OESO-Modelverdrag maakt een onderscheid in een drietal typen vaste inrichtingen:

- fysieke vaste inrichting (artikel 5, eerste lid, OESO-Modelverdrag);
- tijdelijke vaste inrichting (artikel 5, derde lid, OESO-Modelverdrag);
- en vaste vertegenwoordiger (artikel 5, vijfde lid, OESO-Modelverdrag).

In het OESO-Modelverdrag wordt in het tweede lid van artikel 5 OESO-Modelverdrag een opsomming gegeven van gevallen waar het misverstand over zou kunnen ontstaan dat er zonder meer sprake is van een vaste inrichting. Uit de jurisprudentie en uit het OESO-commentaar blijkt dat in elke specifieke casus getoetst moet worden aan de criteria van artikel 5, eerste lid, OESO-Modelverdrag voordat men kan vaststellen dat sprake is van een vaste inrichting.³³ In de gevallen van artikel 5, tweede lid, OESO-Modelverdrag is dus niet automatisch sprake van een vaste inrichting. Er zal altijd moeten worden voldaan aan de eisen uit het eerste lid van artikel 5 OESO-Modelverdrag.³⁴

²⁹ Dit geldt overigens ook voor de vaste vertegenwoordiger die hierna wordt besproken.

³⁰ Artikel 32 BvdB 2001.

³¹ R. Hein & T.A. Rassers, *Grondslagen internationaal belastingrecht*, Den Haag: Uitgeverij BelastingDruk 2004, §5.3.3.

³² NvT bij *Besluit van 21 december 2000, Stb. 2000, 642*, artikelsgewijze toelichting, p. 32. In BNB 1974/172 is beslist dat het OESO-Modelverdrag niet doorslaggevend is voor de invulling van het begrip vaste inrichting in de nationale wet. Echter omdat de nationale jurisprudentie omtrent de omschrijving van vaste inrichting in zoverre overeenkomt met het OESO-Modelverdrag, hanteert men in dit kader ook het OESO-Modelverdrag. Zie artikel 5 OESO-Modelverdrag.

³³ Zie §12 van OESO-commentaar bij artikel 5 en HR 9 december 1998, nr. 32 709, BNB 1999/267.

³⁴ I.J.J. Burgers e.a., *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, Amersfoort: SDU 2011, §5.2.4.2.

Artikel 5, vierde lid, OESO-Modelverdrag omvat een aantal omstandigheden waarin uitgesloten is dat sprake is van een vaste inrichting. Dit zijn activiteiten die samenhangen met het houden van voorraden, verlenen van hulp of andere ondersteunende werkzaamheden. In het derde lid van artikel 5 OESO-Modelverdrag worden de tijdelijke vaste inrichtingen omschreven. Een bouwplaats waar de werkzaamheden langer duren dan twaalf maanden, wordt op grond van deze bepaling aangemerkt als vaste inrichting. Dit houdt in dat werkzaamheden die korter duren dan twaalf maanden per definitie geen vaste inrichting kunnen vormen. Artikel 5, vijfde en zesde lid, OESO-Modelverdrag zien op het begrip vaste vertegenwoordiger. Het vijfde lid zorgt dat een aangewezen vertegenwoordiger als vaste inrichting in de bronstaat onderworpen wordt aan winstbelasting. Het daaropvolgende lid bewerkstelligt dat een onafhankelijke vertegenwoordiger de status van vaste vertegenwoordiger niet krijgt. In het OESO-Modelverdrag worden de begrippen vaste vertegenwoordiger en vast middelpunt niet genoemd. De in artikel 5, vijfde lid, OESO-Modelverdrag beschreven fictieve vaste inrichting is feitelijk min of meer een vaste vertegenwoordiger.³⁵ Door het vervallen van artikel 14 OESO-Modelverdrag komt aan de betekenis van een vast middelpunt ook geen betekenis meer toe. Dergelijke activiteiten worden door middel van het vaste-inrichtingbegrip geschaard onder artikel 7 OESO-Modelverdrag.³⁶

Ten aanzien van de regeling inzake de objectvrijstelling voor vaste inrichtingen, welke verder in het vierde hoofdstuk wordt besproken, wordt ook aandacht geschonken aan de begripsomschrijving voor vaste inrichtingen. In artikel 15f Wet VpB 1969 wordt voor niet-verdragslanden omschreven wat onder het begrip vaste inrichting dient te worden verstaan. In verdragsituaties wordt de invulling van het begrip vaste inrichting in het desbetreffende verdrag gevolgd. Materieel komt de begripsomschrijving overeen met de huidige definitie uit artikel 5 van het OESO-modelverdrag. Er kan dus worden aangesloten bij de bestaande invulling van het begrip vaste inrichting.

³⁵ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, FED Fiscale Studietoets, Deventer: Kluwer 2012, §1.5.2.

³⁶ Het vervallen van artikel 14 OESO-Modelverdrag was voornamelijk ingegeven door het gegeven dat feitelijk geen onderscheid bestaat tussen een vaste inrichting en een vast middelpunt. A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, FED Fiscale Studietoets, Deventer: Kluwer 2012, §2.2.2.b & §2.4.

2.2.3 *Vaste vertegenwoordiger*³⁷

Zoals hierboven beschreven komt in artikel 5, vijfde en zesde lid, OESO-Modelverdrag de vaste vertegenwoordiger aan de orde. Een vaste vertegenwoordiger behoort het aanspreekpunt te zijn voor de buitenlandse onderneming en daarnaast dient hij in juridische of economische zin afhankelijk te zijn van die onderneming. De vaste vertegenwoordiger wordt aanwezig geacht indien cumulatief wordt voldaan aan de volgende voorwaarden:

- de rechts- of natuurlijke persoon in kwestie bezit een machtiging om overeenkomsten aan te gaan namens de onderneming;
- de persoon maakt gewoonlijk gebruik van deze machtiging;
- en de werkzaamheden van hem zijn niet beperkt tot het kopen en inkopen van goederen voor de onderneming.

In artikel 2, tweede lid, BvdB 2001 wordt een negatieve definitie gegeven van het begrip vaste vertegenwoordiger: “Voor de toepassing van dit besluit wordt niet als vaste vertegenwoordiger beschouwd: (a) een volkomen onafhankelijke vertegenwoordiger; (b) een vertegenwoordiger die niet tot het afsluiten van transacties bevoegd is, ongeacht of hij voor spoedafleveringen een voorraad houdt.” Zoals hieruit blijkt, geeft het BvdB 2001 slechts enkele aanwijzingen ten aanzien van de definitie van een vaste vertegenwoordiger.

De bevoegdheid waarvoor de volmacht is verleend, dient gewoonlijk te worden gebruikt. Hieruit valt af te leiden dat incidentele activiteiten worden uitgesloten van het vaste-vertegenwoordigersbegrip. Dit vereiste komt ook naar voren in artikel 5, vijfde lid, OESO-Modelverdrag. Daarnaast is van belang dat de onderneming feitelijk door de vertegenwoordiger in het economische proces betrokken wordt in het vestigingsland van de vertegenwoordiger. De vaste vertegenwoordiger is doorgaans een natuurlijk persoon. Echter, het is mogelijk dat bijvoorbeeld een dochtervennootschap als vaste vertegenwoordiger optreedt ten behoeve van de moedervennootschap.

2.2.4 *Vast middelpunt*³⁸

Ten aanzien van de verdeling van het heffingsrecht over inkomsten uit zelfstandige arbeid wordt het begrip ‘vast middelpunt’ gehanteerd. Een vast middelpunt kan gedefinieerd worden als een

³⁷ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, FED Fiscale Studietoetsreeks, Deventer: Kluwer 2012, §2.2.1 & §2.2.2.

³⁸ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, FED Fiscale Studietoetsreeks, Deventer: Kluwer 2012, §2.2.2.b.

duurzame constructie waaruit een persoon die een beroep uitoefent (bijvoorbeeld arts, belastingadviseur, advocaat, accountant) zijn werkzaamheden in een andere staat dan zijn woonstaat laat plaatsvinden.³⁹ De inkomsten van een vast middelpunt worden in die staat belast waar men over een vast middelpunt beschikt. Nederland maakt in de nationale wetgeving geen onderscheid tussen een vaste inrichting en een vast middelpunt. In de meeste verdragen komt het begrip vast middelpunt niet voor en ook in het OESO-Modelverdrag wordt dit begrip niet omschreven. Het onderscheid tussen een vaste inrichting en een vast middelpunt is namelijk per 2000 vervallen in het OESO-Modelverdrag.⁴⁰ Het begrip is toen overgebracht naar de artikelen 7 en 15 OESO-Modelverdrag. De verdragen die Nederland heeft gesloten voor 2000 bevatten doorgaans een afzonderlijk artikel voor het begrip vast middelpunt. In dit kader is het begrip vast middelpunt dus nog wel van belang. Met betrekking tot de begripsomschrijving wordt een vast middelpunt onderscheiden van een vaste inrichting. In beginsel dient men ervan uit te gaan dat aan een vaste inrichting ietwat verdergaande voorwaarden worden gesteld dan aan een vast middelpunt.

In het vervolg van deze scriptie laat ik de vaste vertegenwoordiger en het vaste middelpunt buiten beschouwing. De focus ligt namelijk op de vergelijking tussen een dochtervennootschap en een entiteit zonder juridische huls (vaste inrichting). Dit ligt bij de eerder genoemde begrippen niet voor de hand.⁴¹

§2.3 WINSTTOEREKENING⁴²

2.3.1 Inleiding

Op grond van artikel 7 OESO-Modelverdrag wordt de winst uit onderneming belast in de woonstaat, tenzij sprake is van een vaste inrichting. In dat geval krijgt de bronstaat de

³⁹ I.J.J. Burgers e.a., *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, Amersfoort: SDU 2011, §5.2.1.

⁴⁰ Artikel 14 OESO-Modelverdrag (oud).

⁴¹ Alhoewel, niet is ondenkbaar dat een natuurlijk persoon die optreedt als vaste vertegenwoordiger haar activiteiten onderbrengt in een vennootschap. Daarnaast zou ook een dochtervennootschap die ten behoeve van haar moedervennootschap fungeert als een vaste vertegenwoordiger haar activiteiten kunnen vermengen met haar normale bedrijfsuitoefening (P.G.H. Albert, *Vaste inrichting*, FED Fiscale Brochures, Deventer: Uitgeverij FED bv 1994, §5.9). Echter komen dergelijke situaties zelden in de praktijk voor dus wordt hier verder niet op ingegaan. In het vervolg van deze scriptie wordt met "vaste inrichting" ook een vaste vertegenwoordiger en vast middelpunt bedoeld.

⁴² S.A.W.J. Strik & N.H. de Vries, *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, Deventer: Kluwer 2009, §3.0.5; J. N. Bouwman, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Amersfoort: SDU 2011, §11.2.3; en A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, FED Fiscale Studietoetsreeks, Deventer: Kluwer 2012, §2.3.

heffingsbevoegdheid toegewezen over de winst die toerekenbaar is aan de vaste inrichting. Indien een vaste inrichting inkomsten geniet die afkomstig zijn uit een derde staat – en die niet onder een andere verdragsbepaling vallen – zullen die inkomsten op grond van artikel 21, tweede lid, OESO-Modelverdrag worden toegerekend aan de winst van de vaste inrichting in de zin van artikel 7 OESO-Modelverdrag.⁴³

De twee basistheorieën ten aanzien van de winsttoerekening aan een vaste inrichting zijn de directe methode en de indirecte methode. De directe methode (ondernemingsplitsing) wil zeggen dat de vaste inrichting geacht wordt een geheel zelfstandig en autonome entiteit te vormen en dat deze op zakelijke wijze handelt met andere onderdelen van de onderneming. De indirecte methode (causale winstsplitsing) splitst de ondernemingswinst aan de hand van een bepaalde verdeelsleutel over de verschillende onderdelen van de onderneming waaronder de vaste inrichting. Ten aanzien van beide theorieën geldt dat onder het OESO-Modelverdrag het ‘force of attraction’-principe⁴⁴ niet opgaat. Het gaat alleen om de winst die zuiver toerekenbaar is aan de eigen activiteiten van de vaste inrichting.

2.3.2 Ondernemingsplitsing

De belastbare winst van de vaste inrichting wordt bij de directe methode vastgesteld volgens de winstbepalingsregels zoals die gelden in de Wet op de inkomstenbelasting 2001 (hierna: “Wet IB 2001”).⁴⁵ Dit wil zeggen dat voor de winstberekening wordt aangenomen dat de vaste inrichting autonoom en zelfstandig is ten opzichte van de rest van het lichaam. Met betrekking tot transacties tussen het lichaam en de vaste inrichting wordt dus aangenomen dat de vaste inrichting een onafhankelijke derde is. Deze fictie, die de basis vormt voor de directe methode, vormt dan ook het grote bezwaar tegen deze methode van ondernemingsplitsing. Daarnaast levert de zelfstandigheidsfictie een aantal moeilijkheden⁴⁶ op in de uitvoering. In werkelijkheid is de vaste inrichting namelijk niet zelfstandig, zij blijft onderdeel van een groter geheel. De vaste inrichting wordt geacht ook zakelijk te handelen met overige onderdelen van de onderneming. Dit

⁴³ Dit zullen meestal dividenden, royalty’s en rente zijn.

⁴⁴ Het ‘force of attraction’-principe houdt in dat alle voordelen behaald door een buitenlandse onderneming in het vaste-inrichtingsland, worden toegerekend aan de vaste inrichting ongeacht de vraag of deze voordelen voortvloeien uit de activiteiten van de vaste inrichting. Zie C. van Raad, *Cursus Belastingrecht (Internationaal Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2012, §3.0.5.B.c2.

⁴⁵ Zie artikel 8, eerste lid, Wet VpB 1969.

⁴⁶ Voorbeelden hiervan zijn vermogensetikettering, financieringsstructuur van een vaste inrichting, dienstverlening binnen de ondernemingsonderdelen etc.

houdt in dat voor de vaste inrichting het arm's length-artikel⁴⁷ geldt met betrekking tot interne transacties. Ten aanzien van de directe methode dienen twee winstberekeningen te worden gemaakt, namelijk ten behoeve van de generale winst⁴⁸ en van de situswinst⁴⁹.

De OESO sluit zich aan bij de directe methode en wijst de indirecte methode af. De OESO heeft zich meer malen gebogen over de winsttoerekening aan vaste inrichtingen. Het draaide hierbij om de vraag in hoeverre het arm's length-principe⁵⁰ (dat geldt tussen verbonden lichamen) kan worden doorgetrokken naar de verhouding tussen de vaste inrichting en de overige ondernemingsonderdelen. Hierbij is voornamelijk ingegaan op de vraag in hoeverre men de zelfstandigheidsfictie ten aanzien van vaste inrichtingen kon doorvoeren, met inachtneming van verschillen tussen vaste inrichtingen en juridisch zelfstandige entiteiten. De nieuwe visie van OESO is sinds medio 2010 opgenomen in een nieuw artikel 7 OESO-Modelverdrag. Daarnaast is het bijbehorend commentaar vernieuwd. De OESO maakt in haar rapport⁵¹ ten aanzien van de uitleg van artikel 7, eerste lid, OESO-Modelverdrag onderscheid tussen een *functionally separate entity approach* (ondernemingsplitsing) en een *relevant business activity approach* (causale winstplitsing). Het uitgangspunt van de nieuwe visie is dat ten aanzien van vaste inrichtingen een *functionally separate entity approach* wordt gehanteerd en dat uitdrukkelijk afstand wordt genomen van de *relevant business activity approach*. De winstallocatie verloopt in twee stappen. Allereerst worden bedrijfsmiddelen, risico's en kapitaal aan de vaste inrichting toegerekend op grond van een functionele en feitelijke analyse waarbij de vaste inrichting geacht wordt een afzonderlijke en zelfstandige onderneming te zijn. Voorts wordt winst van de vaste inrichting bepaald met behulp van arm's length-bepalingen.⁵²

De toerekening van bedrijfsmiddelen, risico's en kapitaal vindt plaats op basis van een zogenoemde *significant people's functions*-test. Dit wil zeggen dat de toerekening plaatsvindt al

⁴⁷ Artikel 9 OESO-Modelverdrag en artikel 8b Wet VpB 1969.

⁴⁸ De generale winst vertegenwoordigt de winst die behaald is door de gehele onderneming in binnen- en buitenland. De generale winst omvat dus winst van het hoofdhuis en de bijdragewinst. De bijdragewinst vertegenwoordigt het aandeel van de vaste inrichting in de generale winst berekend volgens de winstvaststellingsregels van het woonland (land waar het lichaam is gevestigd).

⁴⁹ De situswinst staat voor de winst die behaald is door de vaste inrichting in het buitenland. Deze wordt ook wel voorkomingswinst of aftrekwinst genoemd.

⁵⁰ Het arm's length-principe kan men terugvinden in artikel 9 OESO-Modelverdrag. Artikel 9 OESO-Modelverdrag schrijft voor dat gelieerde partijen zakelijk moeten handelen. Daarnaast geeft artikel 9 OESO-Modelverdrag richtlijnen hoe men tot deze zakelijke prijzen kan komen. Hier zal in het volgende hoofdstuk verder op worden ingegaan.

⁵¹ OESO, *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, 17 juli 2008.

⁵² C. van Raad, *Cursus Belastingrecht (Internationaal Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2012, §2.9.2.D.

naargelang waar de beslissingsbevoegde personen werkzaam zijn met betrekking tot bedrijfsmiddelen en risico's. Ten aanzien van de toerekening van kapitaal aan hoofdhuis en vaste inrichting draagt de OESO een viertal methoden voor waaronder de volgende twee methoden. Ik laat de andere twee methoden buiten beschouwing omdat die slechts relevant zijn voor de bankensector.⁵³

- *Capital allocation approach*: in deze benadering worden activa en passiva volgens een vaste verdeelsleutel toebedeeld aan het hoofdhuis en vaste inrichting.
- *Thin capitalisation approach*: deze methode zoekt het 'normale' eigen vermogen van een onderneming in de bronstaat die vergelijkbaar is met de onderneming van de vaste inrichting.

Ten aanzien van de toerekening van rentedragende leningen en de daarmee samenhangende rente stelt de OESO twee methoden voor: (1) de *tracing approach* en (2) de *fungibility approach*. Volgens de eerste methodiek worden externe financieringen aan de vaste inrichting toebedeeld op grond van de aanwending van geleend geld ter zake van de financiering van activiteiten van de vaste inrichting. De tweede methode schrijft voor dat op grond van een bepaalde verdeelsleutel de financiering wordt toegerekend aan het hoofdhuis en de vaste inrichting. Bij beide methoden geldt dat de OESO streeft naar een arm's length-conforme toerekening van vreemd vermogen aan de vaste inrichting. Financieringen tussen hoofdhuis en vaste inrichting kunnen alleen in aanmerking worden genomen indien één van beide een treasury-functie vervult. Uit deze nieuwe OESO-methode vloeit voort dat interne transacties (*dealings*) tussen hoofdhuis en vaste inrichting worden erkend.⁵⁴

De visie van de OESO ten aanzien van interne financieringen zou wellicht de lijn van de Hoge Raad teniet kunnen doen (BNB 1997/263 en BNB 1997/264). De Hoge Raad heeft namelijk beslist dat interne leningen alleen in aanmerking dienen te worden genomen indien deze (uiteindelijk) afkomstig zijn van een derde. Hij beschouwt interne leningen in het kader van de zelfstandigheidsfictie als eigen vermogen. Zie BNB 1997/263, r.o. 3.3.2:

“De middelen die een ondernemer aanwendt ter financiering van een vaste inrichting, dienen, indien deze niet zijn verkregen doordat ten behoeve van die vaste inrichting schulden zijn aangegaan, in het kader van de fictie dat de vaste inrichting een zelfstandige onderneming vormt,

⁵³ De andere twee methoden zijn *economic capital allocation approach* en *safe harbour approach*. Deze methoden zijn meer gericht op de bankensector. Zie F.P.G. Pötgens, *Toerekening van winst aan een vaste inrichting*, NTFR-B 2008/52, §4.2.

⁵⁴ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, FED Fiscale Studietoetsreeks, Deventer: Kluwer 2012, §2.3.4.

in de regel als eigen vermogen van die vaste inrichting te worden beschouwd, zoals ook bij een zelfstandige onderneming de daarin geïnvesteerde middelen, voorzover die niet zijn verkregen doordat schulden zijn aangegaan, als eigen vermogen zijn aan te merken.”

Tenietgaan van deze redenering zou kunnen impliceren dat nationale wetgeving die specifiek hierop is toegespitst, ook zal moeten worden herzien.⁵⁵

2.3.3 *Causale winstsplitsing*

Volgens de indirecte methode is er sprake van één winst. Hiermee wordt de generale winst bedoeld van het lichaam dat buitenlands belastingplichtig is. Vervolgens wordt berekend in welke mate de vaste inrichting heeft bijgedragen aan die winst in kwantitatieve zin. In deze theorie wordt elk ondernemingsonderdeel geacht een bijdrage te leveren aan de generale winst. De verdeelsleutel die gehanteerd wordt, kan een winstvormende factor⁵⁶ zijn. Door middel van deze verdeelsleutel wordt het vaste-inrichtingresultaat benaderd.

Kenmerkend voor deze methode is dat de vaste-inrichtingwinst altijd positief (negatief) is ingeval de generale winst ook positief (negatief). De indirecte methode wordt niet vaak toegepast en komt alleen voor bij onderneming met sterk homogene activiteiten.⁵⁷ De reden dat deze methode toch soms wordt toegepast, is dat wordt geacht dat elk ondernemingsonderdeel een bijdrage levert aan de winstgevendheid van de onderneming als geheel. Daarnaast is de methode relatief eenvoudig toepasbaar. De zelfstandigheidsfictie die in het algemeen als uitgangspunt wordt gehanteerd, gaat dan niet samen met een methode van causale winstsplitsing. De OESO staat de causale winstsplitsingsmethode sinds 2010 niet meer toe. Zij schrijven de ondernemingsplitsing voor.

⁵⁵ Een voorbeeld hiervan is artikel 15ac, vijfde lid, Wet VpB 1969. Dit artikel beschrijft dat ingeval een vaste inrichting van een gevoegde maatschappij wordt gefinancierd door een lening verstrekt door een andere gevoegde maatschappij van diezelfde fiscale eenheid, dient de rente op die lening toch worden meegenomen bij de berekening van de aftrekwinst ondanks het feit dat interne financieringen binnen fiscale eenheid onzichtbaar zijn. Zonder nadere regelgeving zou lening aan de vaste inrichting door de werking van de fiscale eenheid als interne lening worden gekwalificeerd waardoor de rentelasten bij de vaste inrichting niet aftrekbaar zijn. Dit heeft als gevolg dat de aftrekwinst hoger uitvalt waardoor een hogere winst wordt vrijgesteld dan eigenlijk zou moeten.

⁵⁶ Voorbeelden hiervan zijn loonkosten, omzet, kapitaalverhouding etc.

⁵⁷ Bijvoorbeeld verzekeringsmaatschappijen en vervoersondernemingen.

§2.4 VOORKOMING VAN DUBBELE BELASTING⁵⁸

2.4.1 Inleiding

Binnenlands belastingplichtigen zijn in beginsel belastingplichtig voor hun wereldinkomen op grond van het woonplaatsbeginsel.⁵⁹ Dit wil zeggen dat winsten die door een vaste inrichting in het buitenland worden gegenereerd tot de Nederlandse belastinggrondslag horen. Echter deze winsten zullen ook in het buitenland in de heffing betrokken worden, aangezien buitenlandse autoriteiten belasting willen heffen over winsten die ontstaan zijn in hun land op grond van het bronlandbeginsel. In dit geval ontstaat er een buitenlandse belastingplicht in het buitenland voor het in Nederland gevestigde lichaam.⁶⁰ In deze situatie is dus meer dan één staat heffingsbevoegd. Dit creëert een dubbele heffing over dezelfde winst: enerzijds in het land van de vaste inrichting en anderzijds in het land waar het hoofdhuis gevestigd is.⁶¹

Landen kunnen overgaan tot het sluiten van belastingverdragen teneinde dubbele belasting te voorkomen. In situaties waarin geen belastingverdrag is gesloten, kunnen landen eenzijdig dubbele belastingheffing voorkomen door dit te regelen in hun nationale wetgeving. De Nederlandse versie hiervan is BvdB 2001. In het hierna volgende wordt nader stilgestaan bij de methodiek zoals die geldt in het BvdB 2001. In de meeste verdragen worden voorkomingsmethodieken namelijk summier behandeld en wordt volstaan met een verwijzing naar de methodiek die binnen nationale wetgeving van toepassing is zoals het BvdB 2001. Verdragen die wel zelf een voorkomingsmethodiek kennen, passen in de regel overigens dezelfde systematiek toe. Daarenboven heeft het BvdB 2001 tevens toepassing op niet-verdragssituaties. In het BvdB 2001 worden buitenlandse vaste-inrichtingswinsten vrijgesteld.⁶² Indien het resultaat van een buitenlands filiaal positief uitvalt, verleent het BvdB 2001 hier een voorkoming voor zodat geen dubbele heffing plaatsvindt. Aan de toepassing van het BvdB 2001 is een aantal voorwaarden⁶³ verbonden: er wordt niet op een andere manier een tegemoetkoming verleend voor dubbele belasting; de belastingplichtige dient inwoner te zijn van Nederland; er dient sprake te

⁵⁸ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, FED Fiscale Studietoetsreeks, Deventer: Kluwer 2012, §1.8.

⁵⁹ Zie artikel 2 Wet VpB 1969.

⁶⁰ Zie artikel 3 Wet VpB 1969 jns. artikelen 17 t/m 19 Wet VpB 1969.

⁶¹ I.J.J. Burgers e.a., *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, Amersfoort: SDU 2011, §1.1.1.

⁶² Artikel 32 BvdB 2001.

⁶³ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, FED Fiscale Studietoetsreeks, Deventer: Kluwer 2012, §1.8.2.

zijn van dubbele belasting; en de buitenlandse belastingheffing dient vergelijkbaar te zijn met de Nederlandse heffing. Indien niet aan deze voorwaarden wordt voldaan kan alleen dubbele belasting worden voorkomen op grond van de aftrekmethode. Deze mogelijkheid staat echter alleen open voor de winstfeer.⁶⁴ De buitenlandse winsten en verliezen worden ten aanzien van de doorschuif- en inhaalregeling vastgesteld bij voor bezwaar vatbare beschikkingen.⁶⁵ Emigratie of verplaatsing van de werkelijke leiding brengt met zich dat inhaal- en doorschuifbeschikking geen invloed meer hebben. Enkel in gevallen van remigratie herleven dergelijke beschikkingen op grond van artikel 29 BvdB 2001 en artikel 45 BvdB 2001.

2.4.2 *Methodiek*⁶⁶

Een binnenlandse belastingplichtige (lichaam) ontvangt op grond van artikel 31 BvdB 2001 een belastingvrijstelling van vennootschapsbelasting die betrekking heeft op buitenlandse winst die wordt behaald met een vaste inrichting. Zoals eerder besproken worden binnenlandse belastingplichtigen in beginsel belast voor hun wereldinkomen. Hiertoe wordt het verschuldigde belastingbedrag berekend over de wereldwinst. Daarna wordt op grond van artikel 33 BvdB 2001 de vermindering ter voorkoming van dubbele belasting vastgesteld. Indien een binnenlands belastingplichtige vaste inrichtingen heeft in diverse staten, geldt de afzonderlijke methode.⁶⁷ Dit wil zeggen dat resultaten van verscheidene vaste inrichtingen niet worden samengenomen. De voorkoming wordt per vaste inrichting bepaald.⁶⁸

Op grond van artikel 32, vijfde lid, BvdB 2001 jo. artikel 39 BvdB 2001 geldt de belastingvrijstelling die zojuist is beschreven slechts voor actieve vaste inrichtingen. In het geval van een passieve vaste inrichting geldt het systeem van belastingverrekening. In artikel 32, vijfde lid, BvdB 2001 wordt voor een definitie van een passieve vaste inrichting verwezen naar artikel 13, tweede lid, laatste volzin, Wet VpB 1969 zoals dat luidde op 31 december 2006.⁶⁹ In de parlementaire geschiedenis die betrekking heeft op het regime van de passieve groeps-

⁶⁴ Zie artikel 3.14, zevende lid, onderdeel b, Wet IB 2001 en artikel 10, eerste lid, onderdeel e, Wet VpB 1969.

⁶⁵ Artikel 42 en artikel 43 BvdB 2001.

⁶⁶ R. Hein & T.A. Rassers, *Grondslagen internationaal belastingrecht*, Den Haag: Uitgeverij BelastingDruk 2004, §5.3.3.

⁶⁷ Zie artikel 10, eerste lid, BvdB 2001.

⁶⁸ R. Hein & T.A. Rassers, *Grondslagen internationaal belastingrecht*, Den Haag: Uitgeverij BelastingDruk 2004, §5.4.3.

⁶⁹ Het regime van de passieve vaste inrichting is gebaseerd op het regime dat gold voor de buitenlandse financieringsdochter (artikel 13, tweede lid, onderdeel c (oud), Wet VpB 1969), de voorloper van de huidige laagbelaste beleggingdeelneming (artikel 13, achtste tot en met dertiende lid en artikel 23c Wet VpB 1969). Tijdens de invoering van een nieuwe regeling in januari 1997 inzake buitenlandse financieringsdochters is daarmee samenhangend het BvdB 1989 gewijzigd ten aanzien van passieve vaste inrichtingen. Inmiddels is de regeling in de deelnemingsfeer herzien, dit geldt daarentegen niet voor passieve vaste inrichtingen. Daarom verwijst het BvdB 2001 naar het oude regime zoals deze gold voor buitenlandse financieringsdochters.

financieringsmaatschappij wordt uitgelegd wat men hier precies mee bedoelt. “Bij de voorgestelde aanvulling van artikel 13, tweede lid, gaat het om niet in Nederland gevestigde lichamen waarvan de werkzaamheden voor meer dan 50% bestaan uit het (...) financieren. (...) Bestaan de werkzaamheden van dat lichaam voor meer dan 50% uit het direct of indirect financieren van met de belastingplichtige verbonden lichamen dan wel van bedrijfsmiddelen van zodanige lichamen, daar onder begrepen het ter beschikking stellen van het gebruik of het gebruiksrecht daarvan, dan is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing (...).”⁷⁰ Dit wil zeggen dat ten aanzien van buitenlandse winst die afkomstig van een vaste inrichting die zich grotendeels bezighoudt met beleggen of passieve concernfinanciering geen belastingvrijstelling wordt verleend maar een belastingverrekening.

Volgens het systeem van belastingverrekening mag de over het wereldinkomen verschuldigde Nederlandse belasting verminderd worden met de in het buitenland betaalde belasting. Ten aanzien van deze verrekening dient een aantal limieten in acht te worden genomen. Deze worden beschreven in artikel 39 BvdB 2001. Zo wordt de verrekening⁷¹ bijvoorbeeld begrensd tot het bedrag van de over de wereldwinst berekende Nederlandse vennootschapsbelasting. De laagste limiet wordt verrekend.⁷² Voor belastingverrekening schrijft het BvdB 2001 de gezamenlijke methode⁷³ voor. Dit wil zeggen dat verscheidene vaste-inrichtingresultaten worden samengenomen ten aanzien van de voorkoming.⁷⁴

2.4.3 *Inhaalregeling*⁷⁵

Ingeval het buitenlandse inkomen van een vaste inrichting in een jaar negatief blijkt, wordt in dat jaar het wereldinkomen verlaagd met het negatieve buitenlandse resultaat. Hierdoor vermindert ook de in Nederland verschuldigde belasting. Indien in het volgende jaar de buitenlandse onderneming een winst boekt, zou zonder nadere regelgeving de vrijstellingsmethode⁷⁶ van toepassing zijn. Dit impliceert dat een te hoge voorkoming zou worden verleend, namelijk in het

⁷⁰ Kamerstukken II 1996/97, 24 696, nr. 8.

⁷¹ In het kader van vereenvoudiging mag worden uitgegaan van een buitenlands belastingbedrag dat gelijk is aan helft van het Nederlandse vennootschapsbelastingtarief toegepast op de buitenlandse winst. Daarnaast geldt een optieregeling indien het werkelijke bedrag aan buitenlandse belasting lager is. Zie artikel 39, tweede lid, onderdeel a, BvdB 2001 en artikel 39, derde lid, BvdB 2001.

⁷² C. van Raad, *Cursus Belastingrecht (Internationaal Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2012, §2.8.6.

⁷³ Zie artikel 15, tweede lid, BvdB 2001.

⁷⁴ R. Hein & T.A. Rassers, *Grondslagen internationaal belastingrecht*, Den Haag: Uitgeverij BelastingDruk 2004, §5.4.3.

⁷⁵ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, FED Fiscale Studiereserie, Deventer: Kluwer 2012, §1.11.4.

⁷⁶ Hierbij neem ik aan dat er sprake is van een actieve vaste inrichting.

verliesjaar door het wereldinkomen te verlagen en in winstjaar door de vrijstelling toe te passen en daarnaast doordat het bronland enerzijds heft en anderzijds verliezen compenseert. Dit ongewenste effect werd voorkomen door de inhaalregeling. Kort gezegd zorgt de inhaalregeling dat de winst van de buitenlandse onderneming in het tweede jaar alleen wordt vrijgesteld voorzover het verlies dat geleden is in de voorafgaande jaren wordt overtroffen. Hierdoor vermindert de belastingvrijstelling die in het tweede jaar verleend wordt. De inhaalregeling staat beschreven in artikel 12 BvdB 2001 en artikel 35 BvdB 2001. In de Nederlandse inhaalregeling worden verliezen onbeperkt⁷⁷ in de tijd voortgewenteld. Hiernaast geldt dat het verlies bij beschikking dient te worden vastgesteld. De inhaalregeling wordt per land toegepast.

Artikel 35, tweede lid, BvdB 2001 blokkeert de werking van de inhaalregeling in twee omstandigheden waarin zonder nadere regelgeving dubbele belastingheffing zou optreden: (a) indien al rekening is gehouden met het negatieve bedrag op basis van artikel 13c Wet VpB 1969 of (b) indien het buitenlandse negatieve resultaat een verlies veroorzaakt heeft dat op grond van de carry forward termijn⁷⁸ niet meer verrekenbaar is. In het eerste geval zijn de afgetrokken verliezen al teruggenomen door de werking van artikel 13c Wet VpB 1969. Door de inhaalregeling toe te passen zou dit een dubbele straf opleveren voor de belastingplichtige. In het laatste geval zou zonder nadere regelgeving het buitenlandse verlies dat afgetrokken is van de wereldwinst verdampen, terwijl dat verlies na de carry forward termijn nog wel moet worden ingehaald. Daarnaast dient de belastingplichtige in deze situatie te voldoen aan een voorwaarde:

*“...blijft de inhaalverplichting achterwege indien er een voldoende samenhang bestaat tussen de te vervallen verrekenbare verliezen en de in te halen negatieve winst uit een buitenlandse vaste inrichting”.*⁷⁹ Met samenhang wordt bedoeld dat het verdampte verlies bij het lichaam zijn oorsprong moet vinden in een afgetrokken verlies van de buitenlandse vaste inrichting.⁸⁰ Pas als aan deze voorwaarde wordt voldaan blijft de inhaalverplichting achterwege.

⁷⁷ In de parlementaire geschiedenis wordt toegelicht dat een beperkte voortwenteling het risico van een aanzienlijke toename van buitenlandse verliesimport met zich zou brengen. Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 8.

⁷⁸ Artikel 20, tweede lid, Wet VpB 1969.

⁷⁹ Stb. 2008, 574, p. 14.

⁸⁰ C. van Raad, *Cursus Belastingrecht (Internationaal Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2012, §2.8.3.C.d.

2.4.4 Doorschuiifregeling⁸¹

Indien het buitenlandse resultaat groter is dan het wereldinkomen en dus geen Nederlandse belasting is verschuldigd, kan de doorschuiifregeling een rol spelen. Indien in een Nederlands verliesjaar een positief resultaat wordt behaald door de buitenlandse onderneming, heeft de toepassing van de belastingvrijstelling weinig zin, omdat er überhaupt geen belasting betaald wordt in Nederland. De voorkoming kan namelijk niet groter zijn dan er aan Nederlandse belasting wordt betaald. In dergelijke situaties kan de buitenlandse winst in een later jaar in aanmerking worden genomen. De doorschuiifregeling is opgenomen in artikel 11 BvdB 2001 en artikel 34 BvdB 2001. Voor de doorschuiifregeling geldt dat het resultaat bij beschikking dient te zijn vastgesteld en wordt de regeling per land toegepast. Winsten met betrekking tot de doorschuiifregeling kunnen onbeperkt in de tijd worden doorgeschoven.

Artikel 46 BvdB 2001 bevat een antimisbruikbepaling die als doel heeft te voorkomen dat er wordt gehandeld in “doorgeschoven buitenlandse winstlichamen”. Wat betreft de vormgeving van deze regeling is aangesloten bij artikel 20a Wet VpB 1969 (artikel 46, derde lid, BvdB 2001). Kort gezegd behelst deze regeling dat indien een belangrijke aandeelhouderswisseling plaatsvindt, geen gebruik kan worden gemaakt van de doorschuiifregeling. Voor een aantal gevallen⁸² die te goeder trouw is, wordt een uitzondering gemaakt. Daarnaast wordt belastingplichtigen de mogelijkheid geboden zekerheid vooraf van de inspecteur te verkrijgen. Deze regeling strekt zich ook uit over passieve vaste inrichtingen (artikel 39 BvdB 2001).

§2.5 SAMENVATTING

In dit hoofdstuk stond de fiscale behandeling van de vaste inrichting centraal. Het vaste-inrichtingbegrip geeft men een houvast wat betreft de verdeling van de heffingsbevoegdheid bij grensoverschrijdende onderneming. Er is ingegaan op het begrip vaste inrichting en hiermee samenhangende begrippen vaste vertegenwoordiger en vast middelpunt. De nationale wet omvat geen definitie van een vaste inrichting. De vaste inrichting wordt wel omschreven in het BvdB 2001 en in het OESO-Modelverdrag. Echter, is het onduidelijk welke definitie doorslaggevend is

⁸¹ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, FED Fiscale Studieserie, Deventer: Kluwer 2012, §1.11.4.

⁸² Voorbeelden van dergelijke gevallen zijn te vinden in artikel 20a, derde lid, Wet VpB 1969.

ten aanzien van de nationale wet. Jurisprudentie geeft aan hoe er met het vaste-inrichtingbegrip moet worden omgegaan ten aanzien van de nationale wetgeving.

Verder is de winsttoerekening besproken. Hierbij is ingegaan op directe methode en de indirecte methode. Volgens de directe methode wordt de vaste inrichting behandeld als een zelfstandige en autonome entiteit dat op zakelijke wijze handelt met andere ondernemingsonderdelen. De indirecte methode splitst de ondernemingswinst aan de hand van een bepaalde verdeelsleutel over de verschillende onderdelen van de onderneming waaronder de vaste inrichting. In dit kader is de nieuwe OESO-visie met betrekking tot winsttoerekening kort uiteengezet die de indirecte methode uitdrukkelijk verwerpt en directe methode voorschrijft.

Ten slotte is de voorkoming en de hierbij behorende inhaal- en doorschuifregeling behandeld. De inhaalregeling zorgt ervoor dat de winst van de buitenlandse onderneming in een volgend jaar alleen wordt vrijgesteld voorzover het verlies dat gelden is in het voorafgaande jaar (en afgetrokken is van de wereldwinst van het lichaam) wordt overtroffen. De doorschuifregeling biedt belastingplichtigen de mogelijkheid vaste-inrichtingswinsten door te schuiven naar een volgend jaar indien het lichaam niet voldoende winstgevend is om een voorkoming te verlenen. Hiernaast zijn de verschillende voorkomingsmethodieken besproken die gelden ten aanzien van actieve en passieve van vaste inrichtingen.

Hoofdstuk 3 **MOEDER-DOCHTERVERHOUDINGEN**

§3.1 **INLEIDING**

In het voorgaande hoofdstuk is de fiscale behandeling van vaste inrichtingen uitvoerig aan bod gekomen. Hierbij is onder andere ingegaan op de begripsomschrijving van een vaste inrichting, vaste vertegenwoordiger en vast middelpunt. Daarnaast is een blik geworpen op de winsttoerekening aan vaste inrichtingen. In dit kader zijn de directe en de indirecte methode behandeld. In het verlengde hiervan is tevens de nieuwe OESO-visie omtrent winsttoerekening aan vaste inrichtingen de revue gepasseerd. Ten slotte zijn de met de vaste inrichting samenhangende voorkomingsmethodieken besproken. In dit licht zijn ook de inhaal- en doorschuifregeling aan bod gekomen. Waar in het vorige hoofdstuk werd stilgestaan bij hoofdhuus-vaste-inrichtingverhoudingen, worden in dit hoofdstuk moeder-dochterverhoudingen in ogenschouw genomen. In dit hoofdstuk staat de behandeling van resultaten van de dochtervennootschap bij de moedervennootschap centraal. Daartoe wordt in paragraaf 3.2 gestart met een begripsomschrijving van moeder-dochterverhoudingen. Voorts wordt in paragraaf 3.3 de winsttoerekening belicht. Vervolgens wordt in paragraaf 3.4 stilgestaan bij de grondslagen van de deelnemingsvrijstelling. Hiertoe zullen de grondslagen in binnenlandse en buitenlandse verhoudingen worden onderscheiden. In paragraaf 3.5 wordt kort de werking van de deelnemingsvrijstelling behandeld. In dit licht worden ook de vereisten van artikel 13 Wet VpB 1969 besproken zoals de non-voorraadeis, het niet-kwalificerende beleggingsdeelneming-regime en het kwalificerend aandelenbezit. Verder worden de antimisbruikbepalingen in de artikelen 13c en 13d Wet VpB 1969 uiteengezet. Artikel 13c Wet VpB 1969 had als doel te voorkomen dat de inhaalregeling werd gefrustreerd door een vaste inrichting om te zetten in een deelneming. Artikel 13d Wet VpB 1969 maakt verliesneming mogelijk bij de moedervennootschap in het geval dat bij liquidatie van de dochtervennootschap onverrekenende verliezen van de dochtervennootschap definitief verloren gaan. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een samenvatting.

§3.2 **BEZITSVERHOUDING**

De Nederlandse wet omvat enkele concernbegrippen die een bepaalde bezitsverhouding (moeder-dochtervennootschap) aanduiden. In deze paragraaf onderzoek ik wanneer sprake kan zijn van een moeder-dochterverhouding en welke criteria daarvoor worden gegeven. Eerst zal het civiele recht aan bod komen en daarna het fiscale recht. Zo wordt in artikel 2:24a BW de definitie van een dochtermaatschappij beschreven. Deze omschrijving houdt in dat de moedermaatschappij een zodanige mate van zeggenschap heeft in de dochtermaatschappij, dat zij bij verschil van mening over het door de dochter te voeren beleid haar wil kan doorzetten.⁸³ Voorts wordt artikel 2:24c BW een deelneming gedefinieerd: “Een rechtspersoon of vennootschap heeft een deelneming in een rechtspersoon, indien hij of een of meer van zijn dochtermaatschappijen alleen of samen voor eigen rekening aan die rechtspersoon kapitaal verschaffen of doen verschaffen teneinde met die rechtspersoon duurzaam verbonden te zijn ten dienste van de eigen werkzaamheid. Indien een vijfde of meer van het geplaatste kapitaal wordt verschaft, wordt het bestaan van een deelneming vermoed.” In dit artikel wordt de grens dus gelegd bij 20% van de aandelen.

Ook in de fiscale wetgeving wordt aangegeven op welke wijze moeder- en dochtervennootschappen kunnen samenhangen. Deze verbondenheid wordt beschreven in de artikelen 10a, 13 en 15 Wet VpB 1969. Artikel 10a Wet VpB 1969 beperkt de aftrek van rentes, kosten en valutaresultaten die verband houden met kasrondjes en verhangen binnen gelieerde verhoudingen.⁸⁴ Op grond van artikel 10a, vierde lid, Wet VpB 1969 doet verbondenheid haar intrede bij ten minste eenderde belang.

Artikel 13 Wet VpB 1969 omvat de regeling van de deelnemingsvrijstelling. Dit artikel schrijft voor dat indien binnen deelnemingsverhoudingen op deelnemingsniveau de winst in de heffing is betrokken, dit niet nogmaals belast wordt op het niveau van de aandeelhouder.⁸⁵ Volgens artikel 13, tweede lid, Wet VpB 1969 start een deelneming bij een belang van 5%. De wetgever tracht met dit percentage op forfaitaire wijze beleggen en deelnemen van elkaar te onderscheiden. Ten aanzien van beleggen geldt de deelnemingsvrijstelling niet en met betrekking tot deelnemen

⁸³ J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk, *Burgerlijk Wetboek (Tekst & Commentaar)*, Deventer: Kluwer 2003, Boek 2, Titel 1, artikelgewijs commentaar bij artikel 2:24a BW, p. 625.

⁸⁴ Zie artikelsgewijs commentaar bij artikel 10a Wet VpB 1969, NDFR.

⁸⁵ Zie artikelsgewijs commentaar bij artikel 13 Wet VpB 1969, NDFR.

wel.⁸⁶ Dit onderscheid is gebaseerd op het verlengstukbeginsel⁸⁷ en heeft de wetgever vormgegeven door een 5%-forfait te hanteren.

In artikel 15 Wet VpB 1969 is de regeling van de fiscale eenheid opgenomen. De fiscale eenheid biedt een moedervennootschap de mogelijkheid om de werkzaamheden en het vermogen van dochtervennootschappen tot haar eigen werkzaamheden en vermogen te rekenen. Hierdoor vormt de moedervennootschap het hoofd van de fiscale eenheid alsof er één belastingplichtige is. In artikel 15, eerste lid, Wet VpB 1969 wordt aangegeven dat indien de moedervennootschap de juridische en economische eigendom bezit van ten minste 95% van de aandelen van de dochtervennootschap, kan er een fiscale eenheid worden aangevraagd (mits ook aan de overige criteria wordt voldaan).

In artikel 13 Wet VpB 1969 wordt dus uitgegaan van een belang van 5%. Indien een participatie kleiner is dan 5%, acht de wetgever dit als een belegging en vindt de deelnemingsvrijstelling geen toepassing. Uitzondering op dit formele criterium is het niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingenregime. Ondanks het gegeven dat de participatie 5% of groter is, wordt bij laagbelastbaarheid nader bekeken of materieel sprake is van beleggen. De deelneming dient namelijk een verlengstuk te zijn van de moedervennootschap. De deelnemingsvrijstelling voorziet in beginsel in een vrijstelling. In de gevallen waarin materieel sprake is van beleggen geldt de deelnemingsvrijstelling niet en wordt het regime van de deelnemingsverrekening gehanteerd. Hierdoor zullen voordelen uit hoofde van een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming tot de belastbare grondslag behoren van de moedervennootschap. Echter kan de moedervennootschap gebruik maken van de mogelijkheid om een deel van de betaalde winstbelasting door de dochtervennootschap te verrekenen. Zie hierover meer in paragraaf 3.5.2. Hetzelfde criterium komt in essentie terug in de kenmerken van een vaste inrichting. De vaste inrichting dient materieel beschouwd namelijk aan de onderneming ter beschikking staan en werkzaamheden van de onderneming dienen in de vaste inrichting worden uitgevoerd. Op grond van het laatstgenoemde aspect versta ik in het vervolg van deze scriptie onder een moeder-dochterverhouding het belang van 5% in het nominaal gestorte aandelenkapitaal van een dochtervennootschap (deelneming).

⁸⁶ J.A.G. van der Geld, *De deelnemingsvrijstelling*, Fiscale Monografieën 20, Deventer: Kluwer 2011, §3.6.

⁸⁷ Hier wordt nader bij stilgestaan in §3.4.

§3.3 WINSTTOEREKENING⁸⁸

Binnen de vennootschapsbelasting geldt de hoofdregel dat elk lichaam⁸⁹ zelfstandig wordt belast ongeacht gelieerde lichamen. De winstbepaling van een lichaam verloopt derhalve gescheiden van haar aandelenhouders⁹⁰. Indien de aanwezigheid van gelieerde partijen leiden tot onzakelijke afspraken, dan voorziet de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 via het totaalwinstbegrip of via artikel 8b Wet VpB 1969 in een correctie daar op.

De Wet op de inkomstenbelasting 2001 hanteert twee winstbegrippen: de totaalwinst⁹¹ en de jaarwinst⁹². Het totaalwinstbegrip wordt omschreven als het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming. Met behulp van deze omschrijving wordt aangeduid welke voordelen tot de winst van de onderneming behoren. Daarnaast wordt met het totaalwinstbegrip aangegeven dat deze voordelen beoordeeld dienen te worden naar de totale periode waarin de belastingplichtige de onderneming drijft. Het jaarwinstbegrip geeft aan in welk jaar de winst aan belastingheffing onderworpen moet worden. Aan de hand van het totaalwinstbegrip wordt derhalve beoordeeld in hoeverre bepaalde voor- en nadelen tot de winst behoren. De omvang van de totaalwinst van een onderneming wordt naar objectieve maatstaven vastgesteld en is daarom onafhankelijk van de wil van de ondernemer.⁹³ Op basis hiervan kunnen onzakelijke afspraken tussen gelieerde partijen worden gecorrigeerd naar zakelijke omstandigheden. Overigens geldt op basis van artikel 2, vijfde lid, Wet VpB 1969 de zogenoemde ondernemingsfictie. Dit betekent lichamen zoals genoemd in artikel 2, lid, onderdeel a, b en c, Wet VpB 1969 worden geacht hun onderneming te drijven met behulp van hun gehele vermogen. Er is derhalve geen privé-sfeer voor lichamen. Door deze ondernemingsfictie is de vermogensetikettering niet meer van belang voor lichamen. Door de vermogensetikettering wordt er een onderscheid gemaakt tussen privé-vermogen en ondernemingsvermogen.⁹⁴

⁸⁸ J. N. Bouwman, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Amersfoort: SDU 2011, §3.2.1.

⁸⁹ De wetgever hanteert het verzamelbegrip "lichamen" (artikel 2, eerste lid, onderdeel b, AWR) voor alle belastingplichtige subjecten voor de vennootschapsbelasting. Onder lichamen worden rechtspersonen en daarmee vergelijkbare samenwerkingsverbanden verstaan. Zie J. N. Bouwman, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Amersfoort: SDU 2011, §1.1.1.

⁹⁰ Dit geldt uiteraard ook voor dochter- en zustervennootschappen (en niet-gelieerde partijen).

⁹¹ Artikel 3.8 Wet IB 2001.

⁹² Artikel 3.25 Wet IB 2001.

⁹³ E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars, B.F. Schuiver, *Inkomstenbelasting alsmede hoofdzaken loonbelasting*, FED Fiscale Studietoets, Deventer: Kluwer 2011, §3.2.8.

⁹⁴ Zie artikelsgewijs commentaar bij artikel 2 Wet VpB 1969, NDFR.

Daarnaast kunnen onzakelijke afspraken tussen partijen worden gecorrigeerd via artikel 8b Wet VpB 1969. De fiscus schenkt aan dergelijke situaties speciale aandacht door te toetsen of de transacties at arm's length (artikel 8b Wet VpB 1969) zijn. Dit wil zeggen dat onderzocht wordt of de voorwaarden die gelden ten aanzien van onderlinge transacties verschillen van de voorwaarden die onafhankelijke partijen overeen zouden zijn gekomen. Aangepaste voorwaarden die zijn toegepast met betrekking tot transacties van gelieerde partijen dienen dan gecorrigeerd te worden. Indien transacties niet in overeenstemming zijn met het arm's length-artikel, zal dit tot winstverschuivingen leiden binnen het concern.⁹⁵ Dit zal resulteren in een geringere vennootschapsbelastingopbrengst, ingeval winst wordt verschoven van een Nederlands lichaam naar bijvoorbeeld een buitenlands gelieerd lichaam. De transfer pricing problematiek is opgenomen in artikel 9 OESO-Modelverdrag. Artikel 8b Wet VpB 1969 is hier de codificatie van in de Nederlandse wet.⁹⁶ Artikel 9 OESO-Modelverdrag regelt de transfer pricing problematiek tussen gelieerde partijen. Dit artikel gaat dus tevens op voor moeder-dochterverhoudingen. Ten aanzien van hoofdhuus-vaste inrichting verhouding geldt artikel 7 OESO-Modelverdrag. Zie hierover meer in paragraaf 2.3.

In de regel wordt het onzakelijk handelen tussen gelieerde partijen gecorrigeerd door middel van het totaalwinstbegrip in artikel 3.8 Wet IB 2001 via de schakelbepaling in artikel 8, eerste lid, Wet VpB 1969. Ten aanzien van het totaalwinstbegrip geldt als criterium dat het onzakelijk handelen moet leiden tot een winstuitdeling⁹⁷ of een storting van informeel kapitaal⁹⁸. Dit wil zeggen dat de betrokken partijen via een aandeelhoudersrelatie (of hiermee vergelijkbaar) gelieerd zijn en tevens dienen de partijen bewust te zijn van het onzakelijk handelen. Om onzakelijk handelen te corrigeren via het totaalwinstbegrip, dient er dus sprake te zijn van aandeelhouderschap en bewustheid. Echter, in het verleden was die fiscus niet altijd in staat om in de gevallen waarin het vermoeden bestond dat er sprake was van onzakelijk handelen aan te tonen dat er sprake was van aandeelhouderschap en/of bewustheid. Daarom heeft de wetgever in 2002 artikel 8b Wet VpB 1969 ingevoerd. Door het arm's length artikel heeft de fiscus toch de

⁹⁵ In §2.3.2 komt naar voren dat hetzelfde opgaat voor vaste inrichtingen.

⁹⁶ I.J.J. Burgers e.a., *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, Amersfoort: SDU 2011, §5.8. Het arm's-length-principe geldt overigens ook ten aanzien van hoofdhuus-vaste-inrichtingverhoudingen

⁹⁷ Bij een winstuitdeling wordt de aandeelhouder (moedervenootschap) door haar dochtervenootschap bevoordeeld.

⁹⁸ Bij een informele kapitaalstorting wordt de dochtervenootschap door haar aandeelhouder (moedervenootschap) bevoordeeld.

mogelijkheid onzakelijk handelen te corrigeren bij het ontbreken van aandeelhouderschap en/of bewustheid.

In feite gold dus het arm's length-principe al wel in de Nederlandse fiscaliteit (op grond van de leer van de totaalwinst) vóór de invoering van artikel 8b Wet VpB 1969. De reden⁹⁹ dat het arm's length-beginsel alsnog gecodificeerd is, naast de verruiming voor de fiscus om onzakelijk handelen te corrigeren, was om aan andere OESO-landen te laten weten dat Nederland dit principe ook toepast. Door de invoering van artikel 8b Wet VpB 1969 heeft Nederland haar internationale beeldvorming verbeterd. Indertijd werd Nederland namelijk verweten dat door de OESO vastgelegde arm's length principe onvoldoende te hebben gewaarborgd.¹⁰⁰

Ten aanzien van de winstbepaling van lichamen binnen de vennootschapsbelasting geldt dat deze in kwalitatieve en kwantitatieve zin wordt bepaald op basis van de regels inzake de winstbepaling in de Wet IB 2001 die doorwerkt naar de Wet VpB 1969.¹⁰¹ Echter is op deze hoofdregel een aantal inbreuken gepleegd binnen de Wet VpB 1969 waarin rekening wordt gehouden aandeelhoudersverhoudingen van een vennootschap. Een uitzondering is bijvoorbeeld het fiscale eenheidsregime ex artikel 15 Wet VpB 1969. De kern van het fiscale eenheidsregime is dat zelfstandig belastingplichtige lichamen die tot één concern behoren op verzoek voor de vennootschapsbelasting kunnen worden behandeld alsof zij één belastingplichtige zijn.¹⁰² Binnen een fiscale eenheid blijven de fiscale winstbepalingsregels van kracht. De winst van gevoegde lichamen in een fiscale eenheid wordt berekend alsof de fiscale eenheid slechts één onderneming drijft.¹⁰³ Hierbij gelden dus de winstbepalingsregels zoals totaalwinst- en jaarwinstbepalingen. Echter door de vormgeving van de faciliteit is een aantal regels niet meer relevant. Dit geldt met name bij transacties tussen vennootschappen binnen de fiscale eenheid. Ten aanzien van onderlinge transacties hoeft het arm's length beginsel niet meer te worden gehanteerd. Er wordt immers belasting geheven alsof er één belastingplichtige is die slechts één onderneming drijft. Tussen de vennootschappen kunnen transacties dus buiten de winstbepalingsregels plaatsvinden.

⁹⁹ Naast de internationale beeldvorming heeft de invoering van artikel 8b Wet VpB nog meer redenen gehad. Artikel 8b Wet VpB 1969 geeft een afwijkende omschrijving van gelieerdheid dan zoals gelieerdheid omschreven is in artikel 10a, vierde lid, Wet VpB 1969 (verbonden lichamen). Verder voorziet artikel 8b Wet VpB 1969 in een documentatieverplichting voor belastingplichtigen en kan dit artikel de bewijslast verschuiven naar de belastingplichtige. Zie artikelsgewijs commentaar bij artikel 8b Wet VpB 1969, NDFR.

¹⁰⁰ J. N. Bouwman, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Amersfoort: SDU 2011, §3.5.4.1.

¹⁰¹ Artikel 8, eerste lid, Wet VpB 1969.

¹⁰² J. N. Bouwman, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Amersfoort: SDU 2011, §8A.1.

¹⁰³ J. N. Bouwman, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Amersfoort: SDU 2011, §8A.2.1.

Binnen het fiscale eenheidsregime is een aantal anti-misbruikbepalingen opgenomen om oneigenlijk gebruik te voorkomen.

Artikel 15ai Wet VpB 1969 is voorbeeld van een anti-misbruikbepaling die het oneigenlijk gebruik tracht te voorkomen door er sancties op te leggen. De werking van artikel 15ai Wet VpB 1969 houdt in dat wordt voorkomen dat in beginsel belastbare stille reserves en (niet-geactiveerde) goodwill via de fiscale eenheid belastingvrij worden gerealiseerd. Ter verduidelijking kan het volgende voorbeeld worden geschetst. Een moedervenootschap draagt binnen fiscale eenheid onroerend goed met een stille reserve over aan haar geveegde dochtervenootschap. Er wordt geen arm's length prijs gehanteerd bij een transactie tussen de vennootschappen onderling. Als vervolgens de aandelen in de dochtervenootschap vervreemd worden aan een derde, zal de vervreemdingswinst voor de moedervenootschap onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Zo zal de stille reserve door de werking van de fiscale eenheid belastingvrij worden gerealiseerd. Artikel 15ai Wet VpB 1969 bestrijdt deze vorm van misbruik door onmiddellijk voorafgaand aan de ontvoeging van de dochtervenootschap het onroerend goed te waarden op de waarde in het economische verkeer. Het verschil tussen de boekwaarde en de waarde in het economische verkeer is winst voor de fiscale eenheid. Hierdoor wordt de stille reserve belastbaar. De sanctietermijn van artikel 15ai Wet VpB is zes jaar.¹⁰⁴

Naast het fiscale eenheidsregime zijn er in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 meer inbreuken gepleegd op de hoofdregel ten aanzien van fiscale winstbepaling waarin rekening wordt gehouden aandeelhoudersverhoudingen van een vennootschap. In artikel 10a, vierde lid, eerste volzin, Wet VpB 1969 wordt het verbondheidsbegrip omschreven. Verscheidende anti-misbruikbepalingen in de vennootschapsbelasting verwijzen naar dit begrip. Doordat door middel van het verbondenheidsbegrip gelieerdheid wordt aangenomen, gelden er verscherpte regels ten aanzien van transacties tussen gelieerde partijen. In het geval waarin de verscherpte regels niet worden nageleefd, volgt sancties met betrekking tot de fiscale winstbepaling.

Een voorbeeld van een dergelijke anti-misbruikbepaling is artikel 10a Wet VpB 1969. Door dit artikel wordt de aftrek van rente¹⁰⁵ van geldleningen beperkt die verband houden met kasrondjes en verhangingen binnen concernverband, schuldigerkenningen van dividend, terugbetalingen van

¹⁰⁴ J. N. Bouwman, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Amersfoort: SDU 2011, §8B.7.3.

¹⁰⁵ Hieronder vallen ook kosten en valutaresultaten.

kapitaal, kapitaalstortingen en verwerving of uitbreiding van een belang in een verbonden lichaam. De sanctie van artikel 10a Wet VpB 1969 treedt in werking indien sprake is van een schuld aan een verbonden lichaam (of natuurlijk persoon) die samenhangt met één van de eerder genoemde rechtshandelingen.¹⁰⁶ Door artikel 10a Wet VpB 1969 worden bepaalde transacties tussen gelieerde partijen dus strenger in de gaten gehouden. Wanneer niet zakelijk wordt gehandeld, verbiedt artikel 10a Wet VpB 1969 de renteaftrek. Hierdoor wordt een inbreuk gepleegd op de fiscale winstbepaling.

§3.4 GRONDSLAGEN DEELNEMINGSVRIJSTELLING¹⁰⁷

3.4.1 *Inleiding*

De winstbepaling van moeder- en dochtervennootschappen verloopt in beginsel afzonderlijk van elkaar met inachtneming van hetgeen in paragraaf 3.3 is uiteengezet. Dit zou betekenen dat indien de dochtervennootschap haar behaalde winst uitkeert als dividend aan haar moedervennootschap, dit een economisch dubbele belasting¹⁰⁸ zou opleveren. Enerzijds is de winst bij de dochtervennootschap belast met vennootschapsbelasting en anderzijds wordt het dividend dat moeder ontvangt opnieuw in haar winstbepaling in de heffing betrokken. Teneinde deze vorm van dubbele heffing te voorkomen, wordt gebruik gemaakt van de deelnemingsvrijstelling ex artikel 13 Wet VpB 1969. De hoofdregel van de deelnemingsvrijstelling is dat bij kwalificerende moeder- en dochtervennootschappen alle voordelen uit hoofde van een deelneming in een dochtervennootschap vrijgesteld zijn bij de fiscale winstbepaling van de moedervennootschap. De grondslagen van de deelnemingsvrijstellingen kunnen in twee kaders onderscheiden worden, te weten voor binnenlandse en buitenlandse dochtervennootschappen. Naast het verlengstuk- en het ne-bis-in-idem-beginsel die van belang zijn in binnenlandse verhoudingen, speelt ten aanzien van buitenlandse dochtervennootschappen het internationaal belastingrecht een essentiële rol wat betreft de grondslagen van de deelnemingsvrijstelling. Ik werk dit hierna uit.

¹⁰⁶ Zie artikelsgewijs commentaar bij artikel 10a Wet VpB 1969, NDFR.

¹⁰⁷ J.A.G. van der Geld, *De deelnemingsvrijstelling*, Fiscale Monografieën 20, Deventer: Kluwer 2011, §2.3.

¹⁰⁸ Onder economische dubbele belasting wordt verstaan dat juridisch verschillende personen elk belast worden voor een object dat materieel hetzelfde is (formeel-juridisch beschouwd). Van juridisch dubbele belasting is sprake indien één subject meerdere malen belast wordt over hetzelfde object. Zie J.A.G. van der Geld, *De deelnemingsvrijstelling*, Fiscale Monografieën 20, Deventer: Kluwer 2011, §7.2, voetnoot 1.

3.4.2 *Binnenlandse verhoudingen*

In de literatuur worden met betrekking tot binnenlandse verhoudingen twee grondslagen genoemd, namelijk het ne-bis-in-idem-beginsel en de verlengstukgedachte.

Het ne-bis-in-idem-beginsel houdt in dat winst slechts eenmaal wordt belast met vennootschapsbelasting. De vraag is of dit beginsel algebraïsch dient te worden opgevat en daarmee ook van toepassing is op verliezen. Van der Geld is van mening dat dit wel het geval is en verliezen niet meer dan eenmaal dienen te worden verrekend.¹⁰⁹ Voorts kan het ne-bis-in-idem-beginsel zo worden geïnterpreteerd dat naast het ten minste éénmaal in aanmerking nemen van winsten, ook verliezen ten minste eenmaal (ergens) verrekend dienen te worden. De deelnemingsvrijstelling kan overigens niet volledig gestoeld worden op het ne-bis-in-idem-beginsel. Het 5%-criterium strookt bijvoorbeeld niet met de ne-bis-in-idem-regel. De wetgever beoogt namelijk participaties die als beleggingen kunnen worden beschouwd niet de deelnemingsvrijstelling te verlenen. Het 5%-criterium vormt daarmee een forfaitaire benadering van het beleggingsbegrip.¹¹⁰ Daarnaast rijmt de nonvoorraadeis (zie verder hierover in paragraaf 3.5.2) ook niet met het ne-bis-in-idem-beginsel. In de verlengstukgedachte wordt de dochtervennootschap geacht een partieel verlengstuk te zijn van de moedervennootschap, zodat de winst van de dochtervennootschap als het ware eigen winst is van de moedervennootschap. De winstuitkering van de dochtervennootschap aan de moedervennootschap kan dan niet tot de belastbare winst van de moedervennootschap worden gerekend. Deze verlengstukgedachte ligt tevens ten grondslag aan een aantal andere regelingen in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 zoals het fiscale eenheidsregime ex artikel 15 Wet VpB 1969 en de regeling inzake coöperaties ex artikel 9, eerste (en tweede) lid, onderdeel g, Wet VpB 1969.

De deelnemingsvrijstelling kan dus in binnenlandse verhoudingen worden herleid naar bovenstaande beginselen. De staatssecretaris is dezelfde mening toegedaan. Hij ziet namelijk in dat op basis van bovengenoemde beginselen elders belaste eigen winst vrijgesteld dient te worden indien de winst afkomstig is uit een bezit dat in de lijn ligt van de normale uitoefening van de door de belastingplichtige gedreven onderneming.¹¹¹

¹⁰⁹ Hiernaast rijst de vraag of het ne-bis-in-idem-beginsel dermate ruim dient te worden opgevat dat winsten en verliezen tenminste eenmaal in de heffing moeten worden betrokken. Deze gedachte kan worden doorgetrokken naar de liquidatieverliesregeling zoals neergelegd in artikel 13d Wet VpB 1969.

¹¹⁰ Zie hierover meer in paragraaf 3.5.2.

¹¹¹ Kamerstukken II 1987/88, 19 968, nr. 7, p. 4.

3.4.3 *Buitenlandse verhoudingen*

De zojuist besproken verlengstukgedachte kan tevens in het kader van buitenlandse verhoudingen worden toegepast. Daarnaast speelt het internationaal belastingrecht een rol. De deelnemingsvrijstelling neemt namelijk een belangrijke plaats in binnen de internationale politiek van Nederland en moet als zodanig worden afgestemd en vergeleken met overige regelingen die Nederland eenzijdig neemt.¹¹² De deelnemingsvrijstelling kan in een internationale context omschreven worden als een regeling die eenzijdig dubbele belastingheffing voorkomt volgens de vrijstellingsmethode. Een dergelijke wijze van voorkoming van dubbele belasting ligt in lijn met de erkenning van de belastingsovereïniteit van het andere land. Deze erkenning wordt zo ver doorgevoerd dat bij actieve deelnemingen niet van belang wordt geacht of in het buitenland de winst daadwerkelijk aan een belasting onderworpen is.

§3.5 **DEELNEMINGSVRIJSTELLING**¹¹³

3.5.1 *Inleiding*

Het doel van de deelnemingsvrijstelling is concernvorming fiscaal niet te ontmoedigen. Zonder de deelnemingsvrijstelling zou elke laag waarin zich een vennootschap bevindt binnen een concern extra vennootschapsbelasting oproepen.¹¹⁴ De Hoge Raad omschrijft de doelstelling van de deelnemingsvrijstelling in r.o. 3.3 van zijn arrest HR 24 mei 2002, nr. 37 021, BNB 2002/262c* als volgt: “De deelnemingsvrijstelling strekt ertoe te voorkomen dat ter zake van de door de dochtervennootschap gegenereerde winst tweemaal vennootschapsbelasting wordt geheven, namelijk eerst bij de dochtervennootschap over de door haar behaalde winst, en nadat die winst is uitgekeerd aan de moedervennootschap, bij deze laatste over de aan haar uitgekeerde winst. De werking van de deelnemingsvrijstelling is te vergelijken met een belastingheffing als ware de dochter met de moeder geconsolideerd.” De hoofdregel van de in artikel 13 Wet VpB 1969 neergelegde deelnemingsvrijstelling stelt voordelen uit hoofde van een deelneming in een kwalificerende dochtervennootschap vrij bij de fiscale winstbepaling van de moedervennootschap. De vrijgestelde voordelen omvatten naast dividenden tevens koersresultaten en waardemutaties. Logischerwijs vloeit hieruit voort dat verliezen uit hoofde van

¹¹² Voorbeelden van regelingen die Nederland eenzijdig neemt zijn bijvoorbeeld de regeling inzake vaste-inrichtingswinsten en beleggingsdividenden van natuurlijke personen.

¹¹³ J.A.G. van der Geld, *De deelnemingsvrijstelling*, Fiscale Monografieën 20, Deventer: Kluwer 2011, §1.

¹¹⁴ J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, FED Fiscale Studietoets, Deventer: Kluwer 2010, §6.1.

een deelneming ook niet aftrekbaar zijn bij de moeder vennootschap. De wetgever heeft hier één inbreuk op gemaakt ten aanzien van de verliesverrekening, namelijk in artikel 13d Wet VpB 1969 (liquidatieverliesregeling)¹¹⁵.

3.5.2 Voorwaarden

De deelnemingsvrijstelling kent een imperatieve werking ingeval aan de voorwaarden wordt voldaan. De deelnemingsvrijstelling is zowel van toepassing op binnenlandse als op buitenlandse belastingplichtige moeder vennootschappen. Verder maakt de deelnemingsvrijstelling geen onderscheid tussen binnenlandse en buitenlandse deelnemingen.

Voorwaarde 1: Subjectieve belastingplicht

In de eerste plaats is een logisch vereiste dat de moeder vennootschap subjectief belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting. Indien de moeder vennootschap niet belastingplichtig is, is een vrijstelling immers onmogelijk en onnodig. Ten aanzien van de dochter vennootschap zijn beperkingen opgelegd omtrent de rechtsvorm (artikel 13, tweede en derde lid, Wet VpB 1969).

Voorwaarde 2: Kwalificerend aandelenbezit

In de tweede plaats vereist artikel 13 Wet VpB 1969 een kwalificerend aandelenbezit in de dochter vennootschap. In beginsel geldt de minimum eis dat de moeder vennootschap ten minste 5% van het nominaal geplaatste kapitaal van de dochter vennootschap dient te bezitten (artikel 13, tweede lid, Wet VpB 1969). Uitzonderingen hierop zijn bijvoorbeeld de meetrek- en meesleepregeling (artikel 13, vierde en vijfde lid, Wet VpB 1969) en de aflopende deelneming (artikel 13, zestiende lid, Wet VpB 1969).

Voorwaarde 3: Geen niet-kwalificerende beleggingsdeelneming

Naast het kwalificerend aandelenbezit eist artikel 13 Wet VpB 1969 in de derde plaats dat geen sprake mag zijn van een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming. Indien sprake is van een dergelijke deelneming, vindt het deelnemingsvrijstellingsregime geen toepassing en geldt het deelnemingsverrekeningsregime.¹¹⁶ De ratio achter deze regeling is kort gezegd het voorkomen

¹¹⁵ De liquidatieverliesregeling van artikel 13d Wet VpB 1969 schrijft voor dat het verlies dat een moeder vennootschap lijdt ten gevolge van de liquidatie van haar deelneming (dochter vennootschap), aftrekbaar is. Dit wil zeggen dat het liquidatieverlies niet onder de algemene werking van de deelnemingsvrijstelling valt.

¹¹⁶ Artikel 13aa Wet VpB 1969 jo. artikel 23c Wet VpB 1969.

dat mobiele beleggingen in een laagbelastend land renderen.¹¹⁷ In de parlementaire behandeling wordt de regeling als volgt gemotiveerd: “Om een grondslaguitholling te voorkomen en om het deelnemingsregime internationaal aanvaardbaar te houden, moet in de deelnemingsvrijstelling een regeling zijn opgenomen die voorkomt dat inkomsten uit mobiel kapitaal dat in laagbelastende landen is ondergebracht, via de Nederlandse deelnemingsvrijstelling belastingvrij kunnen worden genoten.”¹¹⁸ De regeling inzake niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen houdt in dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is voor participaties in lichamen die zich te veel bezighouden met beleggingsactiviteiten en bovendien vanuit Nederlands optiek onvoldoende belast worden.

De aanwezigheid van een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming wordt vastgesteld aan de hand van drie toetsen:

- oogmerktoets: de deelnemingsvrijstelling is niet van toepassing indien de deelneming met een beleggingsoogmerk wordt gehouden (artikel 13, negende lid, Wet VpB 1969);
- bezittingentoets: ingeval niet wordt voldaan aan de oogmerktoets spreekt men in wettelijke termen van een beleggingsdeelneming. Indien echter voldaan wordt aan de bezittingen- of onderworpenheidstoets, is sprake van een kwalificerende beleggingsdeelneming en is de deelnemingsvrijstelling wel van toepassing. Aan de bezittingen-toets wordt niet voldaan indien de bezittingen van de deelneming doorgaans voor meer dan 50% bestaan uit vrije beleggingen¹¹⁹ (artikel 13, tiende lid, Wet VpB 1969); en
- onderworpenheidstoets: een beleggingsdeelneming wordt als niet-kwalificerend aangemerkt indien de dochtervennootschap niet is onderworpen aan een naar Nederlandse begrippen reële heffing (artikel 13, dertiende lid, Wet VpB 1969).

Indien de dochtervennootschap faalt voor alle drie de toetsen, is sprake van een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming. Dit wil zeggen dat ingeval de dochtervennootschap voldoet aan slechts één toets, de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming is onderworpen aan het regime van de deelnemingsverrekening. Ten gevolge hiervan zullen voordelen uit hoofde van een dergelijke deelneming wel tot de belastbare grondslag behoren van de moedervennootschap. Echter kan de

¹¹⁷ P.G.H. Albert, *Deelnemingsvrijstelling*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, §4B.3.

¹¹⁸ Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 15.

¹¹⁹ Artikel 13, twaalfde lid, Wet VpB 1969.

moedervenootschap in aanmerking komen voor een forfaitaire verrekening van 5%¹²⁰ winstbelasting die geacht wordt te zijn betaald door de niet-kwalificerende beleggingsdeelneming (of dochtervennootschappen daarvan). Het forfaitair verrekenbaar bedrag vormt 5% van de deelnemingsvoordelen. Verrekening vindt overigens niet plaats indien de niet-kwalificerende beleggingsdeelneming geen winstbelasting betaalt (artikel 13aa, zevende lid, Wet VpB 1969). Indien de beleggingsdeelneming onder de moeder-dochterrichtlijn valt, kan de moedervenootschap desgewenst de werkelijk betaalde belasting verrekenen voor zover er sprake is van dividenden. Deze optie staat dus alleen open voor EU-situaties.¹²¹

Zoals al in paragraaf 3.4.2 naar voren vormt gekomen is het 5%-criterium een forfaitaire benadering van het beleggingsbegrip. Door de regeling inzake de niet-kwalificerende beleggingsdeelneming worden belangen groter dan 5% in een beleggingsdeelneming uitgesloten van de deelnemingsvrijstelling. De wetgever heeft hiermee getracht beleggingen buiten de deelnemingsvrijstelling te houden. In de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 zijn er ten aanzien van beleggen nog twee speciale regimes, te weten de vrijgestelde beleggingsinstelling (VBI)¹²² en de (fiscale) beleggingsinstelling (FBI)¹²³.

De doelstelling achter de FBI is de kleine particuliere belegger die via een beleggingsinstelling belegt en de particuliere belegger die zelf in privé belegt zoveel mogelijk fiscaal gelijkwaardig te behandelen.¹²⁴ Voor een FBI geldt een nul-procentstarief voor de vennootschapsbelasting. Om in aanmerking te komen voor dat tarief geldt een aantal voorwaarden, waaronder de doostootverplichting. Deze houdt in dat de beschikbare winst binnen acht maanden na afloop van het boekjaar dient te worden uitgedeeld.¹²⁵ Een VBI is vrijgesteld van de heffing van vennootschapsbelasting en van de inhouding van dividendbelasting op uitdelingen van de winst. In tegenstelling tot de FBI kent de VBI geen uitdelingsplicht of financieringseisen. Daarnaast geldt dat een VBI geen verdragsbescherming geniet. Om gebruik te maken van de vrijstelling van

¹²⁰ Dit percentage wordt in de parlementaire behandeling als volgt gemotiveerd: "In veel gevallen zal een forfaitair bedrag van 5% een adequate verrekening zijn, aangezien alleen sprake kan zijn van deelnemingsverrekening als de laagbelaste beleggingsdochter minder dan 10% winstbelasting betaalt." Zie Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 123.

¹²¹ P.G.H. Albert, *Deelnemingsvrijstelling*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, §7.3.

¹²² Artikel 6a Wet VpB 1969.

¹²³ Artikel 28 Wet VpB 1969.

¹²⁴ J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, FED Fiscale Studietoets, Deventer: Kluwer 2010, §11.3.

¹²⁵ J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, FED Fiscale Studietoets, Deventer: Kluwer 2010, §11.3.1.

artikel 6a Wet VpB 1969 dient te worden voldaan aan een aantal voorwaarden die onder andere zien op de rechtsvorm en aandeelhouders.¹²⁶

Voorwoorde 4: Non-voorraadeis

Ten slotte geldt een non-voorraadeis¹²⁷ als voorwaarde voor de deelnemingsvrijstelling. Deze regel beoogt handel in kasgeldvennootschappen te bestrijden. Bij de handel in kasgeldvennootschappen gaat het om een handelsresultaat en is de moedervenootschap niet geïnteresseerd in de eigen activiteiten van de dochtervenootschap. Dit ligt niet in lijn met de verlengstukgedachte, wat één van de grondslagen is van de deelnemingsvrijstelling. Per 2007 is dit vereiste uit de wettekst gehaald. Echter blijft volgens de staatssecretaris de winst die voortvloeit uit dergelijke activiteiten ook zonder wettelijke inperking buiten de werking van de deelnemingsvrijstelling: “De non-voorraadeis beoogt dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op winst die banken en dergelijke behalen met de handel in dergelijke vennootschappen (dat wil zeggen het verschil tussen de aankoopprijs en de verkoopprijs). Ook zonder een uitdrukkelijke verwoording in de wettekst van de non-voorraadeis, geldt voor deze winst de deelnemingsvrijstelling niet. Het met de transactie behaalde voordeel betreft namelijk niet zozeer een vermogensresultaat op aandelen (deelnemingsvoordeel), maar een dienstverleningsvergoeding. In dit licht bezien kan de non-voorraadeis vervallen, zonder dat daarmee de vrijstelling wordt uitgebreid tot de bedoelde dienstverleningsvergoeding.”¹²⁸

3.5.3 Omzetting vaste inrichting in een deelneming

De regeling inzake de deelnemingsvrijstelling is rijk aan antimisbruikbepalingen om ongewenst gebruik te voorkomen. Eén hiervan was artikel 13c Wet VpB 1969. In 1990 is artikel 13c Wet VpB 1969 geïntroduceerd. Dit artikel had als doel te voorkomen dat de inhaalregeling werd gefrustreerd door een vaste inrichting om te zetten in een deelneming. Voor de invoering van artikel 13c Wet VpB 1969 bestond voor belastingplichtigen de mogelijkheid verliezen van een vaste inrichting die ten laste waren gebracht van de Nederlandse winstgrondslag, definitief te maken door de vaste inrichting om te zetten in een deelneming zodra zij winstgevend werd. Afgetrokken verliezen bleven bij de moedervenootschap (voorheen hoofdhuis) achter. Nadien behaalde voordelen uit deelneming vielen op grond artikel 13 Wet VpB 1969 onder de

¹²⁶ J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, FED Fiscale Studietoetsreeks, Deventer: Kluwer 2010, §11.2.

¹²⁷ J.A.G. van der Geld, *De deelnemingsvrijstelling*, Fiscale Monografieën 20, Deventer: Kluwer 2011, §3.4.

¹²⁸ Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 99.

deelnemingsvrijstelling.¹²⁹ Dit is indertijd gerepareerd door invoering van artikel 13c Wet VpB 1969. Artikel 13c Wet VpB 1969 beoogde deze wijze van grondslagerosie te bestrijden.

De werking van artikel 13c Wet VpB 1969 kwam er kort gezegd op neer dat, indien een vaste inrichting die voorheen verliezen had gerealiseerd, werd omgezet in een dochtervennootschap, voordelen ontleende aan die dochtervennootschap bij de moeder pas onder de deelnemingsvrijstelling vallen indien de voorheen afgetrokken verliezen van de vaste inrichting waren ingelopen. In dit kader dient te worden opgemerkt dat artikel 13c Wet VpB 1969 de deelnemingsvrijstelling partieel uitsloot. Dit wil zeggen dat slechts winsten die afkomstig waren van de dochtervennootschap belast werden. Verliezen daarentegen bleven onder het toepassingsbereik van de deelnemingsvrijstelling vallen en waren daarmee vrijgesteld c.q. niet aftrekbaar. De werking van artikel 13c Wet VpB 1969 strekte zich ook uit over winsten van een deelneming die niet afkomstig waren van een (voorheen) verliesgevend onderdeel van de onderneming. Daarnaast gold geen tijdslimiet ten aanzien van de werking van artikel 13c Wet VpB 1969. De staatssecretaris merkte hier het volgende over op in de parlementaire geschiedenis: “Bij de voorgestelde bepaling in de deelnemingsvrijstelling zou zulk een beperking in de tijd echter niet juist zijn, aangezien in deelnemingsverhoudingen het tijdstip waarop voordelen aan de moeder toevloeien, anders dan in het vaste-inrichting-regime, naar believen kan worden vertraagd. Een beperking in de tijd zou dus uitnodigen tot het ophouden van dividenduitkeringen tot na afloop van de gekozen termijn. Mijn voorstel is dus hier geen beperking aan te brengen.”¹³⁰

Artikel 13c, eerste lid, Wet VpB sloot de deelnemingsvrijstelling uit voor positieve voordelen uit hoofde van een deelneming waarnaar een buitenlandse onderneming is overgebracht die voorheen door de moedervernootschap van de deelneming of een met haar verbonden lichaam werd gedreven.¹³¹ In het tweede lid van artikel 13c Wet VpB 1969 was een aantal anti-misbruikbepalingen opgenomen. Deze bepalingen zorgden ervoor dat het onverrekenbare buitenlandse verlies ineens toegevoegd moest worden aan de winst. In het tweede lid werden vier situaties genoemd waarin de sanctie in werking trad. In elk van de situaties gold dat zonder een anti-misbruikbepaling de toepassing van artikel 13c Wet VpB 1969 niet meer mogelijk zou zijn. Hierdoor zou het onverrekenbare vaste-inrichtingverlies definitief van de Nederlandse winst zijn

¹²⁹ J. N. Bouwman, *Wegwijs in de Venmoetschapsbelasting*, Amersfoort: SDU 2011, §6.6.

¹³⁰ Kamerstukken II 1986/87, 19 968, nr. 3.

¹³¹ J. N. Bouwman, *Wegwijs in de Venmoetschapsbelasting*, Amersfoort: SDU 2011, §6.6.2.1.

afgetrokken. In artikel 13c, tweede lid, Wet VpB 1969 werden de volgende vier situaties genoemd:

- de betreffende deelneming wordt geheel of gedeeltelijk vervreemd aan een niet in Nederland gevestigd lichaam. Indien de deelneming wordt vervreemd, dan zullen de voordelen uit hoofde van die deelneming niet meer belastbaar zijn in Nederland. Om te voorkomen dat de voordelen buiten het bereik van de Nederlandse fiscus raken, dient de het onverrekende vaste-inrichting verlies ineens aan de winst te worden toegevoegd. Ingeval de deelneming is vervreemd aan een niet-verbonden lichaam, dan acht de wetgever een zakelijk motief van voldoende gewicht aanwezig voor de vervreemding. De eerdergenoemde sanctie treedt dan niet in werking;
- de onderneming van de betreffende deelneming wordt geheel of gedeeltelijk vervreemd aan een ander lichaam die al dan niet in Nederland gevestigd is. Tevens geldt in dit geval dat na de vervreemding van de onderneming, geen voordelen te verwachten zijn uit hoofde van de deelneming waarop artikel 13c Wet VpB 1969 kan worden toegepast. Ingeval de onderneming vervreemd wordt aan een niet-verbonden lichaam, dan zal eerder genoemde sanctie niet in werking treden;
- een in het buitenland gevestigd lichaam verwerft of breidt een belang uit in de betreffende deelneming, waardoor het een aandeel in de winst van de deelneming dat de moedervernootschap toekomt afneemt. Ook hier geldt dat indien wordt aannemelijk kan worden gemaakt dat het lichaam dat het belang verwerft of uitbreidt een niet-verbonden lichaam is, dan zal de eerder genoemde sanctie uit het tweede lid van artikel 13c Wet VpB 1969 niet in werking treden;
- de betreffende deelneming gaat behoren tot het vermogen van een buitenlandse vaste inrichting waarbij die vaste inrichting wordt gedreven door de moedervernootschap van de deelneming. De eerder genoemde sanctie blijft buiten werking ingeval op de voordelen van de vaste inrichting geen regeling ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing is.

Het bedrag dat volgens artikel 13c, tweede lid, Wet VpB 1969 ineens aan de winst dient te worden toegevoegd, is gelijk aan het verlies dat de buitenlandse vaste inrichting heeft geleden voor de omzetting in een deelneming. Dit bedrag wordt verminderd met het verrekende verlies op

basis van artikel 38, lid 1, AWR en verminderd met de op grond van artikel 13, eerste lid, Wet VpB 1969 reeds belaste voordelen uit hoofde van de deelneming.¹³²

Op grond van het derde lid van artikel 13c was geregeld dat indien een deelneming waar een artikel 13c-claim op rust werd gevoegd in een fiscale eenheid, dat ook in dat geval de sanctie van artikel 13c, tweede lid, Wet VpB 1969 in werking trad. Dit betekende dat ook in dat geval het onverrekenende vaste-inrichtingverlies ineens diende te worden toegevoegd aan de winst.¹³³

De toepassing van artikel 13c Wet VpB 1969 geldt op basis van het vierde lid tevens voor positieve voordelen genoten op winstbewijzen en deelnemerschapsvorderingen¹³⁴. Artikel 13c Wet VpB 1969 ziet enkel op deelnemingen waar de deelnemingsvrijstelling op van toepassing is. Deelnemingen waarvoor de deelnemingsverrekening geldt, vallen buiten het bereik van artikel 13c Wet VpB 1969. Onder het regime van de deelnemingsverrekening behoren de voordelen van de deelneming namelijk tot de belaste winst van de moeder vennootschap.¹³⁵

3.5.4 *Liquidatieverliesregeling*¹³⁶

De deelnemingsvrijstelling ex artikel 13 Wet VpB 1969 kent een algebraïsche werking. Dit impliceert dat indien aan de voorwaarden wordt voldaan zowel winsten als verliezen van de dochtervennootschap buiten de heffings sfeer blijven bij de moedervennootschap. De wetgever heeft hier één uitzondering op gemaakt door de liquidatieverliesregeling op te nemen in de wet (artikel 13d Wet VpB 1969). Aangezien bij liquidatie van de dochtervennootschap onverrekenende verliezen van de dochtervennootschap definitief verloren gaan, heeft de wetgever in een dergelijk geval verliesneming mogelijk gemaakt bij de moedervennootschap. De liquidatieverliesregeling is in de parlementaire behandeling als volgt toegelicht: “Een liquidatieverlies kan bij het lichaam waarin wordt deelgenomen fiscaal niet meer worden verrekend, terwijl bij het deelnemende lichaam dit verlies als een fiscaal deelnemingsverlies, evenmin in aanmerking zou worden genomen. In art. 12¹³⁷ van het wetsontwerp is daarom de bepaling opgenomen dat bij het deelnemende lichaam een dergelijk verlies op de deelneming volgens de gewone regels voor de

¹³² J. N. Bouwman, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Amersfoort: SDU 2011, §6.6.3.

¹³³ J. N. Bouwman, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Amersfoort: SDU 2011, §6.6.4.

¹³⁴ Zie artikel 13, vierde lid, Wet VpB 1969.

¹³⁵ J. N. Bouwman, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Amersfoort: SDU 2011, §6.6.1.

¹³⁶ J.A.G. van der Geld, *De deelnemingsvrijstelling*, Fiscale Monografieën 20, Deventer: Kluwer 2011, §6.1 & §6.2.

¹³⁷ De voorloper van artikel 13 Wet VpB 1969.

verliescompensatie verrekenbaar is. Op deze wijze wordt recht gedaan aan de regel dat geleden verliezen zoveel mogelijk bij de heffing van de belasting worden vergolden.”¹³⁸

Aangezien artikel 13d Wet VpB 1969 een uitzondering vormt op de regeling inzake de deelnemingsvrijstelling, geldt de liquidatieverliesregeling uitsluitend voor deelnemingen waar de deelnemingsvrijstelling op van toepassing is.¹³⁹ Zowel vanuit het verlengstukprincipe als het ne-bis-in-idem-beginsel kan men de liquidatieverliesregeling motiveren. Beide grondslagen leiden immers tot de conclusie dat winst slechts eenmaal in de heffing mag worden betrokken binnen een concern. Dit kan aldus geïnterpreteerd worden dat binnen een moeder-dochterverhouding geleden verlies in elk geval eenmaal in aanmerking dient te worden genomen.

Artikel 13d Wet VpB 1969 schrijft voor dat het liquidatieverlies genomen kan worden door de moedervernootschap indien de ontbinding van de dochtervernootschap in handelsrechtelijke zin is afgerond. Het verlies kan vervolgens worden afgetrokken zodra de vereffening is voltooid. De staatssecretaris heeft in dit kader in een besluit¹⁴⁰ goedgekeurd dat bepaalde situaties waarin nog niet formeel is geliquideerd of kan worden geliquideerd, materiaaal gelijk kunnen worden gesteld aan een toestand waarin de liquidatie al wel heeft plaatsgevonden. In paragraaf 5.1.2 wordt als voorbeeld van een dergelijke situatie genoemd het geval van een nationalisatie van een dochtervernootschap waarbij de moedervernootschap alle zeggenschap in de dochtervernootschap verliest en de investering geen vruchten meer afwerpt.

Het liquidatieverlies dat de moedervernootschap kan aftrekken van haar fiscale winst is het verschil tussen het voor de deelneming opgeofferde bedrag en het totaal aan liquidatieuitkeringen. Het voor de deelneming opgeofferde bedrag dient extracomptabel te worden bijgehouden en valt niet zonder meer samen met de boekwaarde van de deelneming. Aansluiting op de boekwaarde achtte de wetgever ongewenst omdat ten aanzien van die boekwaarde zijns inziens te veel subjectieve factoren meespelen (goed koopmansgebruik). Het uitgangspunt dat de wetgever hanteert ten aanzien van het opgeofferde bedrag is de koopsom voor de aandelen respectievelijk het bij de oprichting op de aandelen gestorte bedrag. Voorts wordt een aantal

¹³⁸ Kamerstukken II 1959/60, 6000, MvT, nr. 3, p. 14.

¹³⁹ J. N. Bouwman, *Wegwijs in de Vernootschapsbelasting*, Amersfoort: SDU 2011, §6.7.1.

¹⁴⁰ Besluit van 26 februari 2008, CPP2008/257M, NTFR 2008/541, V-N 2009/13.9.

correcties aangebracht op dit bedrag. Het opgeofferde bedrag wordt verlaagd¹⁴¹ indien de moeder vennootschap (materieel gezien) wordt geacht een deel van de koopsom dan wel het gestorte kapitaal terug te ontvangen. Het bedrag wordt verhoogd¹⁴² indien de moeder vennootschap wordt geacht een extra bedrag te hebben opgeofferd ten behoeve van haar deelneming.

Uit artikel 13d, derde lid, Wet VpB 1969 blijkt dat de liquidatie-uitkeringen meer omvatten dan slechts de uitkeringen die plaatsvinden in het jaar waarin het lichaam zijn onderneming geheel of nagenoeg geheel heeft gestaakt. Voordelen uit hoofde van een deelneming die vijf jaar voorafgaande aan stakingsmoment genoten worden, kwalificeren ook als liquidatie-uitkering. Bovendien worden er tot liquidatie-uitkeringen gerekend de voordelen van de ontbonden dochter vennootschap die genoten zijn in de jaren volgende op het jaar van het stakingsmoment. Voorts kunnen op basis van het derde lid van artikel 13d Wet VpB 1969 voordelen uit hoofde van een deelneming van het zesde tot en met tiende jaar voorafgaande aan het stakingsmoment ook kwalificeren als liquidatie-uitkering indien over het desbetreffende jaar het lichaam volgens de commerciële jaarrekening verlies heeft geleden. Overigens geldt voor bovengenoemde voordelen dat ze enkel als liquidatie-uitkering kunnen worden aangemerkt, indien de voordelen zijn genoten met toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Ingeval dergelijke voordelen vallen onder het regime van de deelnemingsverrekening of op een andere wijze belast zijn, dan worden die voordelen niet gerekend tot de liquidatie-uitkeringen.¹⁴³

Uit het voorgaande volgt dat het liquidatieverlies dus niet gelijk hoeft te zijn aan het onverrekenende verlies bij de dochter vennootschap. In de literatuur vraagt men zich af in hoeverre dit in overeenstemming is met EU-recht. In het Marks & Spencer-II-arrest¹⁴⁴ is namelijk duidelijk geworden dat een verliesoverdracht van een dochter vennootschap naar een moeder vennootschap in Europese verhoudingen mogelijk moet zijn. Ingeval dat het liquidatieverlies op grond van artikel 13d Wet VpB 1969 lager uitvalt dan het verlies dat definitief niet meer te verrekenen is bij

¹⁴¹ Voorbeelden hiervan zijn meegekocht dividend (dit is dividend dat afkomstig is van winstreserves waar de aandeelhouder bij de aankoop voor heeft betaald) of een terugbetaling van kapitaal.

¹⁴² Voorbeelden hiervan zijn (formele en informele) kapitaalstortingen.

¹⁴³ J. N. Bouwman, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Amersfoort: SDU 2011, §6.7.4.3.

¹⁴⁴ HvJ 13 december 2005, C-446/03, NTFR 2005/1718.

de dochtervennootschap, zou moedervennootschap volgens deze jurisprudentie een hoger bedrag aan liquidatieverliezen in aanmerking mogen nemen.¹⁴⁵

Het Marks & Spencer-II-arrest heeft betrekking op de regeling inzake de fiscale eenheid van Groot-Brittannië (*group relief*). Op grond van Britse fiscale wetgeving kunnen in Groot-Brittannië gevestigde vennootschappen die deel uitmaken van een groep hun winsten en verliezen onderling salderen. Deze onderlinge saldering was volgens de Britse wet niet toegestaan indien een verlieslijdende dochtervennootschap in het buitenland gevestigd was en geen bedrijfsactiviteiten uitoefende in Groot-Brittannië. Het Hof van Justitie oordeelde dat de Britse wetgeving hiermee het evenredigheidsbeginsel schond. De regeling ging in de ogen van het Hof van Justitie te ver om haar nagestreefde doelstellingen te bereiken. Indien de moedervennootschap aantoont dat haar dochtervennootschap die in het buitenland gevestigd is in haar vestigingsland haar verliescompensatiemogelijkheden heeft uitgeput en het verlies van de dochtervennootschap in de toekomst niet in haar vestigingsland kan worden gecompenseerd, is de weigering van de aftrek van dat verlies van de belastbare winst van de Britse moedervennootschap strijdig met de vrijheid van vestiging¹⁴⁶.

In de noot bij het Marks & Spencer-II-arrest geeft Bouwman aan dat in veel gevallen de regeling inzake liquidatieverliezen voorziet in de gewenste mogelijkheid tot verliesoverdracht volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Echter is Bouwman van mening dat artikel 13d Wet VpB 1969 op een aantal punten strijdig is met het EU-recht. De liquidatieverliesregeling vindt toepassing mits de dochtervennootschap waarop het verlies wordt geleden, is ontbonden en haar vermogen is vereffend. Op grond van het Marks & Spencer-II-arrest dient verliesoverdracht mogelijk te zijn ingeval het negatieve resultaat nimmer (meer) verrekenbaar is in het vestigingsland van de dochtervennootschap. Dit zal dus ook het geval moeten zijn in de situatie van verkoop van de dochtervennootschap en niet enkel moeten gelden bij liquidatie van de dochtervennootschap. Bouwman stelt dat omdat deze mogelijkheid tot verrekening in Nederland feitelijk openstaat binnen het fiscale-eenheidsregime, artikel 13d Wet VpB 1969 op dit punt dient te worden gewijzigd. Artikel 13d Wet VpB 1969 vindt alleen toepassing indien de onderneming van de ontbonden dochtervennootschap niet geheel of gedeeltelijk wordt voortgezet binnen het concern waar de ontbonden dochtervennootschap toebehoorde. Ingeval een dochtervennootschap

¹⁴⁵ Zie §3.1 van het artikelsgewijs commentaar bij artikel 13d Wet VpB 1969, NDFR.

¹⁴⁶ Artikel 56 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU).

binnen een fiscale eenheid wordt geliquideerd en haar onderneming wordt voortgezet binnen de fiscale eenheid, dan staat dit de verliescompensatie niet in de weg.

Uit de hierboven beschreven gevallen blijkt dat de buitenlandse dochtervennootschap benadeeld wordt ten opzichte van de in Nederland gevestigde fiscale-eenheidsdochter. Bouwman stelt daarom de houdbaarheid van de liquidatieregeling ex artikel 13d Wet VpB 1969 op basis het Marks & Spencer-II-arrest sterk in twijfel.¹⁴⁷

§3.6 SAMENVATTING

In dit hoofdstuk is een nader stilgestaan bij moeder-dochterverhoudingen. Hiertoe is allereerst een dergelijke verhouding gedefinieerd. Gekozen is om aansluiting te zoeken bij het deelnemingsvrijstellingregime op grond het verlengstukbeginsel. Een deelneming wordt namelijk geacht een verlengstuk te zijn. Dit aspect is tevens te herleiden naar de kenmerken van een vaste inrichting. Voorts is ingegaan op de winsttoerekening ten aanzien van moeder-dochterverhoudingen. De hoofdregel binnen de vennootschapsbelasting is dat elk lichaam zelfstandig aan belastingheffing onderworpen is. Echter kent deze hoofdregel een aantal uitzonderingen zoals het fiscale eenheidsregime. Daarnaast wordt in dit kader de transfer pricing problematiek genoemd. Vervolgens wordt beschreven welke grondslagen aan de deelnemingsvrijstelling zijn verbonden. Met betrekking tot binnenlandse verhoudingen wordt in de literatuur het ne-bis-in-idem-beginsel en de verlengstukgedachte genoemd. In buitenlandse verhoudingen kan de deelnemingsvrijstelling omschreven worden als een regeling die eenzijdig dubbele belastingheffing voorkomt volgens de vrijstellingsmethode. Ten slotte is ingegaan op de werking van de deelnemingsvrijstelling. Deze houdt in dat voordelen uit hoofde van een deelneming in een kwalificerende dochtervennootschap worden vrijgesteld bij de fiscale winstbepaling van de moedervernootschap. De voorwaarden voor de deelnemingsvrijstelling zijn dat de moedervernootschap belastingplichtig moet zijn voor de vennootschapsbelasting. Daarnaast dient de rechtsvorm van de dochtervennootschap te voldoen aan voorwaarden. Voorts geldt een minimum aandelenbezit, het niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingenregime en een non-voorraadeis. Verder is stilgestaan bij de antimisbruikbepaling in artikel 13c Wet VpB 1969. Dit artikel bewerkstelligt dat indien een vaste inrichting die voorheen verliezen heeft

¹⁴⁷ HvJ 13 december 2005, C-446/03, NTFR 2005/1718 met noot van Bouwman.

gerealiseerd, wordt omgezet in een dochtervennootschap, voordelen ontleend aan de dochtervennootschap bij de moeder pas onder de deelnemingsvrijstelling vallen indien de voorheen afgetrokken verliezen van de vaste inrichting zijn ingelopen. Daarenboven is de antimisbruikbepaling in artikel 13d Wet VpB 1969 belicht. Deze regeling komt er op neer dat indien het onverrekenbare verlies van de dochtervennootschap dat ten gevolge van haar liquidatie voorgoed onverrekenbaar blijft, bij de moedervennootschap een mogelijkheid tot verliesneming wordt gecreëerd.

Hoofdstuk 4 **HOOFDHUIS-VASTE-INRICHTINGVERHOUDINGEN**

§4.1 **INLEIDING**

In het voorgaande hoofdstuk zijn de moeder-dochterverhoudingen aan bod gekomen. Hierbij is tevens stil gestaan bij de fiscale behandelingen van dochtervennootschappen (deelnemingen). Allereerst is een begripsomschrijving gegeven over wat onder een dergelijke verhouding dient te worden verstaan. Hierbij is door de wetgever gekozen voor een 5%-verhouding op basis van de verlengstukgedachte. Vervolgens is de winsttoerekening van lichamen binnen de vennootschapsbelasting nader belicht. De winstbepaling van een lichaam loopt gescheiden van haar aandeelhouders. Op deze hoofdregel is binnen de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 een aantal inbreuken gemaakt waarbij rekening wordt gehouden met gelieerdheid. Voorts zijn de grondslagen van de deelnemingsvrijstelling in binnenlandse en buitenlandse verhoudingen belicht. Ten aanzien van binnenlandse verhoudingen gelden het ne-bis-in-idem-beginsel en de verlengstukgedachte. Wat betreft buitenlandse verhoudingen fungeert de deelnemingsvrijstelling als een regeling die eenzijdig dubbele belastingheffing voorkomt. Afsluitend is aandacht geschonken aan de werking van de deelnemingsvrijstelling. Verder is een blik geworpen op antimisbruikbepalingen in de artikelen 13c en 13d Wet VpB 1969. In het tweede en derde hoofdstuk zijn de vaste inrichting en dochtervennootschap beschreven. In het vierde hoofdstuk zullen de vaste inrichting en de dochtervennootschap met elkaar worden vergeleken. In de eerste plaats wordt in paragraaf 4.2 de relatie tussen de deelnemingsvrijstelling en het vaste-inrichtingsregime beschreven. Daarna worden dochtervennootschappen en vaste inrichtingen in paragraaf 4.3 naast elkaar gezet en vergeleken. In paragraaf 4.4 wordt de per 1 januari 2012 geïntroduceerde objectvrijstelling beschreven. Ten slotte zal dit hoofdstuk in paragraaf 4.5 worden afgesloten met een samenvatting.

§4.2 **RELATIE TUSSEN VOORKOMINGSMETHODIEKEN**¹⁴⁸

Een verschil tussen moeder-dochterverhoudingen en hoofdhuis-vaste-inrichtingen is dat ten aanzien van de buitenlandse dochtervennootschappen een vrijstelling wordt verleend ter voorkoming van economisch dubbele belasting (deelnemingsvrijstelling) en met betrekking tot vaste inrichtingen een vrijstelling wordt verleend ter voorkoming van juridisch dubbele belasting.¹⁴⁹

Het verband tussen de vaste inrichting en de buitenlandse dochtermaatschappij kwam voor het eerst naar voren tijdens de parlementaire behandeling van Wet op de inkomstenbelasting 1914 (hierna: “Wet IB 1914”). Het parlement en de minister kwamen overeen¹⁵⁰ dat de regeling ten aanzien van buitenlandse dochtervennootschappen in grote lijnen werd gelijkgesteld met die van de vaste inrichting. Beide regelingen omvatten een onderworpenheidseis¹⁵¹ en een aftrek ter grootte van 50% van de belastbare grondslag van dividenden (of aan de vaste inrichting toerekenbare winst). Juridisch dubbele belasting werd sindsdien toen voor eerst via een (gedeeltelijke) vrijstellingsmethode voorkomen. In deze regeling kan men de wortels aantreffen om resultaten van vaste inrichtingen en buitenlandse dochtervennootschappen op een zoveel mogelijk gelijke wijze in de heffing te betrekken. Overigens ging de overeenkomstige behandeling tussen vaste inrichtingen en dochtervennootschappen alleen op indien de moedervennootschap minimaal 90% van de aandelen in de buitenlandse dochtervennootschap bezat.

De Dividend- en Tantiëmebelasting 1917 (hierna: “DTB 1917”) was een uitdelingsbelasting waarbij de winst uitgedeeld als dividend of tantiëme in de heffing werd betrokken. Tijdens het bestaan van de DTB 1917 is de 90%-eis vervallen ten aanzien van buitenlandse dochtervennootschappen. De regering motiveerde dat door te verwijzen naar binnenlandse dochtervennootschappen waarbij een dergelijk criterium niet is vereist. Daarnaast werd de gedeeltelijke vrijstelling van 50% verhoogd naar 75% voor vaste inrichtingen en buitenlandse

¹⁴⁸ J.A.G. van der Geld, *De deelnemingsvrijstelling*, Fiscale Monografieën 20, Deventer: Kluwer 2011, §7.5.

¹⁴⁹ Zie §2.4.

¹⁵⁰ Een aantal Kamerleden was namelijk van mening dat buitenlandse dochtervennootschappen en vaste inrichtingen niet zonder meer gelijk dienen te worden behandeld. In hun optiek hadden vaste inrichtingen meer een band met Nederland en verdienden zodoende een gunstigere behandeling dan buitenlandse dochtervennootschappen. Zie J.A.G. van der Geld, *De deelnemingsvrijstelling*, Fiscale Monografieën 20, Deventer: Kluwer 2011, §2.2.3.

¹⁵¹ Deze onderworpenheidseis was tot 2007 terug te vinden in de regeling omtrent de deelnemingsvrijstelling.

dochtervennootschappen. In het Besluit op de winstbelasting 1940 (hierna: “WB 1940”) werd de nauwe band tussen vaste inrichtingen en buitenlandse dochtervennootschappen bevestigd door het opnemen van beide regelingen in één artikel.¹⁵² Door invoering van het WB 1940 werd afgestapt van een uitdelingsbelasting en koos de wetgever voor een belasting die de jaarlijkse winst van een lichaam in de heffing betrok. Voor het bedrijfsleven betekende dit een verschuiving naar voren van het heffingsmoment over winsten omdat lichamen door middel van winsthouding belastingheffing niet meer konden uitstellen. Daarnaast werd het vrijstellingspercentage opnieuw verhoogd en wel tot 90%. Zowel voor de buitenlandse dochtervennootschappen als voor de vaste inrichtingen gold een asymmetrische behandeling ten aanzien van winsten en verliezen. Indien in het buitenland verliezen werden geleden, gold een inhaalregeling¹⁵³ die inhield dat de (positieve) vrijstelling maximaal komende vijf jaar lager zou zijn. De vrijstelling werd dus verminderd met de verliezen die eerder in aanmerking waren genomen. Voorts bleek er op twee punten een verband tussen de deelnemingsvrijstelling en de tegemoetkoming ter voorkoming van juridische dubbele belasting. In de eerste plaats werden ten aanzien van de vrijstelling jaarlijks positieve en negatieve resultaten afkomstig van buitenlandse dochtervennootschappen en vaste inrichtingen gesaldeerd. In de tweede plaats gold dat ingeval het saldo van resultaten negatief bleek, tevens met betrekking tot de inhaalregeling deelnemings- en vaste-inrichtingresultaten werden samengenomen.

Aan de invoering van het Besluit op de vennootschapsbelasting 1942 (hierna: “Besluit VpB 1942”) lag de Duitse bezetting ten grondslag. De Duitsers sloten zich wat betreft belastingheffing van lichamen aan bij de antropomorfe visie. Dit wil zeggen dat een lichaam op een gelijke wijze diende te worden behandeld als een natuurlijk persoon.¹⁵⁴ Vanuit deze optiek was een vrijstelling betreffende voordelen uit hoofde van deelnemingen in andere lichamen niet op haar plaats. Echter, is dit uitgangspunt niet zo ver doorgetrokken dat de deelnemingsverstelling werd geschrapt. Vanuit de antropomorfe visie paste wel een voorkoming voor juridisch dubbele belasting. Indertijd is derhalve besloten de deelnemingsvrijstelling en de voorkoming voor vaste-inrichtingswinsten onder te brengen in twee afzonderlijke regelingen. In dit kader is voor het eerst een regeling ter voorkoming van dubbele belasting ten aanzien van lichamen buiten de vennootschapsbelasting geplaatst (Beschikking voorkoming dubbele belasting 1941 (hierna:

¹⁵² Artikel 7 WB 1940. Overigens bevatte dit artikel ook de regeling inzake binnenlandse dochtervennootschappen.

¹⁵³ De inhaalregeling die indertijd van kracht was, verschilt van de variant beschreven in §2.4.3.

¹⁵⁴ W.C.M. Martens, *De deelnemingsvrijstelling in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969*, FED Fiscale Brochures, Deventer: Kluwer 2011, §1.2.

“BvdB 1941”)). Het BvdB 1941 dat gold voor natuurlijke personen werd krachtens artikel 28, tweede lid, Besluit VpB 1942 van overeenkomstige toepassing verklaard op lichamen. De deelnemingsvrijstelling bleef haar karakter houden van objectvrijstelling. De voorkoming voor buitenlandse vaste-inrichtingswinsten wijzigde echter in een vrijstelling aan de voet¹⁵⁵. Dit is in 1958 veranderd naar een evenredige¹⁵⁶ belastingvrijstelling. De regeling waarbij 10% van de vaste-inrichtingswinst wordt toegerekend aan het Nederlandse hoofdhuis is indertijd afgeschaft en heeft plaats gemaakt voor de ondernemingsplitsing zoals die tegenwoordig doorgaans wordt gehanteerd. Daarnaast zijn de inhaal- en doorschuifregeling geïntroduceerd.

De regels die golden onder het Besluit VpB 1942 met betrekking tot vaste inrichtingen zijn grotendeels gelijk gebleven onder de Wet VpB 1969. Hetzelfde gaat echter niet op ten aanzien van een buitenlandse dochtermaatschappij. De deelnemingsvrijstelling is indertijd namelijk uitgebreid tot koersresultaten, de liquidatieverliesregeling is geïntroduceerd en de bezitseis is teruggebracht naar 5%. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet VpB 1969 heeft de wetgever nogmaals benadrukt dat de gelijkschakeling van dochtervennootschappen en vaste inrichtingen nog steeds van belang wordt geacht. Hiertoe werd het volgende opgemerkt door de staatssecretaris: “Daarmede wordt tevens bereikt dat een Nederlandse onderneming welke in het buitenland een bedrijf uitoefent in de vorm van een dochtermaatschappij te dier zake in beginsel dezelfde tegemoetkoming geniet als wanneer ze dit bedrijf aldaar uitoefende in de vorm van een vaste inrichting.”¹⁵⁷ De nauwe band tussen dochtervennootschappen en vaste inrichtingen blijkt ook uit de gelijktrekking van het regime van concernfinancieringsdochters en passieve vaste inrichtingen.¹⁵⁸

Kortom, in 1914 streefde men naar een gelijkwaardige fiscale behandeling van buitenlandse dochtervennootschappen en vaste inrichtingen. Gedurende het WB 1940 is dit streven tijdelijk naar de achtergrond verschoven. De benadering is echter opnieuw op de voorgrond getreden vanaf de parlementaire behandeling van de Wet VpB 1969.

¹⁵⁵ Een vrijstelling aan de voet wil zeggen dat een vrijstelling wordt verleend tegen het laagste tarief. Het Besluit VpB 1942 kende toen een progressief tarief van 30% tot 55%. Zie I.J.J. Burgers e.a., *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, Amersfoort: SDU 2011, §3.2.1.

¹⁵⁶ Onder een evenredige vrijstelling wordt een vrijstelling verstaan die wordt verleend tegen het gemiddelde tarief. Dit wordt ook wel een vrijstelling met progressievoorbehoud of vrijstelling volgens de evenredigheidsmethode genoemd. Zie I.J.J. Burgers e.a., *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, Amersfoort: SDU 2011, §3.2.1.

¹⁵⁷ Kamerstukken II 1959-60, 6000, MvT, nr. 3, p. 13.

¹⁵⁸ Zie meer hierover in §2.4.2.

§4.3 VERGELIJKBAARHEID DOCHTERVENNOOTSCHAPPEN EN VASTE INRICHTINGEN¹⁵⁹

Zoals uit het bovenstaande naar voren komt, beoogt de wetgever sinds een geruime tijd vaste inrichtingen en buitenlandse dochtervennootschappen gelijkwaardig te behandelen. Echter kent de fiscale behandeling van dochtervennootschappen en vaste inrichtingen verschillen. Alvorens in te gaan op de vergelijking dient te worden opgemerkt dat dochtervennootschappen en vaste inrichtingen juridisch gezien niet gelijk zijn aan elkaar. Een dochtervennootschap is namelijk een juridisch zelfstandige entiteit, terwijl de vaste inrichting een onderdeel vormt van het lichaam en geen op zichzelf staande juridische entiteit is. Vandaar dat uit de historie blijkt dat de wetgever heeft getracht beide ondernemingsvormen een gelijkwaardige behandeling te geven en niet een gelijke behandeling. Uit hoofde van dit juridische verschil vloeit een aantal fiscale (en niet-fiscale¹⁶⁰) verschillen in behandeling voort die hierna aan bod komen.

(1) Dubbele belasting over winsten die door een vaste inrichting zijn behaald wordt op grond van de vrijstellingsmethode met progressievoorbehoud voorkomen. Daarentegen wordt de winst van een deelneming objectief vrijgesteld wat een vrijstelling aan de top¹⁶¹ inhoudt. De Wet VpB 1969 kent een (licht) progressief tarief¹⁶², dus zal dit in het voordeel werken voor dochtervennootschappen ten opzichte van vaste inrichtingen.

(2) Daarnaast kunnen de bijdragewinst en de situswinst afwijken doordat beide volgens verschillende winstbepalingsregels worden vastgesteld. De bijdragewinst wordt berekend naar de maatstaven van het vestigingsland en de situswinst wordt vastgesteld op basis van de winstvaststellingsregels van het bronland. Dientengevolge kunnen timingverschillen ontstaan tussen het belasten van de vaste-inrichtingwinst in het bronland en het vrijstellen van de vaste-inrichtingwinst in het woonland. Naast verschillen in de jaarwinst kan tevens de totaalwinst van

¹⁵⁹ J.A.G. van der Geld, *De deelnemingsvrijstelling*, Fiscale Monografieën 20, Deventer: Kluwer 2011, §7.6.

¹⁶⁰ Voorbeelden van niet-fiscale verschillen in behandeling tussen een dochtervennootschap en vaste inrichting zijn bijvoorbeeld aansprakelijkheidsaspecten en medezeggenschapsregelingen.

¹⁶¹ Een vrijstelling aan de top wil zeggen dat een vrijstelling wordt verleend tegen het hoogste tarief. Dit impliceert dat op geen enkele wijze wordt rekening wordt gehouden met het progressie-effect. Deze vrijstellingsmethode werkt dus het meest in het voordeel van de belastingplichtige. Zie I.J.J. Burgers e.a., *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, Amersfoort: SDU 2011, §3.2.1.

¹⁶² Zie voor tarieven in de vennootschapsbelasting artikel 22 Wet VpB 1969.

de vaste inrichting uiteenlopen in het woon- en bronland.¹⁶³ Bij dochtervennootschappen komt deze problematiek niet aan de orde doordat de winstbepaling van het vestigingsland van de dochtervennootschap wordt gevolgd.

(3) Voorts wordt ten aanzien van verliesverrekening ook een onderscheid gemaakt tussen vaste inrichtingen en dochtervennootschappen. Verliezen geleden door een vaste inrichting verminderen de wereldwinst van het hoofdhuis en raken dus de Nederlandse belastinggrondslag. Zolang de inhaalregeling van toepassing is, is deze systematiek niet bezwaarlijk. Echter, er kunnen zich omstandigheden voordoen waarin de vaste inrichting niet in staat is voldoende winsten te genereren om de afgetrokken verliezen in te lopen. Nederland heft in een dergelijk geval feitelijk minder belasting dan haar toekomst op basis van het internationaalrechtelijke bronbeginsel. Voor dochtervennootschappen is verliesneming alleen mogelijk indien sprake is van een liquidatieverlies op grond van artikel 13d Wet VpB 1969. Het grote verschil hierbij is dat het moment van verliesneming naar de toekomst is verschoven en dat de grootte van het verlies meestal niet correspondeert met het vaste-inrichtingverlies.

Vaste-inrichtingverliezen worden namelijk op grond van jaarwinstregels¹⁶⁴ vastgesteld. Daarentegen vormen het opgeofferde bedrag en het totaal van liquidatie-uitkeringen van de dochter het uitgangspunt ten aanzien van de vaststelling van het liquidatieverlies.

Het verschil in verliesneming dat hierboven is geschetst werd op twee manieren verkleind:

- De Hoge Raad¹⁶⁵ heeft het verschil in fiscale behandeling tussen vaste inrichtingen en dochtervennootschappen verkleind. Hij oordeelde namelijk dat een dual-resident, een naar Nederlands recht opgerichte maar feitelijk in Engeland gevestigde dochter, deel kon uitmaken van een fiscale eenheid waardoor het verlies van de dual-resident dochtervennootschap ten laste kon worden gebracht van de fiscale-eenheidwinst. Deze situatie is te vergelijken met een moedervennootschap die een vaste inrichting heeft in Engeland. De wetgever heeft de gevolgen van dit arrest ongedaan gemaakt door de woonplaatsfictie ex artikel 2, vierde lid, Wet VpB 1969 niet van toepassing te laten zijn op de fiscale eenheid;

¹⁶³ Een voorbeeld hiervan is de in 1988 afgeschafte vermogensafrekening. Ingeval het bronland een dergelijke maatregel hanteert en het woonland niet, zullen de totaalwinsten uiteenlopen.

¹⁶⁴ Artikel 3.25 Wet IB 2001 e.v.

¹⁶⁵ HR 29 juni 1988, nr. 24 738, BNB 1988/331.

- Daarnaast maakte artikel 13ca (oud) Wet VpB 1969¹⁶⁶ het verschil tussen vaste inrichtingen en dochtervennootschappen kleiner. Door deze regeling konden belastingplichtigen een verlies nemen op hun deelneming indien de waarde in het economische verkeer van de deelneming gezakt was beneden het opgeofferde bedrag. Ingeval de waarde van de deelneming steeg, dienden belastingplichtigen een belaste herwaardering in aanmerking te nemen. Deze tijdelijke verliesneming kwam in grote lijnen overeen met de inhaalregeling.

(4) Valutaresultaten dienen bij het hoofdhuis in aanmerking te worden genomen aangezien een dergelijk verlies niet bij de vaste inrichting tot uitdrukking kan komen.¹⁶⁷ Hierdoor is het onderscheid tussen de bijdragewinst en de aftrekwinst van belang. De bijdragewinst wordt namelijk volgens goed koopmansgebruik vastgesteld door het verschil tussen eind- en beginvermogen¹⁶⁸ waarbij de stijging van de waarde van de situsmunt (valuta van het land van de vaste inrichting) leidt tot belastingheffing.¹⁶⁹ Een valutakoersverlies dat bij het Nederlandse hoofdhuis in aanmerking wordt genomen in de generale winst, zal hierdoor leiden tot verlaging van de generale winst.

Wat betreft valutakoersresultaten in moeder-dochterverhoudingen vallen valutaresultaten op deelnemingen binnen de reikwijdte van de deelnemingsvrijstelling. Valutaresultaten op deelnemingen beïnvloeden de fiscale winst van de aandeelhouder niet. Dit heeft de Hoge Raad geoordeeld in HR 9 juni 1982, 21142, BNB 1982/230. Echter op basis van het Deutsche Shell arrest wordt wel verdedigd¹⁷⁰ dat de aftrek van valutaverliezen geleden op een deelneming wel moet worden toegelaten. Het Hof van Justitie oordeelde in dat arrest namelijk dat de niet te rechtvaardigen belemmering die Duitsland opwierp door valutakoersverliezen niet in aftrek toe te laten, kon resulteren in een effectief hogere belastingdruk. In rechtsoverweging 30 wordt het

¹⁶⁶ Dit artikel stond van 1997 tot 2006 in de Wet VpB 1969.

¹⁶⁷ Zie in dit kader HvJ 28 februari 2008, C-293/06, V-N 2008/13.8 (Deutsche Shell arrest). In dit arrest was er sprake van een Duits hoofdhuis met een vaste inrichting in Italië die een valutaverlies leed. Zie in r.o. 44: "In het hoofdgeding betreft het betrokken belastingnadeel een bepaalde transactie waarmee alleen de Duitse belastingautoriteiten rekening kunnen houden. Hoewel elke lidstaat die een verdrag tot het vermijden van dubbele belasting heeft gesloten, dat verdrag moet uitvoeren door zijn eigen belastingrecht toe te passen en aldus de aan vaste inrichting toe te rekenen inkomsten moet bepalen, kan niet worden aanvaard dat een lidstaat bij de vaststelling van de belastbare grondslag van de hoofdinstichting geen rekening houdt met een wisselkoersverlies dat de vaste inrichting, vanwege de waarde van dit verlies, nooit kan leiden."

¹⁶⁸ Hierbij wordt ook gecorrigeerd voor stortingen en onttrekkingen.

¹⁶⁹ Overigens is van die belastingheffing enkel sprake indien de buitenlandse vaste inrichting beschikt over vlottende activa zoals liquide middelen en als bij vaste activa een realisatie plaatsvindt. De vaste activa worden op basis van goed koopmansgebruik in beginsel tegen historische kostprijs gewaardeerd. Hierdoor ontstaat een mogelijke koerswinst enkel op het moment van vervreemding of bij afschrijving. Zie F.P.G. Pötgens & J.W. Bellingwout, *Objectvrijstelling voor vaste inrichtingen: Much Ado About Nothing?*, WFR 2012/654.

¹⁷⁰ Zie V-N 2011/19.16, aantekening.

volgende opgemerkt: “Zoals de advocaat-generaal in de punten 43 en 44 van haar conclusie heeft opgemerkt, vergroot de in het hoofdgeding aan de orde zijnde belastingregeling het economische risico voor een in lidstaat gevestigde vennootschap die in een andere lidstaat een entiteit wil oprichten wanneer daar van een andere munteenheid gebruik wordt gemaakt dan in de lidstaat van oorsprong. In een dergelijke situatie spelen voor de hoofdinzichting niet alleen de gebruikelijke risico’s bij de oprichting van een dergelijke entiteit, maar ook een bijkomend fiscaal risico wanneer zij aan deze laatste entiteit een dotatiekapitaal verschaft.” Het is de vraag of deze redenering eveneens geldt voor moeder-dochterverhoudingen. Indien het beroep van belastingplichtigen op dit arrest slaagt, worden valutakoerswinsten niet belast op basis van nationale wetgeving en worden valutakoersverliezen wel in aftrek toegelaten op basis van EU-recht. De wetgever heeft echter een voorschot genomen op een mogelijk voor hem negatief uitpakkend arrest en door middel van een wetswijziging¹⁷¹ eventuele budgettaire schade ingeperkt. Op grond van deze wetgeving zullen belastingplichtigen die valutakoersverliezen succesvol blijken te kunnen claimen, ook de valutakoerswinsten tot hun belastbare winst moeten rekenen. Verder wordt een regeling ingevoerd waardoor voorkomen wordt dat door middel van een interne verhangings het valutakoersverlies wel kan worden genomen, maar een eventueel later gemaakte valutakoerswinst vrijgesteld zou zijn.¹⁷²

(5) De vaste inrichting wordt in de regel behandeld als onafhankelijke derde ten opzichte van andere ondernemingsonderdelen als uitvloeisel van de zelfstandigheidsfictie¹⁷³. Echter wordt deze fictie niet op alle fronten doorgetrokken. Zo worden internationaalrechtelijk rente- en royaltykosten ten laste gebracht van de vaste-inrichtingswinst ingeval deze kosten een causaal verband houden met activiteiten van de vaste inrichting en ingeval het hoofdhuis deze lasten extern is verschuldigd. Uit BNB 1997/263 blijkt ook dat het hoofdhuis geen leningen aan haar vaste inrichting kan verstrekking indien dit afkomstig is uit eigen vermogen. Daarnaast wordt een doorberekening van algemene kosten met een winstopslag niet aanvaard. Ook op dit punt blijkt dat de zelfstandigheidsfictie niet volledig wordt doorgetrokken. In de verhouding tussen moeder- en dochtervennootschappen dient volledig arm’s length gehandeld te worden.¹⁷⁴ Dit wil zeggen dat de voorgenoemde beperkingen ten aanzien van de vaste inrichting niet gelden voor dochters.

¹⁷¹ De regeling is opgenomen in artikel 28b Wet VpB 1969. Zie verder J.H.M. Arts, *De tussenregeling valutarisultaten op deelnemingen en de reikwijdte van Deutsche Shell*, Forfaitair 2012/224.

¹⁷² V-N 2011/19.16.

¹⁷³ Zie §2.3.5.

¹⁷⁴ Zie §3.3.

(6) Het kan voorkomen dat een vaste inrichting in het bronland aan een andere behandeling onderworpen is dan een dochtervennootschap zou krijgen. Een aantal landen kent bijvoorbeeld een ander tarief voor vaste-inrichtingswinsten dan dochtervennootschapresultaten. Daarnaast kennen sommige landen ook een branch profit tax¹⁷⁵ die wordt geheven ongeacht de vraag of vaste-inrichtingwinst daadwerkelijk wordt ‘overgemaakt’ naar het hoofdhuis. In feite is van een winstovermaking geen sprake in hoofdhuis en vaste-inrichtingverhoudingen. De vaste-inrichtingwinst is immers winst van het hoofdhuis. Economisch gezien verschilt deze situatie nauwelijks van dividenduitkeringen van een dochtervennootschap naar haar moedervennootschap. Daarom heffen sommige landen naast een bronbelasting op uitgaand dividend ook een branch profit tax op winstovermakingen van een vaste inrichting. Vaak wordt er niet eens gekeken of de winst van de vaste inrichting daadwerkelijk is overgemaakt naar het buitenlandse hoofdhuis. Er wordt een vast percentage (welke overeenkomt met de bronbelasting op dividend) geheven van de vaste-inrichtingwinst na winstbelasting of er wordt aangenomen dat een forfaitair gedeelte van de winst na belasting wordt overgemaakt naar het hoofdhuis.

Normaliter worden winstovermakingen van een vaste inrichting naar haar hoofdhuis niet belast met een bronbelasting (branch profit tax). Dit is doorgaans wel het geval als sprake is van moeder-dochterverhoudingen. Op de dividenduitkering van de dochtervennootschap naar de buitenlandse moedervennootschap wordt meestal dividendbelasting ingehouden. Dit verschil kan door middel van belastingverdrag sterk aan betekenis inboeten doordat het bronheffingspercentage op dividend in deelnemingsverhoudingen meestal verlaagd wordt bij moeder-dochterverhoudingen. Bij een brache profit tax is dit in de regel niet het geval. Ook de moeder-dochterrichtlijn kan een rol spelen in het elimineren van dit verschil. Overigens verbiedt artikel 24, derde lid, OESO-Modelverdrag (non-discriminatiebepaling) vaste inrichtingen ongunstiger te behandelen dan lokale vennootschappen. Het arrest Saint-Gobain¹⁷⁶ ligt in lijn met deze bepaling. In dit arrest kwam naar voren dat artikel 49 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie¹⁷⁷ (hierna: “VwEU”) zich verzet tegen een dergelijke ongelijke behandeling. In r.o. 53 wordt het volgende gezegd:

¹⁷⁵ Een branch profit tax (ook wel branch level tax genoemd) is een belasting die winstovermakingen van een binnenlandse vaste inrichting naar een buitenlandse hoofdhuis belast en is vergelijkbaar met een belasting op uitgaand dividend. O.C.R. Marres & P.J. Wattel, *Dividendbelasting*, FED Fiscale Studietoets, Deventer: Kluwer 2011, §3.3.3.

¹⁷⁶ HvJ 21 september 1999, nr. C-307-97, BNB 2000/75c* (Saint Gobain)

¹⁷⁷ Artikel 49 VwEU vertegenwoordigt het recht van vrije vestiging binnen de EU.

“Dienaangaande zij vastgesteld, dat het verschil in behandeling op fiscaal gebied tussen binnenlandse vennootschappen en dochtermaatschappijen niet kan worden gerechtvaardigd door andere voordelen die filialen zouden hebben ten opzichte van binnenlandse vennootschappen, en die volgens de Duitse regering de uit de weigering van de betrokken fiscale voordelen voortvloeiende nadelen zouden compenseren. Gesteld al dat deze voordelen bestaan, dan kunnen zij geen inbreuk rechtvaardigen op de in artikel 52 van het Verdrag neergelegde verplichtingen om met betrekking tot de betrokken fiscale voordelen nationale behandeling te verlenen (...).”¹⁷⁸

(7) Ingeval de aandelen in een buitenlandse dochtervennootschap worden vervreemd, wordt het heffingsrecht over het vermogensresultaat (capital gain) toegewezen aan de staat waar de moedervenootschap is gevestigd. In de situatie dat een vaste inrichting wordt afgestoten, zal het bronland hierover mogen heffen (zie artikel 13, tweede lid, OESO-Modelverdrag).

(8) Een dochtervennootschap gelegen in het woonland wordt beschouwd als inwoner en krijgt daarmee toegang tot de door dat woonland gesloten belastingverdragen. Een vaste inrichting wordt daarentegen niet gezien als inwoner en is niet in staat om een beroep te doen op belastingverdragen gesloten door het bronland. Echter kan een (Nederlands) lichaam een beroep doen op door Nederland gesloten verdragen met derde landen of kan men een beroep doen op non-discriminatiebepaling¹⁷⁹. De staatssecretaris heeft hiertoe een besluit uitgevaardigd waarin wordt goedgekeurd dat een vaste inrichting van een buitenlandse belastingplichtige Nederlandse bronbelasting onder dezelfde voorwaarden kan verrekenen, als de verrekening van bronbelasting voor de buitenlands belastingplichtige met een vaste inrichting in Nederland die toegang heeft tot een verdrag dat de vestigingsvrijheid garandeert.¹⁸⁰

Uit de bovenstaande opsomming kan worden geconcludeerd dat Nederland streeft naar een gelijkwaardige behandeling tussen vaste inrichtingen en buitenlandse dochtervennootschappen.

¹⁷⁸ In hetzelfde arrest brengt het Hof een nuancering aan op deze rechtsregel. Er wordt namelijk opgemerkt dat het enkele feit dat vaste inrichtingen niet gelijk worden behandeld als dochtervennootschappen geen strijdigheid oplevert ten aanzien van de verdragsvrijheden. De aard van de desbetreffende regeling dient nader bekeken te worden. Zie r.o. 50: “*Dienaangaande zij opgemerkt, dat de voorkoming van lagere inkomsten door - niet gedeeltelijk compenseerbare - lagere belastingen, die eventueel gevolg zijn van de toekenning van diverse betrokken fiscale voordelen aan buitenlandse vennootschappen met een vaste inrichting in Duitsland, niet een van de in artikel 56 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 46 EG) opgesomde gronden is en niet kan worden aangemerkt als een dwingende reden van algemeen belang die kan worden ingeroepen ter rechtvaardiging van een ongelijke behandeling die in beginsel onverenigbaar is met artikel 52 van het Verdrag (...).*”

¹⁷⁹ Artikel 24, derde lid, OESO-Modelverdrag heeft betrekking op de discriminatie van een vaste inrichting. Dit artikel schrijft voor dat een vaste inrichting van een vennootschap uit land X, indien de vaste inrichting dezelfde werkzaamheden verricht als een vennootschap in land Y, niet ongunstiger mag worden behandeld door de fiscale regels van land Y.

¹⁸⁰ Besluit van 21 januari 2004, nr. IFZ 2003/558M, BNB 2004/134.

Dit standpunt strookt met de visie van het Hof van Justitie ten aanzien van de vrijheid van (secundaire) vestiging. Hierbij dient men wel een kanttekening te plaatsen. In het arrest *Columbus Container Services*¹⁸¹ is het beroep op een gelijke behandeling van vaste inrichtingen en dochtervennootschappen niet gehonoreerd. Uit dit arrest blijkt dat lidstaten een vaste inrichting fiscaal anders mogen behandelen dan een dochtervennootschap onder de voorwaarde dat niet wordt gediscrimineerd ten opzichte van nationale vestigingen.¹⁸² In r.o. 53 van dit arrest wordt namelijk het volgende gezegd:

“Dienaangaande zij eraan herinnerd dat de fiscale autonomie waaraan in de punten 44 en 51 van het onderhavige arrest wordt gerefereerd, tevens inhoudt dat de lidstaten vrij zijn om te bepalen onder welke voorwaarden en op welk niveau de verschillende vestigingsvormen van nationale vennootschappen die in het buitenland opereren, zullen worden belast, mits deze vestigingsvormen daardoor niet worden gediscrimineerd ten opzichte van vergelijkbare nationale vestigingen.”

§4.4 OBJECTVRIJSTELLING¹⁸³

4.4.1 Inleiding

In juni 2009 publiceerde de staatssecretaris van Financiën het consultatiedocument¹⁸⁴ *‘Mogelijke aanpassingen in de vennootschapsbelasting’*. Dit document bevat voorstellen om uitholling van de grondslag door renteaftrek te bestrijden en het Nederlandse vestigingsklimaat te verbeteren. Zijn zogenoemde ‘Sinterklaasbrief’¹⁸⁵ was hierop een vervolg. Daarin werden de voorstellen uitvoeriger aan de orde gesteld. Hij gaf aan dat hij voorstellen zou doen met betrekking tot mogelijkheid voor internationaal opererende ondernemingen om verliezen van buitenlandse vaste inrichtingen niet te verrekenen met Nederlandse winsten. Uiteindelijk is dit uitgemond in de objectvrijstelling voor vaste inrichtingen.

Per 1 januari 2012 is de objectvrijstelling voor vaste inrichtingen geïntroduceerd in artikel 15e Wet VpB 1969 e.v. als methode om dubbele belastingheffing te voorkomen van buitenlandse

¹⁸¹ HvJ 6 december 2007, nr. C-298/05, V-N 2007/59,8 (*Columbus Container Services*). Zie r.o. 52 en 53.

¹⁸² J.A.G. van der Geld, *De deelnemingsvrijstelling*, Fiscale Monografieën 20, Deventer: Kluwer 2011, §7.6.

¹⁸³ Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3.

¹⁸⁴ Brief staatssecretaris van Financiën van 14 juni 2009, Kamerstukken II 2009/10, 31 369, nr. 6.

¹⁸⁵ Kamerstukken II 2009/10, 31 369, nr. 9.

vaste-inrichtingswinsten in de vennootschapsbelasting. Het systeem dat tot 2012 gold, bestond uit een belastingvrijstelling waarbij buitenlandse verliezen ten laste kwamen van de Nederlandse winst. Door de objectvrijstelling raakt het buitenlandse resultaat - winst of verlies - de Nederlandse belastinggrondslag niet. Hierop is één uitzondering gemaakt, namelijk in de situatie waarin de vaste inrichting wordt gestaakt. Op dat moment is het definitieve verlies wel aftrekbaar in Nederland.¹⁸⁶ Deze uitzondering volgt uit het EU-recht op het gebied van verliesverrekening bij fiscale eenheidsregelingen (artikel 15i Wet VpB 1969).¹⁸⁷ Het meest in het oog springende verschil ten opzichte van de oude regeling is de timing van het in aanmerking nemen van tijdelijke verliezen uit het buitenland. Onder de objectvrijstelling zal in het geval van een vaste inrichting die in het buitenland een negatief resultaat behaalt, in datzelfde jaar het lichaam (waar de vaste inrichting aan toebehoort) in Nederland méér vennootschapsbelasting betalen dan haar wereldwinst.¹⁸⁸

De regeling inzake de objectvrijstelling voor buitenlandse vaste-inrichtingswinsten is geregeld in de nieuwe afdeling in de Wet VpB 1969, namelijk afdeling 2.10a. Afdeling 2.10a Wet VpB 1969 bestaat uit drie elementen:

- een objectvrijstelling voor (actieve) buitenlandse ondernemingswinsten (artikelen 15e en 15f Wet VpB 1969);
- een regeling voor laagbelaste buitenlandse beleggingsondernemingen (artikelen 15g, 15h en 23d Wet VpB 1969); en
- een regeling voor de aftrek van stakingsverliezen indien een belastingplichtige ophoudt winst uit een andere staat te genieten (artikelen 15i, 15j, 13d en 13e Wet VpB 1969).

Hierna wordt de systematiek van de objectvrijstelling beschreven.

4.4.2 *Objectvrijstelling voor (actieve) buitenlandse ondernemingswinsten*¹⁸⁹

In artikel 15e Wet VpB 1969 staat de regeling inzake de objectvrijstelling voor buitenlandse vaste-inrichtingswinsten beschreven. In het eerste lid van dat artikel is bepaald dat de (wereld)winst van een belastingplichtige met winst uit een andere staat wordt verminderd met de

¹⁸⁶ Zie artikel 15i Wet VpB 1969.

¹⁸⁷ HvJ 12 december 2005, nr. C-446/03, V-N 2005/60.15 (Marks & Spencer) en HvJ 15 mei 2008, nr. C-414/06, V-N 2008/25.16 (Lidl Belgium).

¹⁸⁸ Voorbeeld: Stel dat een Nederlands lichaam een winst van 60 behaalt in Nederland en de buitenlandse vaste inrichting lijdt een verlies van -/ 40. In dat geval zal het lichaam in Nederland over een winst van 60 vennootschapsbelasting moeten betalen, terwijl de wereldwinst slechts 20 bedraagt. Dit voorbeeld is ontleend aan T. Bender, "Objectvrijstelling voor buitenlandse winst - waarom eigenlijk?" NTFR 2011/2482, § 1.

¹⁸⁹ Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 92.

positieve en negatieve bedragen van de winst uit die andere staat. Deze vermindering impliceert een verhoging van de winst. De winst wordt namelijk verminderd met een negatief bedrag aan winst uit een andere staat. Het uitgangspunt blijft de wereldwinst en vervolgens wordt deze gecorrigeerd voor de (naar Nederlandse maatstaven bepaalde) winst uit de andere staat. Per saldo beïnvloeden buitenlandse winsten en verliezen de Nederlandse heffingsgrondslag niet meer.

De gekozen systematiek sluit zoveel mogelijk aan bij de oude regeling inzake buitenlandse vaste-inrichtingswinsten. Enkel de wijze waarop met buitenlandse resultaten rekening wordt gehouden verandert, niet de vaststelling van buitenlandse resultaten. In de Memorie van Toelichting¹⁹⁰ wordt opgemerkt dat het voordeel hiervan is dat kan worden uitgegaan van het bestaande begrippenkader en de bestaande (internationaal ontwikkelde) invulling daarvan. Verder blijven valutaresultaten die niet in het resultaat van een buitenlandse onderneming tot uitdrukking kunnen komen, tot de Nederlandse grondslag behoren. Tevens blijft de heffingssystematiek ten aanzien van stille reserves gelijk. Indien een vermogensbestanddeel wordt overgebracht van het hoofdhuis naar de vaste inrichting in het buitenland waar een stille reserve op rust, zal geen onmiddellijke heffing plaatsvinden. De stille reserves worden gaandeweg het verdere gebruik (mede door verschillen in de afschrijvingsbasis voor de vaststelling van de generale winst en de situswinst) of door bijvoorbeeld vervreemding in de Nederlandse heffingsgrondslag betrokken.

Een voorbeeld kan de heffingsystematiek ten aanzien van de overdracht van een vermogensbestanddeel waar een stille reserve op rust verduidelijken. Een Nederlandse vennootschap heeft een buitenlandse vaste inrichting. De vennootschap (c.q. hoofdhuis) draagt een machine over aan de vaste inrichting. De boekwaarde ten tijde van de overdracht bedraagt € 5.000 en de waarde in het economische verkeer bedraagt € 10.000. De afschrijvingsperiode van de machine is vijf jaar en de machine heeft geen restwaarde. Met betrekking tot de vaststelling van de generale winst in Nederland worden de resultaten van de buitenlandse vaste inrichting en de Nederlandse vennootschap samengenomen en vervolgens worden hier de afschrijvingskosten van afgetrokken. De afschrijvingskosten bedragen op basis van de boekwaarde € 1.000. Ten aanzien van de vaststelling van de aftrekwinst dienen de afschrijvingskosten gebaseerd te worden op de waarde in het economische verkeer waardoor een bedrag van € 2.000 ten laste van de winst komt. Hierdoor zal de aftrekwinst lager uitvallen dan de bijdragewinst in Nederland. Het regime

¹⁹⁰ Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 93.

van de objectvrijstelling is gestoeld op de aftrekwinst. Er zal in Nederland derhalve een lager bedrag vrijgesteld worden.

Met betrekking tot de objectvrijstelling voor actieve buitenlandse ondernemingwinsten wordt de per country-methode gehanteerd. Dit wil zeggen dat objectvrijstelling per staat van toepassing is. Per staat dienen de resultaten waarvoor de objectvrijstelling geldt gesaldeerd te worden en voor dit saldo geldt per staat voorts de objectvrijstelling. Tevens wordt op dit punt aangesloten bij de al geldende systematiek van het BvdB 2001. Het onderscheid tussen de per country -en de overallmethode is niet relevant. Het totale uit de wereldwinst te elimineren bedrag blijft immers gelijk. Echter voor de ingevoerde stakingsverliesregeling¹⁹¹ is dit onderscheid wel degelijk relevant. Op deze wijze kan een stakingsverlies behaald in een bepaald land aftrekbaar zijn, ondanks de omstandigheid dat in een ander land een positief (stakings)resultaat is behaald. Op het punt van saldering kan een vergelijking worden getrokken met de behandeling van buitenlandse belastingplichtigen met een vaste inrichting in Nederland. In dat geval wordt de buitenlandse belastingplichtige voor het gehele (gesaldeerde) Nederlandse inkomen in de heffing betrokken.¹⁹²

Een voorbeeld kan de per country methode verduidelijken. Een Nederlandse vennootschap heeft vaste inrichtingen in Duitsland en in Frankrijk. De Duitse vaste inrichting boekt een winst van € 1.000. De Franse vaste inrichting lijdt een verlies van € 200. Het vrij te stellen bedrag volgens de objectvrijstelling in Nederland bedraagt € 800. De stakingsverliesregeling voor vaste inrichtingen houdt in dit voorbeeld in dat indien de Franse vaste inrichting wordt geliquideerd en een onverrekend verlies overhoudt van € 200, dan is dit aftrekbaar bij de Nederlandse vennootschap. Daarenboven wordt het positieve resultaat van de Duitse vaste inrichting van € 1.000 vrijgesteld bij de Nederlandse vennootschap.

4.4.2.1 *Inkomenscategorieën*¹⁹³

In artikel 15e, tweede en derde lid, Wet VpB 1969 staan de inkomenscategorieën vermeld die onder het bereik van de objectvrijstelling vallen. In dit kader wordt een onderscheid gemaakt tussen verdragslanden en niet-verdragslanden. Bij verdragslanden gaat het om landen waarmee

¹⁹¹ Artikel 15i Wet VpB 1969.

¹⁹² De objectvrijstelling geldt op grond van artikel 2, tweede lid, onderdeel d, AWR ook voor Mogendheden. Door de werking van deze bepalingen is de objectvrijstelling ook van toepassing op belastingplichtigen in Nederland met vaste inrichtingen in Aruba, Curaçao of Sint Maarten of op de BES-eilanden.

¹⁹³ Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 93.

Nederland een verdrag¹⁹⁴ heeft afgesloten dat daadwerkelijk van kracht is. De objectvrijstelling ziet bij verdragslanden op basis van artikel 15e, tweede lid, onderdeel a, Wet VpB 1969 op de winst uit een buitenlandse onderneming, op de opbrengsten uit in andere staat gelegen onroerende zaken en op overige voordelen die ter heffing aan de andere staat zijn toebedeeld. Deze voordelen vallen enkel onder de objectvrijstelling, voor zover er in het verdrag is voorzien dat Nederland voor dergelijke voordelen een voorkoming van dubbele belasting dient te verlenen volgens de vrijstellingsmethode. De koppeling van de objectvrijstelling aan de vrijstellingsmethode onder verdragen zorgt ervoor dat voor de invulling van de verschillende inkomenscategorieën wordt aangesloten bij de invulling van de relevante begrippen in het van toepassing zijnde belastingverdrag. Kortom, enkel voor die buitenlandse voordelen van binnenlandse belastingplichtige die op basis van het verdrag ter heffing aan de andere staat zijn toegewezen, en die volgens het verdrag onder het bereik van de vrijstellingsmethode vallen, geldt de objectvrijstelling. De reikwijdte van de objectvrijstelling kan hierdoor per verdrag verschillen, aangezien de invulling van verschillende begrippen per verdrag anders kan zijn. Dit verschil zal zich echter in de winstsfeer nooit voordoen.

Bij niet-verdragslanden geldt de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten op basis van artikel 15e, tweede lid, onderdeel b, Wet VpB 1969 voor:

- het gezamenlijke bedrag van de in een staat behaalde winst uit een buitenlandse vaste inrichting;
- de opbrengsten uit binnen het gebied van een andere staat gelegen onroerende zaken; en
- de opbrengsten uit rechten op aandelen in de winst van een onderneming waarvan de leiding in een andere staat is gevestigd, voor zover deze rechten niet zijn opgekomen uit effectenbezit.

Ten aanzien van de toepassing van de objectvrijstelling is irrelevant of de winst van de buitenlandse vaste inrichting (of de eerder genoemde opbrengsten) in het land waar de winst behaald wordt onderworpen is aan een heffing naar de winst. De onderworpenheidseis vervalt namelijk voor actieve buitenlandse vaste inrichtingen.¹⁹⁵ In artikel 15e, derde lid, Wet VpB 1969 wordt het begrip buitenlandse onderneming voor niet-verdragslanden uitgebreid. Als een buitenlandse onderneming wordt aangemerkt werkzaamheden die gedurende een aaneengesloten

¹⁹⁴ Uit artikel 2, tweede lid, onderdeel e, AWR volgt wat onder een verdrag dient te worden verstaan.

¹⁹⁵ Op deze regel is één uitzondering gemaakt, namelijk in het geval van inkomsten uit exploitatie van schepen of luchtvaartuigen in het internationale verkeer.

periode van ten minste 30 dagen in, op of boven et winningsgebied¹⁹⁶ van een andere staat worden verricht. De zojuist genoemde uitbreiding kan zelfstandig kwalificeren als een buitenlandse onderneming waarvan de winsten onder de objectvrijstelling vallen. Niet is vereist dat al uit andere hoofde over een buitenlandse onderneming in de betreffende staat wordt beschikt.

Uit artikel 15e, zesde lid, Wet VpB 1969 volgt op welke wijze de aan een buitenlandse vaste inrichting toe te rekenen winst moet worden vastgesteld voor de toepassing van het tweede lid, onderdeel b. Het gaat hierbij om de winsttoerekening bij niet-verdragslanden. De tekst van het lid is gebaseerd op de meest recente tekst¹⁹⁷ van het OESO-modelverdrag. Door het zesde lid wordt bewerkstelligd dat bij niet-verdragslanden de winsttoerekening plaatsvindt volgens de meest moderne OESO-benadering. Bij verdragssituaties zal de winsttoerekening plaatsvinden volgens het van toepassing zijnde belastingverdrag.

Op basis van artikel 15e, zevende lid, Wet VpB 1969 geldt de objectvrijstelling niet voor voordelen uit een zogenoemde laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming. Deze uitzondering vindt geen toepassing in situaties waarbij Nederland op grond van een belastingverdrag (tevens) een vrijstelling moet verlenen voor voordelen uit een buitenlandse vaste inrichting die als laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming kan worden aangemerkt. Dit kan zich voordoen onder de (oudere) Nederlandse belastingverdragen waarin nog geen regeling is opgenomen voor passieve vaste inrichtingen. Kortom, resultaten bij verdragssituaties vallen onder het bereik van de objectvrijstelling voorzover de winst op basis van het van toepassing zijnde belastingverdrag door Nederland dient te worden vrijgesteld.

In belastingverdragen waarin wel een regeling is opgenomen voor passieve vaste inrichtingen, wordt de verrekeningsmethode als methode ter voorkoming van dubbele belasting gehanteerd in plaats van de vrijstellingsmethode. Ten aanzien van de verrekeningsmethode wordt verwezen naar de nationale wetgeving van Nederland^{198,199}

¹⁹⁶ De omschrijving van het winningsgebied van een andere staat in artikel 15e, derde lid, Wet VpB 1969 volgt uit de omschrijving in artikel 32, vierde lid, BvdB 2001.

¹⁹⁷ De tekst van OESO-modelverdrag zoals deze tot stand is gekomen bij de update 2010.

¹⁹⁸ Zie artikel 15g Wet VpB 1969.

¹⁹⁹ Zie hierover meer in §2.4.2 en §3.5.2 (voorwaarde 3).

In artikel 15f Wet VpB 1969 wordt voor niet-verdragslanden (artikel 15e, tweede lid, onderdeel b, Wet VpB 1969) omschreven wat onder het begrip vaste inrichting dient worden verstaan. In verdragssituaties wordt de invulling van het begrip vaste inrichting in het desbetreffende verdrag gevolgd. Zie meer over de begripomschrijving van een vaste inrichting in paragraaf 2.2.2.

4.4.3 *Laagbelaste buitenlandse beleggingsondernemingen*²⁰⁰

In artikel 15g Wet VpB 1969 wordt beschreven wanneer sprake is van een laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming. Indien een laagbelaste beleggingsonderneming aanwezig wordt geacht, is de objectvrijstelling niet van toepassing tenzij op grond van een belastingverdrag toch een vrijstelling moet worden verleend aan de aan de buitenlandse vaste inrichting toerekenbare voordelen.

Van een laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming is sprake indien aan twee cumulatieve eisen wordt voldaan.

- De werkzaamheden van de buitenlandse vaste inrichting dienen, tezamen met de pro rata toe te rekenen werkzaamheden van de lichamen waarin de belastingplichtige een belang heeft van ten minste 5% dat toerekenbaar is aan de buitenlandse vaste inrichting, in de eerste plaats grotendeels te bestaan uit beleggen, passieve concernfinanciering of passieve terbeschikkingstelling.
- In de tweede plaats geldt als eis dat de voordelen van de buitenlandse vaste inrichting onvoldoende worden belast. Dit wil zeggen dat de winst niet onderworpen is aan een naar Nederlandse begrippen reële heffing.

4.4.3.1 *Werkzaamhedentoets*²⁰¹

Een buitenlandse vaste inrichting is passief indien de werkzaamheden grotendeels²⁰² bestaan uit beleggen, het direct of indirect financieren van de belastingplichtige of van met de belastingplichtige verbonden lichamen, dan wel van bedrijfsmiddelen die door de belastingplichtige of met de belastingplichtige verbonden lichamen worden gebruikt. Hieronder valt tevens het ter beschikking stellen van het gebruik of gebruiksrecht van dergelijke bedrijfsmiddelen. De wettekst sluit zoveel mogelijk aan bij de afbakening in het BvdB 2001 die uitgaat van de werkzaamheden van een buitenlandse vaste inrichting. In deze omschrijving

²⁰⁰ Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 97.

²⁰¹ Artikel 15g, eerste lid, onderdeel a, Wet VpB 1969.

²⁰² Dit wil zeggen voor meer dan 50%.

worden middellijke werkzaamheden ook meegenomen. Dit wil zeggen dat om te beoordelen of een buitenlandse vaste inrichting passief is, er onder andere gekeken moet worden naar de werkzaamheden van lichamen waarin de belastingplichtige een belang heeft van minimaal 5% dat toerekenbaar is aan de buitenlandse vaste inrichting.

Met beleggen wordt bedoeld dat het aanhouden van de vermogensbestanddelen er niet op is gericht een hoger rendement te behalen dan bij normaal vermogensbeheer kan worden verwacht. Zoals hiervoor is beschreven worden de werkzaamheden van een lichaam waarin de belastingplichtige een belang heeft van minstens 5% en waarbij dit belang toerekenbaar is aan de vaste inrichting in aanmerking genomen. In een dergelijke situatie worden de werkzaamheden van zulke lichamen meegerekend in de beoordeling of een vaste inrichting passief is. De middellijke werkzaamheden worden pro rata meegeteld. Ingeval deelnemingen in zowel een lichaam met passieve werkzaamheden als in een lichaam met actieve werkzaamheden toerekenbaar zijn aan de vaste inrichting, dan dienen de werkzaamheden van beide lichamen te worden meegenomen bij de beoordeling of de werkzaamheden van de buitenlandse vaste inrichting globaal gezien grotendeels passief zijn. Hierbij zal het oordeel afhankelijk zijn van de specifieke feiten en omstandigheden van de situatie en in welke mate actieve of passieve werkzaamheden overheersen. Ten aanzien van de weging van de verschillende werkzaamheden dient het begrip werkzaamheden kwalitatief te worden ingevuld. In dit kader is de functie die de vaste inrichting heeft ook van belang. Dit wil zeggen dat niet enkel gekeken moet worden naar het aantal mensen (fte's) of het aantal uren dat aan bepaalde werkzaamheden wordt besteed.²⁰³

4.4.3.2 *Onderworpenheidstoets*²⁰⁴⁻²⁰⁵

De onderworpenheidstoets voor buitenlandse beleggingsondernemingen wordt op een gelijke wijze ingevuld als de toets van artikel 13, elfde lid, onderdeel a, Wet VpB 1969. Indien de werkzaamheden van de buitenlandse vaste inrichting passief zijn, dan is de objectvrijstelling voor de vaste inrichting wel van toepassing ingeval de winst van de vaste inrichting onderworpen is aan een voldoende belastend regime. Als in het land van de buitenlandse vaste inrichting voldoende belasting wordt geheven over de winst, wordt geacht dat van het onderbrengen van mobiel kapitaal in een laagbelastende jurisdictie geen sprake is.

²⁰³ Zie voor het toerekenen van aandelen aan een vaste inrichting verder het besluit van 15 januari 2011, nr. DGB 2010/8223M (Stc. 2011, 1374).

²⁰⁴ Artikel 15g, eerste lid, onderdeel b, Wet VpB 1969.

²⁰⁵ Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 99.

4.4.3.3 *Uitzonderingen*²⁰⁶⁻²⁰⁷

Bepaalde beleggings-, concernfinancierings- en terbeschikkingstellingsactiviteiten worden niet aangemerkt als passieve werkzaamheden voor de toepassing van artikel 15g, eerste lid, onderdeel a, Wet VpB 1969. In de eerste plaats zijn dit de als actief aan te merken financierings- of terbeschikkingstellingswerkzaamheden op basis van bij ministeriële regeling te stellen regels. Indien dergelijke werkzaamheden geacht worden actief te zijn en de werkzaamheden van de buitenlandse vaste inrichting overall gezien grotendeels bestaan uit dergelijke (andere) actieve werkzaamheden, dan zal er geen sprake zijn van een laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming. Ten aanzien van de beoordeling van de criteria of er sprake is actieve werkzaamheden, wordt aangesloten bij de artikelen 2a en 2b Uitv.besch. VpB 1971.

In de tweede plaats zijn uitgezonderd de werkzaamheden bestaande uit het houden van onroerende zaken of rechten die direct of indirect betrekking hebben op onroerende zaken. De exploitatie van onroerende zaken kan, afhankelijk van de omstandigheden, worden aangemerkt als een belegging en hierdoor als een passieve werkzaamheid. De heffingsbevoegdheid over inkomsten uit een onroerende zaak is volgens internationaal recht toegewezen aan de staat waar de onroerende zaak is gelegen. Daarnaast zijn onroerende zaken immobiel. Daarom ziet de staatssecretaris geen grond de objectvrijstelling te blokkeren voor buitenlandse vaste inrichtingen ingeval de werkzaamheden van de vaste inrichting overall gezien grotendeels bestaat uit het beheren van onroerende zaken. Met betrekking tot de uitleg van het begrip onroerende zaken en de rechten die daarop direct of indirect betrekking hebben, wordt op basis van OESO-modelverdrag uitgegaan van de omschrijving die dat begrip heeft volgens de wetgeving van het land waarin de desbetreffende onroerende zaak is gelegen.

Echter, indien de onroerende zaken of rechten hierop in bezit zijn van een beleggingsinstelling²⁰⁸ of een vrijgestelde beleggingsinstelling²⁰⁹, geldt bovenstaande uitzondering niet. In die situatie zullen de werkzaamheden die met de onroerende zaken te maken hebben, aangemerkt worden als passief. De motivering hierachter is dat ingeval de aandelen in een (vrijgestelde) beleggingsinstelling die onroerende zaken bezit, niet toerekenbaar zijn aan de buitenlandse vaste

²⁰⁶ Artikel 15g, tweede lid, Wet VpB 1969.

²⁰⁷ Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 99.

²⁰⁸ Artikel 28 Wet VpB 1969.

²⁰⁹ Artikel 6a Wet VpB 1969.

inrichting, de belastingplichtige voor de voordelen uit dit aandelenbelang geen recht heeft op de deelnemingsvrijstelling²¹⁰. De deelnemingsvrijstelling geldt in die situatie niet, omdat in dat geval in Nederland niet gegeven zou kunnen worden over de voordelen uit Nederland gelegen onroerende zaken of daarop betrekking hebbende rechten. Door de objectvrijstelling te blokkeren voor inkomsten uit een buitenlandse vaste inrichting ingeval de aandelen in een (vrijgestelde) beleggingsinstelling die onroerende zaken bezit toerekenbaar zijn aan de buitenlandse vaste inrichting van de belastingplichtige, wordt voorkomen dat de belastingheffing in Nederland ten gevolge van het niet van toepassing zijn van de deelnemingsvrijstelling wordt ontlopen in het geval waarin de aandelen toerekenbaar zijn aan een buitenlandse onderneming.

In artikel 15h Wet VpB 1969 wordt bepaald dat ter voorkoming van juridisch dubbele belasting een (forfaitaire) verrekening wordt gegeven voor de op de winst van de laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming drukkende winstbelasting.

Indien het gezamenlijke bedrag aan buitenlandse voordelen van de belastingplichtige niet geldt²¹¹ positief is, dan regelt artikel 15h, eerste lid, Wet VpB 1969, dat ter verrekening van buitenlandse winstbelasting, een (forfaitaire) vermindering wordt gegeven van de Nederlandse vennootschapsbelasting. Het bedrag dat in aanmerking komt voor vermindering wordt bepaald op basis van artikel 23d Wet VpB 1969. Uit het tweede lid van dit artikel blijkt dat in beginsel wordt uitgegaan van een belastingtarief van 5% in het land van de laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming.

4.4.4 *Stakingsverliezen*²¹²

Zoals hierboven staat beschreven geldt de objectvrijstelling op de voet van artikel 15e Wet VpB 1969 op de inkomsten van een buitenlandse vaste inrichting. Kort gezegd houdt dit in dat winsten of verliezen die in het buitenland worden behaald, geen invloed hebben op de belastingheffing in Nederland. Op deze hoofdregel geldt een uitzondering die opgenomen is in artikel 15i Wet VpB 1969. De uitzondering ziet op het geval waarin de vaste inrichting in het buitenland is gestaakt en achteraf blijkt dat er per saldo verlies is geleden door de vaste inrichting en dit verlies door de staking een definitief verlies is geworden. In deze situatie zorgt artikel 15i Wet VpB 1969 ervoor dat het verlies dat per saldo is geleden door de buitenlandse vaste inrichting waar de

²¹⁰ Artikel 13, twaalfde lid, onderdeel a, Wet VpB 1969.

²¹¹ De vaste inrichting wordt in dit geval gekwalificeerd als laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming op grond van artikel 15e, zevende lid, Wet VpB 1969.

²¹² Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 102.

objectvrijstelling op van toepassing was (stakingsverlies), in mindering komt op het in Nederland belastbare bedrag.

Van belang is dat het om een verlies gaat dat definitief is. Het is mogelijk dat verliezen van de vaste inrichting zijn gecompenseerd met positieve resultaten van een zustermaatschappij. In dat geval zijn de verliezen al gecompenseerd en is er geen reden om de verliezen alsnog in aanmerking te nemen in Nederland. Hiertoe is artikel 15i, tweede lid, Wet VpB 1969 opgenomen waarin wordt beschreven dat indien verliezen uit het negatieve resultaat reeds zijn gecompenseerd, die verliezen in mindering dienen te komen op het negatieve resultaat. Hiermee wordt bewerkstelligd dat slechts eenmaal een tegemoetkoming wordt verleend voor geleden verliezen. De bewijslast ten aanzien van het stakingsverlies en de omvang hiervan, rust op de belastingplichtige. Hierbij gaat het om een gebleken stakingsverlies.

Op het moment dat de activiteiten van de vaste inrichting in het buitenland zijn gestaakt, wordt er in Nederland rekening gehouden met het stakingsverlies. Een buitenlandse vaste inrichting wordt geacht niet te zijn gestaakt, ingeval de activiteiten in belangrijke mate van de buitenlandse vaste inrichting worden voortgezet door een verbonden lichaam van de belastingplichtige.

In het geval de buitenlandse vaste inrichting wordt aan een derde partij, is het in beginsel mogelijk het stakingsverlies te nemen. Echter in de situatie waarin de verliezen van de vaste inrichting overgaan naar de koper, dan kan de belastingplichtige uiteraard niet het stakingsverlies nemen. De verliezen zijn in dat geval (nog) niet definitief verloren gegaan. Er is dan ook geen grond om de verliezen in Nederland in aanmerking te nemen. Hiertoe is in artikel 15i, derde lid, Wet VpB 1969 opgenomen dat voor het bedrag van verliezen die volgens buitenlandse wetgeving doorschuiven naar een derde, het stakingsverlies dient te worden gecorrigeerd.

In de situatie waarin de belastingplichtige binnen drie jaar na het moment van staking van de vaste inrichting opnieuw activiteiten verricht in hetzelfde land, worden de nieuwe activiteiten geacht een voortzetting te zijn van de gestaakte vaste inrichting. Dit heeft als gevolg dat met betrekking tot het reeds afgetrokken stakingsverlies, achteraf blijkt dat dit te vroeg is afgetrokken. Daarom wordt het te vroeg afgetrokken stakingsverlies bij aanvang van de nieuwe activiteiten teruggenomen door een winstbijtelling in het startjaar.²¹³ De winstbijtelling valt niet onder het

²¹³ Zie artikel 15i, vijfde lid, Wet VpB 1969.

bereik van de objectvrijstelling en wordt vervolgens gezien als een verlies uit het buitenland.²¹⁴ Hiermee wordt bewerkstelligd dat de verliezen van de oude vaste inrichting overgaan naar de nieuwe activiteiten die in hetzelfde land worden ontplooid.

Voor de belastingplichtige is het mogelijk om zekerheid te krijgen over de omvang van het stakingsverlies door aan de inspecteur te verzoeken om een voor bezwaar vatbare beschikking. De beschikking ziet enkel op het saldo van de winsten en verliezen die buitenlandse vaste inrichting heeft geleden en waar de objectvrijstelling op van toepassing is. De beschikking geeft geen zekerheid omtrent al dan niet gecompenseerde verliezen in het buitenland met andere lichamen.

Zoals hierboven beschreven geldt dat het stakingsverlies niet kan worden genomen, indien de activiteiten van een gestaakte vaste inrichting in belangrijke mate worden voortgezet door een verbonden lichaam van de belastingplichtige. Een voorbeeld van een dergelijke voorzetting is de verkoop van de activiteiten aan een verbonden lichaam van de belastingplichtige. Bovendien kunnen de activiteiten tevens overgaan via een juridische fusie. Om te voorkomen het saldo via deze route verloren gaat, is geregeld in artikel 15j Wet VpB 1969 dat saldo meegaat met de activiteiten van de gestaakte vaste inrichting. De activiteiten worden voortgezet door het verbonden lichaam waarbij het verbonden lichaam wordt geacht het saldo te hebben genoten. Deze overgang is verplicht en geldt zowel in het geval van een positief saldo als in het geval van een negatief saldo.

Indien de activiteiten niet langer meer worden voortgezet, wordt er bij het stakende lichaam beoordeeld of er sprake is van een stakingsverlies. Hierbij wordt rekening gehouden met de positieve of negatieve bedragen die op grond van de artikelen 15i en 15j Wet VpB 1969 zijn doorgeschoven naar het voorzettende lichaam.

Ingeval het voorzettende lichaam binnen drie jaar de overgenomen activiteiten staakt, wordt nagegaan of er sprake is geweest van een reële voorzetting en niet een voorzetting is geweest met de bedoeling een doorschuiving te bereiken. De termijn van drie jaar vangt aan op het moment dat de activiteiten van de gestaakte vaste inrichting door het voortzettende lichaam zijn verkregen. Enkel in het geval van een reële voorzetting blijft de doorschuiving intact. Indien geen

²¹⁴ Zie artikel 15i, zesde lid, Wet VpB 1969.

sprake is van een reële voorzetting, keert het saldo als het ware terug naar de overdrager. Hiermee tracht de wetgever te voorkomen dat wanneer de overdrager niet over een voldoende saldo beschikt om het stakingsverlies te compenseren maar de voorzetter wel, met de bedoeling om het te verrekenen stakingsverlies de gestaakte activiteiten worden overgedragen.

Met betrekking tot de vraag of er sprake is van een reële voorzetting ligt de bewijslast bij de voortzetter. De voorzetter zal aannemelijk moeten maken dat de staking gebaseerd is op zakelijke omstandigheden die zich na aanvang van de voorzetting hebben voorgedaan. Er mogen dus geen fiscale motieven aan de beslissing tot staking ten grondslag liggen. Belastingplichtigen die zekerheid willen ten aanzien van het saldo dat wordt overgedragen, kunnen zich wenden tot inspecteur en een verzoek in te dienen.

Door de invoering van de objectvrijstelling welke voorziet in de aftrek van het stakingsverlies, zijn ook andere artikelen in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 aangepast. Zo is aan artikel 13d, tweede lid, Wet VpB 1969 ook aangepast voor de situatie waarin een vaste inrichting die voorheen werd gedreven door de belastingplichtige wordt omgezet in een verbonden lichaam waar de deelnemingsvrijstelling op van toepassing is. In dat geval worden de activiteiten van de vaste inrichting voortgezet door een verbonden lichaam van de belastingplichtige. Hierop is artikel 15i Wet VpB 1969 van toepassing waardoor het saldo van positieve en negatieve resultaten worden doorgeschoven naar de voortzetter. Indien de voortzetter buiten Nederland is gevestigd, heeft de doorschuiving per saldo geen zin. In deze situatie gaan de verliezen van de belastingplichtige in feite verloren. Om dit effect te voorkomen is in de wet opgenomen dat indien een deelneming wordt geliquideerd en ontbonden het opgeofferde bedrag wordt verhoogd met het negatieve saldo dat op de voet van artikel 15j Wet VpB 1969 naar de voortzetter is doorgeschoven. Ten aanzien van het negatieve saldo dient wel rekening te worden gehouden met eventuele winsten die na de omzetting behaald zijn. Die dienen van het negatieve saldo te worden afgetrokken. Met betrekking tot de verhoging van het opgeofferde bedrag moet er worden bijgehouden in hoeverre het saldo nog aanwezig zou zijn geweest indien de deelneming (voorzetter) wel binnen Nederland zou zijn gevestigd en het bedrag naar de voortzetter zou zijn doorgeschoven.

§4.5 SAMENVATTING

In de vorige twee hoofdstukken zijn de vaste inrichting en de dochtervennootschap aan bod gekomen. In dit hoofdstuk zijn de bevindingen uit de vorige twee hoofdstukken met elkaar vergeleken. In paragraaf 4.2 is de relatie tussen de voorkomingsmethodieken met betrekking tot de vaste inrichting en de dochtervennootschap besproken. Hierbij is geconstateerd dat een verschil tussen moeder-dochterverhoudingen en hoofdhuis-vaste-inrichtingen is dat ten aanzien van de buitenlandse dochtervennootschappen een vrijstelling wordt verleend ter voorkoming van economisch dubbele belasting (deelnemingsvrijstelling) en met betrekking tot vaste inrichtingen een vrijstelling wordt verleend ter voorkoming van juridisch dubbele belasting. Daarna is de samenhang tussen de vaste inrichting en de buitenlandse dochtervennootschap besproken vanaf de invoering van de Wet IB 1914 tot het heden. Hieruit is gebleken dat sinds een geruime tijd de wetgever heeft gestreefd naar een gelijkwaardige fiscale behandeling van buitenlandse dochtervennootschappen en vaste inrichtingen. In paragraaf 4.3 zijn de verschillen in de fiscale behandeling van dochtervennootschappen en vaste inrichtingen belicht. Op basis van deze analyse kan worden vastgesteld dat op een aantal punten de fiscale behandeling van een dochtervennootschap ten opzichte van een vaste inrichting verschilt. In paragraaf 4.4 is de per 1 januari 2012 geïntroduceerde objectvrijstelling beschreven. De wetgever wilde namelijk de mogelijkheid voor internationaal opererende ondernemingen om verliezen van buitenlandse vaste inrichtingen te verrekenen met Nederlandse winsten aan banden leggen. Dit is uitgedomd in de objectvrijstelling voor vaste inrichtingen ex artikel 15e Wet VpB 1969. De objectvrijstelling is een voor Nederland nieuwe methode om dubbele belastingheffing te voorkomen van buitenlandse vaste-inrichtingswinsten in de vennootschapsbelasting. Door de objectvrijstelling raakt het buitenlandse resultaat - winst of verlies - de Nederlandse belastinggrondslag niet. Uitzondering op deze hoofdregel is de stakingsverliesregeling voor vaste inrichtingen. In dat geval is het definitieve verlies aftrekbaar in Nederland. Een opvallend verschil van de objectvrijstelling ten opzichte van de oude regeling is de timing van het in aanmerking nemen van tijdelijke verliezen uit het buitenland. Door de toepassing van de objectvrijstelling zal in het geval van een vaste inrichting die in het buitenland een negatief resultaat behaalt, in datzelfde jaar het lichaam (waar de vaste inrichting aan toebehoort) in Nederland méér vennootschapsbelasting betalen dan haar wereldwinst. In het volgende hoofdstuk wordt deze scriptie afgesloten met een conclusie.

Hoofdstuk 5 SAMENVATTING EN CONCLUSIES

§5.1 VRIJSTELLING BIJ VASTE INRICHTING EN DOCHTERVENNOOTSCHAP²¹⁵

5.1.1 Inleiding

In het eerste hoofdstuk is de inleiding op dit onderzoek beschreven. Hier ~~in is uit volgede~~ de volgende probleemstelling voor dit onderzoek verwoord: *Heeft de objectvrijstelling voor vaste inrichtingsresultaten als gevolg dat de fiscale behandeling van een vaste inrichting en een buitenlandse dochtervennootschap minder ongelijk wordt?*

In het eerste hoofdstuk is onderzocht wat de voormalige fiscale behandeling was van de resultaten van vaste inrichtingen vanuit een Nederlands perspectief. Daarna is in het tweede hoofdstuk stilgestaan hoe moeder-dochterverhoudingen ten aanzien van dochtervennootschappen in de huidige wet worden behandeld. Vervolgens zijn vaste inrichtingen met dochtervennootschappen vergeleken. Daarnaast is de objectvrijstelling voor vaste inrichtingen behandeld. In deze paragraaf zal ik mijn resultaten analyseren zodat ik antwoord kan geven op mijn onderzoeksvraag.

Een vaste inrichting en een dochtervennootschap worden, ondanks het streven naar een gelijkwaardige behandeling, op een aantal punten verschillend behandeld. In hoeverre deze behandeling tussen een vaste inrichting en een dochtervennootschap onder het regime van de objectvrijstelling wordt gelijkgetrokken, ~~is zal~~ in deze paragraaf ~~worden~~ geanalyseerd.

In de hiernavolgende paragrafen ~~is uiteengezet wordt vastgesteld~~ in hoeverre de behandeling tussen de vaste inrichting en de dochtervennootschap gelijkwaardiger is geworden als gevolg van de invoering van de objectvrijstelling voor vaste inrichtingen.

²¹⁵ H. Lohuis, *Verschillen en overeenkomsten winstbepaling vaste inrichting en dochtermaatschappij*, TFO 2011/138.

5.1.2 *Aftrek van verliezen*

5.1.2.1 *Dochtervennootschappen*

Ten aanzien van de dochtervennootschap worden^{ent} door de werking van de deelnemingsvrijstelling positieve en negatieve resultaten ~~vrijgesteldbuiten de Nederlandse grondslag gehouden~~. Het vrij te stellen bedrag is het bedrag dat tot de winst van belastingplichtige wordt gerekend (ofwel de bijdragewinst). In beginsel kunnen verliezen van een buitenlandse dochtervennootschap niet in aftrek komen bij de in Nederland gevestigde moedervennootschap. Er geldt één uitzondering op deze hoofdregel. Indien de dochtervennootschap geliquideerd wordt, kan de moedervennootschap een bedrag in mindering brengen op haar winst dat gelijk is aan het opgeofferde bedrag voor de deelneming waarbij rekening is gehouden met (eventuele) liquidatie- en/of bepaalde dividenduitkeringen.²¹⁶

5.1.2.2 *Vaste inrichtingen*

Voor vaste inrichtingen maken de, op basis van de evenredigheidsmethode vastgestelde, resultaten van de vaste inrichting integraal deel uit van de grondslag. De voorkoming die verleend wordt is gebaseerd op de aftrekwinst. Er wordt enkel een belastingvermindering verleend bij een winst van de vaste inrichting of er wordt een inhaalverlies toegekend bij een verlies van de vaste inrichting.²¹⁷ Met betrekking tot de ingaande 2012 ingevoerde objectvrijstelling voor vaste inrichtingen geldt dat de aftrekwinst als object zal gelden voor de objectvrijstelling. Dit wil zeggen dat de geldende systematiek in dit kader blijft gehandhaafd.

Op dit punt kan worden vastgesteld dat door de invoering van de objectvrijstelling dochtervennootschappen en vaste inrichtingen niet gelijkwaardiger worden behandeld. Echter, zal door de invoering van de stakingsverliesregeling voor vaste inrichtingen de behandeling tussen vaste inrichtingen en dochtervennootschappen dichterbij bij elkaar komen te liggen. In het stakingsjaar van de vaste inrichting kan het saldo van de winsten en verliezen van de vaste inrichting (sinds de oprichting van de vaste inrichting) worden afgetrokken van de wereldwinst.²¹⁸

²¹⁶ Zie §3.5.4.

²¹⁷ Zie artikel 33 BvdB jo. artikel 35 BvdB.

²¹⁸ Zie artikel 15i Wet VpB 1969.

5.1.3 Overgang vermogensbestanddelen

5.1.3.1 Dochtervennootschappen

De overgang van vermogensbestanddelen van een moedervennootschap naar een dochtervennootschap leidt in fiscaal opzicht tot een realisatiemoment bij de moedervennootschap. Bij de overgang zal op grond van artikel 8b Wet VpB 1969 een zakelijke prijs moeten worden gehanteerd waardoor de stille reserves die rusten op het vermogensbestanddeel worden gerealiseerd.

5.1.3.2 Vaste inrichtingen

Bij de overdracht van een vermogensbestanddeel van het hoofdhuis naar een vaste inrichting, gaat hetgeen in de vorige paragraaf ten aanzien van overdrachten tussen moeder- en dochtervennootschappen bovenstaande niet op. Er geldt geen winstneming, omdat de vaste inrichting integraal deel uitmaakt van het lichaam. Doordat het realisatiemoment ontbreekt, zullen de bijdragewinst en de aftrekwinst gaan-verschillen - althans indien de waarde in het economische verkeer ten tijde van de overbrenging afwijkt van de boekwaarde - om claimverlies in Nederland te voorkomen. Op een dergelijke wijze vindt er, op een later moment, alsnog een winstneming plaats bij het hoofdhuis. Dit is bijvoorbeeld het geval in de situatie waarin het overgedragen vermogensbestanddeel op een-enig moment door de vaste inrichting wordt vervoerd aan een derde. De bijdragewinst die behaald wordt, is gelijk aan de verkoopopbrengst minus de boekwaarde. De aftrekwinst is gelijk aan de verkoopopbrengst minus de waarde in het economische verkeer ten tijde van de verkoop. Overigens kan de winstneming over de stille reserve eerder tot uitdrukking komen dan bij de uiteindelijke verkoop. Dit komt voor bij een afschrijfbaar vermogensbestanddeel. De afschrijving met betrekking tot de bijdragewinst is gebaseerd op de boekwaarde, terwijl de afschrijving ten aanzien van de aftrekwinst gebaseerd is op de waarde in het economische verkeer ten tijde van de overdracht. Als gevolg hiervan de aftrekwinst lager uitvallen dan de bijdragewinst, waardoor een lagere voorkoming wordt verleend. Op deze wijze zal gedurende de afschrijvingsperiode een deel van de stille reserve aan de Nederlandse heffing onderworpen zijn.

Onder het regime van de objectvrijstelling wordt een tegemoetkoming verleend voor de aftrekwinst. Dit houdt in dat het hierboven beschreven systeem gecontinueerd zal worden.

| Tevens wordt op dit punt ~~wordt~~ door de invoering van de objectvrijstelling geen gelijkwaardigere behandeling bereikt tussen de vaste inrichting en de objectvrijstelling.

5.1.4 Valutakoersresultaten

5.1.4.1 Dochtervennootschappen

Wat betreft valutakoersresultaten in moeder-dochterverhoudingen vallen valutaresultaten op deelnemingen binnen de reikwijdte van de deelnemingsvrijstelling. Valutaresultaten op deelnemingen beïnvloeden de fiscale winst van de aandeelhouder niet. Dit heeft de Hoge Raad geoordeeld in BNB 1982/230²¹⁹. De discussie rondom de reikwijdte van het zogenoemde Deutsche Shell arrest en de op grond van dat arrest~~nieuw~~ ingevoerde wetgeving omtrent valutakoersresultaten doet hier niet aan af.

5.1.4.2 Vaste inrichtingen

Bij vaste inrichtingen geldt op grond van de Rupiah-arresten²²⁰ dat de aftrekwinst wordt vastgesteld op basis van de situsmunt. Daarom geldt er geen belastingvrijstelling voor valutaresultaten die in de bijdragewinst tot uitdrukking komen door een koerswijziging van de euro ten opzichte van de situsmunt. De koerswijziging heeft dan betrekking op het in de situsmunt uitgedrukte resultaat van de vaste inrichting. Een valutakoersverlies leidt dus enkel tot vermindering van de bijdragewinst en niet tot een vermindering van de aftrekwinst. Dit zal per saldo leiden tot een lagere belastbare generale winst in Nederland.

Omdat onder de objectvrijstelling voor het object wordt aangesloten bij de aftrekwinst, ligt het daarom in de reden aan te nemen dat eventuele zal de jurisprudentie van de Hoge Raad ten aanzien van valutaresultaten worden gehandhaafd. Tijdens in de parlementaire behandeling van de objectvrijstelling is wordt dit punt nogmaals benadrukt: “Daarnaast blijven valutaresultaten die niet in het resultaat van een buitenlandse onderneming tot uitdrukking kunnen komen, door deze vormgeving tot de Nederlandse heffingsgrondslag behoren.”²²¹

Ook op dit punt wordt geen gelijkwaardiger behandeling bereikt tussen vaste inrichtingen en dochtervennootschappen. Bij een deelneming blijven valutakoersresultaten buiten de fiscale winst van de aandeelhouder. Echter, bij vaste inrichtingen wordt er bij het hoofdhuis wel rekening gehouden met valutakoersresultaten. Ingeval het beroep op grond van het arrest Deutsche Shell

²¹⁹ Zie HR 9 juni 1982, nr. 21142, BNB 1982/230.

²²⁰ HR 4 mei 1960, BNB 1960/161 t/m 167. Zie ook HR 31 maart 1954, nr. 11 518, BNB 1954/180. De jurisprudentie is min of meer herhaald in HR 5 december 2003, nr. 37 743, BNB 2004/139.

²²¹ MvT, Belastingplan 2012, Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 93.

arrest slaagt en daarmee valutakoersverliezen op deelnemingen ~~wel~~ in aftrek worden toegelaten, ~~worden zullen~~ vaste inrichtingen en dochtervennootschappen ~~wel~~ gelijk ~~worden~~ behandeld.²²²

5.1.5 *Interne dienstverlening*

5.1.5.1 *Dochtervennootschappen*

Ten aanzien van interne dienstverlening speelt een soortgelijke problematiek als bij de overgang van vermogensbestanddelen. Wat betreft de verhouding tussen moeder- en dochtervennootschappen geldt dat een zakelijke vergoeding dient te worden berekend die zal leiden tot winstneming (of kostenpost) of bij de moeder- of bij de dochtervennootschap. Op basis van artikel 8b Wet VpB 1969 ~~moet zal~~ er ook rekening worden gehouden ~~moeten worden~~ met een zakelijke winstopslag met betrekking tot de kosten van de interne dienstverlening.

5.1.5.2 *Vaste inrichtingen*

De fiscale behandeling van interne dienstverlening tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting verschilt van de fiscale behandeling bij moeder-dochterverhoudingen. Indien de kosten van interne dienstverlening worden doorberekend aan het hoofdhuis of de vaste inrichting zonder een winstopslag, ~~dan~~ gaat het enkel om een deel van de winst dat gealloceerd dient te worden aan het juiste onderdeel van de onderneming. Ingeval de kosten van interne dienstverlening met een winstopslag worden doorberekend aan het hoofdhuis of de vaste inrichting ~~met een winstopslag~~, ~~wijkt dan zal~~ de bijdragewinst ~~gaan af wijken~~ van de situswinst. Wanneer het hoofdhuis de kosten van interne dienstverlening met winstopslag doorberekent aan de vaste inrichting, ~~wordt dan zal~~ de bijdragewinst verminderd ~~worden~~ met een bedrag gelijk aan de kosten van de interne dienstverlening zonder de winstopslag. Voor de situswinst geldt dat deze wordt verminderd met de kosten van de interne dienstverlening inclusief de winstopslag. Doordat de situswinst nu lager uitvalt, wordt de winstopslag effectief tot de binnenlandse winst gerekend. Bij interne dienstverlening van de vaste inrichting aan het hoofdhuis, wordt dezelfde systematiek gehandhaafd, zij het in tegenovergestelde vorm.

Een voorbeeld kan het verschil dat ontstaat tussen de bijdragewinst en de situswinst verduidelijken. Stel dat het Nederlandse hoofdhuis een interne dienst verleent aan haar

²²² Zie §4.3.

buitenlandse vaste inrichting. De kosten hiervoor zijn € 400 en er geldt een winstopslag van 20%. De ~~buitenlandse~~-vaste inrichting behaalt een resultaat van € 1.000 voor de aftrek van de kosten. De bijdragewinst uit de vaste inrichting is € 600. Er wordt namelijk geen rekening gehouden met de winstopslag. De situswinst bedraagt € 560 doordat er rekening wordt gehouden met een winstopslag van € 40. Door dit verschil ~~wordt~~ het bedrag van € 500 effectief tot de Nederlandse winst ~~worden~~-gerekend.²²³

Ten aanzien van de juiste allocatie van kosten van interne dienstverlening is het onderscheid tussen de bijdragewinst en de aftrekwinst relevant. Onder het regime van de objectvrijstelling wordt een vrijstelling verleend voor de situswinst. Dit houdt in dat de hierboven beschreven methodiek gecontinueerd zal worden. Ook op dit punt wordt door de invoering van de objectvrijstelling ~~niet een meer~~ gelijkwaardigere behandeling bereikt tussen de vaste inrichting en de objectvrijstelling.

5.1.6 *Evaluatie*

Uit bovenstaande inventarisatie blijkt dat wat betreft ~~een meerde~~ gelijkwaardigere behandeling ~~van~~tussen vaste inrichtingen en dochtervennootschappen vooral het verschil tussen de bijdragewinst en de aftrekwinst van belang is. Als er, net zoals bij deelnemingen, zou worden aangesloten bij de bijdragewinst als object voor de objectvrijstelling, dan zou op veel punten een meer gelijkwaardige behandeling zijn bereikt tussen vaste inrichtingen en dochtervennootschappen. De vaste inrichting zou in dat geval op veel punten als een volledige zelfstandige onderneming worden behandeld ten opzichte van het ~~lichaam~~-(hoofdhuis). In dit scenario zou het object van vrijstelling onder de deelnemingsvrijstelling en de objectvrijstelling voor vaste inrichtingen gelijk zijn aan elkaar, namelijk de bijdragewinst. Verder zou de onderlinge overgang van vermogensbestanddelen leiden tot directe winstneming tussen hoofdhuis en vaste inrichtingen en zou de behandeling van valutakoersresultaten fundamenteel veranderen. Door de wetgever is echter gekozen om de objectvrijstelling te stelen op de aftrekwinst als object. Hierdoor levert de invoering van de objectvrijstelling voor vaste inrichtingen geen grote wijzigingen op, behalve de invoering van de stakingsverliesregeling voor vaste inrichtingen. Vanuit de doelstelling van de wetwijziging ten aanzien van vaste inrichtingen leek het vanzelfsprekend dat de objectvrijstelling voor de bijdragewinst zou gelden.

²²³ H. Lohuis, *Verschillen en overeenkomsten winstbepaling vaste inrichting en dochtermaatschappij*, TFO 2011/138, §3.3.

§5.2 SAMENVATTING

In het tweede hoofdstuk zijn de relevante punten die betrekking hebben op de fiscale behandeling van de resultaten van een vaste inrichting tot 2012 besproken. Allereerst is in paragraaf 2.2 gestart met een begripsomschrijving van een vaste inrichting en de hiermee nauw samenhangende begrippen vaste vertegenwoordiger en vast middelpunt. Het vaste-inrichtingbegrip geeft men een houvast wat betreft de verdeling van de heffingsbevoegdheid bij grensoverschrijdende ondernemingen. De nationale wet omvat geen definitie van een vaste inrichting. Daarom is een blik geworpen op de definities die het BvdB 2001 en het OESO-Modelverdrag. Echter, is het onduidelijk welke definitie doorslaggevend is ten aanzien van de nationale wet. Bovendien is jurisprudentie besproken die invulling geven aan het vaste-inrichtingbegrip die relevant is ten aanzien van het nationaalrechtelijk perspectief. Deze jurisprudentie geeft aan hoe er met het vaste-inrichtingbegrip moet worden omgegaan ten aanzien van de nationale wetgeving. Vervolgens is in paragraaf 2.3 ingegaan op de winsttoerekening aan vaste inrichtingen. Hierbij zijn zowel de ondernemingsplitsing als de causale winstplitsing belicht, ~~en is -en kort-~~ de OESO-visie ten aanzien van de winsttoerekening aan vaste inrichtingen ~~uiteengezet, benoemd~~. Volgens de directe methode wordt de vaste inrichting behandeld als een zelfstandige en autonome entiteit die op zakelijke wijze handelt met andere ondernemingsonderdelen. De indirecte methode splitst de ondernemingswinst aan de hand van een bepaalde verdeelsleutel over de verschillende onderdelen van de onderneming waaronder de vaste inrichting. De nieuwe OESO-visie verwerpt de indirecte methode uitdrukkelijk en schrijft de directe methode voor. Voorts is in paragraaf 2.4 nader ingezoomd op de voorkomingsmethodieken die in het kader van de vaste inrichting van belang zijn. Daarnaast is kort stilgestaan bij de aspecten rondom de passieve vaste inrichting. Verder zijn in deze paragraaf de inhaal- en doorschuifregeling aan bod gekomen en enkele internationaalrechtelijke aspecten die hiermee zijn verbonden. De inhaalregeling zorgt ervoor dat de winst van de buitenlandse onderneming in een volgend jaar alleen wordt vrijgesteld voorzover het verlies dat geleden is in het voorafgaande jaar (en afgetrokken is van de wereldwinst van het lichaam) wordt overtroffen. De doorschuifregeling biedt belastingplichtigen de mogelijkheid vaste-inrichtingswinsten door te schuiven naar een volgend jaar indien het lichaam niet voldoende winstgevend is om een voorkoming te verlenen.

Waar in het ~~tweede~~ vorige hoofdstuk is stilgestaan bij vaste-inrichtingen, ~~zijn~~ in het derde hoofdstuk moeder-dochterverhoudingen in beschouwing genomen. In dit hoofdstuk staat de behandeling van resultaten van de dochtervennootschap bij de moedervennootschap centraal. In paragraaf 3.2 is aandacht besteed aan een begripsomschrijving van moeder-dochterverhoudingen. Allereerst is een dergelijke verhouding gedefinieerd. Gekozen is om aansluiting te zoeken bij het deelnemingsvrijstellingsregime op grond het verlengstukbeginsel. Een deelneming wordt namelijk geacht een verlengstuk te zijn. Dit aspect is tevens te herleiden naar de kenmerken van een vaste inrichting. Voorts is in paragraaf 3.3 de winsttoerekening belicht. De hoofdregel binnen de vennootschapsbelasting is dat elk lichaam zelfstandig aan belastingheffing onderworpen is. De winstbepaling van een lichaam loopt namelijk gescheiden van haar aandeelhouders. Op deze hoofdregel is binnen de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 een aantal inbreuken gemaakt waarbij rekening wordt gehouden met gelieerdheid zoals het fiscale eenheidsregime. Daarnaast wordt in dit kader de transfer pricing problematiek genoemd. Vervolgens is in paragraaf 3.4 stilgestaan bij de grondslagen van de deelnemingsvrijstelling. Hiertoe zijn de grondslagen in binnenlandse en buitenlandse verhoudingen onderscheiden. Met betrekking tot binnenlandse verhoudingen wordt in de literatuur het ne-bis-in-idem-beginsel en de verlengstukgedachte genoemd. In buitenlandse verhoudingen kan de deelnemingsvrijstelling omschreven worden als een regeling die eenzijdig dubbele belastingheffing voorkomt volgens de vrijstellingsmethode. In paragraaf 3.5 is de werking van de deelnemingsvrijstelling behandeld. Deze houdt in dat voordelen uit hoofde van een deelneming in een kwalificerende dochtervennootschap worden vrijgesteld bij de fiscale winstbepaling van de moedervennootschap. De voorwaarden voor de deelnemingsvrijstelling zijn dat de moedervennootschap belastingplichtig moet zijn voor de vennootschapsbelasting. Daarnaast dient de rechtsvorm van de dochtervennootschap te voldoen aan voorwaarden. Voorts geldt een minimum aandelenbezit, het niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingenregime en een non-voorraadeis. Verder zijn de antimisbruikbepalingen in de artikelen 13c en 13d Wet VpB 1969 uiteengezet. Artikel 13c Wet VpB 1969 had als doel te voorkomen dat de inhaalregeling werd gefrustreerd door een vaste inrichting om te zetten in een deelneming. Dit artikel bewerkstelligde dat indien een vaste inrichting die voorheen verliezen heeft gerealiseerd ~~en vervolgens~~, ~~wordt~~ omgezet in een dochtervennootschap, voordelen ontleend aan de dochtervennootschap bij de moeder pas onder de deelnemingsvrijstelling vallen indien de voorheen afgetrokken verliezen van de vaste inrichting zijn ingelopen. Artikel 13d Wet

Comment [KP(-R2): Dit is meervoud maar je vermeldt slechts een voorwaarde in deze zin.

VpB 1969 maakt verliesneming mogelijk bij de moedervernootschap in het geval dat bij liquidatie van de dochtervernootschap onverrekenende verliezen van de dochtervernootschap definitief verloren gaan.

In het tweede en derde hoofdstuk zijn de vaste inrichting en dochtervernootschap aan bod gekomen. In het vierde hoofdstuk zijn de vaste inrichting en de dochtervernootschap met elkaar vergeleken. In de eerste plaats is in paragraaf 4.2 ~~een vergelijking gemaakt de relatie~~ tussen de deelnemingsvrijstelling en het vaste-inrichtingsregime ~~beschreven~~. Hierbij is geconstateerd dat een verschil tussen moeder-dochterverhoudingen en hoofdhuis-vaste-inrichtingen is dat ten aanzien van de buitenlandse dochtervernootschappen een vrijstelling wordt verleend ter voorkoming van economisch dubbele belasting (deelnemingsvrijstelling) en met betrekking tot vaste inrichtingen een vrijstelling wordt verleend ter voorkoming van juridisch dubbele belasting. Daarna is de samenhang tussen de vaste inrichting en de buitenlandse dochtervernootschap besproken vanaf de invoering van de Wet IB 1914 tot ~~het~~ heden. Hieruit is gebleken dat sinds een geruime tijd de wetgever heeft gestreefd naar een gelijkwaardige fiscale behandeling van buitenlandse dochtervernootschappen en vaste inrichtingen. Daarna zijn in paragraaf 4.3 buitenlandse dochtervernootschappen en vaste inrichtingen naast elkaar gezet en vergeleken. Op basis van deze analyse kan worden vastgesteld dat op een aantal punten de fiscale behandeling van een dochtervernootschap ten opzichte van een vaste inrichting verschilt. In paragraaf 4.4 is de per 1 januari 2012 geïntroduceerde objectvrijstelling uiteengezet. De wetgever wilde namelijk de mogelijkheid voor internationaal opererende ondernemingen om verliezen van buitenlandse vaste inrichtingen te verrekenen met Nederlandse winsten aan banden leggen. Dit ~~is~~ heeft uitgemond in de objectvrijstelling voor vaste inrichtingen ex artikel 15e Wet VpB 1969. De objectvrijstelling is een ~~nieuwe~~ methode om dubbele belastingheffing te voorkomen van buitenlandse vaste-inrichtingswinsten in de vennootschapsbelasting. Door de objectvrijstelling raakt het buitenlandse resultaat - winst of verlies - de Nederlandse belastinggrondslag niet. Uitzondering op deze hoofdregel is de stakingsverliesregeling voor vaste inrichtingen. In dat geval is het definitieve verlies aftrekbaar in Nederland.

§5.3 CONCLUSIE

In deze laatste paragraaf wordt een afsluitende conclusie gegeven over deze scriptie. Hiertoe wordt de probleemstelling zoals deze is geformuleerd in het eerste hoofdstuk herhaald: *Heeft de objectvrijstelling voor vaste inrichtingsresultaten als gevolg dat de fiscale behandeling van een vaste inrichting en een buitenlandse dochtervennootschap minder ongelijk wordt?*

In mijn ogen heeft de invoering van de objectvrijstelling voor vaste-inrichtingsresultaten er niet toe geleid dat de fiscale behandeling van een vaste inrichting en een buitenlandse dochtervennootschap minder ongelijk is geworden. De introductie van de objectvrijstelling heeft in feite geen grote wijzingen opgeleverd. Doordat voor de objectvrijstelling de aftrekwinst als object geldt, kan de af-geldende systematiek op dat punt blijven gehandhaafd worden. Vanuit de doelstelling van de wetgever bezien lag het meer voor de hand dat de objectvrijstelling gestoeld zou worden op de bijdragewinst. Dit zou namelijk resulteren in een meer gelijke behandeling tussen vaste inrichtingen en dochtervennootschappen. Naar mijn mening doet de objectvrijstelling geen recht aan een meer gelijkwaardige behandeling tussen vaste inrichtingen en dochtervennootschappen. Mijn aanbeveling zou zijn de objectvrijstelling te stoelen op de bijdragewinst, zodat er een betere aansluiting komt met de werking van de deelnemingsvrijstelling. Op deze wijze zal de voorkoming van juridische en economische belasting meer gelijk lopen. Van een eventuele herinvoering van artikel 13c Wet VpB 1969 ben ik geen voorstander. Er zitten namelijk veel haken en ogen aan de werking van artikel 13c Wet VpB 1969 waardoor sommige belastingplichtige de sanctie van artikel 13c Wet VpB 1969 kunnen ontlopen. Wellicht dat de herinvoering van artikel 13c Wet VpB 1969 in een aangepaste vorm wel misbruikbestendig zou zijn. Echter, zal door de terugkomst van artikel 13c Wet VpB 1969 geen gelijkwaardigere behandeling tussen vaste inrichtingen en buitenlandse dochtervennootschappen teweegbrengen. Beredeneerd vanuit de doelstelling om vaste inrichtingen en buitenlandse dochtervennootschappen gelijkwaardig(er) te behandelen is mijn aanbeveling de objectvrijstelling te behouden, maar deze aan te passen. Als object voor de objectvrijstelling zou dat de bijdragewinst moeten zijn, en niet de aftrekwinst.

Overigens zijn er naast de verschillen die ik genoemd heb in mijn scriptie nog andere verschillen te bedenken die een rol spelen in de afweging voor een gelijkwaardige behandeling tussen

moeder-verhoudingen en hoofdhuis-vaste-inrichtingverhoudingen. Hierbij kan **bijvoorbeeld** gedacht worden aan de dividenduitkeringen of aan fiscale eenheden. Daarnaast moet ook rekening gehouden worden met de fiscale behandeling van vaste inrichtingen op andere fiscale **terreinen in de**. Ondanks dat een eventuele overstap naar aansluiting op de bijdragewinst de behandeling tussen vaste inrichtingen en buitenlandse dochtervennootschappen gelijk zal trekken, zullen op eerdergenoemde vlakken nog verschillen bestaan. Deze punten staan nog open en behoeven vervolgonderzoek naar het antwoord op de vraag in hoeverre de behandeling tussen vaste inrichtingen en buitenlandse dochtervennootschappen op deze vlakken gelijk kan worden geschakeld.

Comment [KP(-R3): Zin is niet af.

Bronvermelding

Literatuurlijst

- Albert, P.G.H., *Deelnemingsvrijstelling*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010.
- Albert, P.G.H., *Vaste inrichting*, FED Fiscale Brochures, Deventer: Uitgeverij FED bv 1994.
- Arts, J.H.M., *De tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen en de reikwijdte van Deutsche Shell*, Forfaitair 2012/224.
- Arts, J.H.M., *De tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen en de reikwijdte van Deutsche Shell*, Forfaitair 2012/224.
- Bender, T., Vogel, M.M., *Onevenwichtigheden bij de overbrenging van buitenlandse winst en verlies naar andere jaren*, WFR 2002/6495, p. 1248-1256.
- Bender, T., *“Objectvrijstelling voor buitenlandse winst - waarom eigenlijk?”* NTFR 2011/2482.
- Bouwman, J. N., *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Amersfoort: SDU 2011.
- Burgers, I.J.J., e.a., *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, Amersfoort: SDU 2011.
- Geld, J.A.G. van der, *De deelnemingsvrijstelling*, Fiscale Monografieën 20, Deventer: Kluwer 2011.
- Geld, J.A.G. van der, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, FED Fiscale Studieresie, Deventer: Kluwer 2010.
- Graaf, A.C.G.A.C. de, Kavelaars, P., Stevens, A.J.A., *Internationaal Belastingrecht*, FED Fiscale Studieresie, Deventer: Kluwer 2012.
- Hein, R., Rassers, T.A., *Grondslagen internationaal belastingrecht*, Den Haag: Uitgeverij BelastingDruk 2004.
- Heithuis, E.J.W., Kavelaars, P., Schuver, B.F., *Inkomstenbelasting alsmede hoofdzaken loonbelasting*, FED Fiscale Studieresie, Deventer: Kluwer 2011.
- Lohuis, H., *Verschillen en overeenkomsten winstbepaling vaste inrichting en dochtermaatschappij*, TFO 2011/138.
- Marres, O.C.R., Wattel, P.J., *Dividendbelasting*, FED Fiscale Studieresie, Deventer: Kluwer 2011.
- Martens, W.C.M., *De deelnemingsvrijstelling in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969*, FED Fiscale Brochures, Deventer: Kluwer 2011.

Nieuwenhuis, J.H., Stolker, C.J.J.M., Valk, W.L., *Burgerlijk Wetboek (Tekst & Commentaar)*, Deventer: Kluwer 2003.

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

Pötgens, F.P.G., Toerekening van winst aan een vaste inrichting, NTFR-B 2008/52.

Raad, C. van, *Cursus Belastingrecht (Internationaal Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2012.

Ruijschop, Commentaar, *Beantwoording vragen over de fiscale agenda*, NTFR 2011/1255

Strik, S.A.W.J., Vries, N.H. de, *Cursus Belastingrecht (Venootschapsbelasting)*, Deventer: Kluwer 2010.

Jurisprudentie

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

HvJ 6 december 2007, C-298/05, V-N 2007/59.8 (Columbus Container Services).

HvJ 28 februari 2008, C-293/06, V-N 2008/13.8 (Deutsche Shell arrest).

HvJ 15 mei 2008, C-414/06, V-N 2008/25.16 (Lidl Belgium).

HvJ 21 september 1999, C-307-97, BNB 2000/75c* (Saint Gobain).

HvJ 25 februari 2010, C-337/08, V-N 2010/12.19 (X-Holding).

HR 31 maart 1954, nr. 11 518, BNB 1954/180.

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

HR 15 juni 1955, nr. 12 369, BNB 1955/277.

HR 4 mei 1960, nr. 14 104, BNB 1960/161.

HR 4 mei 1960, nr. 14 105, BNB 1960/162.

HR 4 mei 1960, nr. 14 218, BNB 1960/163.

HR 4 mei 1960, nr. 13 892, BNB 1960/164.

HR 4 mei 1960, nr. 14 203, BNB 1960/165.

HR 4 mei 1960, nr. 14 207, BNB 1960/166.

HR 4 mei 1960, nr. 14 172, BNB 1960/167.

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

HR 9 december 1998, nr. 32 709, BNB 1999/267.

HR 7 mei 1997, nr. 30 294, BNB 1997/263.

HR 7 mei 1997, nr. 31 795, BNB 1997/263.

HR 24 mei 2002, nr. 37 021, BNB 2002/262c*.

HR 5 december 2003, nr. 37 743, BNB 2004/139.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1959-60, 6000, nr. 3.

Kamerstukken II 1986/87, 19 968, nr. 3.

Kamerstukken II 1987/88, 19 968, nr. 7.

Kamerstukken II 1996/97, 24 696, nr. 8.

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

Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 8.

Kamerstukken II 2009/10, 32 140, nr. 4.

Kamerstukken II 2009/10, 31 369, nr. 6.

Kamerstukken II 2009/10, 31 369, nr. 9.

Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3.

Overig

OESO, *Transfer pricing and multinational Enterprises*, 1979

OESO, *Transfer pricing and multinational enterprises: Three taxation issues*, 1984.

OESO, *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, 17 juli 2008.

Staatsblad, 2008, 574.

Staatscourant, 2011, 1374

Besluit van 21 januari 2004, nr. IFZ 2003/558M, BNB 2004/134.

Besluit van 26 februari 2008, CPP2008/257M, NTFR 2008/541, V-N 2009/13.9

V-N 2011/19.16

V-N 2011/22.4