

– DRAFT – DO NOT CITE – DO NOT QUOTE –

Een aanzet voor een rechtvaardigere heffing van vennootschapsbelasting van in Nederland actieve groepen

mr. M.F. de Wilde¹

1 Inleiding

Met de inwerkingtreding van de Wet Werken aan winst, nu vier jaar geleden, is geen einde gekomen aan de discussies over de juiste inrichting van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 ('Wet Vpb'). De huidige Wet Vpb lijkt maar niet te komen tot een evenwichtige vennootschapsbelastingheffing van groepen die in Nederland economisch actief zijn.² De lasten worden niet op evenredige wijze over het (inter)nationale bedrijfsleven verdeeld. De een betaalt relatief meer dan de ander zonder dat daar een goede reden voor bestaat. En dat is onrechtvaardig. Sinds Werken aan winst zijn dan ook uiteenlopende voorstellen naar voren gebracht die aan de geconstateerde onevenwichtigheden een einde moeten maken.³ Deze hebben bij het schrijven van deze bijdrage nog niet tot wetsvoorstellen geleid.

In de discussie over een evenwichtige verdeling van vennootschapsbelastingdruk is tot nog toe nauwelijks aandacht besteed aan de achterliggende – meer rechtsfilosofische – vraag hoe kan worden gekomen tot een rechtvaardigere heffing van vennootschapsbelasting van in Nederland actieve groepen. Dit terwijl het mij hier uiteindelijk toch om lijkt te gaan. In deze bijdrage zal ik deze vraag proberen te beantwoorden. Daarbij kom ik tot wat contra-intuïtieve bevindingen.

Mijns inziens is een rechtvaardigere vennootschapbelasting te bereiken door het uitgangspunt in de Wet Vpb van de zelfstandige subjectieve belastingplicht van groepsmaatschappijen los te laten. Idealiter zou de groep als één subjectief belastingplichtige voor de heffing van vennootschapsbelasting moeten worden aangemerkt. Dit is te bereiken door groepsmaatschappijen van rechtswege fiscaal te consolideren op een wijze zoals thans onder het fiscale-eenheidsregime gebeurt. Daarbij zou wel de reikwijdte van de fiscale consolidatie moeten worden heroverwogen. Fiscale consolidatie zou moeten plaatsvinden in gevallen waar de

¹ Werkzaam voor de Erasmus Universiteit Rotterdam en Loyens & Loeff NV. Dit artikel maakt deel uit van het facultaire onderzoeksprogramma van de EUR getiteld *'Fiscale autonomie en haar grenzen'*. Auteur dankt de 'peer reviewers' voor hun opmerkingen en suggesties. Auteur is te bereiken voor commentaar op: dewilde@law.eur.nl. Een Engelstalige variant op deze bijdrage is gepubliceerd in Intertax. Zie Maarten F. de Wilde, *A Step towards a Fair Corporate Taxation of Groups In the Emerging Global Market*, 39 Intertax 62 (2011).

² Kamerstukken II, vergaderjaar 2007-2008, 31369, nr. 1 (Winstbelasting multinationals), p. 1. Vergelijk J.A.G. Van der Geld, *'Continuïteit en vernieuwing' en de vennootschapsbelasting*, TFO 2011/24, par. 2. Voor een studie naar de versturende effecten van vennootschapsbelastingssystemen binnen de interne markt, zie Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee, *Towards an Internal Market without tax obstacles; A strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities*, Brussels, 23 October 2001, COM(2001) 582 final.

³ Een eerste aanzet is gegeven door F.A. Engelen, H. Vording en S. van Weeghel in hun *Wijziging van belastingwetten met het oog op het tegengaan van uitholling van de belastinggrondslag en het verbeteren van het fiscale vestigingsklimaat*, WFR 2008/891 (Engelen et al 2008). Dit voorstel heeft de Staatssecretaris van Financiën geïnspireerd om vervolgens uiteenlopende suggesties te doen voor wijzigingen van de Wet Vpb. Zie Brief van de Staatssecretaris van Financiën aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 15 december 2008, Kamerstukken II, vergaderjaar 2007-2008, 31369, nr. 5, Brief van de Staatssecretaris van Financiën aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 14 juni 2009, Kamerstukken II, vergaderjaar 2009-2010, 31369, nr. 6 (Consultatiedocument), Brief van de Staatssecretaris van Financiën aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 5 december 2009, Kamerstukken II, vergaderjaar 2009-2010, 31369, nr. 9 ("Sinterklaasbrief") en het verslag van een algemeen overleg van de Commissie voor Financiën met de Staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken II, vergaderjaar 2009-2010, 31369, nr. 10. Daarnaast is de Studiecommissie belastingstelsel ingesteld met de opdracht een voorstudie te verrichten naar verschillende scenario's voor een mogelijke herziening van het Nederlandse belastingstelsel. Zie Instellingsbesluit van de Minister en de Staatssecretaris van Financiën van 22 oktober 2009, nr. AFP 2009/632 M, Stcrt. 2009, nr. 16262. De studiecommissie heeft haar bevindingen neergelegd in het rapport *'Continuïteit en vernieuwing. Een visie op het belastingstelsel' (Studiecommissie Belastingstelsel)*. Zie Brief van de Minister van Financiën aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 7 april 2010, Kamerstukken II, vergaderjaar 2009-2010, 32140, nr. 4, p.1. Het rapport is als bijlage bij deze brief gevoegd. De staatssecretaris heeft recent aangekondigd de discussie te willen afronden met de introductie van een objectvrijstelling voor vaste inrichtingswinsten een een renteaftrekbeperving voor overnameholdings. Zie Brief Staatssecretaris van Financiën van 14 april 2011, nr. AFP/2011/248U en de bijlage daarbij, de 'Fiscale agenda; Naar een eenvoudiger, meer solide en fraudebestendig belastingstelsel'.

moedermaatschappij: a) beschikt over een vermogensrechtelijke betrekking die haar doorslaggevende zeggenschap geeft over de inrichting en het management van de onderliggende ondernemingsactiviteiten van de betrokken dochtermaatschappijen, mits b); de moedermaatschappij deze vermogensrechtelijke betrekking aanhoudt als bedrijfsmiddel. Daarnaast zou fiscale consolidatie zowel in binnenlandse als in (binnen)grensoverschrijdende gevallen moeten plaatsvinden. Voortbouwend op mijn overwegingen van interne billijkheid en kapitaalneutraliteit, welke ik enige tijd geleden in Intertax heb uiteengezet, meen ik dat iedere binnen Nederland economisch actieve groep aan onbeperkte vennootschapsbelastingplicht zou moeten worden onderworpen.⁴ Aldus zou de wereldwijd behaalde ondernemingswinst in de vennootschapsbelastingheffing van de belastingplichtige groep worden betrokken. In (binnen)grensoverschrijdende gevallen zou enkelvoudige heffing vervolgens moeten worden bewerkstelligd door een vermindering ter voorkoming van dubbele belasting te verlenen volgens de methode van de belastingvrijstelling.

Een dergelijke systeemwijziging zou een rechtvaardigere vennootschapsbelastingheffing van groepen opleveren. Het zou betekenen dat de vennootschapsbelastingheffing van lichamen en groepen op volstrekt gelijke wijze zou plaatsvinden in zowel binnenlandse als (binnen)grensoverschrijdende situaties ('mondiale consolidatie'). Alle obstakels in de Wet Vpb opgeworpen bij de vennootschapsbelastingheffing van in Nederland actieve groepen zouden daarmee in één klap zijn weggenomen. De vennootschapsbelastingdruk en –opbrengst zouden niet meer worden beïnvloed door de juridische inkleding van ondernemingsactiviteiten dan wel de vraag of deze al dan niet in (binnen)grensoverschrijdend verband worden verricht. Vennootschapsbelasting zou op evenredige wijze over het Nederlandse bedrijfsleven worden verdeeld. Strijdigheid met de verkeersvrijheden zou niet meer aan de orde zijn. Daarnaast zouden de verschillende correctiemechanismen in de Wet Vpb, zoals de deelnemingsvrijstelling, deelnemingsverrekening en de renteaftrekbeperkingen, voor wat betreft de vennootschapsbelastingheffing van groepen overbodig worden.

Zo een systeemwijziging laat zich uiteraard niet zomaar in de Nederlandse belastingwetgeving introduceren. Ik hoop hiermee dan ook slechts een bijdrage te mogen leveren aan de vorming van gedachten over de toekomst van het Nederlandse internationale winstbelastingstelsel.⁵

De vraag hoe kan worden gekomen tot een rechtvaardigere heffing van vennootschapsbelasting van in Nederland actieve groepen, beantwoord ik hieronder in vijf stappen. In paragraaf 2 tracht ik het probleem, de versturende werking van het Nederlandse internationale winstbelastingstelsel, te schetsen. Paragraaf 3 voorziet in het kader waaraan, naar mijn opvatting, het Nederlandse internationale winstbelastingstelsel in normatieve zin zou moeten voldoen. In paragraaf 4 geef ik aan dat de sleutel voor het oplossen van de in paragraaf 2 geduide marktverstoringen ligt in fiscale consolidatie. Paragraaf 5 beschrijft de gevallen waarin hiertoe naar mijn mening idealiter zou moeten worden overgegaan. Daarbij komt zowel de binnenlandse (par. 5.2) als (binnen)grensoverschrijdende context (par. 5.3) aan de orde. Paragraaf 6, ten slotte, geeft een overzicht van voordelen (par. 6.1) en uitdagingen (par. 6.2) van de voorgestelde systematiek. Ook schets ik in deze paragraaf de resterende kwesties (par. 6.3). Paragraaf 7 rondt af met enige afsluitende opmerkingen.

2 Toepassing van het Nederlandse internationale winstbelastingstelsel verstoort de inzet van productiemiddelen

Het Nederlandse internationale winstbelastingstelsel beoogt de economische aanwezigheid van een multinationale onderneming ('MNO') binnen het nationale grondgebied fiscaal te 'ondervangen'.⁶ Met het 'Nederlandse internationale winstbelastingstelsel' bedoel ik overigens het nationale winstbelastingstelsel en het netwerk van de door Nederland gesloten

⁴ Zie Maarten F. de Wilde, *Some Thoughts on a Fair Allocation of Corporate Tax in a Globalizing Economy*, 38 Intertax 281 (2010) (De Wilde 2010a).

⁵ Zie Brief Minister en Staatssecretaris van Financiën van 15 september 2009, nr. AFP/9/550M, V-N 2009/44.6 en Brief Minister en Staatssecretaris van Financiën van 29 september 2009, AFP/586M.

⁶ De belastingheffing van natuurlijke personen en de samenhang tussen de inkomsten- en vennootschapsbelasting laat ik in deze bijdrage buiten beschouwing.

belastingverdragen. Dit samenstel wordt in gevallen die binnen de werkingssfeer van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ('VWEU') vallen, omkaderd door supranationaal EU-recht. Getracht wordt de verrichte ondernemingsactiviteiten en de geproduceerde ondernemingswinst van de MNO geografisch te lokaliseren. Daartoe wordt aangeknoopt bij de geografische locatie waar de productiefactoren kapitaal en arbeid worden inezet. Doel is de ondernemingswinst die binnen het Nederlandse grondgebied is gegenereerd in de vennootschapsbelastingheffing te betrekken. Ondernemingswinst die buiten het Nederlandse grondgebied is gegenereerd, wordt getracht effectief buiten de heffing te houden.

Het voor deze doeleinden ontworpen heffingssysteem is gebouwd op het klassieke stelsel en de zelfstandigheidsfictie op basis waarvan lichamen zelfstandig als subject in de belastingheffing worden betrokken en vaste inrichtingen geacht worden een onafhankelijke zelfstandige onderneming te vormen.⁷ Onbeperkt binnenlands belastingplichtigen worden voor de wereldwijd behaalde ondernemingswinst in de belastingheffing betrokken. Juridische dubbele belastingheffing over actief in komen uit buitenlandse bronnen wordt thans voorkomen met toepassing van de methode van de belastingvrijstelling. Beperkt buitenlands belastingplichtigen worden enkel voor de in Nederland behaalde winst in de heffing van vennootschapsbelasting betrokken. Hun buitenlandse inkomensbestanddelen blijven buiten de heffing van vennootschapsbelasting. Voordelen uit transacties binnen de groep gelieerde lichamen (intragroepstransacties) worden tussen deze lichamen verdeeld met toepassing van het at arm's lengthbeginsel. Waar de wetgever dit nodig heeft geacht, zijn verscheidene correctiemechanismen in de Wet Vpb geïntroduceerd (zoals de deelnemingsvrijstelling en deelnemingsverrekening, alsmede de verschillende renteaftrek- en verliesverrekeningsbeperkingen).

In zijn toepassing functioneert het Nederlandse winstbelastingstelsel echter op onevenwichtige wijze. De vennootschapsbelastinglast wordt niet op evenredige wijze over het Nederlandse bedrijfsleven verdeeld. In de eerste plaats varieert de vennootschapsbelastingdruk waaraan MNO's worden onderworpen met de wijze waarop de ondernemingsactiviteiten juridisch zijn ingekleed. Dit beïnvloedt de rechtsvormkeuze. In de tweede plaats varieert de opgelegde vennootschapsbelastingdruk afhankelijk van het feit of de ondernemingsactiviteiten al dan niet in (binnen)grensoverschrijdend verband worden verricht. Zo onderwerpt Nederland belastingplichtigen aan een verschillende belastingdruk afhankelijk van de vestigingsplaats (indirecte discriminatie) of het feit dat de ondernemingsactiviteiten in verschillende heffingsjurisdicties zijn verricht (markt toe- en -uittredingsbelemmeringen). Dit beïnvloedt ondernemersbeslissingen om de fiscale landsgrenzen al dan niet te passeren. Aldus verstoort de vennootschapsbelastingheffing de inzet van de productiemiddelen kapitaal en arbeid. Dit werkt door in de belastingopbrengst.

In individuele gevallen werken deze onevenwichtigheden mogelijk in het voor- of nadeel van betreffende MNO's dan wel de fiscale autoriteiten. Maar als zodanig verstoort het Nederlandse internationale winstbelastingstelsel op eenzijdige wijze de werking van de nationale markt, de interne markt binnen de Europese Unie ('EU') en de opkomende globale markt. Uiteindelijk is het eenzijdig opwerpen van dergelijke obstakels bij de heffing van winstbelasting schadelijk voor iedereen. Bovendien is het in strijd met de verkeersvrijheden in situaties die binnen de werkingssfeer van het VWEU vallen. Het probleem laat zich illustreren met een verwijzing naar de bestendige stroom jurisprudentie van het Hof van Justitie over de uitlegging van deze vrijheden op het gebied van de directe belastingen. Hetzelfde geldt voor de almaar voortdurende zoektocht naar evenwichtigheid in de Wet Vpb.

3 Overwegingen van rechtvaardigheid binnen het Nederlandse internationale winstbelastingstelsel

⁷ Anders dan soms wordt aangenomen, beschouw ik de economische dubbele belastingheffing bij dividenduitdelingen tussen belastingplichtige lichamen niet als constituerend element voor het klassieke stelsel, maar als een gevolg ervan. Economische dubbele belastingheffing is aldus een van de effecten van het gehanteerde uitgangspunt dat ieder lichaam zelfstandig als subject in de belastingheffing wordt betrokken.

Hoe zouden de verstorende elementen uit het Nederlandse internationale winstbelastingstelsel moeten worden weggelaten waar ondernemingswinsten van groepen in de heffing van vennootschapsbelasting worden betrokken? Of anders geformuleerd: hoe kan worden gekomen tot een rechtvaardigere heffing van vennootschapsbelasting?

Een antwoord op deze vraag vraagt eerst om beantwoording van de vraag wat rechtvaardig te noemen is. Een rechtvaardige belasting vindt zijn fundament in het gelijkheidsbeginsel.⁸ Gelijke economische omstandigheden *in se* verdienen dezelfde fiscale behandeling en ongelijke economische omstandigheden *in se* verdienen ongelijke fiscale behandeling naar de mate van ongelijkheid. Van dit gelijkheidspostulaat kan worden afgeleid dat een ieder die in een economische betrekking staat tot een belastingheffende staat de morele verplichting heeft naar draagkracht een bijdrage te leveren aan de tot diens nut strekkende collectieve voorzieningen ('billijkheid').⁹ Tegelijkertijd dient de verdeling van productiefactoren te geschieden op basis van marktmechanismen en niet, of althans zo min mogelijk, te worden beïnvloed door overheidsinmenging ('economische efficiëntie'). Belastingheffing dient de economische realiteit niet te sturen maar te volgen. Belastingheffing behoort ondernemersbeslissingen in positieve noch in negatieve zin te beïnvloeden ('fiscale (rechtsvorm)neutraliteit').¹⁰ Ook het VWEU drukt de wens uit tegelijkertijd te komen tot eerlijke (d.w.z. billijke) en vrije (d.w.z. economisch efficiënte) mededinging binnen de interne markt.¹¹ Ongelijke fiscale behandeling is daarmee zowel onbillijk als economisch inefficiënt.

In deze bijdrage zoek ik rechtvaardigheid *binnen* het Nederlandse internationale winstbelastingstelsel. Daarbij wordt als premisse aanvaard dat de fiscale soevereiniteit, dat wil zeggen het soevereine recht van een staat om belasting te heffen ter financiering van de collectieve voorzieningen, berust op het niveau van individuele staten. Dit lijkt wellicht voor de hand te liggen nu dit tevens de juridische realiteit is, maar aanvaarding van deze aanname brengt wel mee dat de gevolgen ervan eveneens als gegeven moeten worden aanvaard. Dit geldt bijvoorbeeld voor fiscale dispariteiten. Dispariteiten zijn marktverstoringen die het gevolg zijn van verschillen tussen de internationale winstbelastingssystemen van staten. Voorbeelden zijn onderlinge verschillen in de keuze voor subject, object en tarief, alsmede onderlinge verschillen in de keuze voor de toegepaste internationale heffingsbeginselen (zoals domicilie en situs). Dispariteiten werken marktverstoringend omdat zij verschillen meebrengen in de fiscale behandeling van (binnen)grensoverschrijdende economische activiteiten in vergelijking met binnenlandse economische activiteiten. Hierdoor ontstaan belastingdrukverschillen bij fiscale jurisdictieveranderingen. Aldus beïnvloedt de internationale fiscaliteit ondernemingsbeslissingen. Dit wordt veelal als problematisch beschouwd. Echter, bedacht moet worden dat dispariteiten logischerwijze pas als problematisch kunnen gelden indien tevens de bereidheid bestaat te tornen aan de fiscale soevereiniteit van staten. En vice versa. Immers, dispariteiten zijn slechts weg te nemen door belastingssystemen te harmoniseren, een activiteit die inperking van de fiscale soevereiniteit op statelijk niveau noodzakelijk maakt. Illustratief is het onoverkomelijke spanningsveld binnen EU-verband waarbij de lidstaten enerzijds de wens hebben uitgedrukt te

⁸ Ik zou zelfs durven zeggen *louter* in het gelijkheidsbeginsel. Zie De Wilde 2010a, t.a.p.

⁹ Zie Klaus Vogel, *Worldwide vs. Source Taxation of Income – A Review and Re-evaluation of Arguments (Parts I, II & III)*, 8/9 Intertax 216 (1988), p. 216-228, 10 Intertax 310 (1998), p. 310-320 en 11 Intertax 393 (1988), p. 393-402. Vgl. Wolfgang Schön, *International Tax Coordination for a Second-Best World (Part I)*, 1 WTJ 67 (2009), paragraaf 2. De maatstaf voor deze bijdrage wordt gemeten in termen van 'inkomen', vermogensaanwas, als meetbaar surrogaat voor welzijn. Zie nader Kevin Holmes, *The Concept of Income – A Multi-Disciplinary Analysis*, IBFD Doctoral Series, Vol. 1, 2001, hoofdstukken 1 en 2.

¹⁰ Een winstbelasting zou rechtsvormneutraal moeten zijn omdat civieljuridische aspecten uiteindelijk irrelevant zijn ter beantwoording van de vraag hoeveel geld er verdiend is. Een vennootschapsbelasting tracht winst te belasten. Uiteindelijk zijn juridische aspecten (zoals beperkte civielrechtelijke aansprakelijkheid) niet noodzakelijk relevant bij het beantwoorden van de vraag hoeveel winst er is behaald. Het is juist dat de beperking van civielrechtelijke aansprakelijkheid, die ondernemen via een kapitaalvennootschap meebrengt, tot gevolg heeft dat grotere risico's genomen kunnen worden, wat potentieel hogere winstmarges kan opleveren. Echter, de beperkte aansprakelijkheid zegt op zichzelf uiteindelijk niets over de behaalde winstmarge. De juridische realiteit behoort aldus eveneens niet noodzakelijk relevant te zijn waar het gaat om het bepalen van de omvang van de fiscale winst. Dit geldt in gevallen waar de juridische realiteit geen proxy kan vormen voor de onderliggende economische realiteit. Bijvoorbeeld in situaties waar juridische transacties tussen juridische entiteiten niet op basis van marktfactoren tot stand komen, zoals bij transacties tussen gelieerde maatschappijen aan de orde is. Illustratief in dit verband is dat het winstbegrip als neergelegd in artikel 3.8 Wet op de inkomstenbelasting 2001 niet rept over juridische aspecten.

¹¹ Zie artikel 2 EU-Verdrag io. artt 26 en 119 VWEU. Zie tevens zaak 15/81 (*Gaston Schul*).

komen tot harmonisatie van wet- en regelgeving binnen de interne markt (wat noodzakelijk een transfer van soevereiniteit naar de supranationale EU meebrengt), terwijl dezelfde lidstaten anderzijds hun fiscale soevereiniteit wensen te behouden (vgl. het geldende unanimitateitsvereiste voor de totstandkoming van Europese regelgeving op dit gebied).

De volgende hypothesen kunnen uit het gelijkheidspostulaat en de vooronderstelde fiscale soevereiniteit van staten worden gededuceerd:

1. Gelieerde lichamen die als een geïntegreerde groep ondernemingsactiviteiten verrichten, dienen gezamenlijk aan een gelijke belastingdruk te worden onderworpen als een zelfstandig lichaam dat ondernemingsactiviteiten verricht ('unitary business approach' of 'concerngedachte').¹² Van een groep is mijns inziens sprake als de achterliggende ondernemingsactiviteiten van het samenstel van betrokken gelieerde lichamen in financiële, economische en organisatorische zin zodanig verweven zijn dat deze groep (of MNO) bedrijfseconomisch een eenheid – één ondernemer – vormt, die zijn ondernemingsactiviteiten op geïntegreerde wijze uitoefent;
2. Behaalde ondernemingswinst zou eenmaal door één staat moeten worden belast ('beginsel van de enkelvoudige heffing').¹³ Inkomen zou door Nederland noch aan dubbele noch aan minder dan enkelvoudige heffing onderworpen mogen worden. Dit geldt zowel in binnenlandse als in (binnen)grensoverschrijdende situaties;
3. Groepen dienen in de vennootschapsbelastingheffing te worden betrokken (om bij te dragen aan de financiering van de tot diens nut strekkende collectieve voorzieningen), zodra hun economische aanwezigheid binnen het Nederlandse grondgebied een minimumdrempel – zoals het drijven van een objectieve onderneming binnen het Nederlandse grondgebied – overschrijdt.¹⁴ Hun economische aanwezigheid buiten het Nederlandse grondgebied behoort buiten de vennootschapsbelastingheffing te blijven. Hierbij vooronderstel ik voornamelijk dat de thans in het internationale belastingrecht gehanteerde verdeelsleutel waarmee deze drempel geïdentificeerd wordt en winsten aan heffingsjurisdicties ter heffing worden toegewezen adequaat functioneert, dat wil zeggen conform de economische realiteit. De toegepaste situsconcepten (zoals het vaste inrichtingsbegrip) en winstallocatiemethodiek (vaststellen verrekenprijzen op basis van een derdenvergelijking) vooronderstel ik te werken conform de economische realiteit. Dit maakt het mogelijk de in paragraaf 6 aangedragen oplossingen van de resterende uitdagingen af te bakenen;
4. Waar Nederland haar soevereiniteit uitoefent en de groep in de heffing van vennootschapsbelasting betreft, dient de belastingdruk in Nederland op de behaalde ondernemingswinst gelijk te zijn ongeacht of de ondernemingsactiviteiten al dan niet in grensoverschrijdend verband zijn verricht ('interne billijkheid' / 'kapitaalneutraliteit').¹⁵ In (binnen)grensoverschrijdend

¹² Zie Jinyan Li, *Global Profit Split: An Evolutionary Approach to International Income Allocation*, 50 Can. Tax J. 823 (2002), p. 826.

¹³ Zie Reuven S. Avi-Yonah, *Tax Competition, Tax Arbitrage and the International Tax Regime*, 61 Bulletin for International Taxation 130 (2007), p. 131. Zie tevens Reuven S. Avi-Yonah, *International Tax as International Law; An Analysis of the International Tax Regime*, Cambridge University Press, New York, 2007, hoofdstukken 1 en 10, alsmede Klaus Vogel, "State of Residence" may as well be "State of Source" – There is No Contradiction, 59 Bulletin for International Taxation 420 (2005), p. 420-423.

¹⁴ Idem. Zie voorts Eric C.C.M. Kemmeren, *Source of Income in Globalizing Economies: Overview of the Issues and a Plea for an Origin-Based Approach*, 60 Bulletin for International Taxation 430 (2006) (Kemmeren-I), p. 430-452 en E.C.C.M. Kemmeren, *Renteaftrek is niet het probleem in de vennootschapsbelasting; wel het niet-belasten van rente!*, WFR 2009/401 (Kemmeren-II), par. 1 en 6.

¹⁵ Zie De Wilde 2010a, t.a.p., p. 297, waarin ik deze norm als volgt omschrijf: "the domestic tax burden on the income realized out of the cross-border business activities of taxpayers should be equal to the domestic tax burden on the income realized out of the non cross-border (i.e., purely domestic) business activities of taxpayers". Conceptueel beschouwd fuseer ik hiermee kapitaalexport- en -importneutraliteit: "This norm can be achieved by combining the – what I believe are – best elements in existing theories, concepts and practices. CIN and CEN are telescoped into one another. From the

verband geldt dit ongeacht de investeringsrichting. De belastingdruk op voordelen uit (binnen)grensoverschrijdende ondernemingsactiviteiten dient gelijk te zijn aan de belastingdruk op voordelen uit binnenlandse ondernemingsactiviteiten. Dit geldt zowel in 'host state' scenario's ten aanzien van 'inbound' investeringen als in 'origin state' scenario's ten aanzien van 'outbound' investeringen. Het zou aldus geen verschil mogen maken waar de groep zetelt.¹⁶ Het zou ook geen verschil mogen maken of de ondernemingswinst van de groep geheel in Nederland of verspreid over meerdere heffingsjurisdicties is behaald.¹⁷

4 Klassieke stelsel verstoort; fiscale consolidatie corrigeert

De Wet Vpb hanteert het uitgangspunt dat ieder lichaam zelfstandig belastingplichtig is. Dit uitgangspunt geldt ook als lichamen deel uitmaken van een groep. Toepassing van dit uitgangspunt brengt mee dat de keuze van een ondernemer in de wijze waarop deze zijn ondernemingsactiviteiten juridisch inricht, wordt verstoord.¹⁸ Een groep gelieerde lichamen dat ondernemingsactiviteiten verricht, wordt fiscaal verschillend behandeld ten opzichte van een zelfstandig lichaam dat ondernemingsactiviteiten verricht. Ook al bevinden zij zich in bedrijfseconomisch gelijke omstandigheden. Anders dan bij interne 'transacties' binnen een zelfstandig belastingplichtig lichaam worden intragroepstransacties, zoals intragroepsdividenden en -vervreemdingswinsten, alsmede intragroepsdiensten en –leveringen, fiscaal erkend. Een zakelijke prijs dient in rekening te worden gebracht voor intragroepdiensten en –goederenleveringen. Tussentijdse winstneming is daarvan het gevolg. Dit is allemaal niet aan de orde bij de economisch equivalent handelingen tussen de filialen van een zelfstandig lichaam. Interne 'transacties' worden in die context fiscaal niet erkend. Daarnaast is horizontale (binnenjaarlijkse) verrekening van de binnen de groep behaalde resultaten in beginsel onmogelijk zolang deze door verschillende groepsmaatschappijen zijn behaald. Dit terwijl deze vorm van saldering van resultaten wel plaatsvindt ingeval de resultaten zijn behaald door de filialen van een zelfstandig lichaam. Deze verschillende fiscale behandeling leidt voor groepen tot liquiditeitsnadelen en economische niet-enkelvoudige belastingheffing van binnen de bedrijfseconomische eenheid behaalde ondernemingswinst. Zelfstandige lichamen en groepen gelieerde lichamen worden in gelijke omstandigheden aldus aan een verschillende belastingdruk onderworpen. Dit is onrechtvaardig.

CEN concept, I extract the element 'worldwide taxation'. By doing this, the ability to pay principle is acknowledged. From the CIN concept, I extract the element 'economic presence'. Through this, the benefit principle is acknowledged'.

¹⁶ Een heffingssysteem gebaseerd op kapitaalexportneutraliteit (waar de wereldwijd behaalde wereldwinst in de belastingheffing wordt betrokken en de buitenlandse belasting met de binnenlandse belasting over het buitenlandse inkomen wordt verrekend) verstoort de concurrentiepositie van de buitenlandse ondernemer in de situsstaat. Dergelijke systemen zijn conceptueel onjuist omdat deze 'inbound' kapitaalbewegingen in de situsstaat op eenzijdige wijze verstoren. Zie Klaus Vogel, *Which Method Should the European Community Adopt for the Avoidance of Double Taxation?*, 56 *Bulletin for International Taxation* 4 (2002) (Vogel 2002), p. 5, alsmede Brief Staatssecretaris van Financiën van 26 oktober 2009, DB09-624. Zie nader De Wilde 2010a, t.a.p., par. 6.3.1. Ook in de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 wordt overwogen dat toepassing van een beleid van kapitaalexportneutraliteit de concurrentiepositie van in het buitenland opererende ondernemingen verstoort, hetgeen impliciet erkent dat kapitaalexportneutraliteit niet daadwerkelijk neutraliteit oplevert. Zie Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, door de Staatssecretaris van Financiën aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal bij Brief van 11 februari 2011, nr. IFZ/2011/100M2, par. 1.2.3.

¹⁷ In een territoriaal heffingssysteem, gebaseerd op kapitaalimportneutraliteit (waar de winst behaald in de situsstaat in de belastingheffing betrokken wordt en de buitenlandse winst buiten de belastingheffing blijft), verschilt de winstbelastingdruk afhankelijk van de vraag of belastingplichtige zijn ondernemingswinst verspreid over verschillende staten behaalt (dislocaties). Territoriale systemen zijn conceptueel onjuist omdat deze 'outbound' kapitaalbewegingen vanuit de situsstaat op eenzijdige wijze verstoren. Zie nader De Wilde 2010a, t.a.p., par. 6.3.1. Helaas wordt het versturende effect dat toepassing van dit beleid meebrengt bij uitgaande bewegingen van kapitaal en arbeid in de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, t.a.p., niet onderkend. Dit blijkt tevens uit de overweging van de staatssecretaris in zijn 'Fiscale agenda' om een objectvrijstelling voor vaste inrichtingswinsten te introduceren.

¹⁸ Vgl. M.F. de Wilde, *Over de (on)verenigbaarheid van het fiscale-eenheidsregime met de vestigingsvrijheid*, WFR 2009/1546 (De Wilde 2009), par. 3. Zie tevens Maarten F. de Wilde, *On X Holding and the ECJ's Ambiguous Approach towards the Proportionality Test*, 19 *EC Tax Review* 170 (2010) (De Wilde 2010b), par. 3. Anders general reporter Masui in: *International Fiscal Association, Cahiers de Droit Fiscal International*, Volume 89b, *Subject II (Group taxation)*, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers Amersfoort, the Netherlands, 2004, p. 35-36.

De fiscale wetgever onderkent de versturende effecten van het klassieke stelsel bij de belastingheffing van groepen. Als correctiemechanisme kent de Wet Vpb het fiscale-eenheidsregime.¹⁹ Onder toepassing van dit regime wordt de bedrijfseconomische realiteit van de groep als één geïntegreerde economische entiteit (op verzoek) fiscaal gevolgd ('concerngedachte').²⁰ De belasting wordt van de betrokken moeder- en dochtermaatschappijen geheven alsof er één belastingplichtige is. De belasting wordt geheven bij de moedermaatschappij. Zij is materieel beschouwd de subjectief belastingplichtige. De gevoegde dochtermaatschappijen zijn materieel beschouwd transparant. A-G Wattel spreekt in dit verband van 'filialisering'.²¹ De groep wordt aldus op dezelfde wijze in de heffing van vennootschapsbelasting betrokken als een zelfstandig lichaam. Een dergelijke fiscale consolidatie brengt horizontale (verlies)verrekening mee van de door de groepsmaatschappijen behaalde resultaten. Daarnaast wordt de fiscale erkenning van intragroepstransacties teruggenomen. Groepen kunnen hun ondernemingsactiviteiten (juridisch) inrichten zonder dat dit proces door de heffing van vennootschapsbelasting wordt verstoord. Enkelvoudige heffing van binnen de bedrijfseconomische eenheid behaalde ondernemingswinst wordt op billijke en economisch efficiënte wijze bereikt.²² De onder het klassieke stelsel opgeworpen marktverstoringen worden weggenomen.²³ Economisch vergelijkbare gevallen worden op gelijke wijze fiscaal behandeld. Er wordt recht gedaan aan de economische realiteit. Dit lijkt mij rechtvaardig.

5 Huidige fiscale-eenheidsregime corrigeert niet alle verstoringen; alternatief

5.1 Toepassingsvoorwaarden fiscale consolidatie verdienen heroverweging

Om de versturende effecten die toepassing van het klassieke stelsel meebrengt op adequate wijze te kunnen wegnemen, dient het fiscale consolidatieregime zodanig te zijn ingericht dat deze de economische entiteit, dat wil zeggen de groep gelieerde lichamen, geheel omsluit. In deze paragraaf zal ik illustreren dat het fiscale-eenheidsregime onder de huidige toepassingsvoorwaarden niet alle situaties ondervangt waar in bedrijfseconomische zin van een groep sprake is. De verschillende fiscale behandeling van groepen ten opzichte van een zelfstandig lichaam wordt daardoor niet in alle economisch vergelijkbare situaties weggenomen. Zowel in een binnenlandse als in een (binnen)grensoverschrijdende context resulteert dit in marktverstoringen. De reikwijdte van het fiscale consolidatieregime verdient daarom een heroverweging. In een poging te komen tot een rechtvaardigere heffing van vennootschapsbelasting van groepen die in Nederland ondernemingsactiviteiten verrichten, zet ik in de onderstaande deelparagrafen 5.2. en 5.3 uiteen wanneer idealiter tot fiscale consolidatie zou moeten worden overgegaan. Daarbij laat ik in het midden of de voorgestelde consolidatiebenadering in technische zin terecht zou komen in artikel 15 Wet Vpb of wellicht zelfs

¹⁹ Anders R.N.F. Zuidgeest, *Verbondenheid in het belastingrecht, Fiscale Monografieën*, nr. 128, Kluwer, Deventer, 2008, pp. 228 en 401 e.v. Zuidgeest lijkt de fiscale eenheid conform de wetsystematiek als faciliteit te vooronderstellen. Ook Kok en De Vries benaderen het fiscale-eenheidsregime in dit verband hetzelfde. Zie Q.W.J.C.H. Kok en R.J. de Vries, *Het nieuwe beleidsbesluit fiscale eenheid: Belangrijke stappen vooruit en gemiste kansen*, WFR 2011/262, par. 2, waarin auteurs overwegen: "de fiscale eenheid is een faciliteit die een fundamentele inbreuk maakt op het aan de VPB ten grondslag liggende uitgangspunt dat alle lichamen zelfstandig in de belastingheffing worden betrokken, doordat het belastingobject van alle tot de fiscale eenheid behorende lichamen aan de moedermaatschappij van die eenheid wordt toegerekend."

²⁰ Vgl. A.J. van Soest, *De regeling van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting (Artikel 15 Wet Vpb. 1969)*, FED Deventer, 1983, p. 23-25. Vgl. Kamerstukken II, vergaderjaar 1999-2000, 26 854, nr. 3 (MvT), p. 4. Vgl. voorts Kamerstukken I, vergaderjaar 2001-2002, 26 854, nr. 45d (MvA), p. 10-11.

²¹ Zie conclusie A-G Wattel, 11 september 2008, V-N 2008/47.14.

²² Enkelvoudige heffing bij voordelen uit hoofde van belangen in niet gevoegde groepsmaatschappijen wordt bereikt met toepassing van de deelnemings- en dividendbelastingvrijstelling, dan wel toepassing van een 0% tarief op uitgaande dividenden krachtens belastingverdragen.

²³ Voeging van groepsmaatschappijen neemt ook de versturende effecten weg die worden veroorzaakt door de arbitraire - en tevens door de staatssecretaris als problematisch ervaren (zie Consultatiedocument, t.a.p.) - verschillende fiscale behandeling van voordelen uit financieringstransacties met eigen en vreemd vermogen. Althans, indien en voor zover het financieringstransacties binnen de groep betreft. Immers, voeging neemt de fiscale erkenning van alle intragroepstransacties terug, inclusief de fiscale erkenning c.q. arbitraire fiscale behandeling van intragroepsfinancieringstransacties. Vgl. Horst et al, t.a.p., par. 2.

helemaal vooraan in de Wet Vpb bij het vaststellen van het heffingssubject en zijn onbeperkte belastingplicht.

5.2 Verhelpen verstorende effecten in binnenlandse context

5.2.1 Doorslaggevende zeggenschap

Als voorwaarde voor voeging geldt dat de moedermaatschappij tenminste 95% van het juridische en economische eigendom van de aandelen in de dochtermaatschappij bezit ('95%-eis').²⁴ Met deze relatief eenvoudig toepasbare voorwaarde gericht op de omvang van het aandelenbezit beoogt de wetgever uitdrukking te geven aan de macht van de moedermaatschappij over de inrichting en het management van de onderliggende ondernemingsactiviteiten van de betrokken dochtermaatschappijen.²⁵ Macht ('control') van de moedermaatschappij over het financiële en operationele beleid van de (klein)dochtermaatschappij(en) is namelijk het noodzakelijke middel waarmee de beoogde bedrijfseconomische verwevenheid van de groep gelieerde lichamen gestalte krijgt.²⁶ De aan het aandelenbezit gekoppelde zeggenschapsrechten (zoals de benoemingsrechten en/of het stemrecht in de aandeelhoudersvergadering) bieden de benodigde macht om de onderliggende ondernemingsactiviteiten te sturen.

De omvang van het aandelenbezit geeft een indicatie voor de mate van zeggenschap bij de aandeelhouder. Maar niet meer dan dat. De macht om de onderliggende ondernemingsactiviteiten te sturen, correleert namelijk niet noodzakelijk recht evenredig met de omvang van het aandelenbezit. Deze kan op verschillende manieren zijn gegrond. Zo kunnen aan verschillende soorten aandelen verschillende soorten zeggenschapsrechten zijn gekoppeld. De macht van de moedermaatschappij kan zelfs gegrond zijn op andere vermogensrechtelijke betrekkingen dan aandelenbezit.²⁷ In dit verband is te denken aan aandeelhoudersovereenkomsten tussen een samenwerkende groep aandeelhouders en/of andere personen met vermogensrechtelijke betrekkingen in een kapitaalvennootschap (bijv. schuldeisers). Het is niet noodzakelijk om 95% van het aandelenkapitaal in bezit te hebben om de beoogde bedrijfseconomische integratie tot stand te kunnen brengen. Zowel bij meer als bij minder omvangrijke belangen kan in bedrijfseconomische zin van een groep sprake zijn. Of juist niet. Een en ander is uiteindelijk slechts afhankelijk van de met de vermogensrechtelijke betrekkingen gepaard gaande zeggenschap. Een aandelenomvangcriterium als de 95%-eis kan dus eigenlijk niet anders dan willekeurig gekozen zijn en is zodoende ongeschikt ter ondervanging van de economische macht van de moedermaatschappij.²⁸ Dit geldt mijns inziens uiteindelijk zelfs voor iedere aandelenomvangs-eis.

Teneinde de bedrijfseconomische integratie tot stand te kunnen brengen, is doorslaggevende zeggenschap van de moedermaatschappij over de onderliggende ondernemingsactiviteiten van de dochtermaatschappij(en) noodzakelijk (centralisatie van de ondernemingsleiding). De moedermaatschappij dient derhalve te beschikken over een vermogensrechtelijke betrekking dat haar deze zeggenschap biedt. Alleen dan zal sprake kunnen zijn van de beoogde bedrijfseconomische verwevenheid van het samenstel van moeder- en

²⁴ Zie artikel 15 Wet Vpb.

²⁵ Vgl. Kamerstukken II, vergaderjaar 1999-2000, 26 854, nr. 3 (MvT), p. 4, waarin de wetgever in dit verband refereert aan de onzelfstandige positie van een dochtermaatschappij die in de fiscale eenheid is opgenomen.

²⁶ Zie Reuven S. Avi-Yonah, *The Structure of International Taxation: A Proposal for Simplification*, 74 *Texas Law Review* 1301 (1996) (Avi-Yonah), p. 1309, alsmede OECD Investment Division, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, *OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*, 4th Edition, OECD, Paris, 2008 (OECD 2008), p. 15.

²⁷ Wel beschouwd mogelijk zelfs op geheel andere betrekkingen dan vermogensrechtelijke. Dit laat ik verder buiten beschouwing.

²⁸ Dit geldt mijns inziens ook voor een omvangcriterium van 50% of meer. Anders P. Kavelaars, *Naar een Europese winstgrondslag (deel 2)*, WFR 2008/1218 (Kavelaars), waar hij in par. 5.3. in het kader van het CCCTB-project wijst op de algemene voorkeur voor een eenduidig en zo laag mogelijk aandelenbezitpercentage, dat overigens niet lager dan 50% kan liggen. Vgl. de Duitse en Italiaanse consolidatieregimes die openstaan vanaf +50% belangen. Bron: IBFD Database, *European Tax Surveys, Germany & Italy - Corporate Taxation*. Vgl. voortz Engelen et al 2008, t.a.p., waarin zij een vergelijkbaar criterium hebben voorgesteld ("belang van meer dan de helft") om een verbonden lichaam te definiëren voor toepassing van de door hen voorgestelde aftrekbeperkingen bij financieringstransacties ("defiscalisering groepsrente" en "beperking aftrek derdenrente in verband met een deelneming in een verbonden lichaam") en J. Gooijer, *Een aanzet tot aanpassing van het verbondenheids criterium in de vennootschapsbelasting*, WFR 2006/560.

dochtermaatschappij(en) tot één economische entiteit. En alleen als de moedermaatschappij over doorslaggevende zeggenschap beschikt, zal het samenstel van moeder- en dochtermaatschappij in economische zin vergelijkbaar kunnen zijn met de situatie waar een zelfstandig lichaam zijn ondernemingsactiviteiten vanuit één of meerdere filialen uitoefent. Immers, in bedrijfseconomische zin zit er geen verschil tussen de situaties waar een ondernemingsactiviteit wordt ontplooid vanuit een filiaal (direct) of vanuit een filiaal van een gecontroleerde dochtermaatschappij (indirect).²⁹

Dit brengt mee dat de mogelijkheid tot voeging in beginsel zou moeten open staan voor belangen waarbij materieel sprake is van doorslaggevende zeggenschap.³⁰ De 95%-eis zou daarom moeten worden vervangen door een zeggenschaps criterium. De moedermaatschappij moet de vermogensrechtelijke betrekking wel als bedrijfsmiddel aanhouden (zie par. 5.2.2). In gevallen waar een lichaam geen doorslaggevende zeggenschap heeft over de onderliggende ondernemingsactiviteiten van haar deelnemingen, zal van bedrijfseconomische integratie tot een bedrijfseconomische eenheid noodzakelijk geen sprake kunnen zijn. De betrekking geeft de houder ervan onvoldoende economische macht om de onderliggende ondernemingsactiviteiten te sturen. Waar doorslaggevende zeggenschap ontbreekt, is het samenstel van aandeelhouder en deelneming dan ook niet vergelijkbaar met het samenstel van moeder- en dochtermaatschappij, dan wel het zelfstandige lichaam dat zijn ondernemingsactiviteiten vanuit een filiaal (of vaste inrichting) uitoefent.³¹⁻³² Voeging van aandeelhouder en deelneming zou dan onjuist zijn. Enkelvoudige belastingheffing van ondernemingswinsten zou bij afwezigheid van doorslaggevende zeggenschap op een andere wijze dan fiscale consolidatie moeten worden gerealiseerd.³³

5.2.2 Motief: belang dat doorslaggevende zeggenschap biedt houden als bedrijfsmiddel

Onder de concerngedachte is doorslaggevende zeggenschap een noodzakelijke voorwaarde voor het identificeren van de groep voor toepassing van de Wet Vpb. Maar het is wel een onvoldoende voorwaarde: het zegt niets over het motief van de betrokken moedermaatschappij tot vestiging of handhaving van de bedrijfseconomische integratie van de groep gelieerde lichamen tot één economische entiteit. Doorslaggevende zeggenschap biedt een aanwijzing voor het motief van de moedermaatschappij. Goede kans bestaat dat zij in dat geval het belang houdt met het oogmerk voornoemde bedrijfseconomische integratie tot stand te brengen. Maar dit hoeft

²⁹ Dit lijkt te verklaren waarom het HvJ onder de vestigingsvrijheid voor een zeggenschaps criterium kiest ('definite influence') voorafgaand aan de vergelijking tussen secundaire vestiging door middel van een filiaal (vaste inrichting) en een dochtermaatschappij. Vgl. HvJ, zaken C-251/98 (*Baars*), C-284/06 (*Burda*), C-307/97 (*Saint-Gobain*), C-298/05 (*Columbus*), C-524/04 (*Thin Cap GLO*) en C-446/04 (*FII*). Vgl. HR 26 september 2008, BNB 2009/24. Anders HvJ, zaken C-157/05 (*Holböck*) en C-182/08 (*Glaxo*). Vgl. HvJ, gevoegde zaken C-436/08 en C-437/08 (*Haribo/Salinen*). Zie over de samenloop van verkeersvrijheden Daniel S. Smit, *The relationship between the free movement of capital and the other EC Treaty freedoms in third country relationships in the field of direct taxation: a question of exclusivity, parallelism or causality?*, 16 EC Tax Review 252 (2007) (Smit).

³⁰ Vgl. IAS 27.13, alsmede Consultatiedocument, t.a.p., waarin de staatssecretaris met zijn voorstel voor een verplichte groepsrentebox (80%-defiscalisering van groepsrente) kiest voor een zeggenschaps criterium. Helaas blijft de overweging van een uniforme groepsdefinitie voor toepassing van de gehele Wet Vpb in het Consultatiedocument achterwege.

³¹ Om deze reden meen ik dat de vergelijking van het HvJ tussen belastingplichtige lichamen met een binnenlandse deelneming en belastingplichtige lichamen met een buitenlandse deelneming een juiste is, in gevallen waar van doorslaggevende zeggenschap geen sprake is. Vgl. HvJ in zaak C-168/01 (*Bosal*) waarin het hof de vergelijking op deze wijze maakt. Waar het aandelenbezit als bedrijfsmiddel wordt aangehouden en de aandeelhouder doorslaggevende zeggenschap biedt, lijkt mij de vergelijking tussen (buitenlandse) dochtermaatschappij en filiaal (vaste inrichting) onder toepassing van de vestigingsvrijheid de juiste. Vgl. Terra et al, p. 234 e.v. Wattel maakt dit onderscheid niet en betoogt dat bij iedere deelnemings situatie een buitenlandse deelneming moet worden vergeleken met een in het buitenland gelegen vaste inrichting. Tevens conclusie A-G Wattel, 19 oktober 2000, V-N 2000/51.15 (A-G Wattel 2000).

³² Dit lijkt te verklaren waarom het HvJ bij belangen die de aandeelhouder geen 'definite influence' biedt aan het vrije verkeer van kapitaal toetst in plaats van de vestigingsvrijheid. Zie *FII*, t.a.p. Vgl. HvJ, zaak C-208/00 (*Überseering*) alsmede *Baars*, t.a.p. en *Burda*, t.a.p. (nb. de laatste twee a contrario).

³³ Wellicht door middel van een vermogensaftrekmechanisme (allowance for corporate equity; 'ACE'), waarbij enerzijds op het niveau van de deelneming een notionele vermogensaftrek wordt toegestaan en anderzijds voor de aandeelhouder een notionele vermogensbijtelling geldt. Dit zou kunnen worden gecombineerd een belastingvrijstellingsmechanisme op het niveau van de aandeelhouder voor de onderliggende (reeds belaste) verlengstukwinsten. Dit laatste ter voorkoming van economische dubbele heffing over de verlengstukwinst. Daarmee zou louter de behaalde overwinst (business cash flow) in de vennootschapsbelasting worden betrokken. Vgl. Van der Geld 2011, t.a.p.

niet steeds zo te zijn. Het is denkbaar dat de aandeelhouder het belang om een andere reden aanhoudt. Bijvoorbeeld als beleggings- of handelsobject.

Met het oogmerk van de aandeelhouder dient mijns inziens eveneens rekening te worden gehouden bij het afbakenen van de reikwijdte van het fiscale-eenheidsregime. Dit vraagt om een antwoord naar de feitelijke vraag naar de bedoeling van de moedermaatschappij met haar doorslaggevende zeggenschap biedende rechtsbetrekking. Aanknopingspunten voor het vinden van een antwoord liggen in een beschouwing van de functie van de vermogensrechtelijke betrekking in het vermogen van de houder ervan. Naar positief Nederlands belastingrecht wordt de functie van een vermogensbestanddeel bepaald aan de hand van de feitelijke vraag naar de bedoeling (motief) van de belastingplichtige bij de aanwending ervan. Deze bedoeling wordt geobjectiveerd aan de hand van de plaats die het goed inneemt in het vermogen van belastingplichtige. In dit verband kan onderscheid worden gemaakt tussen vlottende bezittingen (beleggingen, voorraden) en vaste bezittingen (bedrijfsmiddelen). Van een vermogensbestanddeel dat wordt aangehouden als belegging is sprake wanneer belastingplichtige een vermogensrechtelijke betrekking aanhoudt met het oog op de waardestijging en het rendement daarvan dat bij normaal vermogensbeheer te verwachten is.³⁴ Belastingplichtige stelt zijn vermogen tegen een vergoeding beschikbaar ten behoeve van de (ondernemings)activiteiten van een ander.³⁵ Van een vermogensbestanddeel dat wordt aangehouden als voorraad is sprake wanneer vermogensbestanddelen als handelsobject in het ondernemingsvermogen van belastingplichtige aanwezig zijn.³⁶ Van een vermogensbestanddeel dat wordt aangehouden als bedrijfsmiddel is sprake wanneer belastingplichtige het goed aanhoudt met het oogmerk deze duurzaam te gebruiken voor de eigen ondernemingsuitoefening.³⁷ Waar vermogensbestanddelen als voorraad of bedrijfsmiddel worden aangehouden, stelt belastingplichtige zijn vermogen beschikbaar ten behoeve van zijn eigen ondernemingsactiviteiten.³⁸ Verschil tussen voorraad en bedrijfsmiddel is dat vermogensbestanddelen die als voorraad worden aangehouden één productieproces meegaan. Goederen die als bedrijfsmiddel in het vermogen van belastingplichtige aanwezig zijn, gaan meerdere productieprocessen mee. Betreft het geëxploiteerde vermogensbestanddeel een aandelenbelang, dan geldt het voorgaande mutatis mutandis evenzeer.³⁹ Ik zie niet in waarom de aard van het betreffende vermogensbestanddeel (materieel, immaterieel, monetair) in dit verband verschil zou moeten maken.

Voeging zou alleen moeten open staan wanneer de moedermaatschappij de betrekking – die haar doorslaggevende zeggenschap biedt – aanhoudt om het duurzaam (dus meer dan één productieproces) te gebruiken voor de onderliggende ondernemingsuitoefening van de groep. Zeggenschap alleen is niet voldoende. Het moet ook ergens voor worden aangewend. De concerngedachte verlangt dat het belang de integratie van de groepsmaatschappijen tot een bedrijfseconomische eenheid weerspiegelt. Dit is slechts aan de orde wanneer de moedermaatschappij haar doorslaggevende zeggenschap biedende rechtsbetrekking als bedrijfsmiddel aanhoudt.⁴⁰ Alleen dan wordt het duurzaam voor de eigen

³⁴ Zie HR 27 september 1995, BNB 1996/18 en HR 21 oktober 2005 BNB 2006/126.

³⁵ Zie Avi-Yonah, t.a.p., p. 1305-1310. Belastingplichtigen kunnen eigen- en vreemd vermogen, maar uiteraard ook andere (im)materiële vermogensbestanddelen tegen een vergoeding (dividend, interest, huur, royalty) aan die ander ter beschikking stellen.

³⁶ Zie HR 17 april 1957, BNB 1957/238, HR 11 februari 1953, BNB 1953/72 en HR 11 maart 1953, BNB 1953/119.

³⁷ Zie HR 11 maart 1953, BNB 1953/119, HR 27 november 1957, BNB 1958/6 en HR 21 oktober 1959, BNB 1959/357. Vgl. HR 6 juni 2008, V-N 2008/27.9.

³⁸ Vgl. Avi-Yonah, t.a.p., p. 1305-1310.

³⁹ Voor jurisprudentie ten aanzien van de vraag wanneer aandelen als belegging worden gehouden, zie HR 7 november 1973, BNB 1974/2, HR 8 november 1989, BNB 1990/73, HR 5 november 1997, BNB 1998/37-38, HR 26 augustus 1998, BNB 1998/373, HR 10 november 1999, BNB 2001/140 en HR 14 maart 2001, BNB 2001/210. Zie over deze jurisprudentie o.m. P.J.M. Bongaarts en P.H.J. Essers, *Recente fiscale ontwikkelingen op het gebied van beleggingen*, WFR 1990/673, H.G.M. Dijkstra en F.M.B.K. Hoenjet, *Deelnemingsvrijstelling en belegging*, WFR 1994/1008, F.A. Engelen, *De arresten van 5 november 1997 inzake de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op een aandelenbezit van minder dan 5%: omwenteling of niet?*, WFR 1998/1280, D.M. Juch en W.C.M. Martens, *Hoge Raad verduidelijkt onderscheid tussen deelnemen en beleggen?*, WFR 2000/490, W.C.M. Martens, *Deelnemen versus beleggen*, WFR 2003/1675 en F.A. Engelen, *Deelneming of belegging?*, MBB 1998/129. Zie voorts L.A. Lutz en W.C.M. Martens, *Het nieuwe besluit deelnemingsvrijstelling 2010*, MBB 2010/365.

⁴⁰ Het oogmerk van belastingplichtige biedt wellicht ook een aanknopingspunt voor een antwoord op de vraag welke verkeersvrijheid van toepassing zou moeten zijn in gevallen waar belastingplichtigen meerderheidsbelangen aanhouden

ondernemingsuitoefening van de groep aangewend. Steun voor deze opvatting vind ik in het resultaat van een vergelijking van enerzijds de concerngedachte met anderzijds de verlengstukgedachte als (traditionele) normatieve grondslag voor de deelnemingsvrijstelling. De deelnemingsvrijstelling tracht de verstoring van het klassieke stelsel te corrigeren in gevallen waar belastingplichtigen anderen (deelnemingen) voorzien van fiscaal eigen vermogen. Bedoelde verstoring is hier de economische dubbele heffing over de onderliggende verlengstukwinst.⁴¹ In gevallen waar het belang van de aandeelhouder niet staat voor een bedrijfseconomische eenheid, maar het niettemin een zekere mate van bedrijfseconomische integratie van de ondernemingsactiviteiten van aandeelhouder en deelneming representeert (verlengstukgedachte), dienen de opgeworpen verstoringen onder het klassieke stelsel te worden weggenomen (ne bis in idembeginsel). Net als bij de concerngedachte weerspiegelt het belang hier de bedrijfseconomische integratie tussen de betrokken kapitaalvennootschappen.⁴² De traditionele verlengstukgedachte verlangt echter een gradueel minder sterke bedrijfseconomische integratie dan de concerngedachte. Dit is logisch. Bij deelnemingen worden de ondernemingsactiviteiten van een derde met fiscaal eigen vermogen gefinancierd, terwijl het bij groepsmaatschappijen om de financiering van de geïntegreerde ondernemingsactiviteiten van de groep zelf betreft. De deelnemingsvrijstelling is zo beschouwd een minder vergaande uitvoering van de fiscale eenheid.⁴³ Conceptueel bezien lijkt het omslagpunt van deelneming naar dochtermaatschappij mij te liggen bij doorslaggevende zeggenschap. In zijn jurisprudentie over de deelnemingsvrijstelling refereert de Hoge Raad aan het bedrijfsmiddel deelneming.⁴⁴ Nu de traditionele verlengstukgedachte verlangt dat het belang als bedrijfsmiddel wordt aangehouden, geldt dit a fortiori mijns inziens eveneens onder de concerngedachte.

De concerngedachte verzet zich tegen voeging van belangen in derden, die als belegging of voorraad worden aangehouden. Van een bedrijfseconomische eenheid is dan geen sprake. Immers, bij beleggings- en voorraadbelangen heeft de functie van het aandelenbezit als waardepapier of handelsobject primaire betekenis. De aandeelhouder koestert slechts secundair belangstelling voor de achter de waardepapieren schuilgaande vermogensbestanddelen en/of (ondernemings)activiteiten van de kapitaalvennootschap waarin het belang wordt aangehouden. Voeging van beleggings- of voorraadbelangen zou dan ook niet mogelijk mogen zijn. Aan de aard van de achterliggende vermogensbestanddelen van het lichaam waarin het voorraad- of beleggingsbelang gehouden wordt, zou overigens geen zelfstandige betekenis mogen worden verleend bij het vaststellen van het oogmerk bij de aandeelhouder. Dit omdat de aard van de achterliggende vermogensbestanddelen louter een aanwijzing biedt voor het oogmerk van de aandeelhouder, nu deze de courantheid van het aandelenbelang beïnvloedt.

Onder de huidige toepassingsvoorwaarden van het fiscale-eenheidsregime kunnen belangen in beleggingsinstellingen en belangen in zogenoemde voorraaddochters niet worden gevoegd.⁴⁵ Echter, onder de thans geldende voorwaarden voor toepassing van het fiscale-eenheidsregime is het onder omstandigheden mogelijk om bepaalde beleggings- en voorraadbelangen in derden te voegen in de fiscale eenheid. Dit brengt verstoringen mee. In de

in buitenlandse kapitaalvennootschappen. Het HvJ lijkt hier geen eenduidige lijn te hanteren. In *Burda*, t.a.p. acht het HvJ bij meerderheidsbelangen louter de vestigingsvrijheid van toepassing. Dit op de grond dat feitelijk sprake is van doorslaggevende zeggenschap. In de zaken *Holböck*, t.a.p. en *Glaxo*, t.a.p. toetst het HvJ meerderheidsbelangen niettemin aan de vrijheid van kapitaalverkeer. Dit op basis van de ratio van de aan de orde gestelde regeling. Zie hierover nader Sigrid Hemels, Joost Rompen, Patrick Smet, Isabelle De Waele, Steffan Adfeldt, Gottfried Breuninger, Markus Ernst, Viviane Carpentier, Siamak Mostafavi, *Freedom of Establishment or Free Movement of Capital: Is there an Order of Priority? Conflicting Visions of National Courts and the ECJ*, 19 EC Tax Review 19 (2007), p. 31. Helaas legt het HvJ in zijn jurisprudentie geen functionele toets aan. Zou het HvJ het oogmerk van belastingplichtige eveneens in beschouwing nemen, dan zou de vestigingsvrijheid exclusief van toepassing kunnen zijn in situaties waar sprake is van a) doorslaggevende zeggenschap waarbij b) belastingplichtige het belang als bedrijfsmiddel aanhoudt. In de (overige) gevallen waar belastingplichtige het belang niet met dit oogmerk aanhoudt, zou ruimte zijn voor toetsing aan de kapitaalverkeers- (in gevallen waar de belangen als belegging worden gehouden) of dienstenverkeersvrijheid (in gevallen waar de belangen als voorraad worden gehouden).

⁴¹ Zie artikel 13 Wet Vpb. Krachtens artikel 13, lid 2, Wet Vpb komen naast aandelen ook bewijzen van deelgerechtigdheid, lidmaatschap van een coöperatie en commanditaire deelname in een open commanditaire vennootschap in aanmerking voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Dit blijft verder buiten beschouwing.

⁴² Zie HR 26 januari 1966, BNB 1966/89.

⁴³ Vgl. Kamerstukken I, vergaderjaar 2001-2002, 26 854, nr. 45d (MvA), p. 10-11.

⁴⁴ Zie HR 24 mei 2002, BNB 2002/262.

⁴⁵ Art. 15, lid 3, onderdelen b en f, Wet Vpb. De fiscale eenheid van beleggingsinstellingen blijft buiten beschouwing.

eerste plaats is een beleggingsbelang thans alleen van voeging uitgesloten wanneer de aandeelhouder het via een beleggingsinstelling, dus indirect, aanhoudt. Het belang hoeft echter niet noodzakelijk via een beleggingsinstelling te worden aangehouden om in materiële zin als beleggingsbelang te kunnen kwalificeren. Beleggingsinstellingenregimes hebben conceptueel geen onderscheidende fiscale betekenis. Zij bestaan louter om maatschappelijk gewenste schaalvoordelen en risicospreiding bij collectieve beleggingen via een intermediair beleggingsvehikel niet teniet te doen door collectieve beleggingen aan een verschillende belastingdruk te onderwerpen dan direct aangehouden beleggingen.⁴⁶ Daartoe worden beleggingsinstellingen fiscaal ‘weggedacht’. Dit is technisch vorm te geven met een 0% tarief (vgl. de fiscale beleggingsinstelling), een objectieve of subjectieve vrijstelling (vgl. de vrijgestelde beleggingsinstelling), dan wel fiscale transparantie (vgl. het besloten fonds). Onder de concerngedachte behoren alle beleggingsbelangen in derden van voeging te zijn uitgesloten, ongeacht of deze direct dan wel indirect, via een beleggingsinstelling, worden aangehouden. In de tweede plaats kunnen aandelen in derden die als handelsobject in het ondernemingsvermogen aanwezig zijn thans onder omstandigheden worden gevoegd. De Hoge Raad heeft namelijk de reikwijdte van het voorraadcriterium (‘niet-als-voorraadeis’) met een historische interpretatie ingeperkt tot de handel in aandelen in lege of kasgeldvennootschappen.⁴⁷ Voorraadbelangen in vennootschappen met andere bezittingen dan liquide middelen kunnen (op verzoek) worden gevoegd. Onder het positieve Nederlandse belastingrecht bepaalt de aard van de onderliggende bezittingen van deze kapitaalvennootschappen de kwalificatie van het aandelenbezit bij de aandeelhouder als voorraad. Dit lijkt mij onjuist. Onder de concerngedachte behoort ieder belang dat belastingplichtige als voorraad aanhoudt van voeging te zijn uitgesloten, ongeacht de aard van de achterliggende vermogensbestanddelen van het lichaam waarin het belang gehouden wordt.

Teneinde recht te doen aan de concerngedachte zou een functionele eis in de Wet Vpb moeten worden geïntroduceerd. Deze zou dan gelden naast het zeggenschaps criterium als hierboven uiteengezet in paragraaf 5.2.1. Een functionele benadering kan in de Wet Vpb worden geïntroduceerd door de term ‘bedrijfsmiddel’ als toepassingsvoorwaarde voor fiscale consolidatie op te nemen. Lichamen zouden dan alleen voor voeging in aanmerking komen als de moedermaatschappij de betreffende rechtsbetrekking als bedrijfsmiddel aanhoudt. Alternatief zou opname van een ‘echte’ niet-als-voorraadeis en een niet-als-beleggingseis zijn.⁴⁸ Bij de nadere invulling van de niet-als-beleggingseis zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de oogmerktoets zoals deze per 1 januari 2010 in de deelnemingsvrijstelling is geïntroduceerd. De functionele benadering zou mogelijk met een bewijsregel nader kunnen worden vormgegeven.⁴⁹

Om arbitrage te vermijden, zou de consolidatie van rechtswege moeten worden toegepast. Dit zou eventueel kunnen worden gecombineerd met een declaratoire beschikking van de inspecteur (zoals thans bij de fiscale eenheid voor de omzetbelasting het geval is).⁵⁰

Uitsluiting van fiscale consolidatie van beleggings- en voorraadbelangen betekent dat in die gevallen zou worden teruggevallen op het uitgangspunt dat ieder lichaam zelfstandig belastingplichtig is. Dit leidt weer tot marktverstoringen: dubbele belastingheffing over hetzelfde

⁴⁶ Vgl. HR 14 april 2006, BNB 2006/253.

⁴⁷ Zie HR 23 februari 2000, BNB 2000/215-217. Vgl. HR 13 oktober 2006, BNB 2007/61. Zie tevens Hof 's-Gravenhage, 15 juli 2008, V-N 2008/45.4. Zie over de ontwikkeling van het voorraadcriterium: Kamerstukken II, vergaderjaar 1987-1988, 19 729, nr. 10 (Handelingen) p. 45 e.v., Kamerstukken II, vergaderjaar 1989-1990, 19 968, nr. 13 (Tweede Nota van Wijziging), p. 7 alsmede nr. 41c (Memorie van Antwoord), p. 4, Kamerstukken II, vergaderjaar 1999-2000, 26 854, nr. 3 (MvT), p. 20 e.v., V-N 1999/51.4, Kamerstukken II, vergaderjaar 2005-2006, 30 572, nr. 3 (MvT), p. 54-55 en p. 70, V-N 2006/30.3, alsmede nr. 4 (Advies Raad van State en Nader Rapport), p. 26-27. Zie voorts Besluit Staatssecretaris van Financiën van 23 oktober 2003, nr. CPP2003/1917M, V-N 2003/56.14 en Brief Staatssecretaris van Financiën van 10 juli 2007, nr. DB07-115U, V-N 2007/35.18. Zie nader D.M. Juch en W.C.M. Martens, *De deelnemingsvrijstelling in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969*, Fiscale Brochures, FED Deventer, zevende druk, 2002, G.J.R. Bennen en R. van Dam, Reikwijdte van het begrip voorraad in het wetsvoorstel deelnemingsvrijstelling, WFR 1990/65, W.C.M. Martens, *De deelnemingsvrijstelling in 2007 (deel II)*, MBB 2006/301, E.J.W. Heithuis, *Werken aan de deelnemingsvrijstelling*, TFO 2006/169, W. Bruins Slot, *Voordelen uit hoofde van een deelneming en provisie voor dienstverlening: een even bekritiseerde als lang bestaande symbiose*, NTFR Beschouwingen 2007/1.

⁴⁸ Vgl. Kamerstukken I, vergaderjaar 2001-2002, 26 854, nr. 45d, p. 10 e.v.

⁴⁹ Vgl. Strik, t.a.p., par. 5.1, alsmede de bewijsregel in artikel 10a Wet Vpb.

⁵⁰ Vgl. Kavelaars, t.a.p., par. 5.3.

type inkomen, bijvoorbeeld het beleggingsrendement. Een oplossing voor de versturende effecten van het klassieke stelsel bij beleggings- en voorraadbelangen dient naar mijn mening buiten het fiscale-eenheidsregime te worden gezocht. De wetgever en de Hoge Raad hebben getracht de dubbele belastingheffing in deze gevallen te verminderen door de traditionele verlengstukgedachte als normatieve grondslag achter de deelnemingsvrijstelling te laten verwateren. Thans geldt de deelnemingsvrijstelling ook voor beleggings- en voorraadbelangen.⁵¹ Het deelnemingsvrijstellingsregime fungeert daarmee feitelijk als een '5%-aandelenbelangvrijstelling', waarbij uit antimisbruikoverwegingen - specifiek voor zogenoemde 'niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen' - een 'switch-over' naar de indirecte verrekeningsmethode wordt toegepast.

5.3 Verhelpen obstakels in (binnen)grensoverschrijdende context; onbeperkte belastingplicht groepen en belastingvrijstelling voor buitenlandse winst

De concerngedachte wordt thans niet toegepast op de (binnen)grensoverschrijdende ondernemingsactiviteiten van lichamen en groepen gelieerde lichamen. Anders dan bijvoorbeeld Frankrijk ('regime du bénéfice mondial consolidé') en Italië ('consolidato mondiale') kent Nederland geen grensoverschrijdende fiscale eenheid. Zowel voor zelfstandige lichamen als voor groepen wordt het klassieke stelsel in (binnen)grensoverschrijdende gevallen gehandhaafd.

Waar het (binnen)grensoverschrijdende ondernemingsactiviteiten van een in Nederland zelfstandig belastingplichtig lichaam betreft, komt het klassieke stelsel tot uitdrukking in de zelfstandigheidsfictie: vaste inrichtingen worden geacht een onafhankelijke zelfstandige onderneming te vormen. Waar het (binnen)grensoverschrijdende ondernemingsactiviteiten van een in Nederland belastingplichtige groep gelieerde lichamen betreft, komt het klassieke stelsel tot uitdrukking in het gegeven dat voeging van buitenlandse groepsmaatschappijen in de fiscale eenheid thans in beginsel niet wordt toegelaten. Als regel dient de gehele keten van kapitaalvennootschappen, van (groot)moeder- t/m (klein)dochtermaatschappij(en), in Nederland te zijn gevestigd.⁵² Buiten Nederland gevestigde groepsmaatschappijen kunnen alleen worden gevoegd indien en voor zover zij een onderneming drijven vanuit een in Nederland gelegen vaste inrichting. Bovendien dient het aandelenbezit aan het vaste inrichtingvermogen toerekenbaar te zijn. De volgende situaties zijn daardoor onmogelijk:

- voeging van Nederlandse (groot)moeder- t/m een Nederlandse (klein)dochtermaatschappij(en), ingeval de tussenhouder(s):
 - buiten Nederland gevestigd is (zijn) en;
 - niet beschikt (beschikken) over een in Nederland gelegen vaste inrichting(en) waaraan het aandelenbezit in de kleindochtermaatschappij(en) toerekenbaar is;
- voeging van Nederlandse zustermaatschappijen met de gezamenlijke (groot)moedermaatschappij ingeval deze (groot)moedermaatschappij:
 - buiten Nederland gevestigd is en;
 - niet beschikt over een in Nederland gelegen vaste inrichting waaraan het aandelenbezit in de (klein)dochtermaatschappijen (zustermaatschappijen) toerekenbaar is;
- voeging van een buiten Nederland gevestigde (groot)moeder- of (klein)dochtermaatschappij(en) zonder vaste inrichting in Nederland waaraan het aandelenbezit toerekenbaar is.⁵³

Handhaving van het klassieke stelsel ten aanzien van de (binnen)grensoverschrijdende ondernemingsactiviteiten van in Nederland belastingplichtige lichamen en groepen, leidt onder omstandigheden tot eenzijdig door Nederland opgeworpen marktverstoringen (obstakels). Dit

⁵¹ Zie J.P. Boer en M.H.C. Ruijschop, *Het afscheid van een eenduidig deelnemingsbegrip*, WFR 2007/273. Gevolg is dat heffing van vennootschapsbelasting over vermogenswinsten behaald bij de handel in onroerende zaken thans naar willekeur kan worden uitgesteld door de onroerende zaken in te brengen in kapitaalvennootschappen (onroerendezaaklichamen) en vervolgens de aandelen te verhandelen. Vgl. HR 13 oktober 2006, BNB 2007/61 en Hof 's-Gravenhage, 15 juli 2008, V-N 2008/45.4.

⁵² Zie artikel 15 Wet Vpb.

⁵³ Zie nader De Wilde 2009, t.a.p., par. 2.

komt omdat aan het buitenland toerekenbare ondernemingswinst niet in alle economisch vergelijkbare gevallen op economisch efficiënte wijze buiten de Nederlandse heffingsgrondslag blijft. In Nederland worden effectief twee verschillende voorkomingsmethoden gehanteerd om de buitenlandse ondernemingswinst van belastingplichtige lichamen en groepen buiten de binnenlandse heffingsgrondslag te houden. Indien en voor zover de buitenlandse ondernemingsactiviteiten worden verricht vanuit binnenlands belastingplichtige lichamen, wordt de buitenlandse ondernemingswinst buiten de heffingsgrondslag gehouden met toepassing van de methode van de belastingvrijstelling. De versturende werking van het klassieke stelsel wordt onder deze voorkomingsmethode weggenomen. Er komen geen dislocaties op.⁵⁴ Indien en voor zover de buitenlandse ondernemingsactiviteiten zijn ondergebracht in buitenlands belastingplichtige lichamen, wordt de buitenlandse ondernemingswinst materieel gezien in Nederland objectief van de heffing van vennootschapsbelasting vrijgesteld ('objectvrijstelling').⁵⁵ De versturende werking van het klassieke stelsel blijft onder toepassing van de objectvrijstelling in stand. Er ontstaan dislocaties.⁵⁶

Fiscale jurisdictieverandering van *binnenlands* belastingplichtige lichamen en groepen verloopt zonder obstakels, fiscale jurisdictieverandering van *buitenlands* belastingplichtige lichamen en groepen niet. De winstbelastingdruk in Nederland op het resultaat uit (binnen)grensoverschrijdende ondernemingsactiviteiten van buitenlands belastingplichtige lichamen en groepen verschilt ten opzichte van de winstbelastingdruk in Nederland op het resultaat uit (binnen)grensoverschrijdende ondernemingsactiviteiten van binnenlands belastingplichtige lichamen en groepen. Louter vanwege de vestigingsplaats van belastingplichtige dan wel het feit dat de ondernemingswinst verspreid over meerdere staten is behaald. Voor deze verschillende behandeling bestaat naar mijn mening geen rechtvaardiging. Buitenlands belastingplichtige lichamen en groepen verdienen dezelfde fiscale behandeling als binnenlands belastingplichtige lichamen en groepen. In gevallen waar het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ('VWEU') van toepassing is, is deze verschillende behandeling *in abstracto* onverenigbaar met de vestigingsvrijheid.⁵⁷

Een rechtvaardig Nederlands internationaal winstbelastingstelsel vraagt om een consistente toepassing van de concerngedachte in (binnen)grensoverschrijdende situaties en daarmee om grensoverschrijdende fiscale consolidatie. In navolging van Franse en Italiaanse precedentes zou Nederland buitenlandse dochtermaatschappijen moeten voegen om daarmee ook in (binnen)grensoverschrijdende situaties recht te doen aan de bedrijfseconomische realiteit van de groep als één economische entiteit. In tegenstelling tot de Franse en Italiaanse regimes zouden alle groepsmaatschappijen van rechtswege moeten worden gevoegd, met inbegrip van buitenlandse moedermaatschappijen. Zoals in paragraaf 5.2 is betoogd, zouden alle groepsmaatschappijen van rechtswege moeten worden gevoegd, indien en voor zover bij de (groot)moedermaatschappij sprake is van doorslaggevende zeggenschap (par. 5.2.1) en deze

⁵⁴ Het klassieke stelsel wordt gehanteerd. Voor de territoriale toedeling van ondernemingswinst wordt immers aangeknoopt bij de zelfstandigheidfictie, het dienstbaarheidscriterium en het at arm's lengthbeginsel. De belastingvrijstellingmethode verhelpt de versturende effecten van het klassieke stelsel. Onder de belastingvrijstelling worden binnenlands belastingplichtige lichamen voor het wereldwijd behaalde inkomen in de belastingheffing betrokken (grondslagvoorbehoud). Zij kunnen hierdoor negatieve inkomensbestanddelen uit buitenlandse bronnen ten laste van de Nederlandse heffingsgrondslag brengen. Dit maakt horizontale verliescompensatie van verliezen uit buitenlandse bronnen mogelijk. Ook kunnen zij zonder fiscale eindafrekening vermogensbestanddelen naar het buitenland overbrengen. Enkelvoudige heffing wordt gegarandeerd met de inhaal- en doorschuifregeling. Zie voor een cijfermatige uitwerking, Maarten F. de Wilde, *What if Member States Subjected Non-Resident Taxpayers to Unlimited Income Taxation whilst Granting Double Tax Relief under a Netherlands-Style Tax Exemption?*, Bulletin for International Taxation, 2011 (Volume 65), No. 6. Het klassieke stelsel geldt onder het Nederlandse internationale belastingrecht overigens in beginsel niet voor interne 'leningen' tussen hoofdhuis en vaste inrichting. Zie HR 7 mei 1997, BNB 1997/263-264, alsmede HR 25 november 2005, BNB 2007/117 (interne rentearresten).

⁵⁵ Zie nader De Wilde 2009, t.a.p., par. 3.

⁵⁶ Horizontale verliescompensatie van de resultaten uit de (binnen)grensoverschrijdende activiteiten is voor hen onmogelijk. Daarnaast leiden interne transacties en intragroepstransacties leiden in Nederland tot tussentijdse winstneming.

⁵⁷ Zie De Wilde 2009, t.a.p., par. 3. Vgl. De Wilde 2010a, t.a.p., par. 7 en 9. Vgl. *Saint-Gobain*, t.a.p., *Columbus*, t.a.p. en HvJ, zaak C-527/06 (*Renneberg*). Vgl. tevens HvJ, zaak C-418/07 (*Papillon*). Anders HR 2 oktober 2009, nr. 08/00900, LJN: BF2230. Helaas heeft het HvJ, in zaak C-337/08 (*X Holding*), hieromtrent in concreto anders beslist. Zie daarover nader De Wilde 2010b, t.a.p. Vgl. nadere conclusie A-G Wattel, 7 juni 2010, V-N 2010/48.17, alsmede conclusie A-G Wattel, 7 juli 2010, V-N 2010/41.9.

het belang als bedrijfsmiddel aanhoudt (par. 5.2.2). De zelfstandige belastingplicht van de gevoegde (klein)dochtermaatschappij(en) zou daarmee worden opgeheven. Dit zou leiden tot fiscale transparantie van gevoegde maatschappijen op een wijze die conceptueel beschouwd vergelijkbaar is met de als transparant aangemerkte personenvennootschappen onder het positieve Nederlandse belastingrecht of de transparant ‘gecheckte’ groepsmaatschappijen onder de Amerikaanse ‘check-the-box-regels’. Fiscale consolidatie van groepsmaatschappijen zou daarmee regel worden in plaats van de uitzondering.

Voortbouwend op mijn overwegingen van interne billijkheid en kapitaalneutraliteit, welke ik in Intertax heb uiteengezet, zou iedere groep in Nederland aan onbeperkte vennootschapsbelastingplicht moeten worden onderworpen zodra hun economische aanwezigheid binnen het Nederlandse grondgebied een minimumdrempel overschrijdt, dat wil zeggen zodra deze binnen de Nederlandse landsgrenzen een objectieve onderneming drijft.⁵⁸ Ik veronderstel daarbij dat de in het internationale belastingrecht daartoe gebruikte drempels in overeenstemming met de economische realiteit functioneren (zie de derde hypothese in paragraaf 4). De situsconcepten vaste inrichting en plaats van effectieve leiding acht ik te werken conform de economische realiteit (zie echter paragraaf 6.3).⁵⁹ De (groot)moedermaatschappij zou dan, ongeacht haar vestigingsplaats, in Nederland als onbeperkt belastingplichtige worden aangemerkt, zodra zij een objectieve onderneming in Nederland drijft vanuit een vaste bedrijfsinrichting. De groep zou voor de wereldwijd behaalde ondernemingswinst in de belastingheffing betrokken moeten worden. Dientengevolge zouden de vestigingsplaatsen van de verschillende groepsmaatschappijen als onderscheidend criterium voor de toepassing van de vennootschapsbelasting worden opgeheven (geen indirecte discriminatie).

Teneinde de fiscale soevereiniteit van staten en het beginsel van de enkelvoudige heffing in (binnen)grensoverschrijdende gevallen te respecteren, is ten aanzien van de in het buitenland behaalde ondernemingswinst een rechtvaardige voorkomingsmethode noodzakelijk. Enkelvoudige heffing is op rechtvaardige wijze te bereiken door een vermindering ter voorkoming van dubbele belasting te verlenen volgens de methode van de belastingvrijstelling. Alleen deze voorkomingsmethode voorkomt dat de binnenlandse belastingdruk op voordelen uit binnenlandse en grensoverschrijdende ondernemingsactiviteiten verschilt. Toepassing van de belastingvrijstelling maakt het voor de heffing van vennootschapsbelasting irrelevant of de groep haar onderneming al dan niet in (binnen)grensoverschrijdend verband verricht (geen markt toe- of -uittredingsbelemmeringen). Als gezegd, ik veronderstel dat de in het internationale belastingrecht daartoe gebruikte drempels in overeenstemming met de economische realiteit functioneren (zie de derde hypothese in paragraaf 4). De internationaal algemeen toegepaste winstallocatiemethodiek, transfer pricing, acht ik te werken conform de economische realiteit (zie echter paragraaf 6.3).⁶⁰ Aldus zouden ondernemingswinsten ter heffing aan heffingsjurisdicties worden toegewezen conform de “two-step analysis”, de benadering ontwikkeld door de OESO neergelegd in het winstallocatierapport voor vaste inrichtingen. Als flankerende maatregel zou de dividendbelasting voor uitgaande intragroepsdividenden moeten worden afgeschaft. Dit om economische dubbele belastingheffing over de onderliggende ondernemingswinst van de groep te voorkomen.

Uit antimisbruikoverwegingen zou toepassing van de vermindering volgens de methode van de belastingvrijstelling in niet-EU en niet-verdragssituaties kunnen worden voorafgegaan aan

⁵⁸ Zie De Wilde 2010a, t.a.p., par. 7 en 9, alsmede De Wilde 2009, t.a.p., par. 3

⁵⁹ De vraag of deze concepten de economische aanwezigheid van een ondernemer en zijn ondernemingswinst in de situsstaat op adequate wijze ondervangt, laat ik derhalve vooralsnog buiten beschouwing. Zie daarover Schön, t.a.p., par. 1, Dale Pinto, *The Need to Reconceptualize the Permanent Establishment Threshold*, 60 *Bulletin for International Taxation* 266 (2006) (Pinto), Arthur J. Cockfield, *The Law and Economics of Digital Taxation: Challenges to Traditional Tax Laws and Principles*, 56 *Bulletin for International Taxation* 606 (2002) (Cockfield), p. 606-619 en Michael J. Graetz, *The David R. Tillinghast Lecture, Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts and Unsatisfactory Policies*, 54 *Tax Law Review* 261 (2001) (Graetz), p. 261-336.

⁶⁰ De vraag of het at arm's lengthbeginsel een adequate methode is om ondernemingswinst in internationaal verband te alloceren, laat ik derhalve vooralsnog buiten beschouwing. Zie daartoe bijvoorbeeld Michael Kobetsky, *The Case for Unitary Taxation of International Enterprises*, 62 *Bulletin for International Taxation* 201 (2008), p. 201-215, Walter Hellerstein, *The Case for Formulary Apportionment*, 12 *International Transfer Pricing Journal* 103 (2005), p. 103-111 en Kerrie Sadiq, *Unitary Taxation – The Case for Global Formulary Apportionment*, 55 *Bulletin for International Taxation* 275 (2001), p. 275-286. Anders OECD, *Proposed Revision of Chapters I-III of the Transfer Pricing Guidelines*, 9th September 2009 – 9th January 2010, OECD Centre for Tax Policy and Administration, p. 9-13.

een (gekwalficeerde) onderworpenheidseis. Hiermee zou onderbrenging van winst in laagbelastende jurisdicties kunnen worden bestreden. In dit verband is te denken aan analoge toepassing van de onderworpenheidseis in de huidige deelnemingsvrijstelling (winstbelasting die resulteert in een naar Nederlandse begrippen reële heffing).⁶¹ Uit overwegingen van administratieve eenvoud zou deze onderworpenheidseis kunnen worden gecombineerd met een bewijsregel voor belastingplichtigen. In gevallen waar niet aan de onderworpenheidseis wordt voldaan, zou de directe verrekeningsmethode kunnen worden toegepast. Als alternatief kan worden gedacht aan toepassing van de verrekeningsmethode in niet-verdragssituaties aan de hand van een oogmerktoets opgezet langs de lijnen van het Hof van Justitie ('HvJ') uitgezet in de zaken *Cadbury* en *Part Service*, of die van de Hoge Raad in zijn *fraus legis* jurisprudentie.⁶² In dat geval zou de 'switch-over' van belastingvrijstelling naar directe verrekening gelden voor gevallen waarin bedrijfseconomisch beschouwd volstrekt kunstmatige constructies zijn opgezet met de bedoeling belasting te ontwijken.

6 Consequenties

6.1 De voor- en nadelen afgewogen: de voordelen

Fiscale behandeling van de groep als onbeperkt belastingplichtige in combinatie met een belastingvrijstelling voor de buitenlandse ondernemingswinst zou een rechtvaardigere vennootschapsbelastingheffing van in Nederland actieve groepen opleveren. De fiscale behandeling van zelfstandige lichamen en groepen gelieerde lichamen zou zowel in (binnen)grensoverschrijdende als in niet-(binnen)grensoverschrijdende (dus binnenlandse) situaties volledig worden gelijkgetrokken. Daarmee zou het voor wat betreft de vennootschapsbelastingheffing van in Nederland actieve groepen in één keer alle verstoringen wegnemen, die thans worden veroorzaakt door het in de Wet Vpb gehanteerde uitgangspunt dat iedere groepsmaatschappij zelfstandig als onbeperkt binnenlands dan wel beperkt buitenlands belastingplichtige in de heffing van vennootschapsbelasting wordt betrokken. De vennootschapsbelastingdruk en –opbrengst zouden niet meer worden beïnvloed door de juridische inkleding van ondernemingsactiviteiten dan wel de vraag of deze al dan niet in (binnen)grensoverschrijdend verband worden verricht. Dit verdient enige nadere uitleg.

In de eerste plaats zou het Nederlandse internationale winstbelastingstelsel voor groepen geen obstakels meer opwerpen voor wat betreft de in Nederland actieve internationaal opererende groepen.⁶³ Met dit heffingssysteem zou de in Nederland geheven vennootschapsbelasting over de behaalde ondernemingswinst van de groep telkens hetzelfde zijn. Het zou geen verschil maken waar de groep zetelt (geen indirecte discriminatie). Het zou geen verschil maken of de groep haar ondernemingswinst al dan niet in verschillende staten behaalt (geen markt toe- of -uittredingsbelemmeringen). De investeringsrichting (inbound / outbound) zou geen enkel effect meer hebben op de winstbelastingdruk in Nederland. Zowel in 'host state' als in 'origin state' scenario's zou horizontale verliesverrekening mogelijk zijn

⁶¹ Zie art. 13, lid 13 Wet Vpb.

⁶² Zie HvJ, zaken C-196/04 (*Cadbury*) en C-425/06 (*Part Service*). Uiteraard zou de belastingplichtige andere dan fiscale motieven voor zijn kunstmatige constructie met een tegenbewijsmogelijkheid aannemelijk moeten kunnen maken. Overigens betogen Evers en De Graaf in: M. Evers en A.C.G.A.C. de Graaf, *Bestrijding van dividenddoorstroomconstructies: fiscale autonomie van de EU-lidstaten*, MBB 2010/347 dat het stellen van een motieftoets "niet EU-conform" is. Als ik niet vergis, leiden zij met een inductieve redenering uit de jurisprudentie van het HvJ af dat uit de aanwezigheid van een kunstmatige constructie voortvloeit dat sprake is van belastingontwijking. En dat de motieftoets daarmee eigenlijk overbodig is. En het stellen ervan daarmee zelfs 'EU-non-conform'. Aldus zou een wetgever bij het vormgeven van een anti-misbruikbepaling moeten aanknopen bij de aanwezigheid van zo een constructie in plaats van het motief van belastingplichtige om belasting te ontwijken. Ik vind dat moeilijk te begrijpen. Volgens mij draait het in deze jurisprudentie in de kern juist om het onderliggende motief van belastingplichtige. De aanwezigheid van een kunstmatige constructie maakt zijn motief aannemelijk. Namelijk dat hij deze constructie inzet, dat wil zeggen als instrument aanwendt, teneinde belasting te ontgaan. Een bewijsvermoeden aldus. Want mocht het motief van belastingplichtige een andere zijn, kan hij dit immers aannemelijk maken door tegenbewijs te leveren. Dat de constructie, kennelijk, als instrument voor een ander doel wordt ingezet. Kortom, uit de jurisprudentie van het HvJ deduceer ik dat het belastingontgaansmotief van belastingplichtige centraal staat en deze slechts aannemelijk wordt gemaakt door te wijzen op de kunstmatigheid van de constructie, waarbij belastingplichtige het tegendeel aannemelijk kan maken.

⁶³ Vgl. De Wilde 2010a.

geworden. De fiscale gevolgen van juridische transacties (goederenleveringen en dienstverrichtingen) binnen de groep zouden hetzelfde zijn als bij interne transacties tussen filialen van een zelfstandig lichaam. Overheveling van vermogensbestanddelen met stille reserves zou niet leiden tot onmiddellijke eindafrekening.⁶⁴ Buitenlandse inkomensbestanddelen van de groep zouden op economisch efficiënte wijze buiten de binnenlandse heffingsgrondslag blijven. In gevallen waar het VWEU van toepassing is, zou van strijdigheid met de vestigingsvrijheid in het Nederlandse internationale winstbelastingstelsel daarom (in abstracto) geen sprake meer zijn. Onbeperkte belastingplicht voor groepen gecombineerd met een belastingvrijstelling voor de buitenlandse winst had bijvoorbeeld de dislocaties opgelost waar het HvJ zich mee geconfronteerd zag in de zaak X Holding maar blijkens zijn uitspraak geen oplossing voor kon vinden.⁶⁵ Bovendien zou het met de zaak X Holding ingeleide en door A-G Wattel gedoopte “cherry picking vraagstuk” – dat wil zeggen de vraag of ieder effect dat voeging in de fiscale eenheid in theoretische zin zou meebrengen, maar in het voorkomende geval onmogelijk is vanwege het niet te hoeven toelaten van de grensoverschrijdende fiscale eenheid, afzonderlijk op haar Unierechtelijke merites getoetst dient te worden – niet opkomen.⁶⁶

In de tweede plaats zou de juridische inrichting van de ondernemingsactiviteiten van de groep geen invloed meer hebben op de internationale allocatie van de behaalde ondernemingswinst. De territoriale toedeling van ondernemingswinst zou op consistente wijze plaatsvinden op basis van de door de OESO ontwikkelde ‘two-step-analysis’ (‘significant people functions’/dienstbaarheidscriterium en het arm’s lengthbeginsel). Het terugnemen van de fiscale erkenning van de juridische realiteit binnen de groep, het afschudden van de juridische huls, zou meebrengen dat de versturende effecten - die de fiscale erkenning hiervan thans veroorzaakt - niet meer zouden opkomen. Dit betekent dat de huidige maatregelen in de Wet Vpb ter bestrijding van deze versturende effecten dientengevolge zouden kunnen worden geschrapt. Te denken is aan de maatregelen gericht op het tegengaan van verstoringen veroorzaakt door:

- 1) de verschillende fiscale behandeling van financiering met eigen dan wel vreemd vermogen binnen groepsverband;
- 2) de verschillende fiscale behandeling van filialen (vaste inrichtingen) ten opzichte van niet-gevoegde (buitenlandse) dochtermaatschappijen, en;
- 3) mismatches bij de territoriale toerekening van (financierings)kosten en positieve ondernemingsresultaten: het zogenoemde ‘Bosalgat’.

Ad. 1. Onbeperkte belastingplicht voor groepen met een belastingvrijstelling voor de buitenlandse winst zou meebrengen dat alle intragroepsfinancieringstransacties voor de heffing van Nederlandse vennootschapsbelasting van rechtswege fiscaal worden geëlimineerd. Daarmee zou het thans bestaande arbitraire onderscheid tussen financiering met eigen dan wel vreemd vermogen binnen groepsverband worden opgeheven: beide vormen van financieringstransacties worden fiscaal non-existent. Interne financiering tussen hoofdhuis en vaste inrichting blijken sinds de interne rentearresten van de Hoge Raad fiscaal non-existent.⁶⁷ Interne ‘leningen’ tussen hoofdhuis en vaste inrichting worden fiscaal niet in aanmerking genomen. Aftrek van notionele rente is niet toegestaan. Afwaarderingen van notionele vorderingen is onmogelijk. Notionele rentebaten zijn onbelast. Intern ‘aandelenbezit’ wordt fiscaal eveneens niet erkend. Dit is terecht. Interne ‘financieringstransacties’ tussen hoofdhuis en vaste inrichting beïnvloeden de totale winst

⁶⁴ De winstbelasting over deze reserves zou in termijnen, corresponderend met de afschrijvingstermijnen over de resterende economische levensduur van het bedrijfsmiddel in Nederland in de belastingheffing betrokken worden. Zie HR 12 februari 1964, BNB 1964/95 (*Hopperzuiger*).

⁶⁵ Zie X Holding, t.a.p. Vgl. Renneberg, t.a.p. Zie voor een beschouwing van deze en andere relevante jurisprudentie nader De Wilde 2010b, t.a.p. Horizontale verliescompensatie van de resultaten van buitenlandse groepsmaatschappijen zou mogelijk worden. Het nemen van de buitenlandse verliezen in het lopende jaar zou door toepassing van de inhaalregeling in latere jaren worden gecompenseerd. Bovendien zou tussentijdse winstneming bij intragroepsstransacties tot het verleden behoren.

⁶⁶ Deze problematiek heb ik in WFR gedeut als een ‘marge’ bij de uitlegging van de proportionaliteitsbeginsel. Zie De Wilde 2009, t.a.p., par. 5. Zie tevens De Wilde 2010b, t.a.p., par. 5. Weber duidt de problematiek wat treffender als ‘elementenbenadering’. Zie D.M. Weber, *Refusal of advantages of a cross-border tax consolidation in some situations an unjustified restriction of the freedom of establishment*, Highlights and Insights on European Taxation 2010/1.6. En A-G Wattel wat normatiever als ‘cherry-picking’. Zie nadere conclusie A-G Wattel, 7 juni 2010, V-N 2010/48.17, alsmede conclusie A-G Wattel, 7 juli 2010, V-N 2010/41.9. Overigens heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 24 juni 2011, zaak 09/05115, de kwestie beslecht en het bestaan van een ‘elementenbenadering’ op gezag met nee beantwoord.

⁶⁷ Zie HR 7 mei 1997, BNB 1997/263-264, alsmede HR 25 november 2005, BNB 2007/117.

van belastingplichtige niet.⁶⁸ Grensoverschrijdende fiscale consolidatie op voornoemde wijze zou de reikwijdte van de interne rentearresten uitbreiden tot de gevoegde groepsmaatschappijen. Dit zou conceptueel beschouwd terecht zijn. Bij intragroepsfinancieringstransacties is van waardetoevoeging op groepsniveau in bedrijfseconomische zin geen sprake.⁶⁹ Een dividenduitdeling of rentebetaling van de ene groepsmaatschappij naar de andere groepsmaatschappij beïnvloedt de totale winst van de groep als geheel niet. Het spoort dan ook niet met de economische realiteit om intragroepsfinancieringstransacties fiscaal te erkennen.⁷⁰ Bedrijfseconomisch bezien bestaan alleen financieringstransacties met derden (welke op groepsniveau wel tot vermogensmutaties leiden).⁷¹ Met voeging van de buitenlandse groepsmaatschappijen en daarmee toepassing van de interne rentearresten op intragroepsfinancieringstransacties zou fiscale eliminatie van alle groepsfinancieringstransacties worden bereikt. De huidige arbitraire fiscale verschillende behandeling wordt op bedrijfseconomisch juiste wijze weggenomen. Correctiemeatregelen zoals een 'vreemdvermogenbox' (rentebox) en toepassing van een 'eigenvermogenbox' (deelnemingsvrijstelling) zouden dan voor groepsmaatschappijen overbodig worden nu dit reeds van rechtswege aan de orde zou zijn.⁷² Onbeperkte belastingplicht voor groepen met een belastingvrijstelling voor de buitenlandse ondernemingswinst biedt daarmee een alternatief voor de voorstellen van Engelen, Vording en Van Weeghel om groepsrente met een correctiemechanisme in de Wet Vpb te 'defiscaliseren'.⁷³ Daarmee zou het tevens een alternatief bieden voor de (ondertussen weer ingetrokken) variant hierop die in het Consultatiedocument door de staatssecretaris is geopperd: de groepsrentebox die groepsrente voor 80% defiscaliseert.⁷⁴

Eliminatie van intragroepsfinancieringstransacties met een systeemhervorming op voornoemde wijze zou tevens meebrengen dat de problematiek rondom herfinancieringstransacties binnen de groep - omzetting van vreemd vermogen in eigen vermogen en vice versa - gericht op het benutten van de verschillende fiscale behandeling van deze financieringstransacties tot het verleden zou behoren. Het is thans in beginsel mogelijk om ten laste van de winst afgewaardeerde groepsvorderingen om te zetten in aandelen (omzetting vreemd vermogen in eigen vermogen) teneinde (potentiële) latere baten onder de deelnemingsvrijstelling belastingvrij te kunnen genieten. Tegenover de fiscale last staat dan geen corresponderende belastbare bate. In artikel 13ba Wet Vpb zijn tegenmaatregelen opgenomen die deze mogelijkheid beogen in te dammen. Daarnaast bestaat thans in beginsel de mogelijkheid om winstuitdelingen en kapitaalstortingen met groepsleningen te financieren

⁶⁸ Vgl. E.C.C.M. Kemmeren, *Vermogensetikettering bij een vaste inrichting (deel 2)*, WFR 2003/2005, par. 4.2.2. Het zou mijns inziens onjuist zijn om notionele vreemd vermogenfinanciering met een beroep op de zelfstandigheidsfictie fiscaal te gaan erkennen (en daarmee de rentaftrekproblematiek te introduceren die thans bij de belastingheffing van groepen gelieerde lichamen speelt). De trend binnen de OECD om interne rente tussen hoofdhuis en vaste inrichting fiscaal te erkennen (zie OECD 2008, t.a.p.) lijkt mij dan ook onwenselijk.

⁶⁹ Dit geldt overigens ook voor andere diensten en goederenleveringen tussen groepsmaatschappijen. Dit laat ik verder buiten beschouwing.

⁷⁰ Om dezelfde reden ben ik geen voorstander van introductie van een vermogensaftrek ('ACE') voor zover het intragroepsfinanciering met eigen vermogen betreft, zoals voorgestaan door de Studiecommissie Belastingstelsel in haar rapport. Zie Studiecommissie Belastingstelsel, t.a.p.

⁷¹ Op financieringstransacties tussen derden zou een vermogensaftrekmechanisme overigens wél kunnen worden toegepast om het arbitraire onderscheid tussen eigen en vreemd vermogenfinanciering te kunnen opheffen. Anders dan in de gedachten van de studiecommissie zou ik in dat geval willen pleiten om niet alleen een notionele vermogensaftrek toe te staan, maar tevens de met deze aftrek corresponderende notionele vermogensbate ('notioneel primair dividend') bij de aandeelhouder in de vennootschapsbelastingheffing te betrekken. Dit laat ik verder buiten beschouwing.

⁷² Dit geldt ook voor de liquidatieverliesregeling in gevallen waar groepsmaatschappijen worden geliquideerd.

⁷³ Zie Engelen et al 2008, t.a.p. en Engelen et al 2009, t.a.p. alsmede de reacties hierop van E.J.W. Heithuis, *Voorstellen Engelen cs voor VPB 2010: ei van Columbus?*, WFR 2008/1067 en J.A.G. van der Geld, *De behandeling van rente in de VPB heroverwogen*, WFR 2009/145. Vgl. Brief Staatssecretaris van Financiën 15 december 2008, nr. DB/2008/639U, V-N 2009/2.15.

⁷⁴ Zie Consultatiedocument, t.a.p. 80%-defiscalisering van groepsrente zou m.i. overigens onverenigbaar met de vestigingsvrijheid zijn in gevallen waar het VWEU van toepassing is. Dit omdat notionele rente voor 100% is 'gedefiscaliseerd'. Invoering van de rentebox (als voorgesteld door de staatssecretaris) had meegebracht dat groepsmaatschappijen voor het HvJ hadden kunnen betogen dat zij groepsrentebaten - net als hoofdhuis en vaste inrichtingen - belastingvrij moeten kunnen genieten. Tegelijkertijd had ten aanzien van hoofdhuisen/vaste inrichtingen kunnen worden betoogd dat zij notionele rentebetalingen - net als groepsmaatschappijen - voor 5% in aftrek zouden moeten kunnen brengen.

(omzetting eigen vermogen in vreemd vermogen) om daarmee in materiële zin aftrek te realiseren voor bewegingen van eigen vermogen binnen de groep. In artikel 10a Wet Vpb zijn maatregelen opgenomen die deze transacties gericht op het creëren van renteaftrek trachten tegen te gaan. Opheffing van het fiscale onderscheid tussen eigen- en vreemdvermogenfinanciering op voornoemde wijze, zou de zin aan dergelijke transacties binnen de groep ontnemen. Althans, voor wat betreft de heffing van vennootschapsbelasting in Nederland. Herfinanciering binnen de groep zou voor de Nederlandse belastingheffing immers geen fiscaal effect meer sorteren. De maatregelen in de Wet Vpb ter bestrijding van dergelijke transacties binnen groepsverband zouden dan ook overbodig worden.

Ad 2. Met de onbeperkte belastingplicht voor groepen zou de (fiscale) zin ontvallen aan de maatregelen in de Wet Vpb gericht op het tegengaan van verstoringen als gevolg van de huidige verschillende fiscale behandeling van filialen (vaste inrichtingen) ten opzichte van niet-gevoegde (buitenlandse) dochtermaatschappijen. Thans is het in beginsel mogelijk om een buitenlandse vaste inrichting om te zetten in een buitenlandse (klein)dochtermaatschappij (zodra de onderliggende ondernemingsactiviteiten winstgevend worden) om te bewerkstelligen dat de investeringskosten in Nederland als vaste inrichtingsverlies in aftrek komen, terwijl de baten onder de deelnemingsvrijstelling belastingvrij worden genoten. Artikel 13c Wet Vpb tracht dit tegen te gaan. Daarnaast leiden juridische herstructureringen binnen de groep in beginsel tot heffing van vennootschapsbelasting. De Wet Vpb bevat verschillende correctiemechanismen die enkelvoudige belastingheffing bij interne herstructureringen beogen te garanderen (fusiefaciliteiten).⁷⁵ De fiscale transparantie van groepsmaatschappijen die de onbeperkte belastingplicht van groepen meebrengt, zou deze tegenmaatregelen en correctiemechanismen voor wat betreft de belastingheffing van groepen overbodig maken. Dit omdat de juridische structurering van de ondernemingsactiviteiten binnen de groep de heffing van Nederlandse vennootschapsbelasting niet meer zou beïnvloeden.

Ad 3. Onbeperkte belastingplicht voor groepen met een belastingvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinst zou meebrengen dat externe rentekosten van rechtswege terecht zouden komen op de plaats waar de met vreemd vermogen gefinancierde ondernemingsactiviteiten van de groep daadwerkelijk worden verricht. Het aanmerken van de groep als onbeperkt belastingplichtige zou meebrengen dat derdenrente - net als thans bij vaste inrichtingen het geval is - aan de hand van een functionele en feitelijke analyse geografisch worden toegerekend aan de plaats waar de groep de gefinancierde ondernemingsactiviteit verricht. 'Filialisering' van de buitenlandse groepsmaatschappijen leidt daarmee tot een consequente, evenredige en rechtsvormneutrale toerekening van externe rentekosten aan de jurisdictie waar de ondernemingsresultaten daadwerkelijk zijn behaald.⁷⁶ Onbeperkte belastingplicht voor groepen met een belastingvrijstelling voor buitenlandse winst zou daarmee voor groepen het 'Bosalgat' van rechtswege dichten.⁷⁷ De netto ondernemingswinst uit binnenlandse ondernemingsactiviteiten zou in de heffing van vennootschapsbelasting worden betrokken. De netto ondernemingswinst uit buitenlandse ondernemingsactiviteiten blijft met toepassing van de belastingvrijstelling op economisch efficiënte wijze buiten de Nederlandse heffingsgrondslag. Bovendien zou van onderkapitalisatie door middel van intragroepsfinancieringstransacties in het Nederlandse internationale winstbelastingstelsel geen sprake meer kunnen zijn. Onbeperkte belastingplicht van de groep zou namelijk meebrengen dat de fiscale 'debt to equity' ratio van de belastingplichtige groep in Nederland grosso modo zal corresponderen met de commerciële ratio van deze groep.⁷⁸ Er is dan mijns inziens geen bezwaar om aan derden betaalde rente in aftrek toe te laten. Het betreft hier immers reële (externe) financieringslasten. Een aftrekbeperking voor (aan derden) betaalde rente zou dan niet

⁷⁵ De fiscale fusiefaciliteiten zijn te vinden in art. 14-14b Wet Vpb.

⁷⁶ Vgl. A-G Wattel 2000, t.a.p.

⁷⁷ Sinds het Bosalarrest (HvJ, zaak C-168/01) is het mogelijk om de financieringskosten van ondernemingsactiviteiten in het buitenland in Nederland ten laste van de fiscale winst te brengen en de baten uit deze activiteiten onder toepassing van de deelnemingsvrijstelling in Nederland belastingvrij te genieten.

⁷⁸ Volledigheidshalve verdient opmerking dat afwijkingen optreden waar sprake is van (semi-)permanente verschillen tussen de commerciële en fiscale jaarrekening. Dit laat ik verder buiten beschouwing.

nodig zijn.⁷⁹ Onbeperkte belastingplicht van groepen vormt daarmee een alternatief voor de voorstellen van Engelen, Vording en Van Weeghel om derdenrente in aftrek te beperken waar op basis van een rekenregel sprake zou zijn van bovenmatige financiering van deelnemingen in verbonden lichamen.⁸⁰ Daarmee zou het tevens een alternatief bieden voor de twee alternatieve aftrekbeperkingen die door de staatssecretaris in het Consultatiedocument werden overwogen: een aftrekbeperking bij bovenmatig geachte financiering van deelnemingen en overnames, of een algemene aftrekbeperking voor bovenmatig geachte financieringstransacties (door middel van een earningsstrippingregeling).⁸¹

Daar komt bij dat onbeperkte belastingplicht voor groepen met een belastingvrijstelling voor de buitenlandse ondernemingswinst de fiscale gevolgen in gevallen waar Nederland wordt ingezet als schakel-, concernfinanciering- en doorstroomland, conceptueel gezien, niet wezenlijk zou moeten beïnvloeden. Voor de administratieve intragroepsdienstverlening zou op basis van een functionele en feitelijke analyse en het at arm's lengthbeginsel een zakelijke belastbare (dienstverlenings)vergoeding in Nederland neerslaan. De bedrijfseconomische functie van in Nederland ondergebrachte concernfinancierings- of treasuryactiviteiten – te weten het toebedelen van het van derden betrokken groepsvermogen aan de onderscheidene ondernemingsactiviteiten van de groep – zou aan de hand van de door de OESO ontwikkelde winstallocatiemethodiek met een (belastbare) zakelijke vergoeding moeten worden beloond. De 'safe-harbourregeling' neergelegd in artikel 8c Wet Vpb zou dan als overbodig kunnen worden geschrapt. Vanwege de belastingvrijstelling als voorkomingsmethode voor de buitenlandse ondernemingwinst van de groep en de afwezigheid thans van bronheffingen op uitgaande intragroepsdividenden, -royalty's en -interest zou Nederland haar huidige functie als 'houdster-' en 'doorstroomland' wellicht moeten kunnen behouden.⁸² Het zou inderdaad mogelijk aantrekkelijker worden om treasuryactiviteiten in Nederland onder te brengen. Groepsrente zou in Nederland immers (net als interne rente) fiscaal niet in aanmerking worden genomen, terwijl in de verschillende buitenlandse veelal renteaftrek zou worden verleend.⁸³ Aldus zou hetzelfde effect worden bereikt als met de sterk bekritiseerde rentebox: MNO's worden net als bij de voorstellen van de drie hoogleraren en de staatssecretaris aangemoedigd hun groepfinancieringsactiviteiten naar Nederland over te brengen.

De gevolgtrekking dat Nederland hiermee MNO's staatssteun zou verlenen of zelfs oneerlijke belastingconcurrentie zou bedrijven, lijkt mij onjuist.⁸⁴ Deze kan mijns inziens worden weerlegd met het argument dat intragroepsfinanciering op groepsniveau in economische zin niet tot vermogensmutaties leidt.⁸⁵ De marktverstoring (dispariteit) wordt in het buitenland veroorzaakt waar in strijd met de bedrijfseconomische realiteit aftrek voor groepsrentebetalingen wordt verleend. Nederland zou juist recht doen aan de bedrijfseconomische realiteit door groepsmaatschappijen grensoverschrijdend te voegen en daarmee groepsfinancieringstransacties fiscaal te elimineren. Bovendien zou in Nederland voor de in Nederland ondergebrachte economische functies steeds een zakelijke (en belastbare) beloning moeten neerslaan. Dit op basis van voornoemde 'two-step analysis'.

6.2 De voor- en nadelen afgewogen: de nadelen

⁷⁹ Het probleem zit hier niet in de aftrekkant maar in het feit dat Nederland als situsstaat de buitenlandse crediteur niet op adequate wijze in de belastingheffing kan betrekken, zie par. 6.3.

⁸⁰ Zie Engelen et al 2008, t.a.p. en Engelen et al 2009, t.a.p.

⁸¹ Zie Consultatiedocument, t.a.p.

⁸² Zou afschaffing van artikel 8c Wet Vpb significante inkrimping van de trustsector meebrengen, zou hierin aanleiding kunnen worden gevonden te overwegen dat deze bepaling kennelijk een oneerlijke belastingconcurrentiemaatregel betrof (dat wil zeggen een voor belastingplichtigen begunstigende 'safe-harbourregeling' die milde 'substancecriteria' bevat welke met het at arm's lengthbeginsel onverenigbaar zijn). Zie voor een beschouwing van de positie van Nederland als doorstroomland M. Evers, A.C.G.A.C. de Graaf en A.J.A. Stevens, *Zembla-uitzending 'Nederland belastingparadijs' nader beschouwd*, MBB 2011/02.

⁸³ Hierbij laat ik de werking van artikel 15ac, lid 5, Wet Vpb buiten beschouwing.

⁸⁴ Anders R. Szudoczky en J.L. van de Streek, *Revisiting the Dutch Interest Box under the EU State Aid Rules and the Code of Conduct: When a 'Disparity' Is Selective and Harmful*, 38 *Intertax* 260 (2010), p. 260-280.

⁸⁵ Volgens mij ligt hierin tevens het argument om in de groepsrentebox geen staatssteun te onderkennen. Vgl. R.H.C. Luja, *De groepsrenteboxbeschikking: onbedoeld te gunstig?*, WFR 2009/1067, par. 8.

Fiscale behandeling van de groep als onbeperkt belastingplichtige met een belastingvrijstelling voor de buitenlandse ondernemingswinst zou naast voordelen ook nadelen, of wat positiever uitgedrukt: uitdagingen, meebrengen.

Zo zouden de gevoegde dochtermaatschappijen fiscaal transparant worden. Ook in (binnen)grensoverschrijdende situaties zouden (klein)dochtermaatschappijen filialen ('vaste inrichtingen') worden van de onbeperkt belastingplichtige (groot)moedermaatschappij ('hoofdhuis'). Fiscale transparantie van de gevoegde (klein)dochtermaatschappijen betekent uitbreiding van de hybride entiteitenproblematiek naar deze situaties. Dit probleem is op te lossen door (klein)dochtermaatschappijen onder de belastingverdragen aan te merken als vaste inrichting van de (groot)moedermaatschappij. Of zelfs beter: als fiscaal transparant.⁸⁶⁻⁸⁷

Waar gevoegde buitenlandse (klein)dochtermaatschappijen van derden (passieve) inkomsten genieten, die afkomstig zijn uit een derde buitenland en aldaar aan een bronbelasting zijn onderworpen, leidt dit tot uitbreiding van de triangularcasesproblematiek.⁸⁸ De oplossing hiervoor ligt mijns inziens in een analoge toepassing van mijn voorstel gedaan in WFR 2007/855.⁸⁹ De staat waaraan de passieve inkomensbestanddelen op basis van een functionele en feitelijke analyse toerekenbaar zijn, zou een vermindering ter voorkoming van dubbele belasting moeten verlenen.

Omdat de groep als zodanig in de belastingheffing zou worden betrokken, zouden kwesties rondom valutavertaalresultaten (zoals deze thans spelen bij de fiscale behandeling van vaste inrichtingen) zich op analoge wijze uitbreiden tot de als transparant aangemerkte dochtermaatschappijen. Wisselkoersschommelingen zouden steeds in de belastingheffing worden betrokken.⁹⁰ Deze zouden niet meer onder toepassing van de deelnemingsvrijstelling van belastingheffing zijn vrijgesteld.⁹¹ Mijns inziens moet deze technische complicatie echter niet worden overschat. De Roepiah-arresten en het Cruzeiro-arrest van de Hoge Raad zouden naar analogie van toepassing worden op de transparante (buitenlandse) dochtermaatschappijen van de onbeperkt belastingplichtige moedermaatschappij.⁹² Waar de buitenlandse vermogensbestanddelen van een transparante dochtermaatschappij ('vaste inrichting') van een in Nederland belastingplichtige moedermaatschappij ('hoofdhuis') noteren in de lokale munteenheid (anders dan de euro), zou een valutaresultaat tot uitdrukking komen in de bijdragewinst van deze 'vaste inrichting' aan de generale winst van de groep.⁹³ Waar de betreffende buitenlandse vermogensbestanddelen noteren in de euro in plaats van de lokale munteenheid (anders dan de euro), zou dit valutaresultaat (op omgekeerd evenredige wijze) tot uitdrukking komen in de vrij te stellen 'vaste-inrichtingswinst'.⁹⁴ Waar de buitenlandse vermogensbestanddelen noteren in een andere (derde) munteenheid dan de euro en de lokale munteenheid (anders dan de euro), zou een valutaresultaat zowel in de bijdragewinst als de 'vaste-inrichtingswinst' tot uitdrukking komen.⁹⁵ Alternatief zou defiscalisering van valutavertaalresultaten zijn (zoals in feite thans voor

⁸⁶ Vgl. Brian J. Arnold, *Threshold requirements for Taxing Business Profits under Tax Treaties*, 57 Bulletin for International Taxation 476 (2003), p. 492. Op grond van artikel 5, lid 7, NSV vormen dochtermaatschappijen thans geen vaste inrichting van de moedermaatschappij.

⁸⁷ De Hoge Raad heeft overigens geoordeeld geen juridische problemen te hebben met doorwerking van een nationale grensoverschrijdende fiscale eenheid onder de toepasselijke belastingverdragen. Zie HR 16 maart 1994, BNB 1994/191, HR 29 juni 1988, BNB 1988/331 en HR 13 november 1996, BNB 1998/47 (noot Van Raad). Anders Ierse dual residentarrest, t.a.p.

⁸⁸ Vgl. HR 8 februari 2002, BNB 2002/184 en HR 11 mei 2007, BNB 2007/230.

⁸⁹ Zie M.F. de Wilde, *Over samenloop van verrekening en vrijstelling onder belastingverdragen*, WFR 2007/855, par. 5.

⁹⁰ De functionele valutaregeling van art. 7 lid 5 Wet Vpb laat ik buiten beschouwing.

⁹¹ Zie HR 9 juni 1982, BNB 1982/230.

⁹² Zie 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, BNB 1954/180. Voor een cijfermatige uitwerking zie Maarten F. de Wilde, *Currency Exchange Results; What if Member States Subjected Non-Resident Taxpayers to Unlimited Income Taxation whilst Granting Double Tax Relief under a Netherlands-Style Tax Exemption?*, binnenkort te publiceren in Bulletin for International Taxation (accepted paper). De benadering van de Hoge Raad op dit punt is overigens conceptueel beschouwd in lijn met die van het Hof van Justitie in zaak C-293/06 (*Deutsche Shell*).

⁹³ En niet in de vrij te stellen 'vaste-inrichtingswinst'.

⁹⁴ En niet in de bijdragewinst van de 'vaste inrichting' aan de generale winst van de groep.

⁹⁵ In de vrij te stellen 'vaste-inrichtingswinst' komt het valutaresultaat van de derde munteenheid ten opzichte van de lokale munteenheid tot uitdrukking. In de bijdragewinst komt het valutaresultaat van de derde munteenheid ten opzichte van de euro tot uitdrukking.

(buitenlandse) deelnemingen onder toepassing van de deelnemingsvrijstelling aan de orde is).⁹⁶ Dit zou weliswaar praktisch eenvoudiger uitvoerbaar zijn dan toepassing van voornoemde jurisprudentie naar analogie, maar lijkt mij conceptueel onjuist. Valutarisico's zijn reële commerciële risico's die – waar deze niet zijn afgedekt – voor de groep tot daadwerkelijke vermogensmutaties leiden. Dit dient mijns inziens fiscaal te worden gevolgd.⁹⁷ Hoe technisch ingewikkeld dit ook zou kunnen uitpakken.⁹⁸ Oplossingen voor verstoringen door onderlinge wisselkoersschommelingen liggen naar mijn mening niet in de fiscaliteit, maar in een geharmoniseerde monetaire politiek (zoals de monetaire unie binnen de EU).

Toerekening van de ondernemingswinst van de groep aan de verschillende fiscale jurisdicties zou, net als bij hoofdhuizen en vaste inrichtingen, gaan plaatsvinden aan de hand van voornoemde 'two-step analysis'.⁹⁹ Intragroepstransacties zullen – net als thans bij de equivalente (gedocumenteerde) interne transacties tussen hoofdhuis en vaste inrichting het geval is – hiertoe nog slechts een indicatieve waarde hebben. Dit zou in de praktijk als problematisch kunnen worden ervaren. Een fiscaaltheoretisch probleem is hier mijns inziens evenwel niet aan de orde. Juridische transacties binnen de groep zijn geen noodzakelijk instrument voor de toerekening van winst aan heffingsjurisdicties. Het blijkt immers ook mogelijk om winst toe te rekenen aan hoofdhuizen en vaste inrichtingen. Een omgeving waar juridische transacties niet bestaan. Bovendien bieden juridische transacties tussen groepsmaatschappijen onder het positieve (internationale) belastingrecht veel minder aanknopingspunten voor het bepalen van de fiscale positie van belastingplichtigen dan op het eerste gezicht wellicht lijkt. Reeds onder het thans geldende belastingrecht kan de fiscale erkenning van juridische transacties binnen de groep met toepassing van het at arm's lengthbeginsel doorbroken worden. Dit geldt naar mijn mening zowel voor de overeengekomen verrekenprijs als de overige contractvoorwaarden. De Hoge Raad heeft dit laten zien in het zogenoemde onzakelijke leningenarrest.¹⁰⁰ Hierin oordeelt de Hoge Raad dat een groepscrediteur een groepslening niet ten laste van de belastbare winst kan afwaarderen, omdat een onafhankelijke crediteur het debiteurenrisico niet zou aanvaarden. Niettemin accepteert de Hoge Raad de groepslening in fiscale zin. De nadere onderbouwing van het oordeel blijft echter impliciet. Onder de huidige wetssystematiek moet het oordeel van de Hoge Raad mijns inziens gebaseerd zijn op de overweging dat het afwaarderingsverlies op de groepslening is gecompenseerd met een tegengestelde fiscale winstneming. Deze winstneming is gebaseerd op een derdenvergelijking. Onder de gestelde omstandigheden zou een derde weliswaar eveneens een lening verstrekken, maar het debiteurenrisico kennelijk niet onder dezelfde voorwaarden accepteren. Een derde zou dit risico mitigeren, bijvoorbeeld door middel van een afdekkingsinstrument.¹⁰¹ Om de tegengestelde fiscale winstneming te bewerkstelligen,

⁹⁶ De recent voorgestelde 'tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen', welke een oplossing tracht te vinden voor de Unierechtelijke problemen die rijzen uit de verschillende fiscale behandeling van valutavertaalresultaten onder de belastingvrijstellingsmethode en het deelnemingsvrijstellingsregime laat ik buiten beschouwing.

⁹⁷ Waar valutarisico's door de groep zijn afgedekt, zou op basis van goed koopmansgebruik tot een samenhangende waardering kunnen worden overgegaan (zie HR 23 januari 2004, BNB 2004/214). Voornoemde valutavertaalproblematiek zou zich dan niet voordoen aangezien in dat geval commercieel geen valutarisico's worden gelopen (en derhalve ook geen valutaresultaten worden behaald).

⁹⁸ Toepassing van de deelnemingsvrijstelling op behaalde valutaresultaten bij aandelenbelangen in (buitenlandse) kapitaalvennootschappen lijkt mij om vergelijkbare redenen onjuist. De vrijstelling zou mijn inziens enkel moeten voorzien in een voorkoming van dubbele belastingheffing over winst uit de onderliggende (ondernemings)activiteiten van de kapitaalvennootschap waarin het aandelenbelang gehouden wordt. Bij valutaresultaten op deelnemingen is van economische dubbele belastingheffing over deze onderliggende (ondernemings)winst geen sprake. Hiervoor zou dan ook geen vrijstelling hoeven worden verleend. Bovendien zouden tegengestelde voordelen uit valuta-afdekkingsinstrumenten niet (ter compensatie van de ontstane disbalans) vervolgens eveneens van belastingheffing behoeven te worden vrijgesteld, zoals bijvoorbeeld thans aan de orde is onder artikel 13, lid 7, Wet Vpb. Vgl. *Roepiah-arresten*, t.a.p. Anders HR 9 juni 1982, BNB 1982/230.

⁹⁹ Zie over de winstallocatie aan vaste inrichtingen het OECD Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, OECD, Paris, 2008, Danny Oosterhoff, *The True Importance of Significant People Functions*, 15 International Transfer Pricing Journal 68 (2008), Irene J.J. Burgers, *Key Entrepreneurial Risk Taking Functions*, NTFR 2005/971 en I.J.J. Burgers, *Subjectiviteit versus objectiviteit bij de toerekening van bedrijfsmiddelen aan vaste inrichtingen*, NTFR 2004/908.

¹⁰⁰ HR 9 mei 2008, BNB 2008/191. Zie tevens HR, 17 augustus 1998, BNB 1998/385, alsmede Van Dam over dit arrest in J.K. Harmen van Dam, *Bits and pieces of transfer pricing in the Netherlands*, The International Tax Journal 2000/101, p. 107.

¹⁰¹ Of de derde zou vanwege het debiteurenrisico een hogere rente hebben bedongen. Naar mijn indruk is dit echter niet wat de Hoge Raad voor ogen stond. Anders was het oordeel geweest dat de groepscrediteur een hogere rente had

construeert de Hoge Raad mijns inziens impliciet een rechtsbetrekking (bijvoorbeeld de aanwezigheid van een afdekkingsinstrument). Met de derdenvergelijking ter onderbouwing, versleutelt de Hoge Raad met andere woorden de tussen de gelieerde partijen overeengekomen contractsvoorwaarden.¹⁰²

Fiscale behandeling van de groep als onbeperkt belastingplichtige met een belastingvrijstelling voor de buitenlandse ondernemingswinst zou voorts tot grote veranderingen in de uitvoeringspraktijk leiden. De aangiften vennootschapsbelasting zouden worden gebaseerd op de geconsolideerde commerciële jaarstukken van de gehele groep in plaats van de commerciële stukken van het Nederlandse gedeelte ervan. Bovendien zouden de digitale aangiftesystemen bij de belastingdienst moeten worden gewijzigd. Zo zouden mogelijk grotere hoeveelheden data administratief moeten worden verwerkt. Uit het buitenland afkomstige documenten zouden bijvoorbeeld moeten worden vertaald. Belastbare bedragen zouden moeten worden afgeleid uit commerciële geconsolideerde jaarstukken die op onderling uiteenlopende commerciële grondslagen (US-GAAP, IFRS, etc.) gebaseerd kunnen zijn. Daarnaast zouden informatieverplichtingen voor belastingplichtigen, internationale administratieve bijstandverlening en coördinatie, onderling overleg en arbitrage, waarschijnlijk van nog groter belang worden dan nu al het geval is. Toepassing van de daartoe strekkende bepalingen in de Algemene wet inzake rijksbelastingen,¹⁰³ de belastingverdragen, alsmede de wederzijdse bijstandrichtlijn en het Arbitrageverdrag in EU-verband, zou vermoedelijk gaan toenemen. Dit zou tot uitvoeringsproblemen kunnen leiden waar de beschikbare administratieve bijstandargumenten ontoereikend zouden blijken te zijn. Wel vraag ik mij af in hoeverre een benadering als in dit artikel is bepleit werkelijk tot onoverkomelijke technische problemen zou leiden. Want waar toepassing van de voorgestelde systematiek in de praktijk tot uitvoeringsproblemen zou leiden, bijvoorbeeld omdat de relevante informatie niet op adequate wijze ter tafel komt, dient de oplossing hiervoor te worden gezocht in verbeteringen in de uitvoeringspraktijk en intensievere internationale administratieve bijstandverlening.¹⁰⁴ Waar een wil is, is een weg. Uiteindelijk denk ik dat het hier dan ook meer een kwestie van internationale politieke bereidwilligheid betreft om elkaar daadwerkelijk administratief bij te staan, dan een onoplosbaar uitvoeringstechnisch probleem. Het slagen van een dergelijke benadering hangt dan uiteindelijk vooral af van de bereidheid van staten om te komen tot de verlangde mate van internationale administratieve bijstandverlening.

6.3 Resterende uitdagingen

De hierboven uiteengezette benadering lost niet alle theoretische problemen op. Zo biedt het geen oplossing voor de marktverstoringen die het gevolg zijn van dispariteiten (zoals dubbele of minder dan enkelvoudige heffing als gevolg van kwalificatie- of interpretatieverschillen). Ook biedt het geen oplossing voor de verstoringen door opgeworpen obstakels in het buitenland.¹⁰⁵ Verder biedt het geen oplossing voor de gebreken in de internationaal toegepaste sleutel bij de verdeling van belasting tussen staten;

moeten bedingen. Dan had de winstcorrectie gelegen in een aanpassing, dat wil zeggen een verhoging, van de rentevoet in plaats van het niet toelaten van het nemen van het afwaarderingsverlies. Maar dit is niet wat de Hoge Raad in deze zaak gedaan heeft.

¹⁰² Anders F.A. Engelen en R. van Scharrenburg, *Onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting*, WFR 2008/705, die - als ik het goed begrijp - in het arrest lezen dat de gevolgen van het op onzakelijke gronden aanvaarden van een debiteurenrisico in de kapitaalsfeer moet worden afgewikkeld. Ik vind het moeilijk te begrijpen hoe een onzakelijk element in een groepslening, die zich volgens de Hoge Raad in de winstsfeer bevindt, uit deze winstsfeer kan worden gelicht om vervolgens te worden ondergebracht in de kapitaalsfeer. Naar mijn indruk sluiten de winstsfeer en de kapitaalsfeer elkaar onder de huidige wetssystematiek uit. Het is mijns inziens het een of het ander. Ik geloof niet dat de Hoge Raad in BNB 2008/191 een derde 'sfeer' heeft gecreëerd (lening in: 1 'winstsfeer', 2 'kapitaalsfeer', of 3 'tusseninsfeer'). Als de Hoge Raad een lening in de winstsfeer plaatst door de vermogensverstrekking fiscaal als lening te kwalificeren, maar toch een 'min' niet in aftrek wil toelaten, kan dit volgens mij in dit verband alleen door er een corresponderende 'plus' tegenover te plaatsen. Bijvoorbeeld door de tussen de gelieerde partijen overeengekomen contractsvoorwaarden te versleutelen met het argument dat een derde het vreemde vermogen onder de gegeven omstandigheden niet zou verstrekken zonder het debiteurenrisico af te dekken.

¹⁰³ Zoals artikel 47 en 47a AWR.

¹⁰⁴ Vgl. De Wilde 2010a, t.a.p., par. 9.

¹⁰⁵ Vgl. De Wilde 2010a, t.a.p., par. 2-9.

In de eerste plaats zou voor de internationale winstallocatie worden aangeknoopt bij de gebruikelijk toegepaste, maar in de internationale literatuur terecht bekritiseerde concepten vaste inrichting en het at arm's lengthbeginsel.¹⁰⁶ De juridische inrichting van de ondernemingsactiviteiten van de groep zou onder de voorgestelde systeemwijziging weliswaar geen invloed meer hebben op de internationale winstallocatie. Echter, de winstallocatieproblematiek als zodanig lost het niet op. Het zou mogelijk blijven winsten te laten neerslaan in andere heffingsjurisdicties dan die waar zij hun oorsprong hebben. Het op fysieke aanwezigheid georiënteerde vaste inrichtingsbegrip is niet in staat voordelen uit een webwinkel (virtuele aanwezigheid) te ondervangen. MNO's zouden daarnaast in staat blijven ondernemersrent ('firm specific rent') te laten neerslaan in vooraf voorziene heffingsjurisdicties door verrekenprijzen op strategische wijze in te richten. Bijvoorbeeld ten aanzien van intra-groep transacties waarbij unieke en zeer waardevolle intellectuele rechten het voorwerp zijn. Dergelijke vermogensbestanddelen verschaffen de gerechtigde ertoe een monopoliepositie. De commerciële exploitatie ervan kan plaatsvinden met uitsluiting van een ieder. Er bestaat veelal geen markt bestaat waarop deze vermogensbestanddelen verhandeld worden. Dit maakt het onmogelijk om aan de hand van een derdenvergelijking een adequate verrekenprijs vast te stellen. Dit verschaft MNO's de nodige ruimte om de belastingdruk te beïnvloeden door interne verrekenprijzen op strategische wijze in te richten. Dit brengt marktverstoringen mee.¹⁰⁷

In de tweede plaats zou het erg lastig blijven om de buitenlandse 'derde' aandeelhouder, crediteur, verhuurder, of licentiegever in Nederland als situsstaat op adequate wijze te belasten.¹⁰⁸ Het OESO-Modelverdrag en het daarop gebaseerde Nederlandse internationale winstbelastingstelsel biedt Nederland als situsstaat buiten de vaste inrichting niet echt passende instrumenten om voordelen uit (portfolio) aandelenbelangen in, geldleningen aan, alsmede huur- en licentieovereenkomsten met derden te belasten.¹⁰⁹ Zelfs als deze voordelen hier wel in economische zin hun oorsprong hebben.¹¹⁰ Weliswaar geldt de Wet op de dividendbelasting. Echter, de EU-moederdochterrichtlijn die de inhouding van bronbelasting bij inter-company dividenduitdelingen niet toestaat, geldt ook in gevallen waarbij van dividenduitdelingen binnen de groep niet noodzakelijk sprake is. Hetzelfde geldt voor de EU-interest- & royaltyrichtlijn. Ook buiten de werkingsfeer van deze EU-richtlijnen is het voor EU-lidstaten niet altijd mogelijk om uitgaande betalingen met een bronbelasting in de belastingheffing te betrekken. Zo staan de verkeersvrijheden het niet toe bronbelastingen te heffen over brutobedragen bij binnengrensoverschrijdende dividenden en interestbetalingen, wanneer deze betalingen in niet-binnengrensoverschrijdende situaties bij de ontvanger zijn vrijgesteld of naar de netto-inkomsten in de belastingheffing worden betrokken.¹¹¹

In de derde plaats lost het de arbitraire verschillende fiscale behandeling in het Nederlandse internationale winstbelastingstelsel van financiering met eigen dan wel vreemd

¹⁰⁶ Zie bijvoorbeeld Pinto, t.a.p., Cockfield, t.a.p., p. 606-619 en Graetz, t.a.p., p. 261-336, alsmede Kobetsky, t.a.p., p. 201-215, Hellerstein, t.a.p., p. 103-111 en Sadiq, t.a.p., p. 275-286.

¹⁰⁷ See for a comparison Ruud A. de Mooij, *Will Corporate Income Taxation Survive?*, De Economist 153, no. 3, 2005, p. 292 and Avi-Yonah, *ibidem*.

¹⁰⁸ Vgl. Kemmeren-I, t.a.p., p. 430-452 en Kemmeren-II, t.a.p., par. 1 en 6.

¹⁰⁹ De OECD lidstaten zijn traditioneel kapitaalexporterende staten. Daarom ligt er traditioneel minder nadruk op de belastingheffing van resultaten uit kapitaalimport. Gevolg is nu dat de internationale winstbelastingssystemen van deze staten met problemen kampen bij de belastingheffing van de resultaten van buitenlandse crediteurs, etc. (kapitaalimport). In het VN-Modelverdrag is in ruimere mate voorzien in heffingsbevoegdheden over resultaten uit kapitaalimport. Dit is te verklaren uit het feit dat dit modelverdrag in meerdere mate de belangen behartigt van de traditioneel kapitaalimporterende staten (ontwikkelingslanden en staten met een economie in transitie).

¹¹⁰ Vgl. Vogel, t.a.p., p. 216-228, 310-320 en 393-402, Kemmeren-I, t.a.p., p. 430-452 en Kemmeren-II, t.a.p., par. 1 en 6.

¹¹¹ Zie HvJ zaken C-170/05 (Denkavit Internationaal), C-282/07 (Truck Centre) C-379/05 (Amurta) en C-303/07 (Aberdeen). Vergelijk C-234/01 (Arnoud Gerritse), C-345/04 (Centro Equestre), alsmede HvJ EG, zaak C-265/04 (Margaretha Bouanich). Zie hierover M.F. de Wilde, *Aanpassing netto-methode in beperkte verrekeningssystematiek 'treaty override'?*, FED 2009/90. Zie tevens Rui Camacho Palma, *The Paradox of Gross Taxation at Source*, 38 Intertax 624 (2010), waarin auteur overweegt dat brutobronbelastingen de ernstige marktverstoringen in de hand werkt, onder meer, nu deze heffing winstgevendende activiteiten voor belasting onder omstandigheden tot verlieslatende activiteiten na belasting meebrengt. Auteur bepleit daarom uitgaande vergoedingen voor binnenkomende kapitaalbewegingen in de bronstaat naar een netto-basis in de belastingheffing te betrekken. Anders E. Nijkeuter, *Belastingheffing van dividend en de interne markt*, (Fiscaal wetenschappelijke reeks, nr. 16), 1e druk, Sdu Uitgevers, Amersfoort, 2010, waarin auteur voor uitgaande dividenden juist heffing van een brutobronbelasting-/eindheffingssystematiek bepleit.

vermogen door derden niet op.¹¹² Voordelen uit financieringstransacties met vreemd vermogen worden voor de winstbepaling in aanmerking genomen, terwijl dit niet geldt bij eigen vermogenverstrekkingen (althans, in ieder geval, voor wat betreft de ‘kostenkant’ ervan).

Het bestaan van deze resterende uitdagingen maakt de overwegingen in dit artikel niet ongeldig. Het zegt meer over de onjuistheid van de vooronderstelling in paragraaf 4 onder de derde hypothese dat de thans in het internationale belastingrecht gehanteerde verdeelsleutel – aan de hand waarvan heffingsdrempels worden geïdentificeerd en winsten aan heffingsjurisdicties ter heffing worden toegewezen – conform de economische realiteit functioneert. Wellicht is deze aan heroverweging toe. Zo beschouwd biedt het consolidatiemodel dat in deze bijdrage is aangereikt een deeloplossing. Het winstallocatieprobleem laat zich er immers niet mee oplossen.

7 Afsluitende opmerkingen

Hoe kan worden gekomen tot een rechtvaardigere heffing van vennootschapsbelasting van in Nederland actieve groepen? Deze vraag staat in deze bijdrage centraal. Volgens mij ligt het antwoord in fiscale consolidatie van rechtswege: behandel de economische entiteit als één belastingplichtige voor de heffing van vennootschapsbelasting. Fiscale consolidatie zou moeten plaatsvinden in gevallen waar de moedermaatschappij:

1. beschikt over een vermogensrechtelijke betrekking die haar doorslaggevende zeggenschap geeft over de inrichting en het management van de onderliggende ondernemingsactiviteiten van de betrokken dochtermaatschappijen, mits:
2. de moedermaatschappij deze vermogensrechtelijke betrekking aanhoudt als bedrijfsmiddel.

Daarnaast zou voeging zowel in binnenlandse als in (binnen)grensoverschrijdende situaties moeten plaatsvinden. Mondiale fiscale consolidatie derhalve. Net als thans in Frankrijk en Italië onder de mondiale consolidatieregimes mogelijk is. Maar dan inclusief voeging van buitenlandse moedermaatschappijen. Iedere groep zou in Nederland als onbeperkt belastingplichtige voor de wereldwijd behaalde winst in de heffing van vennootschapsbelasting moeten worden betrokken zodra een minimumdrempel aan economische activiteiten in Nederland overschreden is. Ter beantwoording van de vraag wanneer deze drempel is overschreden, kan worden aangeknoopt bij de aanwezigheid van een objectieve onderneming in Nederland langs de bestaande concepten ‘vaste inrichting’ en ‘feitelijke leiding’. In (binnen)grensoverschrijdende scenario’s is ten aanzien van de buitenlandse ondernemingswinst enkelvoudige belastingheffing op rechtvaardige wijze te bereiken door de belastingvrijstelling als voorkomingsmethode te hanteren.

Implementatie van deze benadering zou in één keer alle verstoringen wegnemen, die thans bij de vennootschapsbelastingheffing van in Nederland actieve groepen worden veroorzaakt door het in de Wet Vpb gehanteerde uitgangspunt dat iedere groepsmaatschappij zelfstandig als binnenlands dan wel buitenlands belastingplichtige in de heffing van vennootschapsbelasting wordt betrokken. Alle obstakels in de Wet Vpb zouden in één klap worden weggenomen nu de vennootschapsbelastingheffing van lichamen en groepen op gelijke wijze zou plaatsvinden in zowel binnenlandse als (binnen)grensoverschrijdende situaties. De vennootschapsbelastingdruk en –opbrengst zouden niet meer worden beïnvloed door de juridische inkleding van ondernemingsactiviteiten dan wel de vraag of deze al dan niet in (binnen)grensoverschrijdend verband worden verricht. Strijdigheid met de verkeersvrijheden zou niet meer aan de orde zijn (geen (in)directe discriminaties/geen belemmeringen). Ook zouden correctiemechanismen in de Wet Vpb, zoals de deelnemingsvrijstelling, –verrekening en de renteaftrekbepalingen, zouden voor wat betreft de vennootschapsbelastingheffing van groepen overbodig worden. Mijn voorkeur om de groep als belastingplichtige aan te merken ligt uiteindelijk in de overweging dat dit correspondeert met de bedrijfseconomische realiteit. Beschouw de groep als één

¹¹² Zie hierover Ruud de Mooij & Michael Devereux, *An applied analysis of ACE and CBIT reform in the EU*, CPB Discussion Papers 128, CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis, 2009.

belastingplichtige. Economisch gezien is het immers ook één entiteit. Deze benadering voelt wellicht aan als contra-intuïtief. Maar acceptatie ervan verlangt slechts acceptatie van de stelling dat de problemen die thans worden veroorzaakt door het uitgangspunt dat lichamen zelfstandige heffingssubjecten vormen, onoplosbaar zijn binnen hetzelfde fiscaaljuridische raamwerk zoals thans op dit uitgangspunt gebouwd is. Wel zal het slagen ervan staan of vallen met de internationale politieke bereidwilligheid van Nederland en andere staten om elkaar daadwerkelijk administratief bij te staan.

Het consolidatiemodel in combinatie met de wereldwijde heffingssystematiek en de belastingvrijstelling als voorkomingsmethode zoals in deze bijdrage is aangereikt, lost niet alle problemen op die opkomen bij de verdeling van belasting tussen staten. Zo biedt het geen oplossing voor marktverstoringen door onderlinge verschillen tussen de belastingsystemen van staten (dispariteiten) of opgeworpen obstakels in het buitenland. Ook biedt het geen oplossing voor verstoringen die worden veroorzaakt door de resterende gebreken in de thans in het internationale belastingrecht gehanteerde verdeelsleutel waarmee de ‘internationale belastingkoek’ tussen staten verdeeld wordt. Hierop hoop ik in de toekomst nog eens nader in te kunnen gaan.