

Over de 'objectvrijstelling' en de klok van de interne markt

mr. M.F. de Wilde¹ en mevr. mr. C. Wisman²

1 Inleiding

Per 1 januari 2012 geldt voor binnenlands vennootschapsbelastingplichtigen de 'objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten'.³ Deze methode ter voorkoming van internationaal juridische dubbele belasting vervangt de belastingvrijstellingsmethode voor actieve winst uit buitenlandse onderneming in de vennootschapsbelasting sfeer. Dit om te komen tot een meer gelijke fiscale behandeling van binnenlands vennootschapsbelastingplichtigen, die op directe wijze ('vaste inrichting') of op indirecte wijze ('deelneming') in het buitenland ondernemingsactiviteiten verrichten.⁴ Eén van de geïntroduceerde effecten is dat het fiscaal in aanmerking nemen van lopende reële verliezen uit een buitenlandse onderneming, gedreven met behulp van een in het buitenland gelegen vaste inrichting, niet langer is toegestaan. Impliciet rechtvaardigt de wetgever zijn systeemwijziging met de constatering dat de voorheen onder de belastingvrijstelling mogelijke tijdelijke fiscale verliesimport een 'timingvoordeel' betreft. Deze woordkeuze verraadt een normatieve overweging. We schrappen een 'voordeel' en komen zo tot een heffingssystematiek, op dit punt, zonder anomalieën. De wetgever suggereert een verbetering. Maar is daar wel sprake van? Heeft de wetgever niet eigenlijk gewoon een nadeel gecreëerd? En daarmee de klok van de interne markt teruggedraaid?

2 Systematiek 'objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten'

De 'objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten' geldt voor binnenlands vennootschapsbelastingplichtigen met winst uit een andere staat.⁵ De nieuwe voorkomingsystematiek verloopt als volgt. Overeenkomstig de bepalingen van hoofdstukken I en II van de Wet Vpb vormt de wereldwijd behaalde winst de winst van de belastingplichtige ('wereldwinst'). Vervolgens wordt het object van heffing tot de 'Nederlandse heffingsgrondslag' gecorrigeerd. De Nederlandse heffingsgrondslag van een binnenlands belastingplichtig lichaam of fiscale eenheid bestaat uit de wereldwinst, verminderd met de – naar Nederlandse fiscale maatstaven bepaalde en per staat gesaldeerde – positieve en negatieve bedragen van winst uit een andere staat.⁶ Een vermindering met een positief bedrag aan winst uit een andere staat leidt tot een lagere heffingsgrondslag dan de geconstateerde wereldwinst, een vermindering met een negatief bedrag leidt tot een hogere heffingsgrondslag dan de geconstateerde wereldwinst.

¹ Erasmus Universiteit Rotterdam, Loyens & Loeff NV te Rotterdam.

² Radboud Universiteit Nijmegen, Wetenschappelijk Bureau PwC te Rotterdam.

³ Afdeling 2.10a getiteld 'Objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten'. Deze is toegevoegd aan hoofdstuk II van de Wet Vpb 1969. Afdeling 2.10a bestaat uit de nieuwe artt. 15e-j. Daarnaast is het nieuwe art. 23d aan de wet toegevoegd. Flankerend is overgangsrecht geïntroduceerd, artt. 33b-d. Verder is het Bvdb 2001 op onderdelen aangepast. Voor besprekingen van het wetsvoorstel (Wetsvoorstel Wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Belastingplan 2012), Kamerstukken II, 2011-2012, 33003, nr. 2.), zie H. Pijl, *Enkele kanttekeningen bij de objectvrijstelling in het Belastingplan 2012*, NTFR 2011/2223, T. Bender, *Objectvrijstelling voor buitenlandse winst – waarom eigenlijk?*, NTFR 2011/2482, H. Pijl, *De feestdagen en de objectvrijstelling*, NTFR 2011/2710, H. Pijl, *Non-discriminatie: objectvrijstelling voor buitenlands belastingplichtigen*, WFR2012/60 (Pijl 2012), A.J.A. Stevens, *De invoering van een objectvrijstelling voor vaste inrichtingswinsten*, in: Maatschappelijk ingesteld, Opstellen aangeboden aan dr. D.A. Albregtse ter gelegenheid van zijn afscheid van het FEI van de Erasmus Universiteit Rotterdam, eigen uitgave FEI/EUR, Rotterdam 2011, p. 129 e.v., en A.J.A. Stevens, *De objectvrijstelling*, binnenkort te publiceren in NTFR Beschouwingen. Zie voorts M.G.H. van der Kroon, *Verslag van het EFS-seminar 'Vaste inrichting versus deelneming'*, WFR 2011/1592 en T.P.J. van der Pol en M. Evers, *Verslag YIN-seminar Belastingplan 2011*, WFR 2012/28.

⁴ Kamerstukken II, 2011–2012, 33003, nr. 3 (MvT), p. 13, en Kamerstukken II, vergaderjaar 2009–2010, 31 369, nr. 10, p. 27. De objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten vindt haar oorsprong in de zoektocht van de wetgever te komen tot een meer evenwichtige benadering waarbij de fiscale lastendruk tussen nationaal en internationaal opererende ondernemingen op meer gelijke wijze wordt verdeeld. Dit naar aanleiding van de motie inzake de winstbelasting van multinationals, Kamerstukken II, vergaderjaar 2009-2010, nr. 31 369, nr. 1.

⁵ Art. 15e lid 1 Wet Vpb 1969.

⁶ Art. 15e, lid 1, Wet Vpb 1969. De invulling van het begrip 'winst uit een andere staat' verschilt per belastingplichtige, maar bestaat in verdragsituaties grofweg uit de winst uit buitenlandse onderneming, voordelen uit buitenlandse onroerende zaken en overige voordelen uit de andere staat, voor zover Nederland op basis van het van toepassing zijnde verdrag in een vrijstelling ter voorkoming van dubbele belasting dient te verlenen. Zie art. 15e, lid 2, onderdeel a (invulling 'winst uit andere staat' voor verdragsituaties) en art. 15e, lid 2, onderdeel b (invulling 'winst uit andere staat' voor niet-verdragsituaties) Wet Vpb 1969.

Anders dan de term 'objectvrijstelling' suggereert, is van een echte objectvrijstelling welbeschouwd geen sprake. Onder een daadwerkelijk objectvrijstellingsmechanisme blijft een winstbestanddeel bij de vaststelling van de heffingsgrondslag buiten aanmerking. Objectvrijgestelde winst 'behoort niet tot de winst'.⁷ Dit is onder de 'objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten' niet aan de orde. Daar wordt de behaalde ondernemingswinst voor de vaststelling van de heffingsgrondslag tot het Nederlandse gedeelte daarvan gecorrigeerd. Zo beschouwd kwalificeert de 'objectvrijstelling' eerder als een fictieve grondslagcorrectie dan als een daadwerkelijke objectieve vrijstelling. Het gebruik van de term 'objectvrijstelling' is wat ons betreft dan ook minder zuiver.

Dit neemt niet weg dat de 'objectvrijstelling' trekken vertoont van een echte objectvrijstelling. Zo richt deze zich net als een eigenlijke objectvrijstelling in meerdere mate op 'fiscale territorialiteit', het louter betrekken van binnenlandse inkomsten in de belastingheffing.⁸ Zoals ook bij buitenlands belastingplichtigen het geval is. Onder de nieuwe voorkomingsmethodiek bestaat minder aandacht voor de draagkracht van de belastingplichtige doordat belastingheffing plaatsvindt over een andere grondslag dan de reëel behaalde wereldwijde ondernemingswinst.⁹ De 'objectvrijstelling' heeft een einde gemaakt aan de (tijdelijke) verliesimport, verrekening van reële lopende buitenlandse verliezen met binnenlandse winsten. Het effect hier is hetzelfde als bij een eigenlijke objectvrijstelling aan de orde zou zijn. Die laat ook geen grensoverschrijdende verliesverrekening toe. Vermoedelijk verklaart de overeenstemmende uitwerking op dit punt de corresponderende naamgeving.

Het systematische verschil tussen de 'objectvrijstelling' en een eigenlijke objectvrijstelling brengt ook verschillen in fiscale effecten. Onder de 'objectvrijstelling' blijven¹⁰ we fiscaal verschil constateren tussen de 'bijdragewinst' van de buitenlandse vaste inrichting aan de 'generale winst' van de binnenlands belastingplichtige ('bijdragewinst') en de 'vaste inrichtingswinst' waarvoor voorkoming wordt verleend ('vaste inrichtingswinst', ook wel 'voorkomingswinst' of 'aftrekwinst' genoemd). Introductie van een eigenlijke objectvrijstelling, een strikt territoriaal systeem, zou ook hieraan een einde hebben gemaakt. De gehandhaafde fiscale onderkenning van bijdragewinst en vaste inrichtingswinst uit zich bijvoorbeeld in de fiscale behandeling van valutaresultaten en transfers van vermogensbestanddelen met stille reserves van hoofdhuis naar vaste inrichting.¹¹ Onder de nieuw geïntroduceerde voorkomingsmethodiek verhoogt een valutaverlies dat tot uitdrukking komt in de vaste inrichtingswinst (buitenlandse situs) – en niet in de generale winst – de Nederlandse heffingsgrondslag.¹² Een valutawinst dat tot uitdrukking komt in de vaste inrichtingswinst (buitenlandse situs) – en niet in de generale winst – verlaagt de Nederlandse heffingsgrondslag. Valutaresultaten die tot uitdrukking komen in de generale winst (Nederlandse situs) – en niet in de vaste inrichtingswinst – worden niet in de voorkoming betrokken.¹³ Onder een objectvrijstelling in eigenlijke zin komen dergelijke valutaresultaten waarschijnlijk niet in de heffingsgrondslag tot uitdrukking.¹⁴ Overheveling van een vermogensbestanddeel met een stille reserve van het Nederlandse hoofdhuis naar de buitenlandse vaste inrichting leidt thans tot winstneming in tranches gedurende de resterende afschrijvingsperiode.¹⁵ Onder een objectvrijstelling in eigenlijke zin zou een dergelijke vermogenstransfer tot directe winstneming leiden ('exitheffing').¹⁶ Van een strikt territoriaal systeem is onder de 'objectvrijstelling' derhalve geen sprake. Dit omdat van een objectvrijstelling in eigenlijke zin geen sprake is.

⁷ Vgl. bijvoorbeeld de formulering van de kwijtscheldingswinstvrijstelling opgenomen in art. 3.13, lid 1 aanhef en onderdeel a, Wet IB 2001.

⁸ Vgl. Tweede Kamer, vergaderjaar 2009–2010, nr. 31369, nr. 9 ('Sinterklaasbrief').

⁹ Cf. Bender, t.a.p.

¹⁰ Net zoals onder de methode van de belastingvrijstelling.

¹¹ Zie artikelsgewijs NDFR-commentaar op de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten, art. 15e e.v. Wet Vpb 1969 voor de effecten in cijfers.

¹² Vgl. HR 4 mei 1960, BNB 1960/163 en HR 29 april 1959, BNB 1960/164 (*Roepiah-arresten*) bevestigd door HR 10 maart 1993, BNB 1993/209, alsmede HR 5 december 2003, BNB 2004/139 (*Cruzeiro-arrest*). Zie voorts HR 31 maart 1954, BNB1954/180.

¹³ Net zoals onder de methode van de belastingvrijstelling.

¹⁴ Zie Maarten F. de Wilde, *Currency Exchange Results - What If Member States Subjected Taxpayers to Unlimited Income Taxation Whilst Granting Double Tax Relief under a Netherlands-Style Tax Exemption?*, Bulletin for International Taxation, 2011 (Volume 65), No. 9.

¹⁵ Vgl. HR 12 februari 1964, BNB 1964/95 (*Hopperzuiger*).

¹⁶ Zie Maarten F. de Wilde, *Intra-Firm Transactions – What if Member States Subjected Taxpayers to Unlimited Income Taxation whilst Granting Double Tax Relief under a Netherlands-Style Tax Exemption?*, Bulletin for International Taxation, 2011 (Volume 65), No. 12.

3 'Meer gelijke behandeling buitenlandse ondernemingsactiviteiten binnenlandse belastingplichtigen ongeacht rechtsvormkeuze'

Met de 'objectvrijstelling' wenst de wetgever te komen tot een meer gelijke fiscale behandeling van binnenlands vennootschapsbelastingplichtigen met buitenlandse ondernemingsactiviteiten.¹⁷ Dit ongeacht de wijze waarop deze buitenlandse ondernemingsactiviteiten juridisch zijn ingekleed. Gelijke fiscale effecten, ongeacht of binnenlands belastingplichtige zijn buitenlandse ondernemingsactiviteiten op directe wijze ('vaste inrichting'¹⁸) of op indirecte wijze (dochtervennootschap, fiscaal 'deelneming'¹⁹) uitoefent. De wetgever zoekt in de vennootschapsbelasting sfeer, aldus, rechtsvormneutraliteit bij de export van de productiefactor ondernemerschap. Het nastreven van rechtsvormneutraliteit lijkt ons op zich terecht. De rechtsvormkeuze bepaalt niet hoeveel economische voordelen zijn behaald. De rechtsvorm zou de omvang van de ondernemingswinst voor toepassing van een winstbelasting dan ook niet, of althans zo min mogelijk, mogen beïnvloeden.²⁰

Tot 1 januari 2012 was op dit punt van rechtsvormneutraliteit in mindere mate sprake dan thans het geval is. Verrichtte belastingplichtige zijn buitenlandse ondernemingsactiviteiten op directe wijze, verleende Nederland tot 1 januari 2012 een vermindering ter voorkoming van juridische dubbele belasting volgens de methode van de belastingvrijstelling.²¹ Onder die voorkomingsmethode wordt eerst de Nederlandse belasting vastgesteld over het wereldwijd behaalde inkomen, de reëel behaalde ondernemingswinst. Vervolgens wordt de Nederlandse belasting die aan de buitenlandse inkomensbestanddelen toerekenbaar is, verrekend met de Nederlandse belasting over het wereldinkomen. Eén van de fiscale effecten van deze heffingsystematiek is dat lopende buitenlandse ondernemingsverliezen direct – dat wil zeggen in hetzelfde jaar als dat waarin deze reëel geleden zijn – in Nederland in aanmerking komen bij het vaststellen van de heffingsgrondslag. Verliesimport derhalve. Deze is slechts tijdelijk. Behaalt belastingplichtige op enig later moment aldaar positieve ondernemingswinsten, verleent Nederland geen vermindering ter voorkoming van juridische dubbele belasting zolang de verliezen uit het verleden nog niet zijn ingehaald ('inhaalregeling').²² Daarnaast beïnvloeden valutaresultaten afhankelijk van hun geografische locatie de generale winst of vaste inrichtingswinst. Stille reserves komen bij vermogenstransfers in tranches fiscaal tot uitdrukking.

Verricht(te) een binnenlands vennootschapsbelastingplichtige buitenlandse ondernemingsactiviteiten op indirecte wijze, verleent Nederland een vermindering ter voorkoming van economische dubbele belasting. Dit volgens de methode van de deelnemingsvrijstelling, een objectieve vrijstelling. Voordelen uit hoofde van aandelenbelangen in kapitaalvennootschappen die als deelneming kwalificeren, blijven bij het bepalen van de winst buiten aanmerking.²³ Daarnaast geldt in de vennootschapsbelasting het uitgangspunt dat ieder lichaam als zelfstandig heffingssubject kwalificeert ('klassieke stelsel'). Ook als zij deel uitmaken van een concern. De Wet Vpb handhaaft dit uitgangspunt onverkort bij indirecte buitenlandse ondernemingsactiviteiten.²⁴ Voordelen uit buitenlandse ondernemingsactiviteiten van buitenlandse dochtervennootschappen blijven daarmee buiten de Nederlandse heffings sfeer. Materieel beschouwd zijn deze onderliggende buitenlandse

¹⁷ Kamerstukken II, 2011–2012, 33003, nr. 3 (MvT), p. 13 en Kamerstukken II, vergaderjaar 2009–2010, 31 369, nr. 10, p. 27.

¹⁸ Belastingplichtige drijft in het buitenland een onderneming met behulp van een aldaar gelegen vaste inrichting.

¹⁹ Belastingplichtige drijft in het buitenland een onderneming via een controlerend aandelenbelang in een buitenlandse dochtervennootschap.

²⁰ Met enige regelmaat wordt dan ook het uitgangspunt van rechtsvormneutraliteit of de ondernemingswinstbelasting besproken in de literatuur. Zie bijvoorbeeld G.T.K. Meussen, *De belastingheffing van ondernemers in de voorstellen van de commissie-Van Weeghel*, WFR 2010 – 772, H. Vording, *Rechtsvormneutraliteit wat was het probleem ook al weer?*, NTFR 2010-2052, en E.J.W. Heithuis, *Toch maar wel die ondernemingswinstbelasting ...*, NTFR 2010-1843.

²¹ Deze voorkomingsmethode geldt nu in algemene zin nog enkel voor binnenlands inkomstenbelastingplichtigen met actieve inkomsten uit buitenlandse bronnen.

²² Belastingplichtigen die vóór 1 januari 2012 positieve of negatieve buitenlandse bedragen in aanmerking hebben genomen met toepassing van de belastingvrijstelling (artt. 31-33 Bvdb 2001) en waarbij nog bedragen openstaan krachtens de doorschuif- of inhaalregeling zoals opgenomen (art. 34 en art. 35 Bvdb 2001), krijgen te maken met het overgangsrecht. Dit is opgenomen in art. 33b Wet Vpb 1969 en het herziene Bvdb 2001.

²³ Art. 13 Wet Vpb 1969.

²⁴ Voor indirecte binnenlandse ondernemingsactiviteiten maakt de Wet Vpb op deze bedrijfseconomisch inefficiënte fiscale behandeling van groepsmaatschappijen in voorkomende gevallen een uitzondering. Dit door fiscale consolidatie van groepsmaatschappijen toe te staan onder het fiscale-eenheidsregime, art. 15 Wet Vpb 1969.

ondernemingswinsten objectief van Nederlandse belastingheffing vrijgesteld. Een strikt territoriale benadering derhalve. Een effect van deze benadering is dat lopende verliezen uit de onderliggende buitenlandse ondernemingsactiviteiten de heffingsgrondslag in Nederland niet beïnvloeden. Verliesimport is in beginsel onmogelijk. Toepassing van het klassieke stelsel en de territoriale benadering belet dat onderliggende buitenlandse ondernemingsresultaten de Nederlandse heffingsgrondslag beïnvloeden. Ook op indirecte wijze, dat wil zeggen via mutaties in de waarde van het aandelenbelang, komen deze resultaten in beginsel niet in Nederland tot uitdrukking vanwege toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Typische effecten van een op het territorialiteitsbeginsel geschoeide heffingssystematiek. Op het niet toestaan van verliesimport bestaat één uitzondering. Dit onder de 'liquidatieverliesregeling'.²⁵ Verliezen behaald bij de liquidatie van een buitenlandse dochtervennootschap, fiscaal een deelneming, komen in Nederland bij de winstvaststelling tot uitdrukking. In combinatie met de liquidatie dienen wel bovendien de onderliggende ondernemingsactiviteiten te worden gestaakt. Daarmee komen lopende onderliggende ondernemersverliezen materieel beschouwd uiterlijk aan het einde van de rit, bij staking, alsnog effectief in Nederland voor verliesverrekening in aanmerking. Een tweede effect is dat valutaresultaten de heffingsgrondslag eveneens niet beïnvloeden. Ook valutaresultaten zijn van belastingheffing vrijgesteld. Dit geldt zowel ten aanzien van valutaresultaten op de onderliggende buitenlandse ondernemingswinsten als die op de aandelenbelangen in de betreffende buitenlandse dochtervennootschap.²⁶ Een derde effect is dat transfers van vermogensbestanddelen van de Nederlandse moeder- naar de buitenlandse dochtervennootschap tot directe fiscale winstneming over stille reserves meebrengt.

Tot 1 januari 2012 hadden binnenlands vennootschapsbelastingplichtigen het zodoende in zekere mate zelf in de hand of zij lopende buitenlandse ondernemingsverliezen ten laste van de belastbare winst in Nederland konden brengen of niet.²⁷ De keuze was respectievelijk die tussen vaste inrichting of deelneming. De belastingwetgeving verstoorde daarmee de rechtsvormkeuze.

Om dit effect in te dammen, heeft de wetgever met ingang van 1 januari 2012 de belastingvrijstelling voor de 'objectvrijstelling' vervangen. Voor buitenlandse ondernemingsverliezen zijn de fiscale gevolgen bij directe en indirecte buitenlandse ondernemingsactiviteiten daarmee op één lijn gebracht. De fiscale gelijke behandeling van vaste inrichtingen en buitenlandse deelnemingen op dit punt is compleet, nu buitenlandse verliezen analoog aan de liquidatieverliesregeling in aftrek komen wanneer sprake is van een definitief stakingsverlies ('stakingsverliesregeling').²⁸ Verliesimport wordt thans naar de toekomst verlegd. Net als bij deelnemingen. Verschillen in fiscale behandeling resteren niettemin bij valutaresultaten en vermogenstransfers.²⁹ Valutaresultaten blijven onder de 'objectvrijstelling', net als bij de belastingvrijstelling, afhankelijk van hun geografische locatie in de bijdragewinst of vaste inrichtingswinst tot uitdrukking komen. Onder de economische voorkomingsystematiek zijn deze van belastingheffing vrijgesteld. Vermogenstransfers van het Nederlandse hoofdhuis naar de buitenlandse vaste inrichting leidt bij aanwezigheid van stille reserves onder de 'objectvrijstelling' tot winstneming in tranches in tranches. Net als bij de belastingvrijstelling. Economische equivalente vermogenstransfers van Nederlandse moeder- naar buitenlandse dochtervennootschap leidt tot winstneming ineens. De wetgever doet deze gehandhaafde fiscale verschillen af met een verwijzing naar de juridische verschillen tussen ondernemen in het buitenland via een vaste inrichting of deelneming.³⁰ Dit is opmerkelijk nu deze verschillen juist de aanleiding vormden voor de fiscale convergentie op het punt van de verliesverrekening. Moeilijk in te zien is waarom de verlangde rechtsvormneutraliteit op het ene punt (verliescompensatie) wordt gehanteerd als argument

²⁵ Art. 13d Wet Vpb 1969.

²⁶ Valutaresultaten op aandelenbelangen die als deelnemingen kwalificeren, gelden volgens jurisprudentie van de Hoge Raad (HR 9 juni 1982, BNB 1982/230) als deelnemingsvoordelen. Geldt het deelnemingsvrijstellingsregime, zijn deze objectief van belastingheffing vrijgesteld. Dit behoudens toepassing van de 'tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen', art. 28b Wet Vpb.

²⁷ Tot 1 januari 2012 bestreed de wetgever enige onwenselijk geachte effecten met art. 13c Wet Vpb. Overgangsrecht is opgenomen in art. 33b Wet Vpb 1969. Dit blijft verder buiten beschouwing.

²⁸ Art. 15i Wet Vpb 1969. Het in de tijd naar voren halen van fiscale verliesneming en dubbele verliesneming lijkt effectief onmogelijk gemaakt. Zie artt. 15i en 15j en de samenloopbepaling van artt. 13d en 13e Wet Vpb 1969. Wel moet worden opgemerkt dat de stakingsverliesregeling, evenals de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten, geldt per staat.

²⁹ Resterende verschillen tengevolge van de zelfstandigheidsfictie en de zelfstandige subjectieve belastingplicht van groepsmaatschappijen blijven buiten beschouwing.

³⁰ Kamerstukken II, 2011–2012, 33003, nr. 10 (Nota n.a.v. Verslag), p. 26.

voor convergerende belastingwetgeving, terwijl de aanwezigheid van juridische verschillen op andere punten (valutaresultaten en vermogenstransfers) wordt ingezet als argument voor divergerende belastingwetgeving.³¹

Overzien we het geheel, ontstaat het volgende beeld. De benadering bij directe buitenlandse ondernemingsactiviteiten onder de 'objectvrijstelling', geeft in meerdere mate uitdrukking aan het beginsel van fiscale territorialiteit dan de methode van de belastingvrijstelling doet. Het niet langer toestaan van lopende verliesimport illustreert dit. Echter, ondanks de benaming is, als gezegd, van een eigenlijke objectvrijstelling geen sprake. Dit valt te illustreren aan de hand van de uitwerkingen bij valutaresultaten en vermogenstransfers. Hier houdt de wetgever niet strikt vast aan fiscale territorialiteit. Bovendien breekt de heffingssystematiek in op fiscale territorialiteit door grensoverschrijdende verliesverrekening bij staking toe te staan. De benadering bij indirecte buitenlandse ondernemingsactiviteiten, het klassieke stelsel en het deelnemingsvrijstellingsregime, geeft in meerdere mate uitdrukking aan het beginsel van fiscale territorialiteit dan de 'objectvrijstelling voor ondernemingswinsten'. Bij deelnemingen is thans eerder sprake van een eigenlijke objectvrijstelling dan bij vaste inrichtingen. De fiscale convergentie tussen vaste inrichting en deelneming is niet compleet. De resterende fiscaal verschillende behandeling van valutaresultaten en vermogenstransfers illustreert dit.³² Van een strikt territoriale benadering is niettemin ook bij deelnemingen geen sprake. Verliesimport is toegestaan onder de liquidatieverliesregeling.

4 'Meer gelijke behandeling via objectvrijstelling om timingvoordelen weg te nemen'

Is de keuze voor de 'objectvrijstelling' een terechte? Op zichzelf beschouwd bestonden diverse mogelijkheden om tot fiscale convergentie te komen. De belastingwetgever had bijvoorbeeld de deelnemingsvrijstelling voor een belastingvrijstellingsmechanisme kunnen vervangen. Of een nieuwe heffingssystematiek kunnen ontwikkelen. Dit is niet gebeurd. De belastingvrijstelling is vervangen voor de 'objectvrijstelling'.

Een keuze uit een set beschikbare alternatieven impliceert een onderliggend motief. De wetgever onderbouwt zijn beslissing met de stelling hiermee een 'voordeel' weg te nemen: *"Een objectvrijstelling voor vaste inrichtingen neemt het timingvoordeel van tijdelijke verliesimport weg dat thans bestaat als in het buitenland wordt geopereerd via een vaste inrichting in plaats van via een dochtervennootschap."*³³ De woordkeuze verraadt een normatieve overweging. We schrappen het 'voordeel' om daarmee terug te keren naar een heffingssystematiek, op dit punt, zonder anomalieën. De wetgever suggereert een verbetering: *"Met deze maatregel wordt dan ook een vanuit fiscaal oogpunt evenwichtiger behandeling van vaste inrichtingen en deelnemingen bereikt"*.³⁴ Wegneming van het 'voordeel' brengt een 'evenwichtiger' heffingssysteem. Ter geruststelling heeft de staatssecretaris bovendien aangegeven *'de klok van de interne markt nergens terug te draaien'*.³⁵ Deze 'evenwichtiger' benadering levert de schatkist ook nog eens middelen op. De wetgever becijfert de 'verbetering', aangeduid als een 'temporiseringsverschil' ten opzichte van de oude systematiek, op een structurele budgettaire opbrengst van jaarlijks € 250 miljoen.³⁶

³¹ Op het gebied van de valutaresultaten heeft de wetgever ook enige wijzigingen doorgevoerd. Recent is art. 28b Wet Vpb, de 'tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen', in werking getreden. Vgl. M.F. de Wilde en C. Wisman, *Tussenregeling valutaresultaten; Gooit Gielen roet in het eten?*, NTFR 2011-1646.

³² Dientengevolge opgeworpen marktverstoringen leiden diverse (unierechtelijke) vraagstukken in.

³³ Kamerstukken II, 2011–2012, 33003, nr. 3 (MvT), p. 13. Het betreft een timingverschil nu vaste inrichtingsverliezen op een later moment moeten worden ingehaald. Vgl. Tweede Kamer, vergaderjaar 2009–2010, nr. 31369, nr. 9 ('Sinterklaasbrief'), p. 5. In vergelijking met de behandeling van buitenlandse dochtervennootschappen constateert de wetgever een voordeel. Dit omdat deelnemingsverliezen pas in aanmerking komen bij liquidatie van de betrokken dochtervennootschap en staking van de onderliggende ondernemingsactiviteiten. Vgl. Tweede Kamer, vergaderjaar 2010–2011, 32 740, nr. 1 herdruk (*Fiscale agenda 2011*), p. 28.

³⁴ Kamerstukken II, 2011–2012, 33003, nr. 3 (MvT), p. 13.

³⁵ Kamerstukken II, vergaderjaar 2009–2010, nr. 31 369, nr. 10, p. 27–28. Zie ook de zgn. Sinterklaasbrief, Kamerstukken II, vergaderjaar 2009–2010, nr. 31 369, nr. 9.

³⁶ Kamerstukken I, vergaderjaar 2011–2012, nr. 33 003, nr. F, p. 1–2, alsmede Kamerstukken II, vergaderjaar 2011–2012, 33 003, nr. 3, onderdeel 6, p. 44. De onderbouwing van dit bedrag is beknopt. Met de maatregel zal naar verluidt € 3 miljard aan jaarlijkse vaste inrichtingsverliezen gemiddeld 11 jaar later verrekend worden. Het rentevoordeel daarvan bedraagt structureel € 250 miljoen. Het budgettaire belang van de invoering van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten is louter gebaseerd op de uitstel van grensoverschrijdende verliesverrekening.

5 Of minder gelijke behandeling via objectvrijstelling door timingnadelen op te werpen?

5.1 Wetgever creëert onevenwichtigheid

Men kan de keuze van de wetgever ook vanuit het tegengestelde referentiepunt beschouwen. Dan zou bij het opereren via een dochtervennootschap in plaats van een vaste inrichting sprake zijn van een (timing)nadeel. Door vervolgens de tijdelijke verliesimport ook bij vaste inrichtingen weg te nemen, wordt dit nadeel uitgebreid. De 'objectvrijstelling' maakt dan helemaal geen einde aan een 'voordeel'. Integendeel, het creëert een nadeel. Met het creëren van het nadeel wordt een onevenwichtiger systeem bereikt. De wetgever draait de klok van de interne markt terug. Deze onevenwichtigheid kost de belastingbetaler jaarlijks € 250 miljoen.

Wat maakt een heffingssysteem evenwichtig? Welke parameters gelden? Voor ons is een evenwichtig heffingssysteem er één die economisch gelijke gevallen fiscaal gelijk behandelt. Onder de gegeven fiscale soevereiniteit van staten betekent dit dat de belastingwetgeving van een staat in de eerste plaats geen onderscheid maakt op basis van nationaliteit of woonplaats (gelijkheidsbeginsel). In de tweede plaats verstoort de belastingwetgeving de inzet van productiefactoren niet, of althans zo min mogelijk (neutraliteitsbeginsel). Deze uitgangspunten treffen we al in de rechtsfilosofische fundamenteën voor een rechtvaardig belastingstelsel geformuleerd als de 'maxims of equity' door Adam Smith in de 18^e eeuw.³⁷ Ook vinden we deze uitgangspunten terug in de interne marktgedachte die omwille van het streven naar collectieve welzijns optimalisatie gelijke en neutrale fiscale behandeling verlangt van personen die zich bewegen binnen de interne markt zonder binnengrenzen.³⁸ Ook de klok van de interne markt wijst gelijkheid en neutraliteit. Dit betekent ook dat een onevenwichtig heffingssysteem in onze opvatting er één is die economisch gelijke gevallen fiscaal ongelijk behandelt. Een onevenwichtig heffingssysteem maakt onderscheid op basis van nationaliteit of woonplaats. Het verstoort de inzet van productiefactoren, bijvoorbeeld binnen de interne markt zonder binnengrenzen.

De vraag of de geïntroduceerde 'objectvrijstelling' een verbetering of verslechtering oplevert, laat zich met deze normatieve basis relatief eenvoudig beantwoorden. De test wordt een bedrijfseconomische. Levert de 'objectvrijstelling' een minder bedrijfseconomische gelijke en daarmee een meer versturende fiscale behandeling op, is sprake van een verslechtering. Een onevenwichtiger en min of meer willekeurig werkend heffingssysteem. Levert de 'objectvrijstelling' een meer bedrijfseconomische en daarmee een meer gelijke neutralere fiscale behandeling op, is sprake van een verbetering. Een evenwichtiger en minder willekeurig werkend heffingssysteem.

Bedrijfseconomisch beschouwd levert de 'objectvrijstelling' ontegenzeggelijk een nadeel op. Het betreft een aftrekbeperking van reële verliezen in een (binnen)grensoverschrijdende omgeving. Reële winst en fiscale winst lopen verder uit de pas. Belastingplichtigen met reële verliezen uit buitenlandse ondernemingsactiviteiten worden gedwongen fiscale verliesverrekeningsaanspraken voor te financieren. Het commerciële nadeel betreft op zijn best een cashflownadeel.³⁹ Waar belastingplichtigen niet in staat zijn in de toekomst winsten te produceren, gaat fiscale verliesverrekening verloren. Dit nadeel speelt bovendien alleen bij vennootschapsbelastingplichtigen die hun ondernemingsactiviteiten op directe of indirecte wijze in het buitenland ontplooiën. De fiscaaljuridische werkelijkheid

³⁷ A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Volume I-III, 8th edition, London, 1796, Volume III, Book V, Chapter II, Part II, p. 255-259.

³⁸ Zie de preambule bij het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU). Vgl. art. 2 VEU io artt. 26 en 119 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Vgl. HvJ zaak 15/81 (*Gaston Schul*) en Frans Vanistendael, *No European Taxation Without European Representation*, 9 EC Tax Review 142 (2000), at p. 142.

³⁹ De analyse is vergelijkbaar met die van het HvJ in de zaak Rewe Zentralfinanz (HvJ 29 maart 2007, zaak C-347/04). Daar voert het hof een cashflownadeel op als overweging voor zijn oordeel dat een Duitse fiscale afschrijvingsbeperking op aandelenbelangen met de vestigingsvrijheid onverenigbaar is. Duitsland stond vennootschapsbelastingplichtigen in het verleden toe bij de fiscale winstbepaling afschrijvingslasten op investeringen in aandelenbelangen in aanmerking te nemen. Echter, het tijdstip waarop de last in aftrek kon worden gebracht, verschilde afhankelijk van de vestigingsplaats van de kapitaalvennootschap waarin het aandelenbelang gehouden werd. Betrof het een aandelenbelang in een binnen Duitsland gevestigde kapitaalvennootschap, mocht belastingplichtige de afschrijvingslast direct in aanmerking nemen. Werde het aandelenbelang gehouden in een buiten Duitsland (binnen de Europese Unie) gevestigde kapitaalvennootschap, mocht belastingplichtige de afschrijvingslast slechts in aanmerking nemen indien en voor zover hij positieve deelnemingsvoordelen had behaald. Nu de kost de baat vooruitgaat, ontstaat bij de binnengrensoverschrijdende investering (*aftrek morgen*) een cashflownadeel, welke bij de binnenlandse investering niet optreedt (*aftrek vandaag*). Het HvJ acht deze door Duitsland opgeworpen verstoring van de interne markt zonder binnengrenzen onverenigbaar met de vestigingsvrijheid.

verschilt van die bij bedrijfseconomisch equivalente binnenlandse situaties. De belastingwetgever werpt dit nadeel namelijk niet op bij belastingplichtigen die hun ondernemingsactiviteiten louter in Nederland verrichten. Zij hoeven hun verliesverrekeningsaanspraken niet voor te financieren.⁴⁰ De 'objectvrijstelling' levert daarmee een onevenwichtiger heffingssysteem op. Een verslechtering. Door de export van productiefactoren verdergaand te verstoren, belemmert de wetgever de beoogde werking van de interne markt zonder binnengrenzen. De vergelijking met de binnenlandse investering blijft in de wetsgeschiedenis overigens sterk onderbelicht. De door de wetgever gewenste fiscale convergentie richt zich enkel tot binnenlands vennootschapsbelastingplichtigen, die op directe of indirecte wijze in het *buitenland* ondernemingsactiviteiten verrichten. Fiscale convergentie met binnenlands vennootschapsbelastingplichtigen, die op directe of indirecte wijze in het *binnenland* ondernemingsactiviteiten verrichten, acht de wetgever kennelijk minder relevant.

Met deze aftrekbeperving van binnengrensoverschrijdende verliezen creëert de belastingwetgever precies de marktverstoring die de Europese Commissie ruim een decennium geleden bestempelde als "*zakelijk gezien een van de belangrijkste belemmeringen voor binnengrensoverschrijdende economische activiteiten in de interne markt*".⁴¹ Het is geen toeval dat juist de mogelijkheid tot grensoverschrijdende verliesverrekening speerpunt vormt van het commissievoorstel voor een CCTB⁴². Dit staat in schril contrast met de stellingen van de staatssecretaris dat de meer territoriale benadering van buitenlandse filialen géén stap terug is. Hij stelt dat het niet moeilijker wordt om grensoverschrijdend te ondernemen.⁴³ Hij ziet in het in de Nederlandse vennootschapsbelastingheffing betrekken van een buitenlandse vaste inrichting als ware het een buitenlandse deelneming een 'faire' fiscale behandeling.⁴⁴ Dit is wat ons betreft niet het geval, ongeacht de verbloemende retoriek.

5.2 De gecreëerde onevenwichtigheid nader geschetst

Twee scenario's

De gecreëerde onevenwichtigheid laat zich goed illustreren aan de hand van enige gestileerde cijfervoorbeelden. We vergelijken de bedrijfseconomisch identieke scenario's van 'X Groep' en 'Y Groep'. Beiden verrichten gedurende een periode van twee jaar op directe c.q. indirecte wijze ondernemingsactiviteiten binnen de interne markt. X Groep is enkel in Nederland actief, een binnenlandse omgeving. Y Groep verricht zijn ondernemingsactiviteiten in zowel Nederland als een andere EU-lidstaat, een binnengrensoverschrijdende omgeving. Behaalde resultaten zijn identiek. We benadrukken dat het gegeven dat de productiefactoren in het ene scenario in een binnenlandse omgeving worden ingezet en in het andere scenario in een binnengrensoverschrijdende, zowel bedrijfseconomisch als gezien vanuit de gedachte van een interne markt zonder binnengrenzen irrelevant is. We beperken onze analyse tot uitgaande investeringen vanuit Nederland, de export van de productiefactor ondernemerschap. Het 'outbound' scenario.

Scenario 1: 'X Groep'

Een binnenlands vennootschapsbelastingplichtige, X Groep bv, drijft twee objectieve ondernemingen. Eén in Utrecht en één in Rotterdam.

⁴⁰ Dit geldt voor zover niet per saldo verliezen zijn behaald. Deze leiden ook in binnenlandse situaties tot verticale verrekening. Anders dan bijvoorbeeld bij de BTW wordt in de vpb-sfeer immers geen belasting teruggegeven.

⁴¹ Zie Commissie van de Europese Gemeenschappen, Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Economische en Sociaal Comité, *Naar een interne markt zonder belastingbelemmeringen; Een strategie voor het verschaffen van een geconsolideerde heffingsgrondslag aan ondernemingen voor de vennootschapsbelasting op hun activiteiten in de gehele EU*, Brussel, 23.10.2001, COM(2001) 582 definitief, p. 44.

⁴² COM(2011)121/4.

⁴³ Kamerstukken II, vergaderjaar 2009-2010, nr. 31 369, nr. 10, p. 28. Wel constateert de staatssecretaris voor binnenlands belastingplichtigen met bijvoorbeeld een vaste inrichting in België een verslechtering van de concurrentiepositie ten opzichte van Belgisch binnenlands belastingplichtigen met een vaste inrichting in Nederland. Vgl. Kamerstukken II, vergaderjaar 2011-2012, nr. 33 003, nr. 3, p. 15.

⁴⁴ Kamerstukken II, vergaderjaar 2009-2010, nr. 31 369, nr. 10, p. 28. In haar rapport *Continuïteit en vernieuwing - Een visie op het belastingstelsel*, van 7 april 2010, onderschrijft de Studiecommissie Belastingstelsel het voornemen van de staatssecretaris om een objectvrijstelling voor vaste inrichtingen in te voeren. De commissie komt zonder veel overwegingen tot de stelling dat 'de objectvrijstelling voor vaste inrichtingen past bij een neutraler en meer solide belastingstelsel', p. 103-104. Deze stelling is alleen juist als men importneutraliteit bedoelt. Van exportneutraliteit is onder een objectieve vrijstelling van inkomen met een buitenlandse situs geen sprake.

- In het ene geval, “casus direct”, verricht X Groep bv de ondernemingsactiviteiten rechtstreeks;
- In het andere geval, “casus indirect”, heeft X Groep bv de Utrechtse en Rotterdamse ondernemingsactiviteiten ondergebracht in dochtermaatschappijen, Utrecht bv en Rotterdam bv. Deze vennootschappen zijn op verzoek van X bv gevoegd in fiscale eenheid ‘X Groep bv’.

De commerciële winst uit de Utrechtse onderneming bedraagt in beide casus € 100 in jaar 1. De winst uit de Rotterdamse onderneming bedraagt in jaar 1 <€ 80> negatief (verlies). In jaar 2 bedraagt de Utrechtse winst € 50. De Rotterdamse winst telt in jaar 2 € 100. De totale commerciële winst van X Groep bedraagt in beide casus € 170. Het vennootschapsbelastingtarief veronderstellen we steeds op 25%.⁴⁵ De effecten zijn als volgt:

Fig. 1. “casus direct” (nominale bedragen)

| | Jaar 1 | Jaar 2 | Cum. (Jaren 1-2) |
|-------------------------------|--------|--------|------------------|
| Comm. winst Utrecht | 100 | 50 | 150 |
| Comm. winst R'dam | <80> | 100 | 20 |
| Comm. winst groep | 20 | 150 | 170 |
| Belastbare winst | 20 | 150 | 170 |
| Belasting betalen (25%) | 5 | 37,50 | 42,50 |
| Toerekening belasting Utrecht | 25 | 12,50 | 37,50 |
| Toerekening belasting R'dam | <20> | 25 | 5 |

Fig. 2. “casus indirect” (nominale bedragen)

| | Jaar 1 | Jaar 2 | Cum. (Jaren 1-2) |
|------------------------------------|--------|--------|------------------|
| Comm. winst Utrecht bv | 100 | 50 | 150 |
| Comm. winst R'dam bv | <80> | 100 | 20 |
| Comm. winst groep | 20 | 150 | 170 |
| Belastbare winst (fiscale eenheid) | 20 | 150 | 170 |
| Belasting betalen (25%) | 5 | 37,50 | 42,50 |
| Toerekening belasting Utrecht bv | 25 | 12,50 | 37,50 |
| Toerekening belasting R'dam bv | <20> | 25 | 5 |

De bedrijfseconomische entiteit X Groep behaalt in jaar 1 in beide casus commercieel per saldo € 20 winst. Dit wordt fiscaal gerespecteerd. Er is in jaar 1, ongeacht de juridische inkleding, € 5 belasting verschuldigd over een fiscale winst van € 20. In jaar 2 behaalt X Groep in beide casus commercieel per saldo € 150 winst. Ook dit wordt fiscaal gerespecteerd. Er is, in jaar 2, ongeacht de juridische inkleding, € 37,50 belasting verschuldigd over een fiscale winst van € 150. X Groep betaalt per saldo € 5 + € 37,50 = € 42,50 belasting over de behaalde ondernemingswinst van € 170. Aan het Utrechtse filiaal wordt respectievelijk € 25 en € 12,50, per saldo € 37,50 belasting toegerekend. Dit correspondeert met de commerciële Utrechtse winst van respectievelijk € 100 en € 50. Aan het Rotterdamse filiaal wordt respectievelijk <€ 20> en € 25, per saldo € 5 belasting toegerekend. Dit correspondeert met de commerciële Rotterdamse winst van respectievelijk <€ 80> en € 100.

De belastingheffing verloopt in de binnenlandse omgeving onder de gestelde aannames neutraal en op evenwichtige wijze. Fiscale en bedrijfseconomische realiteit corresponderen, er is sprake van gelijke fiscale behandeling in gelijke economische omstandigheden. Belasting is verschuldigd wanneer winst in bedrijfseconomische zin is behaald. De verschillende juridische inkleding maakt hierin geen verandering

⁴⁵ Verder veronderstellen we dat het geldende fiscale winstbegrip en de toerekening daarvan aan heffingstijdvakken op fiscaal neutrale wijze verloopt. We negeren bijvoorbeeld optredende verstoringen door opgeworpen verschillen commercieel-fiscaal en de financieringsdiscriminatie in het heffingssysteem. Ook veronderstellen we dat de geografische fiscale winstallocatie neutraal verloopt. We negeren de verstoringen van het arm's lengthbeginsel. Tenslotte veronderstellen we dat de fiscale eenheid met de bedrijfseconomische eenheid samenvalt. We handhaven in onze veronderstellingen de beperkte reikwijdte van het thans geldende fiscale-eenheidsregime in een grensoverschrijdende omgeving (d.w.z. geen grensoverschrijdende fiscale eenheid).

(rechtsvormneutraliteit). Opmerking verdient dat de rechtsvormneutraliteit ontstaat vanwege de toepassing van het fiscale-eenheidsregime⁴⁶. Fiscaal prevaleert de (bedrijfs)economische realiteit boven de juridische. Zonder fiscale-eenheidsregime zou X Groep in “casus indirect” slechts tot horizontale verrekening van de Utrechtse en Rotterdamse resultaten kunnen komen door Rotterdam bv te liquideren en de onderliggende ondernemingsactiviteiten te staken. Liquidatie en staking forceren om enkel tot horizontale fiscale verliesverrekening te komen in lijn met de bedrijfseconomische realiteit, lijkt ons bepaald bezwaarlijk. De wetgever lijkt deze opvatting te delen, gelet op het fiscale-eenheidsregime.

Scenario 2: ‘Y Groep’

Een ondernemende binnenlands vennootschapsbelastingplichtige, Y Groep bv, drijft twee objectieve ondernemingen. Eén in Utrecht en één in Antwerpen (België).

- In het ene geval, “casus direct”, verricht Y Groep bv de ondernemingsactiviteiten rechtstreeks.
- In het andere geval, “casus indirect”, heeft Y Groep bv de ondernemingsactiviteiten ondergebracht in dochtermaatschappijen, Utrecht* bv en Antwerpen bvba. Utrecht bv. is gevoegd in de fiscale eenheid ‘Y Groep bv.’ Antwerpen Bvba niet. Dit omdat het fiscale eenheidsregime voeging van de Belgische dochtervennootschap niet toestaat.⁴⁷

De commerciële winst uit de Utrechtse onderneming bedraagt in beide casus € 100 in jaar 1. De winst uit de Antwerpse onderneming bedraagt in jaar 1 <€ 80> negatief (verlies). In jaar 2 bedraagt de Utrechtse winst € 50. De Antwerpse winst telt in jaar 2 € 100. De totale commerciële winst van Y Groep bedraagt in beide casus € 170. De effecten zijn als volgt. Overigens beschouwen we zowel de effecten onder de belastingvrijstelling als de ‘objectvrijstelling’⁴⁸:

Fig. 3. “casus direct” (nominale bedragen)

| | Jaar 1 | Jaar 2 | Cum. (Jaren 1-2) |
|--|------------------|---------------------|------------------|
| Comm. winst Utrecht | 100 | 50 | 150 |
| Comm. winst Antwerpen | <80> | 100 | 20 |
| Comm. winst groep | 20 | 150 | 170 |
| Wereldwinst NL fiscaal | 20 | 150 | 170 |
| Belasting betalen NL (25%) na belastingvrijstelling (oud) | 5 ⁴⁹ | 32,50 ⁵⁰ | 37,50 |
| Belasting betalen NL (25%) na ‘objectvrijstelling’ (nieuw) | 25 ⁵¹ | 12,50 ⁵² | 37,50 |
| Toerekening belasting Utrecht | 25 | 12,50 | 37,50 |
| Toerekening belasting Antwerpen | <20> | 25 | 5 |

Fig. 4. “casus indirect” (nominale bedragen)

| | Jaar 1 | Jaar 2 | Cum. (Jaren 1-2) |
|--------------------|--------|--------|------------------|
| Winst Utrecht bv | 100 | 50 | 150 |
| Winst Antwerpen bv | <80> | 100 | 20 |

⁴⁶ Art. 15 Wet Vpb 1969.

⁴⁷ Buitenlandse dochtermaatschappijen komen niet in aanmerking te worden gevoegd. De juridische realiteit geldt onverkort. Het HvJ heeft deze belemmerende fiscale behandeling van internationaal opererende groepen in zaak C-337/08 (X Holding) vooralsnog unierechtelijk gesanctioneerd.

⁴⁸ We veronderstellen dat de bijdragewinst en vaste inrichtingwinst gelijk is.

⁴⁹ De heffingsgrondslag bedraagt $100 - 80 = 20$. Hierover is 5 belasting verschuldigd ($0,25 * 20$). Het Vlaamse verlies van 80 wordt ingehaald wanneer op enig moment aldaar in de toekomst positieve voordelen worden ingehaald.

⁵⁰ De heffingsgrondslag bedraagt 150. De belasting bedraagt 37,50. Onder toepassing van de inhaalregeling bedraagt de vermindering ter voorkoming van dubbele belasting 5. $(100 - 80) / 150 * 37,50 = 5$.

⁵¹ De heffingsgrondslag bedraagt $(100 - 80) + 80 = 100$. Hierover is 25 belasting verschuldigd ($0,25 * 100$).

⁵² De heffingsgrondslag bedraagt $(50 + 100) - 100 = 50$. Hierover is 12,50 belasting verschuldigd.

| | | | |
|---|------|-------|-------|
| <i>Comm. winst groep</i> | 20 | 150 | 170 |
| <i>Wereldwinst NL fiscaal (fiscale eenheid)</i> | 100 | 50 | 150 |
| <i>Belasting betalen NL (25%)</i> | 25 | 12,50 | 37,50 |
| <i>Toerekening belasting Utrecht bv</i> | 25 | 12,50 | 37,50 |
| <i>Toerekening belasting Antwerpen bv</i> | <20> | 25 | 5 |

De bedrijfseconomische entiteit Y Groep behaalt in jaar 1 in beide casus commercieel per saldo € 20 winst. Vanuit het Utrechtse filiaal wordt € 100 winst geproduceerd. Vanuit het Antwerpse filiaal <€ 80> winst (verlies). Onder de huidige heffingssystematiek wordt dit niet fiscaal gerespecteerd. Er is in jaar 1, ongeacht de juridische inkleding, in Nederland € 25 belasting verschuldigd over een fiscale winst van € 100. Y Groep betaalt diensgevolge meer belasting, € 25, dan er commercieel aan winst is behaald, € 20. In vergelijking met de situatie van X Groep is, ongeacht de juridische inkleding, sprake van een *vervijfvoudiging* van de nominaal te betalen belasting in Nederland. X Groep betaalt gewoon € 5 belasting. Fiscale verliesverrekeningsaanspraken vanwege reëel geleden buitenlandse verliezen worden onder de huidige heffingssystematiek in jaar 1 anders dan in de binnenlandse omgeving naar de onzekere toekomst verlegd. Y groep wordt gedwongen de fiscale verliesverrekeningsaanspraak ter waarde van nominaal € 20 over het Vlaamse verlies van € 80 voor te financieren. Ongeacht de juridische inkleding is het *vandaag* behaalde reële ondernemingsverlies pas *morgen* mogelijk aftrekbaar c.q. effectueerbaar. Mogelijk effectueerbaar omdat Y Groep wel eerst voor het overige over positieve resultaten dient te beschikken waartegen de verliezen kunnen worden afgezet. Vandaag, in jaar 1, is het vooruitzicht op positieve toekomstige winst ongewis. Toekomstige winsten laten zich niet voorspellen. Zeker onder de huidige economische omstandigheden. Mocht Y Groep niet in staat zijn in de toekomst ondernemingswinst te behalen, gaat de voorwaardelijke vordering op de belastingdienst verloren. Immers, een per saldo verlies leidt niet tot een belastingteruggave. Ook niet onder de liquidatie- c.q. stakingsverliesregeling. Alternatief, overigens, zou zijn de Antwerpse ondernemingsactiviteiten te beëindigen. Dan zou horizontale verliesverrekening eventueel binnen bereik komen onder de stakings- of liquidatieverliesregeling.. Van belang in te zien is dat de belastingwetgeving zo een dergelijke beslissing forceert. Dit lijkt ons even bezwaarlijk als bij X Groep zonder fiscale-eenheidsregime aan de orde zou zijn. Deze fiscale effecten maken de export van productiefactoren niet bepaald aantrekkelijker. Y Groep had beter net als X Groep in Nederland kunnen blijven. Dat had € 20 belasting geschied. Deze fiscale gang van zaken belemmert groepen in hun keuze hun ondernemingsactiviteiten al dan niet binnen de interne markt in een binnengrensoverschrijdende omgeving te ontplooiën. Van exportneutraliteit is geen sprake. Daar kan wat ons betreft geen misverstand over bestaan.⁵³ Ook al noemt de wetgever deze gang van zaken 'evenwichtig'.

In jaar 2 behaalt Y Groep in beide casus commercieel per saldo € 150 winst. Vanuit het Utrechtse filiaal wordt € 50 winst geproduceerd. Vanuit het Antwerpse filiaal € 100 winst. Er is in jaar 2, ongeacht de juridische inkleding, in Nederland € 12,50 belasting verschuldigd over een fiscale winst van € 50. 'Grens Over Groep' betaalt per saldo in Nederland € 25 + € 12,50 = € 37,50 belasting over per saldo € 100 + € 50 Utrechtse winst. Per saldo treedt Nederland ter hoogte van een nominaal belastingbedrag van € 20 – € 25 = <€ 5> terug. Dit vanwege de <€ 80> + € 100 = € 20 winst die met inachtneming van het beginsel van fiscale territorialiteit aan het Antwerpse filiaal kan worden toegerekend. De, *gisteren*, in jaar 1, door Y Groep voorgeschoten € 20 belasting, krijgt hij *vandaag*, in jaar 2, terug. Y Groep heeft geluk. Er is winst behaald. Hij kan de vordering op de belastingdienst verzilveren. Had Y Groep geen winst behaald, was dit niet aan de orde geweest. Gezegd moet dat de belastingdienst weliswaar terugbetaalt, doch van een rentevergoeding geen sprake is. De wetgever heeft de verlegging van de verrekeningsaanspraak naar de toekomst niet rentedragend gemaakt. In vergelijking met X Groep resteert aldus een cashflownadeel. Dit ondanks de materieel verticale verliescompensatie. Y is een jaar lang € 20 kwijt. X Groep niet. Die mocht immers horizontaal verrekenen. En dit is voor Y Groep bovendien het meest gunstige scenario. Immers, hoe meer tijd verstrijkt voordat Y Groep in het buitenland winst weet te produceren,

⁵³ Cf. Bender, t.a.p.

hoe waardelozener de vordering wordt. Dit gelet op de tijds waarde van geld. Zelfs na deze, materieel beschouwd, verticale verliesverrekening belemmert de belastingheffing groepen in hun keuze hun ondernemingsactiviteiten al dan niet binnen de interne markt in een binnengrensoverschrijdende omgeving te ontplooiën. Van exportneutraliteit, economische efficiëntie, is – vanwege het door de belastingwetgever opgeworpen timingnadeel – geen enkele sprake. Het versterkt enkel de kunstmatige fragmentatie van de interne markt langs nationale lijnen.⁵⁴

Vergelijken we de gevolgen met die onder de afgeschafte belastingvrijstellingmethode, constateren we een 'temporiseringsverschil'. Onder de belastingvrijstelling betaalt Y Groep net als X Groep in jaar 1 in Nederland gewoon € 5 belasting over de reëel behaalde € 20 winst. De bedrijfseconomische realiteit wordt fiscaal gerespecteerd. In jaar 2 betaalt Y Groep' € 32,50 belasting. Y Groep is per saldo in Nederland € 5 + € 32,50 = € 37,50 belasting verschuldigd over per saldo € 100 + € 50 Utrechtse winst. Net als onder de huidige voorkomingssystematiek treedt Nederland per saldo ter hoogte van een nominaal belastingbedrag van <€ 25> + € 20 = <€ 5> terug. Dit vanwege de <€ 80> + € 100 = € 20 winst die met inachtneming van het beginsel van fiscale territorialiteit aan het Antwerpse filiaal kan worden toegerekend. Verschil met de huidige systematiek is dat de, gisteren, in jaar 1, door Y Groep verrekenende € 20 belasting over het Vlaamse verlies van € 80, vandaag, in jaar 2, wordt ingehaald. De vordering op de fiscus wordt onder de belastingvrijstellingsmethode vandaag geïnd. Y Groep verrekent het verlies van € 80 uit het Antwerpse filiaal wanneer het wordt gelden. Net als bij het Rotterdamse verlies van X Groep het geval is. De fiscale behandeling is dezelfde. Beide groepen verrekenen in jaar 1 horizontaal. Y Groep hoeft zijn verrekeningsaanspraak niet voor te financieren. De methode van de belastingvrijstelling functioneert neutraal en laat groepen onbelemmerd in hun beslissing ondernemingsactiviteiten al dan niet binnen de interne markt in een binnengrensoverschrijdende omgeving te ontplooiën. Er is sprake van exportneutraliteit.

De belastingheffing verloopt al met al onder de huidige heffingssystematiek in de binnengrensoverschrijdende omgeving niet neutraal. Er is sprake van ongelijke fiscale behandeling in gelijke economische omstandigheden. Fiscale en bedrijfseconomische realiteit corresponderen niet. Verliezen moeten fiscaal voorgefinancierd. In hun onderlinge relatie zijn de effecten bij de directe en indirecte juridische inkleding onder de huidige heffingssystematiek in de binnengrensoverschrijdende omgeving gelijk. Zover is sprake van rechtsvormneutraliteit. Vergelijken we de effecten in de binnengrensoverschrijdende omgeving echter met die in de binnenlandse omgeving is van rechtsvormneutraliteit geen enkele sprake. De Nederlandse heffingssystematiek belemmert de export van productiefactoren. Exportneutraliteit ontbreekt. Dit wordt veroorzaakt door de gehanteerde verdergaande territoriale benadering die de introductie van de 'objectvrijstelling' per 1 januari 2012 heeft meegebracht. Strikt territoriale systemen promoten enkel importneutraliteit.⁵⁵ Niet exportneutraliteit.

Het door de wetgever gedoopte 'temporiseringsverschil' dat opkomt waar we de effecten onder de belastingvrijstelling vergelijken met die onder de 'objectvrijstelling' illustreert de verslechtering treffend. Onder de belastingvrijstelling wordt met inachtneming van het beginsel van fiscale territorialiteit enkelvoudige belastingheffing op economisch efficiënte

⁵⁴ Vgl. COM(2006) 824 def., Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité, *Fiscale behandeling van verliezen in grensoverschrijdende situaties*, Brussel, 19 december 2006. Zie tevens de technische bijlagen met nadere toelichtingen in het werkdocument van de Commissiediensten SEC (2006)1690. De Commissie analyseert genoemd effect op identieke wijze. Men spreekt overigens in dit verband van coördinatie. Naar onze opvatting is dit niet omdat de besproken problematiek een dispariteit zou betreffen. Bedoelde marktverstoring wordt door een enkele lidstaat, hier Nederland, opgeworpen. Deze is niet het effect van de onderlinge wisselwerking van de verschillende heffingssystemen binnen de Europese Unie. De reden waarom coördinatie op dit punt nodig is, kan worden verklaard door het gegeven dat het HvJ deze unilateraal opgeworpen cashflownadelen sanctioneert in zaak C-446/03 (*Marks & Spencer II*). Conceptueel beschouwd is hier sprake van een obstakel. Niet van een dispariteit. Het HvJ staat lidstaten niettemin toe deze te handhaven. Ter onderbouwing van dit standpunt wijzen wij erop dat Nederland tot 1 januari 2012 unilateraal verliesimport toestond. Thans is dit niet het geval. Het cashflownadeel is het enkele gevolg van een nationale maatregel, te weten de introductie van de 'objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten'. De oorzaak ligt daarmee noodzakelijk niet in de onderlinge wisselwerking van het Nederlandse en een buitenlands heffingssysteem, een dispariteit, die enkel met een harmonisatiemaatregel oplosbaar zou zijn. De oorzaak ligt in een belemmering van de verkeersvrijheden die het HvJ lidstaten om ons onduidelijke redenen toestaat.

⁵⁵ Het bewerkstelligen van (kapitaal)importneutraliteit is overigens de inzet van het Nederlandse beleid. Zie Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2001, 11 februari 2011, p. 22. Importneutraliteit ligt ten grondslag aan de deelnemingsvrijstelling en de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten.

wijze gerealiseerd. Waar reële verliezen aftrekbaar zijn wanneer deze zijn geleden en inhaal plaatsvindt wanneer lokaal positieve resultaten worden behaald, wordt recht gedaan aan de commerciële draagkracht van belastingplichtige. De export van productiefactoren wordt niet belemmerd. Voorkoming volgens de belastingvrijstelling verloopt vanuit Nederlands perspectief exportneutraal. Bovendien laat het lokale fiscale gevolgen ongemoeid. De import van productiefactoren wordt onder de belastingvrijstelling niet belemmerd. De voorkoming verloopt importneutraal. Onder de 'objectvrijstelling' wordt eveneens enkelvoudige heffing gerealiseerd met inachtneming van het beginsel van fiscale territorialiteit. Het laat lokale fiscale gevolgen ongemoeid. De import van productiefactoren wordt onder de 'objectvrijstelling' niet belemmerd. De voorkoming verloopt importneutraal. Echter, er wordt geen recht gedaan aan de commerciële draagkracht van belastingplichtige. De export van productiefactoren wordt onder de 'objectvrijstelling' belemmerd. Dit is economisch inefficiënt.

6 Onevenwichtigheid niettemin rechtens onaantastbaar

Is de geïntroduceerde onevenwichtigheid juridisch aantastbaar? Voor zover wij het thans overzien is dit niet het geval. Het moet gezegd, de 'objectvrijstelling' is wetgevingstechnisch vakwerk.⁵⁶ De wetgever heeft optimaal gebruik gemaakt van de ruimte die het verdragen- en Unierecht hem biedt.⁵⁷

De 'objectvrijstelling' lijkt naar de huidige stand van de jurisprudentie van het HvJ unierechtelijk – in de basis – onaantastbaar. Het HvJ staat immers uitstel van verliesimport toe. Het hof acht het achterwege laten van verliesimport gerechtvaardigd, tenzij sprake is van een definitief binnengrensoverschrijdend verlies. Blijkens het oordeel van het HvJ in de zaak *Marks & Spencer II* moet zo een verlies wel in aftrek kunnen komen.⁵⁸ Met het resterende (timing)nadeel gaat het hof akkoord. Eventueel aftrek morgen voor het verlies vandaag volstaat. Dit oordeelt het hof verenigbaar met de verkeersvrijheden. Wel verdient opmerking dat hetzelfde HvJ in de gevoegde zaken *Metallgesellschaft-Hoechst* wat betreft timingnadeelen tot tegengestelde overwegingen komt. Daar oordeelt het hof een door het Verenigd Koninkrijk opgeworpen timingnadeel juist onverenigbaar met de verkeersvrijheden.⁵⁹ Hetzelfde geldt voor het door Duitsland opgeworpen cashflownadeel in de zaak *Rewe Zentralfinanz*.⁶⁰ De ene keer is een door een lidstaat opgeworpen timingnadeel kennelijk verenigbaar met de vrijheden. De andere keer niet. *Marks & Spencer II* enerzijds en *Metallgesellschaft-Hoechst* en *Rewe Zentralfinanz* anderzijds laten zich wat ons betreft moeilijk rijmen. Daarnaast blijven valutaresultaten tot de heffingsgrondslag behoren. Zo respecteert de wetgever de jurisprudentie waarin het HvJ tot ontoelaatbaarheid komt van niet-aftrekbaarheid van reële valutaverhaalresultaten die naar hun aard niet in de andere lidstaat opkomen.⁶¹ Ook lijkt de wetgever de jurisprudentie van het HvJ inzake exitheffingen te respecteren.⁶² Stille reserves bij verlegging van vermogensbestanddelen naar de buitenlandse onderneming worden gedurende de resterende afschrijvingstermijn in partjes belast. Andersom leiden binnenkomende vermogenstransfers tot een 'step-up' naar de waarde in het economische verkeer.⁶³

Ook lijkt de 'objectvrijstelling' door te werken in de toepassing van de belastingverdragen. Wat betreft de vraag naar eventuele 'treaty overrides', moeten we constateren dat de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten verdragsrechtelijk lijkt stand te houden. Het grondslagvoorbehoud staat Nederland toe buitenlandse inkomensbestanddelen in de grondslag te betrekken. Nederland is daartoe blijkens de verdragsteksten niet verplicht. Aan de belastingvermindering die Nederland vervolgens verdragsrechtelijk gehouden is te verlenen, lijkt niet te worden toegekomen. Aan

⁵⁶ Cfr. *Bender*, t.a.p.

⁵⁷ Opmerking verdient dat reeds bestaande belemmeringen ook niet worden weggenomen door de invoering van de objectvrijstelling. Bijvoorbeeld voor driehoekssituaties met inkomensbestanddelen die buiten de reikwijdte vallen van het Besluit 21 januari 2004, nr. IFZ2003/558M (bijvoorbeeld onroerende zaken). Vgl. *Pijl* 2012, t.a.p.

⁵⁸ Zie *Marks & Spencer II*, t.a.p. Men zou zich nog kunnen afvragen of de bijtellingsmaatregel wellicht in de unierechtelijke gevarezone zit waar 'stakingsverlies' en 'definitief verlies' elkaar niet volledig overlappen. Deze conclusie lijkt afhankelijk van een nadere uitlegging van deze jurisprudentie, in laatste instantie door het HvJ EU zelf. Opmerking verdient niettemin dat het HvJ in de zaken *X Holding*, t.a.p. en *C-414/06 (Lidl)* niet op de uitzondering voor definitieve verliezen uit *Marks & Spencer II*, t.a.p., terugkomt.

⁵⁹ Zie HvJ, zaken *C-397/98* en *C-410/98 (Metallgesellschaft / Hoechst)*.

⁶⁰ Zie *Rewe Zentralfinanz*, t.a.p.

⁶¹ Zie HvJ 28 februari 2008, zaak *C-293/06 (Deutsche Shell)*.

⁶² Zie HvJ zaken *C-371/10 (National Grid)*, *C-9/02 (Lasteyrie)* en *C-470/04 (N.)*.

⁶³ Zou de wetgever een 'step-up' achterwege laten, is sprake van een 'latente importheffing', een importrestrictie.

de grondslageis lijkt niet voldaan. De 'objectvrijstelling' schakelt buitenlandse winst effectief van Nederlandse belastingheffing uit. In het verleden heeft de Hoge Raad enige keren geoordeeld dat na toepassing van de belastingvermindering volgens de belastingvrijstellingsmethode niet meer aan de grondslageis is voldaan.⁶⁴ Feitelijk behoort belastingvrijgestelde buitenlandse winst volgens de Hoge Raad niet tot de Nederlandse heffingsgrondslag. Als al niet aan de grondslageis is voldaan bij toepassing van de belastingvermindering, geldt dit wat ons betreft te meer waar correcties in het traject 'subject', 'object', 'tarief' en 'belastingvermindering' al eerder, dat wil zegen bij de vaststelling van het heffingsobject, zijn aangebracht.

7 Afsluitende opmerkingen

Hoe had de wetgever tot een rechtvaardigere heffingssystematiek kunnen komen? Meer gelijke behandeling en een evenwichtigere verdeling van de vennootschapsbelastingdruk is op diverse manieren te bereiken. Een zuivere benadering is die waarbij van rechtswege wordt overgegaan tot grensoverschrijdende fiscale consolidatie onder handhaving van de methode van de belastingvrijstelling ter voorkoming van dubbele belasting.⁶⁵ Dit is (politiek) een brug te ver. Alternatief is vervanging van de deelnemingsvrijstelling voor een belastingvrijstellingsmechanisme.⁶⁶ Een (indirect) belastingvrijstellingsmechanisme voor gebruteerde deelnemingsvoordelen. Dit zou tijdelijke verliesimport mogelijk maken. Enkelvoudige heffing is dan net als bij de belastingvrijstelling te bereiken met een inhaal- en doorschuifmechanisme. De liquidatieverliesregeling zou dan kunnen vervallen. Bijkomend effect zou zijn dat slechts netto-voordelen van belastingheffing zijn vrijgesteld. Wellicht acht men ook dit (politiek) een brug te ver. Al verdient opmerking dat vervanging van de bruto deelnemingsvrijstelling voor een netto-voorkomingsmechanisme het Bosalgat zou dichten.⁶⁷

We sluiten af. Met de invoering van de 'objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten' maakt de wetgever de export van productiefactoren op eenzijdige wijze minder aantrekkelijk. Dit belemmert de werking van de interne markt. De wetgever heeft de klok van de interne markt teruggedraaid. Zover wij het overzien is de geïntroduceerde onrechtvaardigheid echter – in zijn basis – juridisch onaantastbaar. De wetgever benut vakkundig de ruimte die de belastingverdragen en het HvJ hem biedt. Dit neemt niet weg dat Nederland zich in deze tijd van internationalisering en globalisering fiscaal in meerdere mate achter de landsgrenzen verschanst. Een contrabeweging die – ondanks de in het wetgevingsproces gebezigde retoriek – weinig van doen heeft met gedachten over een gelijke en neutrale fiscale behandeling van economisch gelijke gevallen. Wij achten het dan ook bepaald jammer dat de belastingwetgever de belastingvrijstelling, één van de zeldzame neutrale componenten in het Nederlandse internationale winstbelastingstelsel, in de vennootschapsbelasting sfeer het fiscale toneel heeft laten verlaten.

⁶⁴ Vgl. HR 8 februari 2002, BNB 2002/184 (*Japanse royalty*) en HR 11 mei 2007, BNB 2007/230 (*Diehoeksinterest 2*).

⁶⁵ Vgl. M.F. de Wilde, *Een aanzet voor een rechtvaardigere heffing van vennootschapsbelasting van in Nederland actieve groepen*, MBB 2011/09.

⁶⁶ Een dergelijke benadering verlangt flankerende maatregelen om fiscale neutraliteit te waarborgen. Zo zal voor deelnemingen in dochtermaatschappijen een voorziening moeten worden getroffen voor valutavertaalresultaten en vermogenstransfers. Ook dient de prikkel tot frustratie van de inhaal te worden uitgeschakeld. Daarmee doelen we op de mogelijkheid tot uitstel van de inhaal door het realisatiemoment van het deelnemingsvoordeel uit te stellen. Dit zoals in voorkomende gevallen mogelijk onder het voormalige art. 13c Wet Vpb. Inhaal in lijn met de bedrijfseconomische realiteit is te bereiken met een WEV-waarderingsregel gedurende de periode waarin nog in te halen bedragen openstaan ('fair market value tax accounting'). Een maatregel, derhalve, analoog aan die in het huidige art 13a Wet Vpb.

⁶⁷ Van de diverse voorkomingsmethoden die het Nederlandse belastingstelsel thans rijk is, biedt alleen het deelnemingsvrijstellingsregime de mogelijkheid financieringskosten in aftrek te brengen, terwijl positieve voordelen onbelast blijven. Bij de andere voorkomingsmethoden is dit niet het geval. Dit omdat het daar steeds netto-voorkomingsmechanismen betreft.