

INVLOEDEN OP DE VENNOOTSCHAPSBELASTING

PROF. MR. DR. A.C.P. BOBELDIJK



NYENRODE
BUSINESS UNIVERSITEIT



INAUGURELE REDE
25 NOVEMBER 2011

Invloeden op de vennootschapsbelasting

Rede in verkorte vorm uitgesproken

bij het aanvaarden van het ambt van hoogleraar
Vennootschapsbelasting
aan de Nyenrode Business Universiteit
op vrijdag 25 november 2011

door
Prof. mr. dr. A.C.P. Bobeldijk

Copyright ©2011 prof. mr. dr. A.C.P. Bobeldijk

ISBN 9789089800336

Niets uit deze uitgave mag worden gereproduceerd zonder schriftelijke toestemming van de auteur.

INDEX

1	INLEIDING.....	5
2	INVLOED VAN MAATSCHAPPELIJKE ONTWIKKELINGEN	9
3	INVLOED VAN DE INKOMSTENBELASTING	23
4	INVLOED VAN HET JAARREKENINGENRECHT	43
5	INVLOED VAN HET EU-RECHT	67
6	INTERNATIONALE INVLOED	99
7	AFSLUITENDE OPMERKINGEN.....	112
8	DANKWOORD	114
9	LITERATUURLIJST	116

1 INLEIDING

Mijnheer de Rector Magnificus, zeer gewaardeerde toehoorders,

“Nur jedem das Seine!

Muss Obrigkeit haben

Zoll, Steuern und Gaben,

Man weigre sich nicht

Der schuldigen Pflicht!

Doch bleibet das Herze dem Höchsten alleine.

Lass mein Herz die Münze sein,

Die ich dir, mein Jesu, steure!

Ist sie gleich nicht allzu rein,

Ach, so komm doch und erneure,

Herr, den schönen Glanz bei ihr!

Komm, arbeite, schmelz und präge,

Dass dein Ebenbild bei mir

Ganz erneuert glänzen möge!”

Zo luiden de eerste twee aria's uit de cantate “Nur jedem das Seine” (BWV 163) van Johann Sebastian Bach.

De cantate is geschreven naar aanleiding van het gedeelte uit het bijbelboek Mattheus, hoofdstuk 22:15-22. In dat gedeelte wordt beschreven dat de Farizeeën, de toenmalige geestelijke leidslieden, naar Jezus komen met een strikvraag. Zij vragen Hem of het geoorloofd is aan de keizer belasting te betalen. Jezus doorzag hen en vraagt wiens afbeelding er op de munt staat. Nadat zij Hem hebben geantwoord dat het de afbeelding van de keizer is, klinken de bekende woorden: “Geeft dan den keizer, dat des keizers is, en Gode, dat Gods is.” Johann Sebastian Bach wijst er in deze cantate in navolging van het Bijbelwoord op dat de belasting die aan de overheid verschuldigd is, ook betaald moet worden.

Wanneer het zo is dat de verschuldigde belasting betaald moet worden, komt de vraag vanzelf op welk bedrag dan verschuldigd is. In ons land wordt belasting geheven uit kracht van een wet, zo staat in artikel 104 van de Grondwet te lezen. Voor natuurlijke personen die een onderneming drijven is voor de belasting over de winst alleen de Wet op de inkomstenbelasting 2001 relevant. Voor de overige ondernemingen, bijvoorbeeld de ondernemingen met de rechtsvorm van een BV of NV, is de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb) relevant. De Wet Vpb bepaalt hoeveel belasting verschuldigd is.

De vennootschapsbelasting is een relatief kleine belasting. De totale opbrengst aan belastingen en premies bedraagt circa € 232 miljard.¹ Het aandeel van de vennootschapsbelasting is met circa € 15,9 miljard derhalve bescheiden. Ter vergelijking: de opbrengst van de loon- en inkomstenbelasting inclusief de premies volksverzekeringen bedraagt € 87,5 miljard en de opbrengst van de omzetbelasting is € 42,3 miljard. Toch is de vennootschapsbelasting van groot belang voor de economie van Nederland. Tarief en vormgeving van de vennootschapsbelasting bepaalt voor een belangrijk deel het Nederlandse vestigingsklimaat voor internationaal opererende bedrijven.² Een goed vestigingsklimaat en dus een concurrerende vennootschapsbelasting is van belang om internationale bedrijvigheid naar Nederland te trekken en in Nederland te houden.³

De Wet Vpb heeft sinds haar invoering verschillende invloeden ondergaan. En die invloeden hebben tot veranderingen geleid. Het leek mij dan ook goed om daar bij de openbare aanvaarding van het ambt van hoogleraar vennootschapsbelasting bij stil te staan. Vandaar de titel van deze rede: "Invloeden op de vennootschapsbelasting".

Wanneer ik naar de afgelopen decennia kijk en naar de actuele situatie met betrekking tot de vennootschapsbelasting, zijn er mijns inziens vijf

¹ Cijfers ontleend aan de miljoenennota 2012.

² Ook de staatssecretaris heeft dit meerdere keren aangegeven, zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2009/10, 31 369, nr. 10, p. 17.

³ Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2004/05, 30 107, nr. 2, p. 2. en Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr. 25, p. 21 – 22.

belangrijke invloeden aan te wijzen. Ik zal daar in deze rede op in gaan. Allereerst is daar de invloed van maatschappelijke ontwikkelingen. In de maatschappij is een toegenomen aandacht waar te nemen voor de houding van ondernemingen ten aanzien van belastingen. Daarnaast is er de invloed van de inkomstenbelasting op de vennootschapsbelasting; de inkomstenbelasting vormt zelfs de bestaansgrond voor de vennootschapsbelasting. Bij de toenemende invloed van het jaarrekeningrecht op de heffing van vennootschapsbelasting zal ik in de derde plaats stil staan. In de vierde plaats ga ik in op het Europese recht dat grote invloed heeft op de heffing van vennootschapsbelasting. Ten vijfde zal ik ingaan op verschillende internationale invloeden op de heffing van vennootschapsbelasting. Ik sluit af met enkele slotopmerkingen.

De tekst van deze rede is afgesloten op 1 oktober 2011.

2 INVLOED VAN MAATSCHAPPELIJKE ONTWIKKELINGEN

2.1 Inleiding

De afgelopen jaren is er in de maatschappij een duidelijke ontwikkeling waarbij er meer aandacht is voor de wijze waarop ondernemingen omgaan met belastingen. Dat heeft te maken met de horizontalisering van de samenleving en de vraag naar meer transparantie, mede naar aanleiding van de verschillende grote boekhoudschandalen aan het begin van dit millennium. Ook de politiek is zich de laatste jaren steeds nadrukkelijker bezig gaan houden met belastingen. Hierna ga ik achtereenvolgens in op een aantal maatschappelijke ontwikkelingen die mijns inziens van invloed zijn op de heffing van vennootschapsbelasting.

2.2 Corporate governance

Met ingang van 9 december 2003 is de Nederlandse code inzake deugdelijk ondernemingsbestuur ('corporate governance') van toepassing op beursgenoteerde vennootschappen die statutair in Nederland zijn gevestigd. Deze code, beter bekend als de Code Tabaksblat, bevat een verzameling voorschriften en aanbevelingen.⁴ In de code wordt ook gesproken over de instelling van de auditcommissie. Dit is een commissie die uit het midden van de commissarissen wordt benoemd en die in het bijzonder belast is met het toezicht op de financiële aangelegenheden en verantwoording van de vennootschap alsmede de financiële risico's van de onderneming.

⁴ De verplichting van beursgenoteerde vennootschappen om aan de code te voldoen is wettelijk verankerd in artikel 2:391 lid 5 BW, "bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere voorschriften worden gesteld omtrent de inhoud van het jaarverslag. Deze voorschriften kunnen in het bijzonder betrekking hebben op naleving van een in de algemene maatregel van bestuur aan te wijzen gedragscode en op de inhoud, de openbaarmaking en het accountantsonderzoek van een verklaring inzake corporate governance." Bij besluit van 30 december 2004, Stb. 2004, 747 is de gedragscode aangewezen als een gedragsregel bedoeld in genoemd artikellid.

Art. III.5.4 van de Code bepaalt: “De auditcommissie richt zich in ieder geval op het toezicht op het bestuur ten aanzien van:

(a) de werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen, waaronder het toezicht op de naleving van de relevante wet- en regelgeving

(....)

(e) het beleid van de vennootschap met betrekking tot tax planning.”

Er wordt in sub a in algemene zin gesproken over het toezicht op naleving van relevante wet- en regelgeving. Het lijkt mij niet voor discussie vatbaar dat onder de relevante wet- en regelgeving ook de fiscale regelgeving valt. Ook het toezicht op de naleving van de fiscale wet- en regelgeving behoort dus tot de taakomschrijving van de auditcommissie. De commissie zal derhalve bij het bestuur dienen na te gaan in hoeverre er interne risicobeheersings- en controlesystemen zijn om te waarborgen dat de belasting op een juiste wijze berekend en afgedragen wordt. Ook wordt expliciet als taak voor de auditcommissie genoemd het toezicht ten aanzien van het beleid van de vennootschap met betrekking tot tax planning. In het licht van de doelstelling van de code en in het bijzonder de rol van de auditcommissie zal het daarbij mijns inziens niet alleen gaan om het beleid ten aanzien van, al dan niet agressieve, fiscale structuren om de winstbelasting te verminderen. Ook het beleid ten aanzien van andere belastingen dan winstbelastingen zal de aandacht van de auditcommissie moeten hebben.⁵ Overigens ligt mijns inziens in het toezicht op de werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen, waaronder begrepen wordt de naleving van de (fiscale) wet en regelgeving, het toezicht op het beleid ten aanzien van tax planning al besloten. In zoverre voegt het onder sub e genoemde dan ook mijns inziens niets toe. Aangezien commissarissen in het algemeen niet veel affiniteit zullen hebben met fiscaliteit, voorkomt het expliciet benoemen van hun verantwoordelijkheid ten aanzien van het fiscale beleid van de vennootschap dat commissarissen dit over het hoofd zien. Zeker gezien de toegenomen aandacht van politiek en maatschappij voor het fiscale beleid van ondernemingen, dienen

⁵ Evenzo E.M.E. van der Enden, ‘Corporate Governance, Toetsing van fiscaal beleid ten aanzien van taxplanning in de Code Tabaksblat’, *MMB*, 2006/9, p. 455.

commissarissen zich bewust te zijn van hun taak in dezen. Mijn verwachting is dat commissarissen zich de komende jaren nadrukkelijker met de fiscaliteit van de onderneming gaan bezighouden. Gegeven het feit dat commissarissen, zo is mijn waarneming, in zijn algemeenheid voorzichtig(er) zijn ingesteld, zal dat mijns inziens een remmende werking hebben op het gebruik van fiscale structuren die mogelijk aanleiding kunnen zijn voor discussie of negatieve publiciteit.

2.3 Meer aandacht voor fiscaliteit in de maatschappij

De afgelopen jaren is er een toenemende aandacht waar te nemen voor de wijze waarop bedrijven met de belastingheffing omgaan.⁶ Ook bij bedrijven zelf is er meer aandacht voor de fiscale positie.⁷

De wijze waarop grote ondernemingen met belastingen omgaan, leidde de afgelopen jaren regelmatig tot vragen in de Eerste en Tweede kamer. Zo kreeg de Minister van Financiën de vraag om een overzicht van de kapitaalstromen van bedrijven van en naar Nederland te geven.⁸ Ook werd hem verzocht om een overzicht van de belastingdruk van multinationals in Nederland te presenteren.⁹ De uitzending van Zembla op 18 oktober 2009 getiteld “Nederland als belastingparadijs” zorgde voor een stortvloed aan kamervragen. Op deze uitzending werd op verzoek van de kamer schriftelijk gereageerd door de staatssecretaris van financiën, die sterk ontkende dat Nederland een belastingparadijs zou zijn voor internationaal opererende ondernemingen.¹⁰

De ophef over de belastingdruk van multinationals blijft niet alleen beperkt tot Nederland, ook in andere landen bestaat er veel aandacht voor deze problematiek. In een debat om de presidentsverkiezingen in de Verenigde staten tussen Hillary Clinton en Barack Obama, stelde Obama zich op het

⁶ R.H. Happé, *Belastingethiek: een kwestie van fair share*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, No. 243, Kluwer, Deventer 2011, p. 30. p. 56 ev.

⁷ Zie ook KPMG, *Tax in the boardroom – a discussion paper* en R.H. Happé, *Belastingrecht en de geest van de wet, een pleidooi voor een beginsel benadering in de wetgeving*, p. 19.

⁸ Kamerstukken II 2006/07, 539, p. 1163.

⁹ Kamerstukken II 2009/10, 457, p. 971.

¹⁰ Kamerstukken II 2009/10, 31 369, nr. 8, p.7.

standpunt dat als hij gekozen zou worden als president, hij alle “offshore transactions” zou willen aanpakken. Obama toonde zich een groot tegenstander van offshore havens en deed in dit debat de volgende uitspraak: “There’s a building in the Cayman Islands that houses, supposedly, 12,000 U.S.-based corporations. That’s either the biggest building in the world or the biggest tax scam in the world. And I think we know which one it is.”¹¹

Ook ontstond er veel ophef in verschillende internationale media naar aanleiding van een rapport van het US Government Accountability Office.¹² Hierin werd beschreven dat een groot aantal Amerikaanse defensiebedrijven door gebruik te maken van buitenlandse dochtermaatschappijen hun belastingdruk verlaagden.¹³ Zelfs in de Tweede Kamer werden hier vragen over gesteld.¹⁴

In de fiscale praktijk valt waar te nemen dat steeds meer ondernemingen zich onthouden van fiscale structuren die zonder twijfel legaal zijn. Men onthoudt zich daarvan vanwege de waarden van de onderneming, omdat men geen structuren wil opzetten louter voor fiscale doeleinden (“tax should follow the business”) of omdat men de reputatierisico’s te groot vindt. De manier waarop sommige ondernemingen de afgelopen jaren vanwege hun fiscale positie in de krant gekomen zijn, zullen veel ondernemingen willen voorkomen.¹⁵ Reputatierisico’s worden de laatste jaren steeds nadrukkelijker meegewogen bij de keuze van fiscale structuren. Daarbij komt dat rekening gehouden moet worden met het feit dat discussies en mogelijke aandacht van de zijde van de belastingdienst, politiek of pers zich vaak pas na verloop van tijd voordoet. Wat thans nog maatschappelijk als acceptabel gezien

¹¹ Verkiezingsdebat Hillary Clinton vs Barack Obama, 13 december 2007.

¹² GAO, Report to Congressional Committees, Defense contraction, Recent law has impacted contractor use of offshore subsidiaries to Avoid Certain Payroll Taxes, januari 2010.

¹³ GAO, Report to Congressional Committees, Defense contraction, Recent law has impacted contractor use of offshore subsidiaries to Avoid Certain Payroll Taxes, januari 2010, p. 1.

¹⁴ Kamerstukken II 2009/10, 2279, p.1

¹⁵ Dit constateerde ook KPMG in de publicatie ‘*Tax in de boardroom – a discussion paper*’. Zie ook R.H. Happé, *Multinationals, Enforcement Convenants and Fair Share*, Intertax 2007, 35(10), p. 539.

wordt, kan dat dan wel eens niet meer zijn. Dit zou ondernemingen die bezorgd zijn om hun reputatie mijns inziens extra terughoudend moeten maken.

2.4 Horizontaal toezicht

In 2002 is het rapport “De toekomst van de nationale rechtsstaat” van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) gepubliceerd. In dit rapport worden aanbevelingen gedaan voor een meer gelijkwaardige benadering tussen overheid en burgers als reactie op de veranderende internationale en maatschappelijke verhoudingen. Het toenmalige kabinet heeft veel van de aanbevelingen van de WRR overgenomen in het programma ‘Andere Overheid’.¹⁶

In 2005 is de Belastingdienst gestart met een pilot, waarbij is onderzocht of het horizontaal toezicht op organisaties in het ZGO-segment kan worden vormgegeven. Inmiddels is horizontaal toezicht het speerpunt geworden van het handhavingsbeleid in de individuele klantbehandeling, ook in het MGO- en MKB-segment. De Belastingdienst wil door middel van het horizontaal toezicht in de actualiteit samenwerken met belastingplichtigen om de compliance te onderhouden en te versterken. Dit krijgt vorm door convenanten (afspraken) met individuele belastingplichtigen als het om zeer grote of middelgrote ondernemingen gaat. In het MKB-segment worden convenanten afgesloten met intermediairs, te weten accountants- en belastingadvieskantoren.

De staatssecretaris heeft in 2005 de essentie van horizontaal toezicht als volgt verwoord:

“Bij horizontaal toezicht gaat het om wederzijds vertrouwen tussen belastingplichtige en Belastingdienst, het scherper naar elkaar aangeven wat ieders verantwoordelijkheden en mogelijkheden zijn om het recht te handhaven en het vastleggen en naleven van wederzijdse afspraken. De onderliggende verhoudingen en de communicatie tussen burger en overheid verschuiven daarmee naar een meer gelijkwaardige situatie. Horizontaal

¹⁶ Kamerstukken II 2003/04, 29 362, nr.1, p.2.

toezicht sluit aan bij de ontwikkelingen in de samenleving waar eigen verantwoordelijkheid van de burger gepaard gaat met het gevoel dat handhaving van het recht ook een groot goed is. In het concept van horizontaal toezicht schuilt ook de erkenning dat handhaving in een complexe en snel veranderende samenleving niet zonder het gebruik van de kennis in de samenleving kan.”

De drie kernbegrippen bij horizontaal toezicht zijn wederzijds vertrouwen, begrip en transparantie. De belastingdienst heeft dit nader uitgewerkt in een “Leidraad Horizontaal Toezicht binnen de Individuele Klantbehandeling (MGO/OCK en ZGO)”.¹⁷ In dit document worden ook de drie kernbegrippen nader toegelicht.¹⁸

Het eerste kernbegrip is ‘transparantie’. Transparantie ziet op het geven van openheid van zaken zowel van de zijde van de belastingplichtige als van de zijde van de belastingdienst. De belastingplichtige dient transparant te zijn over zijn fiscale strategie en over relevante fiscale issues. De belastingdienst is dan ook van mening dat de belastingplichtige geen (materiële) standpunten in de aangifte mag innemen zonder dat die met de belastingdienst zijn besproken. De belastingdienst dient transparant te zijn over de achtergrond van vragen en over de invulling van zijn toezicht.

Het tweede kernbegrip is ‘begrip’. De verhouding tussen de belastingplichtige en de belastingdienst wordt geschetst als een ‘constructieve samenwerking’, waarbij het begrip voor de positie en de (soms tegengestelde) belangen van de ander van belang is.

Het derde kernbegrip is het ‘wederzijds vertrouwen’. Vertrouwen in de relatie is noodzakelijk omdat de kennis en/of informatie van partijen ongelijk is. De belastingdienst vindt het van belang dat gaandeweg het horizontaal toezichttraject gedrag gezien wordt en informatie wordt verkregen waaruit blijkt dat de positieve verwachting die de belastingdienst en belastingplichtige over en weer hebben en het gegeven vertrouwen terecht zijn. Op die manier kunnen de belastingplichtige en de belastingdienst vaststellen dat sprake is van het gerechtvaardigde vertrouwen dat beide

¹⁷ Deze leidraad is vinden op de site van de belastingdienst.

¹⁸ Leidraad, p. 7 ev.

partijen hun verantwoordelijkheid voor regelnaleving willen en kunnen nemen. Het maken van een fout, betekent overigens niet direct dat de basis voor het vertrouwen weg is in de visie van de belastingdienst. Van belang is het gesprek aan te gaan over de oorzaken van de fout en de maatregelen die zijn genomen om de fout in de toekomst te voorkomen. Afhankelijk van de uitkomsten zal de belastingdienst bezien of er gevolgen zijn voor het klantbeeld en de vertrouwensrelatie.

In het toezicht van de belastingdienst is de aanvaardbare aangifte de norm, zo blijkt uit de leidraad.¹⁹ Bij horizontaal toezicht gaat het over de verantwoordelijkheden van beide partijen bij de totstandkoming van aanvaardbare aangiften. Van de belastingplichtige wordt een juiste houding en gedrag alsmede een adequate interne beheersing verwacht. Daarbij moet uit de 'tone at the top' en uit het streven naar versterking van de interne beheersingsmaatregelen blijken dat de belastingplichtige aan zijn fiscale verplichtingen wil voldoen. De belastingdienst kan vanuit zijn verantwoordelijkheid de organisatie stimuleren en ondersteunen door middel van vooroverleg en doordat de belastingplichtige vooraf duidelijkheid en zekerheid kan krijgen over haar fiscale positie. De Belastingdienst stemt het toezicht af op de specifieke situatie van de belastingplichtige. In de praktijk zie ik dat steeds vaker met de belastingdienst vooraf wordt afgestemd welke fiscale issues door de controlerend accountant worden meegenomen bij de controle van de jaarrekening. Het gaat daarbij overigens meestal over loonbelasting of omzetbelasting gerelateerde zaken, aangezien dat meer 'procesmatige' belastingen zijn. Ik verwacht echter dat in de toekomst ook afspraken gemaakt worden met de belastingdienst over een externe controle van de fiscale (vennootschapsbelasting) positie, bijvoorbeeld door de accountant of een gecertificeerd controleur.

Wanneer ik het geheel van het horizontaal toezicht overzie ben ik van mening dat de belastingplichtige veel moet geven en relatief weinig terugkrijgt. De belastingplichtige moet immers alle onzekere posities bespreken met de belastingdienst.²⁰ Snel zekerheid is het belangrijkste

¹⁹ Leidraad, p. 8.

²⁰ Zie punt 2 van het model convenant, te vinden op de site van de Belastingdienst.

winstpunt voor belastingplichtigen. Voor sommige ondernemingen, met name de beursgenoteerde ondernemingen, is zekerheid over hun fiscale positie zeer belangrijk. Het horizontaal toezicht biedt dan ook toegevoegde waarde. Er zijn ook bedrijven die, zonder dat sprake is van horizontaal toezicht, een goede relatie hebben met de belastingdienst en belangrijke zaken vooraf bespreken. Voor die bedrijven biedt het horizontaal toezicht, waarbij zij verplicht worden *alle* onzekere belastingposities te bespreken, geen meerwaarde. Ik zie dan ook dat sommige bedrijven vanwege de goede relatie afzien van een convenant. Bedrijven die in particuliere handen zijn, zoals familiebedrijven, hebben in het algemeen minder belang bij zekerheid over hun fiscale positie. Zij hoeven in tegenstelling tot beursgenoteerde bedrijven niet aan de markt te rapporteren als er onzekerheden zijn geconstateerd in hun belastingpositie en bovendien gaat het veelal om de 'portemonnee van de eigenaar' zelf. Een convenant biedt dan weinig of geen meerwaarde, zeker niet als er overigens een goede relatie met de belastingdienst is. Tegelijkertijd zijn er ook familiebedrijven die kiezen voor een convenant. Bijvoorbeeld omdat zij vinden dat het past bij de waarden van de onderneming, bij het feit dat het past bij het predicaat 'koninklijk' dat zij voeren of omdat de eigenaren zekerheid wel belangrijk vinden.

Juist binnen een horizontaal toezichtrelatie zullen belastingplichtigen minder snel scherp aan de wind varen, zo is mijn verwachting. Men weet dat bepaalde zaken, hoewel legaal, door de belastingdienst niet of minder geapprecieerd worden en daar zal in een relatie bewust of onbewust toch rekening mee gehouden worden. Zo ken ik uit de praktijk meerdere voorbeelden van ondernemingen die alsnog vrijwillig vennootschapsbelasting hebben voldaan. Zo was er een beursgenoteerde onderneming die in zijn jaarrekening nog een voorziening had staan voor vennootschapsbelasting dat zag op een jaar waarvoor navordering niet meer mogelijk was. In plaats van deze voorziening vrij te laten vallen ten gunste van de winst, heeft deze onderneming er voor gekozen om de belasting vrijwillig te voldoen. Een andere onderneming had de voorlopige aanslag naar aanleiding van de ingediende aangifte voldaan, waarna de belastingdienst vergat om tijdig, dat wil zeggen binnen drie jaar vermeerderd met het verleende uitstel, een definitieve aanslag op te leggen. Dit

betekende dat de onderneming als gevolg van de nalatigheid van de fiscus recht had op een teruggave van de op de voorlopige aanslag voldane belasting.²¹ Vanwege het feit dat de belasting materieel verschuldigd was en in het kader van de opbouw van het horizontaal toezicht heeft de onderneming echter afgezien van terugvordering van de betaalde belasting. Uiteraard verwachten deze ondernemingen vervolgens van de belastingdienst op bepaalde punten ook een soepele opstelling. Het oude adagium 'Do ut des' gaat ook in de verhouding met de belastingdienst op. Ik moet overigens zeggen dat mij geen voorbeelden van de omgekeerde situatie bekend zijn, namelijk dat de fiscus vrijwillig bedragen teruggeeft over jaren die vaststaan en waarvoor geen verzoek tot ambtshalve vermindering meer gedaan kan worden.

Overigens roepen dit soort vrijwillige betalingen aan de belastingdienst de vraag op hoe dergelijke betalingen gekwalificeerd moeten worden. Is hier nog wel sprake van betaalde belasting? Of is hier sprake van kosten voor de opbouw cq voortzetting van relaties met de belastingdienst? Dit is relevant omdat vennootschapsbelasting niet aftrekbaar is van de winst, terwijl kosten voor opbouw van een relatie met de belastingdienst dat wel zijn. Strikt genomen is mijns inziens in de hiervoor genoemde situaties sprake van de laatste situatie. De betalingen zijn dan aftrekbaar.

2.5 Fair share benadering

De laatste jaren wordt steeds vaker gesproken over het betalen van een 'fair share'.²² Reeds in 1992 maakte de staatssecretaris in zijn Nota over het fiscaal vestigingsklimaat enkele opmerkingen over de fair share benadering, zoals: "De toegenomen mobiliteit van ondernemingen en de groeiende vrijheid van kapitaalverkeer brengen belastingplichtigen ertoe de grenzen van de belastingwetgeving te exploreren, met als gevolg dat er twijfel is ontstaan of Nederland wel in alle gevallen zijn «fair share» krijgt van de

²¹ Rechtbank Haarlem 8 juni 2006, 05/5943, V-N 2007/16.4.

²² Zie ook R.H. Happé, *Belastingethiek: een kwestie van fair share* en J.L.M. Gribnau, *Fiscale ethiek: wederkerige verantwoordelijkheid voor de integriteit van het belastingrecht*, in Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, no. 243, Kluwer, Deventer 2011.

belastingopbrengst. Ook de Tweede Kamer heeft bij diverse gelegenheden uiting aan haar bezorgdheid hierover gegeven.²³ In de nota wordt ook opgemerkt dat Nederland maatregelen moet nemen om zijn fair share te behouden.²⁴ Ook thans wordt er door sommigen aan getwijfeld of iedere onderneming wel zijn fair share afdraagt. Een deel van de Tweede Kamer had en heeft de indruk dat grote ondernemingen niet of nauwelijks belasting betalen en dus niet hun fair share bijdragen.²⁵ Inzicht in de exacte cijfers ontbreekt, omdat ondernemingen in hun jaarrekening niet per land hoeven aan te geven hoeveel belasting zij betalen.

Uiteraard dient door ondernemingen belasting betaald te worden. Zij maken immers gebruik van de (economische) infrastructuur en belasting is nodig voor de financiering daarvan. Om de woorden van Oliver Wendell Holmes jr., een rechter van het Amerikaanse Supreme Court te gebruiken: “taxes are what we pay for a civilized society”.²⁶ Ondernemingen dienen dan ook op een verantwoorde wijze met belastingheffing om te gaan.

Tegelijkertijd moet mijns inziens niet vergeten worden dat hoofdkantoren veel kosten hebben die, overeenkomstig het arm's length beginsel, niet kunnen worden doorbelast aan (buitenlandse) dochterondernemingen. Dat betekent dat multinationals naar verhouding fiscaal weinig winst zullen laten zien in het land waar hun hoofdkantoor is gevestigd. Nederland geeft aan graag hoofdkantoren te behouden of zelfs te willen aantrekken omdat dat goed is voor de economie.²⁷ De wijze waarop soms de discussie over fair share wordt gevoerd doet daar dan mijns inziens afbreuk aan.

Inmiddels is er door de Tweede Kamer een motie aangenomen waarbij de staatssecretaris is opgeroepen zich er voor in te spannen om ervoor te zorgen dat in de jaarrekening per land wordt aangegeven hoeveel belasting

²³ Kamerstukken II 1992/93, 22 860, nr. 2, p. 21.

²⁴ Kamerstukken II 1992/93, 22 860, nr. 2, p. 24.

²⁵ Handelingen II 2007/08, nr. 57, p. 4039-4057 en Handelingen II 2010/11, nr. 98, item 43.

²⁶ U.S. Supreme Court, *Compania General de Tabacos de Filipinas v. Collector of Internal*, 275 U.S. 87 (1927), p. 6.

²⁷ Zie ook de opmerkingen van Staatssecretaris Weekers in Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr. 25, p.17 ev.

wordt betaald.²⁸ De staatssecretaris heeft hier, mijns inziens terecht, terughoudend op gereageerd door aan te geven dat hij zich in internationale gremia ervoor wil inspannen dat dit de norm wordt, maar dat hij dit niet als Nederland alleen wil doen en daarin niet voor op wil lopen. Uit de praktijk is mij bekend dat verschillende ondernemingen een rapportage van de belastingafdracht per land vanuit concurrentieoogpunt zeer ongewenst vinden. Hier dient naar mijn mening rekening mee gehouden te worden bij uitvoering van de motie. Overigens zou het bedrijfsleven er mijns inziens beter aan doen de ontwikkelingen niet af te wachten, maar zelf te komen met een voorstel dat recht doet aan de vraag naar meer transparantie en vanuit concurrentieoogpunt acceptabel is.

Relevant in dit kader is ook dat in de discussie over fair share de focus enkel is gericht op de vennootschapsbelasting. Naar mijn mening zou bij een discussie over fair share gelet moeten worden op de totale belastingafdracht en niet enkel op de afdracht van vennootschapsbelasting.²⁹ Tot slot moet bij de discussie over fair share niet vergeten worden dat belastingen worden geheven uit kracht van een wet, zoals artikel 104 van de Grondwet bepaalt. In discussies over fair share bekruipt mij soms het gevoel dat sommigen een eigen vorm van 'redelijkheidsbenadering' hanteren die los komt te staan van de wettelijke bepalingen. Die kant moeten we mijns inziens niet op. Die kant hoeven we ook niet op, omdat bij de uitleg van de wet naast de tekst van de wet ook rekening wordt gehouden met het doel van de wet. Ik kan mij dan ook helemaal vinden in de woorden van de staatssecretaris die nog niet zo lang geleden opmerkte: "Als er geen winst wordt gemaakt, is nul een fair share. Als er wel in Nederland winst wordt gemaakt, moet dat belast worden en dan is het geen fair share."³⁰

²⁸ Handelingen II 2010/11, nr. 98, item 43.

²⁹ Zie ook de brief van de voorzitter van het Topteam hoofdkantoren van 17 juni 2011, p. 5.

³⁰ Kamerstukken II 2009/10, 31 369, nr. 10, p. 34.

2.6 Van rule based naar principe based?

De Wet Vpb is complex geworden, alle pogingen tot vereenvoudiging van de belastingwetgeving ten spijt. Voorbeelden van complexiteit zijn de regelingen van de afgewaardeerde vorderingen en de deelnemingsverrekening, in het bijzonder de samenloop met andere regelingen in de Wet Vpb. Ten aanzien van de gewijzigde regelingen inzake afgewaardeerde vorderingen, het onderwerp van mijn proefschrift, zei een Eerste Kamerlid tegen de staatssecretaris: "Dit wetsvoorstel is door zijn gecompliceerdheid al voor menig fiscalist niet meer te bevatten. Het zou derhalve van weinig respect getuigen als ik u met technische vragen zou lastigvallen. Daarom vraag ik de staatssecretaris, die ongetwijfeld alle finesses van dit wetsvoorstel begrijpt – mijn fractie wenst hem van harte proficiat met zijn toetreding tot de top 50 van 's werelds machtigste fiscalisten – om binnen twee maanden per brief te reageren op de vragen en de veronderstellingen die de redactie van Vakstudie Nieuws naar aanleiding van de memorie van antwoord nog heeft."³¹

Deze complexiteit van de Wet Vpb roept de vraag op of het niet verstandiger is om meer de beginselen van de belastingheffing in de wet vast te leggen.³² Een voordeel daarvan zou kunnen zijn dat de wetgeving minder gedetailleerd hoeft te zijn, zeker indien het antimisbruikwetgeving betreft. De huidige gedetailleerde (antimisbruik)regelgeving treft soms reële situaties, waarvoor de belastingdienst thans geen tegemoetkoming kan bieden, omdat de wet die ruimte niet biedt. Bij minder gedetailleerde regelgeving is meer ruimte en worden dit soort situaties eerder voorkomen.³³ Bovendien zal een beginsel, als open norm, gemakkelijker kunnen worden toegepast op allerlei verschillende situaties en gemakkelijker worden ingevuld aan de hand van gewijzigde maatschappelijke opvattingen. Tegelijk is dat mijns inziens ook het bezwaar. Wanneer zijn zaken maatschappelijke opvattingen zodanig gewijzigd dat iets wat eerst was toegestaan dat niet langer meer is? Het lijkt

³¹ Handelingen I 2005/06, 29 november 2005, 29 686, p. 8-358.

³² Aldus R.H. Happé, *Belastingrecht en de geest van de wet, een pleidooi voor een beginsel benadering in de wetgeving*, p. 19.

³³ Overigens biedt thans de hardheidsclausule ex art. 63 AWR onder omstandigheden mogelijkheden om belastingplichtigen tegemoet te komen.

mij aan de wetgever en niet aan de rechter om dat soort beslissingen te nemen. De beslissingen van de wetgever zijn immers democratisch gelegitimeerd. Bovendien ontstaat door de open norm meer rechtsonzekerheid, hetgeen ongewenst is. Ook dient bedacht te worden dat de belastingplichtige altijd de zwakkere partij is ten opzichte van de staat. In de wet opgenomen rechtsbeginselen geven de belastingdienst en de individuele inspecteur veel meer vrijheid om standpunten in te nemen die in het voordeel van de belastingdienst zijn op basis van eigen invulling van de opgenomen rechtsbeginselen. Dit is in het nadeel van de belastingplichtige die zijn gelijk alleen via kostbare procedures kan halen.

Het is zeker de moeite waard om over dit thema verder te denken, met name om te zien of er specifieke deelgebieden in de Wet Vpb zijn waar het opnemen van rechtsbeginselen wel toegevoegde waarde biedt. Op grond van de hiervoor genoemde bezwaren ben ik het geheel overziende op dit moment geen voorstander van het opnemen van algemene rechtsbeginselen in de Wet Vpb.

3 INVLOED VAN DE INKOMSTENBELASTING

3.1 Inleiding

De inkomstenbelasting heeft een grote invloed op de vennootschapsbelasting. Sterker nog, de inkomstenbelasting vormt de bestaansgrond, de rechtsgrond van de vennootschapsbelasting. In dit hoofdstuk zal ik eerst stilstaan bij de inkomstenbelasting als rechtsgrond van de vennootschapsbelasting. Vervolgens ga ik in op de invloed die de inkomstenbelasting heeft door middel van verschillende verwijzingen naar de Wet IB in de Wet Vpb. In de derde plaats wordt de invloed van de wet IB ook gezien in de jurisprudentie van de Hoge Raad. De samenhang tussen de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting was meerdere keren van doorslaggevend belang bij het oordeel van de Hoge Raad over de winstbepaling in de vennootschapsbelasting. Tot slot ga ik in op de samenhang tussen de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting doordat de wetgever streeft naar een globaal evenwicht tussen de belastingheffing voor IB-ondernemers en de gecombineerde Vpb- en IB-druk voor ondernemers die hun onderneming via een BV drijven.

3.2 De inkomstenbelasting als rechtsgrond

De formele rechtsgrond voor de vennootschapsbelasting is de Wet Vpb. Over de materiële rechtsgrond van de vennootschapsbelasting bestaat geen eenduidigheid. Er zijn in de loop der jaren meerdere rechtsgronden aangedragen.³⁴ Zo is de rechtsgrond gezocht in de 'zelfstandigheid van de vennootschap' ten opzichte van haar aandeelhouders.³⁵ Deze motivering plaatst een lichaam op dezelfde voet als een natuurlijk persoon. De vennootschapsbelasting is voor een vennootschap wat de inkomstenbelasting is voor een natuurlijk persoon. Naar mijn mening wordt

³⁴ Zie ook R.P.C. Cornelisse, *De toekomst van de vennootschapsbelasting*, Vossiuspers UVA, Amsterdam 2001, p. 25.

³⁵ Zie H.J. Hofstra, *Inleiding tot het Nederlands belastingrecht*, Kluwer, Deventer 1992, p. 132-134.

hierbij teveel veronachtzaamd dat een vennootschap slechts een creatie van en voor het recht is, een werktuig van een of meerdere natuurlijk personen.³⁶ Als rechtsgrond voor de vennootschapsbelasting is ook genoemd het beginsel van de bevoorrechte verkrijging.³⁷ Het beginsel van de bevoorrechte verkrijging houdt in dat wanneer bij de verkrijging van een bate de verkrijger in een bevoorrechte positie verkeert in vergelijking met anderen, een speciale belasting gerechtvaardigd wordt geacht.³⁸ Er kan naar mijn mening echter alleen sprake zijn van een bevoorrechte verkrijging als er een voordeel resteert nadat alle samenwerkende productiefactoren een passende beloning hebben ontvangen. De bevoorrechte verkrijging is dan dus de overwinst.³⁹ Op grond van de Wet Vpb wordt meer dan alleen de overwinst in de heffing van vennootschapsbelasting betrokken, omdat de vergoeding voor de verschaffers van kapitaal niet aftrekbaar is. Door invoering van een stelsel van aftrek van een primair dividend of een stelsel van een aftrek van een primair rendement wordt de bevoorrechte verkrijging als rechtsgrond voor de heffing van vennootschapsbelasting sterker. Ook het profijtbeginsel en het buitenkansbeginsel zijn als rechtsgronden aangedragen.⁴⁰

De meeste auteurs zien de rechtsgrond van de vennootschapsbelasting in de complementaire functie van de vennootschapsbelasting ten opzichte van de inkomstenbelasting.⁴¹ Ik sluit mij daar bij aan. De heffing van

³⁶ Zie ook B. Schendstok, 'Een on-orthodoxe maar aktuele beschouwing over de vennootschapsbelasting', in de Jubileumbundel, *Wat byllich unn recht is*, FED, mei 1966, p. 81. Evenzo D.A.M. Meeles, *Welvaartsverstorende belastingheffing*, FED, 1985, p.26.

³⁷ J. Verburg, *Vennootschapsbelasting*, Kluwer, Deventer 2000, p. 10 .

³⁸ Zie W.J. Langen, *De grondbeginselen van het Nederlandse Belastingrecht, deel II*, N. Samson N.V., Alphen aan den Rijn 1958, p. 693.

³⁹ Evenzo D. Brull *Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale winstbegrip*, FED, Amsterdam 1968, p. 274. Daarnaast noemt Brull als rechtsgronden voor een vennootschapsbelasting nog het profijtbeginsel en het welvaartsbeginsel.

⁴⁰ D. Brull *Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale winstbegrip*, FED, Amsterdam 1968, p. 280 en W.J. de Langen, *De grondbeginselen van het Nederlandse Belastingrecht, deel II*, N. Samson N.V., Alphen aan den Rijn 1958, p. 693 en 694.

⁴¹ Evenzo F.H.M. Grapperhaus, 'Een stukje wetshistorie van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969', in *Verburgbundel, opstellen over vennootschap en belasting*, Kluwer, Deventer 1994, p. 68. Verburg, *Vennootschapsbelasting*, Deventer, Kluwer, 2000, p.2. J.A.G. van der Geld, 'Boxen in de nieuwe wet VPB 2007', *WFR* 2004/6596 en F.P.J. Snel, 'Afgewogen vennootschapsbelasting', *NtFR* 2009/2311.

vennootschapsbelasting is noodzakelijk om recht te doen aan het neutraliteitsbeginsel. Het neutraliteitsbeginsel houdt in dat economische activiteiten dienen te worden belast, ongeacht de rechtsvorm waarin zij wordt uitgeoefend. Dit neutraliteitsbeginsel vind ik ook terug in hetgeen door de wetgever is opgemerkt in de memorie van toelichting bij de ontwerpwet op de Inkomstenbelasting 1958, namelijk: "Een nadere beschouwing van de betekenis van de vennootschapsbelasting in samenstel van onze belastingen leert, dat deze winstbelasting van rechtspersonen in samenhang met de inkomstenbelasting van de winstuitdelingen vooral haar verklaring vindt in de gedachtesfeer van een algemeenheid en gelijkheid van lasten. (...) In deze gedachtegang, welke een neutrale houding ten opzichte van de organisatievorm van de onderneming onderstelt, is de vennootschapsbelasting een integrerend bestanddeel van een belastingheffing die op grond van zowel sociale als algemeen-economische overwegingen, beoogt de normale ontwikkeling van de onderscheidene sectoren van het bedrijfsleven niet te verstoren."⁴²

Bij invoering van de vennootschapsbelasting werd dus een evenwicht gecreëerd tussen ondernemers die wel en die niet onder de vennootschapsbelasting vielen. De vennootschapsbelasting wordt gezien als een voorschot op de uiteindelijke heffing van inkomstenbelasting. Zonder heffing van vennootschapsbelasting zouden aandeelhouders geneigd kunnen zijn om winsten niet uit te keren, maar op te potten, en zo heffing van inkomstenbelasting (oneindig) uit te stellen. In het tegengaan van onbelaste winstoppotting door de aandeelhouders vindt de heffing van vennootschapsbelasting dan zijn rechtvaardiging.⁴³

Er zou betoogd kunnen worden dat het onbelast oppotten van winsten in de BV ook kan worden voorkomen door de winst van de BV in de heffing te betrekken bij de aandeelhouders. Bij vennootschappen met een sterk wisselend aandeelhoudersbestand is echter het zeer moeilijk om de natuurlijke personen te belasten voor de winst van deze vennootschap. Daar komt bij dat het in de heffing betrekken van buitenlandse aandeelhouders zo

⁴² Kamerstukken II 1958/59, 5 380, nr. 3, p.16.

⁴³ A.J. van Soest, *Belastingen*, Kluwer, Deventer 2004, p. 453.

goed als onmogelijk zal zijn. De heffing van vennootschapsbelasting als complement van de inkomstenbelasting is dan ook een eenvoudige en effectieve wijze om te voorkomen dat daardoor inkomsten onbelast blijven.⁴⁴

Indien de vennootschapsbelasting wordt gezien als het complement van de inkomstenbelasting, zou dat betekenen dat bij de heffing van inkomstenbelasting over inkomsten uit aandelen rekening gehouden wordt met de onderliggende vennootschapsbelasting. In Nederland kennen wij echter het zogenaamde klassieke stelsel waarbij inkomsten uit aandelen worden belast zonder dat rekening gehouden wordt met de onderliggende belastingdruk. Door middel van het tarief voor aanmerkelijk belang inkomen (Box II) en inkomen uit sparen en beleggen (Box III) wordt echter effectief wel rekening gehouden met een onderliggende vennootschapsbelastingdruk. Ik kom daar nog op terug.

3.3 Verwijzing naar begrippen uit de Wet IB

3.3.1 Introductie

Op meerdere plaatsen in de Wet Vpb wordt verwezen naar bepalingen uit de Wet IB 2001. In dit kader kan ik niet ingaan op alle verwijzingen. Allereerst ga ik in op de verwijzing in de vennootschapsbelasting naar het winstbegrip van de inkomstenbelasting. Daarna ga ik in op de verwijzing naar het begrip 'aanmerkelijk belang' bij de buitenlandse belastingplicht, omdat dat bepalend is voor de vraag of een buitenlandse vennootschap aan de Nederlandse vennootschapsbelasting is onderworpen ter zake van een belang in een Nederlandse vennootschap.

3.3.2 De verwijzing naar het winstbegrip

De Wet Vpb kent geen eigen winstbegrip, maar verwijst daarvoor naar de inkomstenbelasting. In artikel 8, lid 1 Wet Vpb wordt bepaald dat de winst wordt opgevat en bepaald op de voet van een groot aantal artikelen uit de

⁴⁴ Tot deze conclusie kwam de wetgever in 1939 bij het invoeren van een "heffing van een nationale inkomsten- en winstbelasting en wijziging van enkele belastingwetten", Kamerstukken II 1938/39, 403, nr. 3, p.24.

Wet IB 2001. Het in artikel 3.8 vastgelegde totaalwinstbegrip en het in artikel 3.29 Wet IB 2001 vastgelegde jaarwinstbegrip vormen derhalve het uitgangspunt voor de fiscale winstbepaling van de aan de Vpb onderworpen lichamen. Toch is het winstbegrip voor de vennootschapsbelasting niet identiek aan dat van de inkomstenbelasting. Het verschil in het winstbegrip in de Wet Vpb en in de Wet IB 2001 kan mijns inziens worden samengevat als een verschil in tekst en een verschil in wezen.

Zoals artikel 8, lid 2, onderdeel a Wet Vpb bepaalt, geldt de verwijzing in artikel 8, lid 1 Wet Vpb naar het winstbegrip van de IB niet voor zover “bij of krachtens deze wet of krachtens artikel 3.65 Wet inkomstenbelasting 2001 anders is bepaald.”. Het winstbegrip van artikel 3.8 Wet IB 2001 geldt dus slechts voor zover in de Wet Vpb daarvan niet wordt afgeweken. In een groot aantal artikelen van de Wet Vpb zijn specifieke bepalingen opgenomen die een inbreuk maken op het winstbegrip uit de inkomstenbelasting. Zonder volledig te zijn, noem ik de bepaling van artikel 8c Wet Vpb die de winst buiten aanmerking laat als er geen reële risico's worden gelopen ten aanzien van in- en uitgaande rente- en royaltystromen, de bepalingen van artikel 10a, 10b, 10d en het voorgestelde 15ad Wet Vpb die de renteaftrek beperkt en de bepaling van artikel 13 Wet Vpb die de voordelen uit een deelneming vrijstelt. Soms wordt er ook specifiek een bepaling opgenomen die ervoor moet zorgen dat sprake is van een gelijke behandeling van ondernemers die hun onderneming in de vorm van een eenmanszaak uitoefenen en de ondernemers die hun onderneming via een BV drijven. Zo is per 1 januari 2005 artikel 10, onderdeel i Wet Vpb ingevoerd waarin is bepaald dat kosten en lasten die verband houden met een werkruimte niet aftrekbaar zijn. In artikel 3.16 Wet IB 2001 was al bepaald dat de kosten en lasten die verband houden met een werkruimte in een tot het privévermogen van de belastingplichtige behorende woning niet ten laste van de winst konden worden gebracht. Aftrek is in de inkomstenbelasting alleen mogelijk indien het een zelfstandige werkruimte betreft en als voldaan is aan het inkomenscriterium. Met het invoeren van de bepaling in 2005 inzake de werkruimte is bereikt dat de fiscale behandeling van de werkruimte in de vennootschapsbelasting gelijk is aan die van de inkomstenbelasting. We

zien hier dus dat een specifieke bepaling wordt opgenomen om recht te doen aan het neutraliteitsbeginsel.⁴⁵

In artikel 8, lid 2, onderdeel c Wet Vpb is bepaald dat de verwijzing naar het winstbegrip van de Wet IB 2001 toepassing mist voor zover “uit het verschil in wezen tussen een lichaam en een natuurlijk persoon het tegendeel voortvloeit.” Bij de inkomstenbelasting staat de persoon van de ondernemer voorop, terwijl in de vennootschapsbelasting sfeer de onderneming op de voorgrond staat. De wetgever achtte een algemeen beginsel zoals opgenomen in lid 2 echter niet overbodig. Dit kwam ook nadrukkelijk naar voren tijdens de parlementaire behandeling van de Wet Vpb: “De in het eerste lid voorkomende zinsnede “dan wel uit het verschil in wezen tussen de belastingplichtige en een natuurlijk persoon het tegendeel voortvloeit” (...) is opgenomen ter bestendiging van de overeenkomstige bepaling in art. 6, tweede lid, van het Besluit 1942. De ondergetekenden achten handhaving van dit voorschrift nuttig, aangezien (...) voor de heffing van de inkomstenbelasting de genietter van de winst op de voorgrond staat en niet de onderneming. Daarom is het wenselijk bij de bepaling van het winstbegrip voor de vennootschapsbelasting te doen uitkomen dat het enigszins subjectief gekleurde winstbegrip van de inkomstenbelasting moet worden aangepast aan het verschil in wezen tussen een lichaam en een natuurlijk persoon. Met betrekking tot de meest voor de hand liggende concrete verschillen geven de art. 8 en 9 (thans 9 en 10, ACPB) van het ontwerp in de regel uitsluitend, doch de ondergetekenden menen, dat een algemeen beginsel, dat voor niet geregelde gevallen een richtlijn geeft geenszins overbodig is. Jurisprudentie over het hier aan de orde zijnde algemene beginsel is er vrijwel niet. Het is in enkele uitspraken van lagere rechters ter sprake gekomen; de ondergetekenden kunnen noemen de beslissingen, die leiden tot de arresten HR 1 mei 1946, B. nr. 8115, HR 3 april 1957, *BNB* 1957/165, en HR 11 november 1959, *BNB* 1960/3. De ondergetekenden achten het niettemin aannemelijk, dat het beginsel bij de rechtsvorming een niet onbelangrijke rol heeft gespeeld. Zij mogen er in dit verband de aandacht op vestigen, dat prof. M.J.H. Smeets in zijn annotatie onder het

⁴⁵ Kamerstukken II 2003/04, 29 026, nr 5, p. 6.

laatstvermelde arrest als zijn mening te kennen geeft, dat 's Hogen Raads beslissing, volgens welke betalingen door een NV aan een gerechtigde tot een winstaandeel in het algemeen niet als bedrijfskosten in aanmerking kunnen worden genomen, berust op dit beginsel."⁴⁶ Het 'verschil in wezen' kan ertoe leiden dat gelijkkluidende begrippen voor de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting verschillend moeten worden uitgelegd omdat de inkomstenbelasting een natuurlijk persoon betreft en de vennootschapsbelasting een lichaam betreft.

In de jurisprudentie is het verschil in wezen enkele malen (impliciet) aan de orde geweest.

In HR 24 oktober 1956, *BNB* 1956/335 is voor de heffing van vennootschapsbelasting beslist dat de waardesprong die voortvloeit uit de verbetering van een foutief maar door de fiscus gedurende een aantal jaren aanvaard, waarderingssysteem, tot de jaarwinst in het jaar van verbetering behoort. Voor de inkomstenbelasting was in het zogenoemde 'KNOR-arrest' geoordeeld dat deze waardesprong behoort tot de winst van het jaar waarin de onderneming wordt gestaakt.⁴⁷ De Hoge Raad rechtvaardigt dit verschil in behandeling tussen een natuurlijke persoon en een lichaam niet alleen door het verschil in tariefstructuur, waardoor de waardesprong in verband met het (vrijwel) proportionele tarief voor de NV geen aanmerkelijk nadeel met zich brengt, maar ook door het feit dat 'bij de NV de toepassing van de bepaling inzake de zogenoemde eindafrekeningswinst, waardoor bij natuurlijke personen een dergelijk stuk winst in het laatste jaar van de bedrijfsuitoefening kan worden belast, nauwelijks zal voorkomen'. Bij deze laatste overweging van de Hoge Raad wordt het 'verschil in wezen' mijns inziens duidelijk zichtbaar.

Uit HR 18 juni 1980, *BNB* 1980/234 en HR 3 oktober 1990, *BNB* 1991/16 volgt dat de toepassing van de vervangingsreserve (nu herinvesteringsreserve) voor lichamen ruimer is dan voor persoonlijke ondernemers. In het laatstgenoemde arrest besliste de Hoge Raad dat uit art. 2, lid 5, Wet Vpb volgt dat alle ondernemingsactiviteiten die door een BV

⁴⁶ Kamerstukken II 1962/63, 6000, nr. 9, p. 10.

⁴⁷ HR 23 februari 1955, nr. 12.143, *BNB* 1955/158.

worden verricht, tezamen één onderneming vormen. Afstoting van een winkel in een plaats gevolgd door aankoop van een winkel in een andere plaats, zal daarom bij een BV als herinvestering gelden. Voor een persoonlijk ondernemer zal dit als een staking gevolgd door start van een nieuwe onderneming worden gekwalificeerd omdat de identiteit van de onderneming wijzigt.⁴⁸

3.3.3 Verwijzing naar het begrip ‘aanmerkelijk belang’ in de buitenlandse belastingplicht

Artikel 17, lid 3, onderdeel b Wet Vpb bepaalt dat een in het buitenland gevestigde vennootschap in Nederland belastingplichtig is voor haar inkomsten uit een door haar gehouden aanmerkelijk belang in een in Nederland gevestigde vennootschap. Dit geldt echter alleen indien het aanmerkelijk belang niet tot het ondernemingsvermogen behoort van de buitenlandse vennootschap.

De bepaling van artikel 17, lid 3, onderdeel b Wet Vpb heeft een antimisbruikarakter. In het Besluit IB 1941 werd in art. 39 voor het eerst een buitenlandse belastingplicht voor aanmerkelijk belangpakketten van in het buitenland woonachtige natuurlijke personen opgenomen. Voor de belastingplicht was niet van belang of het aanmerkelijk belang tot het ondernemingsvermogen behoorde. De buitenlandse belastingplicht voor aanmerkelijk belanghouders in de vennootschapsbelasting is geïntroduceerd bij invoering van het Besluit Vpb 1942. Voor het object van heffing werd verwezen naar het Besluit IB 1941. Voor buiten het Rijk gevestigde lichamen maakte het in dit artikel nog niet uit of het aanmerkelijk belang tot het ondernemingsvermogen behoorde.

In 1947 werd art. 39 Besluit IB 1941 met terugwerkende kracht gewijzigd. Hierbij werd bepaald dat een in het buitenland gevestigde aanmerkelijk belanghouder alleen buitenlands belastingplichtig was ten aanzien van dat

⁴⁸ Met ingang van 2008 kan echter in alle gevallen van staking van een onderneming een beroep op artikel 3.64 Wet IB 2001 gedaan worden om de belastingclaim door te schuiven naar een nieuwe onderneming.

aanmerkelijk belang indien het aanmerkelijk belang niet tot het bedrijfsvermogen behoorde. In een ministeriële regeling werd bepaald dat bij bepaalde buitenlandse rechtsvormen de Nederlandse deelnemingen altijd tot het ondernemingsvermogen werden gerekend.⁴⁹ Het resultaat was dat onder het Besluit Vpb 1942 dus vanaf 1947 geen vennootschapsbelasting meer werd geheven van de genoemde, in het buitenland gevestigde lichamen met een aanmerkelijk belang in een Nederlandse vennootschap. Uit een toelichting van het Ministerie van Financiën blijkt dat men hiermee de Nederlandse economie wilde stimuleren.⁵⁰

Artikel 21 Besluit Vpb 1942 is vervangen door artikel 17, lid 3, Wet Vpb 1969. Hierbij werd de verwijzing naar de inkomstenbelasting gehandhaafd. Bij de parlementaire behandeling van de Wet Vpb 1969 is niet gebleken dat het de bedoeling was om een materiële wijziging aan te brengen in de bestaande situatie.⁵¹ De ministeriële regeling op grond waarvan het aanmerkelijk belang bij bepaalde buitenlandse rechtsvormen altijd tot het ondernemingsvermogen werd gerekend, is echter zonder verdere toelichting komen te vervallen. Door intrekking van deze regeling is voor buitenlandse vennootschappen de vraag relevant geworden of het door hen gehouden aanmerkelijkbelangpakket behoort tot hun ondernemingsvermogen. De vraag is of dit gevolg wel door de wetgever is beoogd.

In 1997 is het aanmerkelijk belangregime in de Wet IB 1964 herzien. Door de verwijzing naar de inkomstenbelasting werkte deze herziening ook door in artikel 17, lid 3, onderdeel b, Wet Vpb 1969. Uit de parlementaire behandeling bij de herziening van het aanmerkelijkbelangregime kan worden afgeleid dat de staatssecretaris artikel 17, lid 3, onderdeel b, Wet Vpb ook ziet als middel voor het bestrijden van situaties waarin natuurlijke personen een aanmerkelijk belang inbrengen in een buitenlandse (tax haven)

⁴⁹ Resolutie van 14 Januari 1946, houdende vaststelling van de zevende aanvullingsbeschikking vennootschapsbelasting 1942, Stcrt. 15 januari 1946, no. 10, vervangen door de beschikking van 30 juli 1947, Stcrt. 25 augustus 1947, no. 163.

⁵⁰ Perscommuniqué van de Persdienst van het Ministerie van Financiën (res. van 25 februari 1946, no. 129).

⁵¹ A.J. van den Tempel, 'Pakketten Nederlandse aandelen bij buitenlandse lichamen', *WFR* 1975/1008.

vennootschap om Nederlandse aanmerkelijkbelangheffing te ontgaan.⁵² Mijns inziens ligt deze opvatting van de staatssecretaris in het verlengde van de in 1947 verwoorde ratio van het voorkomen van belastingvlucht.⁵³ Het feit dat in 1947 niet expliciet gesproken is over de inbreng door (buitenlandse) natuurlijke personen van hun aanmerkelijk belang in een buitenlandse vennootschap, doet daar mijns inziens niet aan af. De door de staatssecretaris gehuldigde visie is mijns inziens niet in strijd met de tekst van de wet of ratio van de bepaling en past mijns inziens binnen de oorspronkelijke bedoeling van de regeling.

Zoals hiervoor is aangegeven, is bij het object voor de binnenlands belastingplichtige bepaald dat het winstbegrip van de inkomstenbelasting niet van toepassing is voor zover dat uit het verschil in wezen tussen de belastingplichtige en een natuurlijk persoon voortvloeit. Ten aanzien van het belastbaar inkomen uit aanmerkelijk belang geldt dat niet. Sterker nog, artikel 18, lid 2 Wet Vpb bepaalt dat het belastbaar inkomen wordt opgevat en berekend volgens de regels van hoofdstuk 4 van de Wet IB. Toch geldt naar mijn mening ook voor de verwijzing naar de regels van hoofdstuk 4 Wet IB 2001 dat die niet van toepassing zijn voor zover uit het verschil tussen de belastingplichtige en een natuurlijk persoon het tegendeel voortvloeit. Dat is namelijk naar mijn mening inherent aan de Wet Vpb, hetgeen ook blijkt uit het feit dat de Hoge Raad ook in haar oordeel vóór invoering van de Wet Vpb reeds rekening heeft gehouden met dat verschil. Bovendien was, zoals hiervoor aan de orde kwam, de bepaling in artikel 8, lid 2 Wet Vpb naar de mening van de wetgever een bepaling ten overvloede.

Het is naar mijn mening een weeffout dat slechts wordt verwezen naar hoofdstuk 4 Wet IB 2001. Hoofdstuk 4 Wet IB 2001 ziet immers louter op natuurlijke personen die binnenlands belastingplichtig zijn. De buitenlandse belastingplicht voor natuurlijke personen met een aanmerkelijk belang is geregeld in hoofdstuk 7 van de Wet IB 2001. Zoals ik al eerder heb betoogd,

⁵² Kamerstukken II 1996/97, 24 761, nr. 7, p. 12. Kamerstukken I 1996/97, 24 761, nr. 62b, p. 17-18.

⁵³ Kamerstukken II 1946/47, 231, nr. 3, p.9.

kan het ontbreken van een de verwijzing naar hoofdstuk 7 Wet IB 2001 leiden tot ongewenste effecten.⁵⁴

Overigens kan Nederland op grond van de reguliere toewijzingsregels artikel 17, lid 3, onderdeel b, Wet Vpb slechts beperkt toepassen onder verdragen die zijn gebaseerd op het OESO-Modelverdrag, namelijk slechts ten aanzien van dividenden en tot maximaal het tarief dat ten aanzien van dividenden geldt. Ook in EU-situaties zal het artikel in beginsel niet kunnen worden toegepast. Ik kom daar in hoofdstuk 5 op terug.

In het Belastingplan 2012 wordt voorgesteld om deze bepaling zodanig aan te passen dat alleen sprake is van buitenlandse belastingplicht “indien de belastingplichtige het aanmerkelijk belang houdt met als voornaamste doel of een van de voornaamste doelen om de heffing van inkomstenbelasting of dividendbelasting bij een ander te ontgaan en dit aanmerkelijk belang niet behoort tot het vermogen van een onderneming.” De voorgestelde wettekst brengt mijns inziens beter het antimisbruikarakter naar voren en voorkomt dat ook buitenlandse belastingplicht ontstaat in situaties waarin geen sprake is van misbruik maar de aandelen niet aan het vermogen van een onderneming kunnen worden toegerekend. Tegelijkertijd moet worden geconstateerd dat – voor zover mij bekend – nog nooit een aanslag is opgelegd op grond van artikel 17, lid 3, onderdeel b Wet Vpb. Afschaffing was dan ook beter geweest, mede met het oog op het fiscale vestigingsklimaat van Nederland. Ik kom daar later nog op terug.

3.4 De samenhang van IB en Vpb in de rechtspraak

3.4.1 Algemeen

Omdat de vennootschapsbelasting een complementaire functie heeft ten opzichte van de inkomstenbelasting om recht te doen aan het neutraliteitsbeginsel, dienen beide belastingen op elkaar aan te sluiten. In diverse arresten heeft de Hoge Raad zijn beslissing gemotiveerd met een

⁵⁴ A.C.P. Bobeldijk, A.W. Hofman, ‘Buitenlandse belastingplicht voor vennootschappen met een aanmerkelijk belang in een Nederlandse vennootschap’, *WFR* 2004/87.

beroep op het evenwicht dat dient te bestaan tussen de heffing van inkomstenbelasting en de heffing van vennootschapsbelasting. Dit gebeurde onder andere in de kostenarresten, de converteerbare-obligatieleningarresten en het LIONS-arrest. Hierna ga ik allereerst kort in op deze arresten, welke overigens allen zijn geweest onder de Wet IB 1964.⁵⁵ Daarna ga ik in op de samenhang sinds de invoering van de Wet IB 2001.

3.4.2 De kostenarresten

In de kostenarresten van 8 juli 1986 was sprake van een aandeelhouder die een lening had verstrekt aan zijn vennootschap of arbeid had verricht voor zijn vennootschap zonder een zakelijke vergoeding te bedingen.⁵⁶ Dit riep de vraag op of het bedrag aan rente respectievelijk loon dat in zakelijke verhoudingen betaald zou zijn bij de vennootschap conform het Zweedse-grootmoederarrest⁵⁷ bij de vennootschap in aftrek kon komen, bij de aandeelhouder kon worden belast en als informele kapitaalstorting door de aandeelhouder in de vennootschap kon worden aangemerkt.

In HR 8 juli 1986, *BNB* 1986/293 oordeelde de Hoge Raad dat indien belanghebbende slechts uit aandeelhoudersmotieven heeft afgezien van een zakelijke rente dit niet betekent dat tot dat bedrag rente is genoten. Er vindt derhalve geen heffing van inkomstenbelasting plaats over de niet genoten rente. In HR 8 juli 1986, *BNB* 1986/295, oordeelde de Hoge Raad vervolgens dat de niet-bedongen rente bij de vennootschap niet in aftrek kon komen omdat er bij de aandeelhouder geen corresponderende heffing in de inkomstenbelasting mogelijk was. De Hoge Raad overweegt: “Een redelijke wetstoepassing, welke recht doet aan de samenhang tussen de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting en die ook strookt met de in het middel vermelde “kostenarresten”, laat niet toe een voordeel bestaande uit het niet verschuldigd worden van rente - ook al vindt dit voordeel zijn oorzaak uitsluitend in de betrekking tussen de vennootschap

⁵⁵ Zie ook J.A.R. van Eijdsen, ‘De samenhang tussen de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting’, *WFR* 2002/442.

⁵⁶ HR 8 juli 1986, *BNB* 1986/293 *BNB* 1986/294, *BNB* 1986/295, *BNB* 1986/296 en *BNB* 1986/297.

⁵⁷ HR 31 mei 1978, nr. 18 230, *BNB* 1978/252.

en haar aandeelhouder - bij de bepaling van de winst buiten aanmerking te laten indien het in 4.1. veronderstelde geval zich niet voordoet.”⁵⁸

In HR 18 februari 1998, *BNB* 1998/177 ging het om de situatie dat door de aandeelhouders werd afgezien van lijfrente- en pensioenaanspraken. De Hoge Raad oordeelt dat geen sprake is van een informele kapitaalstorting en dat de vrijvalwinst bij de vennootschap belast is: “Een redelijke wetstoepassing, welke recht doet aan de samenhang tussen de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting en strookt met de zogenoemde door de Hoge Raad gewezen kostenarresten, laatstelijk onder meer HR 8 juli 1986, nr. 23 440, *BNB* 1986/295, brengt met zich dat het voordeel voor de vennootschap, bestaande uit het vervallen van de onderwerpelijke stamrechten, waarvan de uitkeringen belast zouden zijn met inkomstenbelasting, - ook al vindt dit voordeel zijn oorzaak uitsluitend in de betrekking tussen de vennootschap en de aandeelhouders - bij de bepaling van de winst van die vennootschap in aanmerking moet worden genomen.” De beslissing van het hof, die had geoordeeld dat de aandeelhouders een informele kapitaalstorting hadden verricht, die hun verkrijgingprijs voor het aanmerkelijk belang verhoogde, kon dan ook niet in stand blijven. Deze beslissing van de Hoge Raad is bevestigd in HR 14 december 2001, *BNB* 2002/208. Dit arrest betrof de situatie dat een pensioenvennootschap werd verplaatst naar het buitenland waarna werd afgezien van het pensioen. De Hoge Raad oordeelde dat het afzien van een pensioen tot de winst van de vennootschap moest worden gerekend, waarbij aan het feit dat het (formele) afzien eerst na verplaatsing plaatsvond geen zelfstandige betekenis wordt toegekend.

3.4.3 De converteerbare-obligatieleningarresten

In de arresten HR 19 juni 1996, *BNB* 1996/299 en HR 19 juni 1996, *BNB* 1996/300 komt ook de samenhang tussen de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting aan de orde. Belanghebbende heeft een converteerbare obligatielening uitgegeven. De jaarlijkse rente is laag in verband met het conversierecht. Belanghebbende wenst het verschil tussen de waarde van

⁵⁸ HR 8 juli 1986, nr. 23 440, *BNB* 1986/295, r.o. 4.2.

de bij de conversie uitgegeven aandelen en de nominale waarde van de obligaties ten laste van haar winst te brengen. De Hoge Raad staat dit niet toe omdat er geen belastbare bate in de inkomstenbelasting is. De Hoge Raad overweegt: “Hieruit vloeit voort dat voor de berekening van de inkomsten uit vermogen van de houder van de obligatie slechts de feitelijk als rente ontvangen bedragen – en dus niet enig bedrag voor het conversierecht – in aanmerking worden genomen. Een redelijke wetstoepassing, die mede recht doet aan de samenhang die er dient te bestaan tussen de heffing van inkomsten- en vennootschapsbelasting, brengt dan mee dat ook bij de bepaling van de winst van de debiteur van een dergelijke obligatie slecht de feitelijk als rente betaalde bedragen – en dus niet enig bedrag van het conversierecht – als kosten worden aangemerkt.”⁵⁹

3.4.4 Het LIONS-arrest

HR 30 juni 1999, *BNB* 1999/333 gaat over een vennootschap die een zogenaamde LIONS-lening (Leveraged Income Obligations via New Shares) heeft uitgegeven. De Hoge Raad besliste dat de vennootschap een last mocht nemen ter grootte van de bij de particuliere obligatiehouder belastbare inkomsten uit de LIONS-lening. De Hoge Raad overwoog: “Het middel verzet zich tegen dit oordeel (van het Hof, ACPB) met de strekking dat, indien voor de heffing van inkomstenbelasting van de particuliere obligatiehouder sprake is van een beloning in natura die in aanmerking moet worden genomen voor de waarde in het economisch verkeer van de certificaten van aandelen, de samenhang tussen de heffing van de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting met zich meebrengt dat ook voor de heffing van vennootschapsbelasting die waarde als aftrek dient te gelden. Het middel treft doel. (...)”⁶⁰

Uit de hiervoor besproken arresten kan worden geconcludeerd dat weliswaar het uitgangspunt is dat de winst voor de heffing van vennootschapsbelasting zelfstandig wordt bepaald, waarbij de winst wordt

⁵⁹ HR 19 juni 1996, nr. 30 045, *BNB* 1996/299, r.o. 3.4.

⁶⁰ HR 30 juni 1999, nr. 33 495, *BNB* 1999/333.

gezuiverd van aandeelhouderselementen, maar dat de samenhang tussen de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting op dat uitgangspunt een inbreuk kan maken.

3.5 Samenhang Vpb en IB na invoering Wet IB 2001

Bij de invoering van de Wet IB 2001 en daarmee de invoering van de vermogensrendementsheffing wijst de Raad van State de wetgever op de inbreuken die in de loop der jaren door de belastingrechter op het totaalwinstbegrip zijn gemaakt.⁶¹ Daarbij wijst de Raad ook op de sindsdien ingevoerde bepalingen, zoals artikel 24, vierde lid (oud), Wet IB 64, artikel 12a Wet LB 64 en artikel 10, onderdeel f (thans: g), van de Wet Vpb. Op grond van deze bepalingen worden zogenoemde fictieve lonen, huren en renten bij de inkomstenbelastingheffing in aanmerking genomen en bij de vennootschap in aftrek toegelaten. Naar het oordeel van de Raad ligt het met betrekking tot de kostenarresten op de weg van de wetgever de inbreuk op het totale winstbegrip te herstellen, gegeven de nadien ingeslagen weg. Meer in het algemeen kan in dat kader het evenwicht tussen een al dan niet fictieve aftrekpost en een al dan niet fictieve belastbare bate vastgelegd worden.

De staatssecretaris volgt het advies van de Raad niet op. Er wordt het volgende opgemerkt: “De heffing over de inkomsten uit sparen en beleggen aan de hand van een forfaitair rendement heeft grosso modo ten doel alle voordelen die met een vermogensbestanddeel worden behaald in de heffing van de inkomstenbelasting te betrekken. Gelet op deze nieuwe context, waarbij de particulier door middel van het forfaitaire rendement in de heffing wordt betrokken, kan het evenwicht tussen de heffing van inkomstenbelasting en de heffing van vennootschapsbelasting anders komen te liggen.”⁶²

De wetgever heeft met de invoering van Box III gekozen voor een systeem met een belastingheffing over een jaarlijks fictief inkomen. De paralleliteit

⁶¹ Kamerstukken II 1998/99. 26 727, A, p.26.

⁶² Kamerstukken II 1998/99. 26 727, A, p. 26-27.

tussen IB en Vpb is naar mijn mening dan ook niet langer vol te houden, althans niet in de zin dat sprake moet zijn van dezelfde bedragen die in de IB en Vpb in aanmerking worden genomen. Alle inkomsten uit vermogen worden forfaitair in box III in de heffing van inkomstenbelasting betrokken. De grootte van de aftrekpost in de vennootschapsbelasting kan mijns inziens dus weer gewoon volgens de winstregels worden vastgesteld.⁶³ Overigens is hier in 2001 door de invoering van artikel 10b (oud) Wet Vpb, thans geïncorporeerd in artikel 10, lid 1, onderdeel j Wet Vpb direct weer een inbreuk op gemaakt. Bij converteerbare obligaties of warrantleningen is alleen de couponrente aftrekbaar en niet de waarde van het conversierecht respectievelijk de warrant.⁶⁴ In het licht van de samenhang van de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting is deze keuze mijns inziens onbegrijpelijk.⁶⁵

3.6 Het globale evenwicht

Bij invoering van de vennootschapsbelasting werd, zoals hiervoor opgemerkt, een evenwicht gecreëerd tussen ondernemers die wel en die niet onder de vennootschapsbelasting vielen. Dat wordt ook wel het globale evenwicht genoemd.⁶⁶ De wetgever probeert dit globale evenwicht in stand te houden.⁶⁷ De Raad van State houdt dit globale evenwicht in de gaten bij de beoordeling van wetsvoorstellen.⁶⁸

Het uitgangspunt van globaal evenwicht en het streven naar fiscale gelijkheid heeft er voor gezorgd dat er een wisselwerking is ontstaan tussen het inkomstenbelastingtarief en het vennootschapsbelastingtarief. Dit heeft onder andere geresulteerd in een wijziging van het aanmerkelijkbelangtarief

⁶³ Zie ook HR 30 juni 1999, nr. 33 495, *BNB* 1999/333, met noot van der Geld.

⁶⁴ Overigens zou betoogd kunnen worden dat de beperking niet geldt voor warrantleningen die beneden pari worden uitgegeven, Zie J.M.Bouwman, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, SDU Uitgevers, Amersfoort 2009, p. 160.

⁶⁵ Evenzo E.J.W. Heithuis, 'De werknemersoptiearresten en het Falcons-arrest in relatie tot art. 10b Wet VPB 1969', *WFR* 2003/1105.

⁶⁶ Zie over deze problematiek uitgebreid F.H.M. Grapperhaus, *De besloten NV fiscaal vergeleken met de persoonlijk ondernemer en met de open NV*, FED, Amsterdam 1966.

⁶⁷ Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 4, p. 5.

⁶⁸ Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 4, p. 5.

bij de herziening van het aanmerkelijkbelangregime in 1996. Bij de herziening van het aanmerkelijkbelangregime “wordt zoveel mogelijk rekening gehouden met het feit dat in het wezen van het aandeelhouderschap verschillende elementen worden onderkend. (...) De grootaandeelhouder wordt (...) voor zijn aandeel in de vennootschappelijke winst belast met een heffing van inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting, die – in totaal – aansluit bij de hoogste schijven van het inkomstenbelastingtarief. Hierbij wordt – evenals bij ondernemers – ook de behaalde vermogenswinst aangemerkt als realisatie van de winst.”⁶⁹ Om het globale evenwicht zo goed mogelijk te bewaren is het aanmerkelijkbelangtarief in 2007 dan ook verhoogd van 20% naar 25% in verband met het verlaagde vennootschapsbelastingtarief.

Ook bij de invoering van de vermogensrendementsheffing in 2001 was aandacht voor de samenhang tussen inkomstenbelasting- en vennootschapsbelasting. De invoering van de vermogensrendementsheffing in 2001 bracht met zich dat nieuwe fiscale grensgebieden ontstonden die zouden kunnen leiden tot het ontwijken van belasting. Er werd hierover opgemerkt: “Als gevolg hiervan bestaat het risico dat bepaalde evenwichten die mede op basis van de vormgeving van het huidige fiscale stelsel tot stand zijn gekomen, gaan verschuiven. In dat verband kunnen bijvoorbeeld worden genoemd (...) financiering van een onderneming met eigen of met vreemd vermogen. Bij dit laatste aspect speelt de samenhang met de vennootschapsbelasting een belangrijke rol; vergoedingen voor vreemd vermogen zijn immers aftrekbaar van de winst en vergoedingen voor eigen vermogen niet. Vanuit een wat breder perspectief bezien kan dit potentiële risico echter worden gerelativeerd. De boxbenadering geeft immers het kader om via een adequate onderlinge afbakening van de boxen te bewerkstelligen dat alle afzonderlijke bestanddelen van het inkomen terecht komen in de juiste box.”⁷⁰

Om het evenwicht te handhaven is de tariefsverlaging in 2007, te weten invoering van een tweede MKB-schijf en verlaging van het tarief in de eerste

⁶⁹ Kamerstukken II, 1995/1996, 24 761, B, p7.

⁷⁰ Kamerstukken II 1998/1999, 26 727, nr. 3, p. 43

twee schijven in de vennootschapsbelasting, gepaard gegaan met de invoering van een MKB-winstvrijstelling in de inkomstenbelasting.⁷¹

Voor ondernemers bestaat er thans een globaal evenwicht tussen de situatie dat de onderneming in de vorm van een eenmanszaak of BV wordt gedreven. Voor de aanmerkelijkbelangaandeelhouder is er ook een globaal evenwicht ten aanzien van de wijze van financieren van “zijn” vennootschap. Indien de financiering plaatsvindt door middel van een lening, wordt het rendement in box I belast. Als er sprake is van kapitaalbreng, is er 25% aanmerkelijkbelangheffing (box II) verschuldigd bovenop de vennootschapsbelasting die door de vennootschap betaald moet worden. Ook ten aanzien van de situaties die onder de lucratiefbelangregeling⁷² vallen, is sprake van een globaal evenwicht. Hoewel de regeling zodanig is geformuleerd dat lucratieve belangen als hoofdregel progressief worden belast, is de bedoeling dat de lucratieve belangen via een vennootschap worden gehouden zodat de voordelen uit het lucratief belang worden onderworpen aan 25% inkomstenbelasting bovenop de vennootschapsbelasting die op de voordelen drukt.

Het globale evenwicht ontbreekt echter tussen de situatie dat een natuurlijk persoon een BV waarin hij geen aanmerkelijk belang heeft financiert door middel van eigen vermogen en de situatie dat hij dat doet via vreemd vermogen. Indien sprake is van een financiering met eigen vermogen, is de natuurlijk persoon belasting verschuldigd in box III, terwijl de BV over de winst vennootschapsbelasting verschuldigd is. Indien sprake is van financiering met vreemd vermogen, is de natuurlijk persoon eveneens belasting verschuldigd in box III, maar is de rente bij de BV aftrekbaar van de winst. De vermogensrendementsheffing stimuleert dus de financiering door natuurlijke personen met vreemd vermogen in plaats van eigen vermogen. Dit effect is ook onderkend bij de invoering van de vermogensrendementsheffing: “het forfaitaire rendement leidt er als zodanig toe dat particuliere beleggers in beginsel vanuit fiscaal oogpunt indifferent

⁷¹ Kamerstukken II 2005/06, 30572, nr. 4, p. 5-6, Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 9-11.

⁷² Art 3.92b Wet IB 2001.

worden wat betreft de vraag of ze hun geld willen beleggen in eigen of vreemd vermogen van een onderneming. Doordat rente in de vennootschapsbelasting aftrekbaar is en dividend niet, kan financiering met vreemd vermogen ten opzichte van de huidige situatie relatief aantrekkelijker worden. Dit noopt tot een goede afbakening van eigen vermogen ten opzichte van vreemd vermogen.”⁷³ Vervolgens is in 2001 een bepaling opgenomen in de Wet Vpb die de rente op leningen met bepaalde eigenvermogenskenmerken in aftrek beperkte.⁷⁴ Deze bepaling is echter in 2007 weer vervallen omdat de toegevoegde waarde als gering werd gezien.⁷⁵

Mijns inziens wordt op dit punt te gemakkelijk voorbijgegaan aan het gebrek aan samenhang van de IB en Vpb. De afgelopen jaren heb ik in de praktijk meerdere ondernemingen in de problemen zien komen omdat ze vanwege de aantrekkelijke fiscale behandeling hadden gekozen voor financiering door natuurlijke personen met vreemd vermogen in plaats van eigen vermogen. De problemen waren waarschijnlijk minder groot geweest als de gelden in de vorm van eigen vermogen ter beschikking waren gesteld. Het is mijns inziens interessant om nader te onderzoeken hoe ook op dit punt meer recht gedaan kan worden aan de noodzakelijke samenhang tussen de inkomsten- en vennootschapsbelasting.

⁷³ Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 44.

⁷⁴ Artikel 10, lid 1 onderdeel a juncto artikel 10, lid 4 Wet Vpb 1969.

⁷⁵ Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 18 en 19.

4 INVLOED VAN HET JAARREKENINGENRECHT

4.1 Inleiding

Naar mijn mening is het jaarrekeningrecht op ten minste drie manieren van invloed op de heffing van vennootschapsbelasting. Allereerst is daar de directe invloed op de Wet Vpb doordat er in de Wet Vpb wordt verwezen naar het jaarrekeningrecht. In de tweede plaats is er de indirecte invloed van het jaarrekeningrecht. Daarbij denk ik aan de invloed op de ontwikkeling van het begrip goed koopmansgebruik. In de derde plaats heeft het jaarrekeningrecht mijns inziens invloed op de houding van ondernemingen ten aanzien van belastingen en daarmee op de heffing van vennootschapsbelasting. Deze drie invloeden van het jaarrekeningrecht zal ik in de volgende paragrafen nader uitwerken.

4.2 De directe invloed van het jaarrekeningrecht op de Wet Vpb

In de Wet Vpb wordt op een aantal plaatsen verwezen naar bepalingen uit het jaarrekeningrecht. Het jaarrekeningrecht en dus ook wijzigingen in het jaarrekeningrecht alsmede de interpretaties van de betreffende bepalingen in het jaarrekeningrecht zijn derhalve rechtstreeks van invloed op de fiscale winst die belast wordt met vennootschapsbelasting.

Deze directe invloed van het jaarrekeningrecht op de heffing van vennootschapsbelasting is overigens beperkt. De directe invloed doet zich door middel van drie verwijzingen in de Wet Vpb gelden. Allereerst door een verwijzing naar het groepsbegrip van artikel 2:24b BW. In de tweede plaats door een verwijzing naar het begrip eigen en vreemd vermogen zoals dat blijkt uit de jaarrekening. In de derde plaats doet de directe invloed zich gelden door een verwijzing naar het resultaat zoals dat blijkt uit de jaarrekening. Hierna ga ik nader in op deze drie verwijzingen naar het jaarrekeningrecht.

4.2.1 De verwijzing naar het groepsbegrip

In artikel 10d, lid 2, artikel 10d, lid 6 en artikel 2, lid 7, onderdeel e Wet Vpb wordt verwezen naar het begrip groep als bedoeld in artikel 24b van boek 2 BW. Artikel 10d Wet Vpb beperkt de renteaftrek indien, kort gezegd, de belastingplichtige relatief met meer vreemd vermogen is gefinancierd dan de groep waar hij deel van uitmaakt. Vandaar dat artikel 10d, lid 2 Wet Vpb bepaalt dat artikel 10d niet van toepassing is indien de belastingplichtige geen deel uitmaakt van een dergelijke groep.

Indien de belastingplichtige deel uitmaakt van een groep als bedoeld in artikel 24b, boek 2 BW of een soortgelijke buitenlandse regeling dient bepaald te worden of sprake is van teveel vreemd vermogen. Er is, aldus artikel 10d, lid 4 Wet Vpb, geen sprake van teveel vreemd vermogen indien de verhouding tussen het vreemd vermogen en het eigen vermogen de vaste ratio van 3:1, vermeerderd met euro 500.000 niet overschrijdt. Indien dat wel het geval is, biedt het vijfde lid mogelijk soelaas. Op grond van het vijfde lid is er geen sprake van teveel vreemd vermogen indien de verhouding tussen het vreemd vermogen en eigen vermogen bij de belastingplichtige niet meer bedraagt dan die verhouding bij de groep waar de belastingplichtige deel van uitmaakt. De verhouding van de groep wordt volgens het zesde lid vastgesteld op basis van de geconsolideerde jaarrekening van de groep “bedoeld in artikel 24b van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, dan wel een soortgelijke buitenlandse regeling, waarvan de belastingplichtige deel uitmaakt.” Voor de bepaling of sprake is van overmatige financiering met vreemd vermogen wordt dus aangeknoopt bij het groepsbegrip van artikel 24b van boek 2 BW.

Art 2:24b BW luidt als volgt: “Een groep is een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Groepsmaatschappijen zijn rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden.” Uit deze omschrijving blijkt dat het gaat om een economisch begrip. Het kan dus niet altijd eenvoudig in juridische

termen gevangen worden en het kan aanleiding geven tot interpretatieverschillen.⁷⁶

Naar mijn mening is het, mede gezien de achtergrond van de thin capitalisation regeling, op zich een goede keuze om voor de concerntoets van het vijfde lid aan te knopen bij het groepsbegrip van artikel 2:24b BW. Voor het vaststellen van de concernratio kan men dan aansluiten bij de consolidatie van de groep zoals die blijkt uit de geconsolideerde jaarrekening en hoeft geen aparte consolidatie van verbonden lichamen gemaakt te worden.⁷⁷ Dit verklaart naar mijn mening echter niet waarom op grond van artikel 10d, lid 2 Wet Vpb de beperking niet van toepassing is als er geen sprake is van een groep. Aangezien artikel 10d Wet Vpb alleen van toepassing is indien sprake is van een groep, kan een belastingplichtige door een verbonden lichaam bovenmatig worden gefinancierd zonder dat dit tot een renteaftrekbepanking leidt, zolang er maar geen sprake is van een groep. Zelfs indien de belastingplichtige wel deel uitmaakt van een groep, kan met een beroep op de groepsratio onder omstandigheden renteaftrekbepanking worden voorkomen ondanks dat sprake is van bovenmatige financiering door verbonden lichamen. Dit doet zich bijvoorbeeld voor in bepaalde (internationale) private equity structuren. Ik wees al in 2003 op deze problematiek bij de bespreking van het wetsvoorstel waarbij invoering van artikel 10d Wet Vpb werd voorgesteld.⁷⁸ Aangezien bij grondslagverschuiving en grondslaguitholling altijd is aangeknoopt bij het verbondenheids criterium ligt het mijns inziens meer voor de hand om dat criterium ook in artikel 10d Wet Vpb te hanteren. Een alternatief is om ook samenwerkende aandeelhouders die samen meer dan 50% belang hebben voor de toepassing van artikel 10d Wet Vpb tot de groep te rekenen.

Ook in artikel 2, lid 7, sub e Wet Vpb wordt verwezen naar artikel 24b van boek 2 BW. Artikel 2, lid 7 Wet Vpb ziet op zogenaamde indirecte

⁷⁶ P. Sanders, W. Westbroek, *BV en NV: het nieuwe ondernemingsrecht, recht en praktijk* 23, Deventer, Kluwer 1998, p. 22.

⁷⁷ Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. C, p. 26.

⁷⁸ A.C.P. Bobeldijk, A.W. Hofman, 'Enkele aspecten van de voorgestelde thin-capitalisationwetgeving', *MBB*, 2003/11, p. 353.

overheidsbedrijven. De overheid is slechts beperkt belastingplichtig voor de heffing van vennootschapsbelasting, namelijk voor zover zij een specifiek in lid 3 genoemd bedrijf uitoefent. Artikel 2, lid 7 Wet Vpb bepaalt, dat dit ook geldt indien de overheid het bedrijf niet zelf, maar indirect via een andere rechtspersoon uitoefent. Artikel 2, lid 7, onderdelen a tot en met o Wet Vpb maken op die uitzondering weer een uitzondering. De in die onderdelen genoemde lichamen zijn derhalve volledig belastingplichtig. Onderdeel e bepaalt dat die volledige belastingplicht ook geldt voor “lichamen waarin een rechtspersoon, aan wie een distributiebedrijf toebehoort in de zin van de Wet energiedistributie, een belang heeft, alsmede lichamen die met een zodanige rechtspersoon in een groep zijn verbonden in de zin van artikel 24 b van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, welke lichamen activiteiten verrichten die eerstgenoemde rechtspersoon ingevolge artikel 12, eerste lid, van de Wet energiedistributie niet zelf mag verrichten, tenzij die lichamen uitsluitend of nagenoeg uitsluitend water leveren.”

4.2.2 De verwijzing naar het begrip eigen en vreemd vermogen

Art. 10d, lid 5 Wet Vpb regelt dat voor de concerntoets het vreemd vermogen en het eigen vermogen van de belastingplichtige worden bepaald aan de hand van “de jaarrekening, opgemaakt volgens de bepalingen van titel 9, Boek 2, van het Burgerlijk Wetboek, dan wel volgens soortgelijke buitenlandse wettelijke regelingen”.

Op grond van artikel 10d, lid 6 Wet Vpb wordt voor de groepsratio aangesloten bij het gemiddeld vreemd vermogen gedeeld door het gemiddeld eigen vermogen volgens “de geconsolideerde jaarrekening van de groep, bedoeld in artikel 24b van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, dan wel een soortgelijke buitenlandse wettelijke regeling, waarvan de belastingplichtige deel uitmaakt.”

In Nederland stelt de Raad voor de Jaarverslaggeving richtlijnen op voor de jaarverslaggeving van grote en middelgrote ondernemingen en voor kleine rechtspersonen. Beursgenoteerde ondernemingen zijn sinds 2005 verplicht

hun geconsolideerde jaarrekening volgens IFRS op te maken.⁷⁹ Een wijziging van titel 9, boek 2 BW, van de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving of van IFRS die invloed heeft op de hoogte van het eigen en/of vreemd vermogen in de (geconsolideerde) jaarrekening werkt derhalve direct door in het fiscale recht. Zo zal bijvoorbeeld de voorgestelde wijziging van de behandeling van huur- en leaseovereenkomsten, waarbij aan de actiefzijde een recht en aan de passiefzijde een verplichting wordt opgenomen voor de contante waarde van de overeengekomen termijnen, leiden tot een aanzienlijke toename van het vreemd vermogen bij de huurder respectievelijk lessee.⁸⁰

De duidelijke verwijzing in artikel 10d Wet Vpb rechtvaardigt de conclusie dat sprake is van 'eigen vermogen' voor zover in de jaarrekening sprake is van 'eigen vermogen'. Toch is dat niet zo, zo blijkt uit HR 13 november 2009.⁸¹ In dat arrest ging het om de vraag of het in de commerciële jaarrekening opgenomen 'aandeel van derden' voor artikel 10d onder het begrip eigen vermogen moet worden gerangschikt. Op grond van de duidelijke verwijzing naar het jaarrekeningenrecht zou een ontkennend antwoord te verwachten zijn. Op grond van het Burgerlijk Wetboek wordt het 'aandeel van derden' namelijk niet gezien als onderdeel van het eigen vermogen, maar tezamen met het eigen vermogen als onderdeel van het ruimere begrip groepsvermogen. De Hoge Raad laat echter de doelstelling van de regeling, zoals die blijkt uit de parlementaire geschiedenis⁸², prevaleren boven de duidelijke tekst van de wet. Hoewel het oordeel van de Hoge Raad in de onderhavige situatie niet onevenwichtig uitpakt, is dat in omgekeerde situaties wel het geval.⁸³ Nu er geen sprake is van een onduidelijke wettekst en de wetgever, ondanks het feit dat de discrepantie tussen tekst en bedoeling aan de orde is gekomen tijdens de parlementaire

⁷⁹ Verordening (EG), nr. 1606/2002, artikel 2.

⁸⁰ IFRS Press Release 19 august 2010, 'Staff draft of a forthcoming IFRS on fair value measurement'. Er is overigens een nieuwe exposure draft aangekondigd aan het einde van 2011.

⁸¹ HR 13 november 2009, nr. 08/019034, *BNB* 2010/24.

⁸² Kamerstukken I, 29 210, nr. C, p. 20.

⁸³ Zie ook G.W.J.M. Kampschoer, B.F.M. Coebergh, 'Hoe het vermogen van een derde blijikbaar toch je eigen vermogen kan zijn', *WFR* 2010/472.

behandeling, niet de moeite heeft genomen om de wettekst aan te passen aan zijn bedoeling, is er mijns inziens geen reden om af te wijken van de wettekst. Dat doet afbreuk aan de rechtszekerheid. De wetgever had gewoon de wettekst moeten redigeren in overeenstemming met de bedoeling. Als de wetgever die (kleine) moeite niet neemt, dient dat voor haar rekening te blijven.

Voor de toepassing van artikel 10d Wet Vpb zal de verhouding tussen eigen en vreemd vermogen zoals die blijkt uit de jaarrekening van de belastingplichtige moeten worden vergeleken met de jaarrekening van de groep. De verhouding eigen en vreemd vermogen in de jaarrekening zal verschillen al naar gelang de jaarrekening wordt opgemaakt onder IFRS of de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving en de daarbinnen gekozen waarderingsgrondslagen. Het is derhalve duidelijk dat het jaarrekeningrecht op deze wijze direct invloed heeft op de aftrekbare rente en zo de belastbare winst van de belastingplichtige. Keuzes van de belastingplichtige in het kader van de jaarrekening kunnen dan ook effect hebben op de verschuldigde vennootschapsbelasting. Anders geformuleerd: soms kan de belastingplichtige kiezen hoeveel vennootschapsbelasting hij verschuldigd wordt.

4.2.3 De verwijzing in art. 13d naar het verlies volgens de jaarrekening

In artikel 13d Wet Vpb is geregeld dat de deelnemingsvrijstelling geen toepassing vindt ten aanzien van een verlies op een deelneming dat tot uitdrukking komt indien de deelneming wordt ontbonden. Het aftrekbare verlies is gelijk aan het opgeofferd bedrag verminderd met de liquidatieuitkeringen. Op grond van het derde lid van artikel 13d Wet Vpb worden de ontvangen dividenden in de vijf jaren voorafgaand aan de ontbinding tot de liquidatieuitkeringen gerekend. Het derde lid, onderdeel b, Wet Vpb bepaalt voorts dat indien een lichaam verlies heeft geleden volgens zijn jaarrekening opgemaakt volgens de bepalingen van titel 9, boek 2, van het Burgerlijk Wetboek, dan wel, indien sprake is van een buitenlandse deelneming, volgens soortgelijke buitenlandse wettelijke regelingen de uitkeringen in de afgelopen tien in plaats van vijf jaar in aanmerking genomen moeten

worden. Het in de jaarrekening opgenomen resultaat zal verschillen al naar gelang de jaarrekening op basis van titel 9, boek 2 BW of IFRS is opgemaakt en welke specifieke waarderingsmethodes zijn gehanteerd. Een op basis van IFRS opgestelde jaarrekening leidt tot een meer fair value georiënteerde jaarrekening dan een jaarrekening opgesteld op basis van titel 9 boek 2 BW. Naar mijn mening kan niet in zijn algemeenheid gesteld worden wat de impact is voor de toepassing van artikel 13d.⁸⁴ Enerzijds zal onder IFRS wellicht minder snel een verlies gerapporteerd worden doordat stille reserves tot uitdrukking komen. Anderzijds kan een impairment van goodwill op basis van IFRS weer eerder tot een verlies leiden dan de afschrijving van goodwill in een op basis van titel 9, boek 2 BW opgemaakte jaarrekening.

4.3 De indirecte invloed van het jaarrekeningrecht

Het jaarrekeningrecht is ook op indirecte wijze van invloed op de vennootschapsbelasting. Allereerst laat de wetgever zich bij het redigeren van wetsartikelen soms nadrukkelijk inspireren door het jaarrekeningrecht. Een voorbeeld daarvan is de aanpassing van de waardering van onderhanden werk met ingang van 2007. In de tweede plaats kan het jaarrekeningrecht zijn invloed doen voelen bij de fiscale jaarwinstbepaling. De jaarwinst dient bepaald te worden op basis van goed koopmansgebruik en dat is een begrip dat voortdurend in ontwikkeling is en dat mede beïnvloed wordt door de ontwikkelingen in het jaarrekeningrecht. In de derde plaats doet het jaarrekeningrecht indirect zijn invloed gelden op de heffing van vennootschapsbelasting bij afspraken die worden gemaakt tussen belastingplichtigen en de Belastingdienst waarbij de fiscale winstbepaling (op onderdelen) aansluit bij de winstbepaling volgens het jaarrekeningrecht. Tot slot ga ik nog in op de mogelijkheid van beïnvloeding via de door de Europese Commissie aangekondigde gemeenschappelijke geconsolideerde winstbelastinggrondslag.

⁸⁴ G.W.J.M. Kampschoer, 'IFRS en de verhouding tot het Nederlandse fiscale winstbegrip', *WFR* 2004/1228.

4.3.1 Aanpassing waardering onderhanden werk met ingang van 2007

Op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad was, kort samengevat, winstneming bij onderhanden werk en onderhanden opdrachten pas verplicht bij oplevering van het werk respectievelijk afronding van de opdracht.⁸⁵ In de jaarrekening dient winst genomen te worden al naar gelang het werk voortschrijdt, mits dit op betrouwbare wijze kan worden geschat.⁸⁶ Dit is de zogenaamde percentage of completion methode (pcm).

Bovendien behoefde op grond van de jurisprudentie het constante deel van de algemene kosten fiscaal niet geactiveerd te worden als onderdeel van de kostprijs van het onderhanden werk respectievelijk de onderhanden opdracht⁸⁷, terwijl in de jaarrekening alle directe en indirecte kosten geactiveerd dienen te worden.⁸⁸ Door genoemde twee verschillen was de fiscale waardering van onderhanden werk (substantieel) lager dan de waardering in de jaarrekening.

Met ingang van 2007 is artikel 3.29b Wet IB ingevoerd. Via de schakelbepaling van artikel 8 Wet Vpb werkt die bepaling ook door voor de heffing van Vpb. Op grond van artikel 3.29b IB wordt de waardering van onderhanden werk en onderhanden opdrachten gesteld op het gedeelte van de overeengekomen vergoeding voor het aangenomen werk dat is toe te rekenen aan dat onderhanden werk. De wetgever heeft met deze bepaling nadrukkelijk willen aansluiten bij hetgeen gebruikelijk is in het jaarrekeningrecht. In de memorie van toelichting wordt het volgende opgemerkt: “De waardering van activa en passiva op de fiscale balans wordt beheerst door de regels van goed koopmansgebruik. De voorzichtige waardering van balansposten die bij goed koopmansgebruik mogelijk is, wijkt in de praktijk vaak af van de waardering die voor de commerciële jaarrekening wordt gehanteerd. Het wetsvoorstel bevat een maatregel op het vlak van het onderhanden werk om die waarderingsverschillen te verkleinen.

⁸⁵ Kamerstukken I 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 65.

⁸⁶ IAS 11.22, RJ 221.303.

⁸⁷ HR 30 mei 1956, *BNB* 1956/222.

⁸⁸ IAS 11.16, RJ 221.206.

Bij onderhanden werk bestaat er doorgaans een groot verschil in waardering voor de commerciële en de fiscale balans. Fiscaal mag winstneming namelijk in beginsel worden uitgesteld tot de oplevering van het werk. Bovendien is het fiscaal toegestaan het constante deel van de algemene kosten niet in de waardering van het onderhanden werk op te nemen. Die kosten worden dus direct ten laste van het resultaat gebracht. In de commerciële jaarrekening wordt meestal wel tussentijds winst genomen op onderhanden werken. Ook de regels van IFRS schrijven dit in beginsel voor.⁸⁹ Deze waarderingsmethodiek leidde ertoe dat in het jaar 2007 ondernemingen hun onderhanden werk fiscaal moesten opwaarderen tot het bedrag dat in de commerciële jaarrekening was opgenomen. Dit heeft tot een forse eenmalige bate voor de schatkist geleid. Een korte bestudering van de jaarrekeningen 2007 van de bouwondernemingen BAM, Heijmans en Strukton leert dat alleen deze drie bedrijven al goed waren voor een extra belastingbetaling in 2007 van € 117 miljoen.

Opvallend is overigens dat artikel 3.29b wet IB niet expliciet verwijst naar de waardering volgens de jaarrekening. Artikel 3.29b Wet IB luidt namelijk als volgt:

- “1. De waardering van onderhanden werk wordt gesteld op het gedeelte van de overeengekomen vergoeding voor het aangenomen werk, dat is toe te rekenen aan dat onderhanden werk.
2. Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing met betrekking tot onderhanden opdrachten.”

⁸⁹ Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 22-28. In zijn algemeenheid werd op p. 22 het volgende opgemerkt: “Grondslagverbreding door vergroting van de jaarwinst biedt meer mogelijkheden omdat de uitgangspunten van de fiscale jaarwinstbepaling in wezen sinds lang niet zijn veranderd. De ruimte die goed koopmansgebruik de belastingplichtige op grond van oudere jurisprudentie biedt, kan derhalve op bepaalde onderdelen voor heroverweging in aanmerking komen. Een te lang achterlopen van de fiscale jaarwinstbepaling bij de maatschappelijke ontwikkelingen is in zijn algemeenheid niet wenselijk, al is voorzichtigheid op zijn plaats ten aanzien van het belasten van nog niet gerealiseerde resultaten. Met betrekking tot de maatschappelijke ontwikkelingen kan enerzijds worden gewezen op de ontwikkelingen bij de regels voor het vaststellen van de commerciële jaarwinst, waarbij de invoering van de IFRS in het oog springt. Anderzijds zij bedacht dat de commerciële jaarwinst bij veel kleine(re) bedrijven wordt afgeleid van de fiscale jaarwinst.”

Doordat de wettekst spreekt over een waardering die wordt gesteld op het gedeelte van de overeengekomen vergoeding dat is toe te rekenen aan het onderhanden werk c.q. de onderhanden opdracht, doet zich de vraag voor hoe die toerekening moet plaatsvinden. Naast de toerekening naar gelang de voortschrijding van het werk, zoals in de jaarrekening gebeurt, kan ik mij ook andere manieren van toerekening voorstellen. Denk bijvoorbeeld aan een toerekening naar gelang de fysieke voortgang van het werk of naar gelang de opdrachtgever bedragen verschuldigd is.⁹⁰ Er is naar mijn mening derhalve toch nog (beperkte) ruimte om het onderhanden werk fiscaal lager te waarderen dan volgens de commerciële jaarrekening. Het is mijns inziens beter, mede gezien de doelstelling van de wetgever, om expliciet aan te sluiten bij de in de jaarrekening gehanteerde waardering. Dat voorkomt tevens dat de (zeer) kleine ondernemingen fiscaal pro rata winst moeten nemen, en dus hun systemen daar op moeten inrichten, terwijl zij dat op grond van het jaarrekeningrecht niet verplicht zijn.⁹¹

4.3.2 Invloed op goed koopmansgebruik

De jaarlijkse fiscale winst wordt bepaald volgens goed koopmansgebruik.⁹² Aan goed koopmansgebruik ligt een aantal beginselen ten grondslag, zoals het realiteitsbeginsel, het realisatiebeginsel, het matchingbeginsel, het voorzichtigheidsbeginsel en het eenvoudbeginsel. Hoewel er geen rangorde tussen de verschillende beginselen is, lijkt steeds meer belang te worden toegekend aan het realiteitsbeginsel. Het begrip goed koopmansgebruik werd ingevuld in het bekende arrest van 8 mei 1957 waarin werd bepaald “dat weliswaar als regel kan worden aangenomen, dat een stelsel van jaarlijkse winstberekening voor de belastingheffing als strokende met goed koopmansgebruik behoort te worden aanvaard, indien dat stelsel is gegrond op hetgeen de bedrijfseconomie omtrent de juiste wijze van winstbepaling leert, doch deze regel uitzondering moet lijden niet alleen ingeval het volgen

⁹⁰ Zie voor meer voorbeelden van waardering onderhanden werk, knelpunten en standpunten. C. Bruijsten, ‘De toekomst van het fiscale jaarwinstbegrip’, *WFR* 2009/823.

⁹¹ Zie ook mijn pleidooi ‘Fiscus moet onderhanden werk ontzien’, *Het Financieele Dagblad*, 28 september 2006, p. 11.

⁹² Artikel 3.25 Wet IB 2001 is ook voor de vennootschapsbelasting van toepassing via artikel 8 Wet Vpb 1969.

van het bedrijfseconomische inzicht tot strijd met enig voorschrift der belastingwetgeving zou voeren, maar evenzeer indien daardoor aan den algemenen opzet of een beginsel van de belastingwet om welke toepassing het gaat te kort zou worden gedaan.”⁹³

De Hoge Raad verwijst dus voor de invulling van het fiscale winstbegrip naar het bedrijfseconomische winstbegrip. Het bedrijfseconomische winstbegrip is aanzienlijk ouder dan het fiscale winstbegrip. Het fiscale jaarwinstbegrip werd eerst in het Besluit Winstbelasting 1940⁹⁴ vastgelegd, omdat de vijftig jaar daarvoor de uitdeling van winst de grondslag vormde voor de belastingheffing van ondernemingen die in de vorm van een naamloze vennootschap werden gedreven. Het winstbegrip voor het jaarrekeningrecht werd vastgelegd in de Wet op de jaarrekening van ondernemingen (WJO) in 1970.⁹⁵ Daarbij werd in artikel 5 bepaald dat de grondslagen waarop waardering van activa en de passiva en de bepaling van het resultaat berusten, moeten voldoen aan de normen die in het maatschappelijke verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd. In de WJO is bewust gekozen voor de term maatschappelijk aanvaardbare normen omdat “het begrip goed koopmansgebruik (...) mede een goeddeels eigen fiscale betekenis (had) gekregen, als gevolg waarvan het elementen bevat die, wanneer gebruikt in het kader van de jaarrekening van ondernemingen, verstorend werken, en strijdig zijn met de in de artikelen 2 en 3 (van de WJO, waarin het “inzichtvereiste” was opgenomen) bedoelde normen”.⁹⁶

Het jaarrekeningrecht en het fiscale recht putten beide uit dezelfde bron, namelijk de bedrijfseconomie. Er wordt wel betoogd dat de winstbepaling volgens het jaarrekeningrecht niet relevant is voor de fiscale winstbepaling.⁹⁷ Beide winstbepalingen dienen verschillende doelen. Bij de fiscale winstbepaling gaat het om het vaststellen van de grondslag voor belastingheffing, terwijl het doel van de jaarrekening is een getrouw beeld te geven van het vermogen, de financiële positie en het resultaat van de

⁹³ HR 8 mei 1957, nr. 12 931, *BNB* 1957/208.

⁹⁴ Besluit van 26 juli 1940, *Stb.* 405.

⁹⁵ Kamerstukken II, 1967/68, 9595, nr. 2.

⁹⁶ Kamerstukken II, 1967/68, 9595, nr. 3, p. 13.

⁹⁷ M.A. van Hoepen, ‘Goedkoopmansgebruik en IFRS’, *MBB* 2007/09.

vennootschap⁹⁸. Toch wordt de fiscale winstbepaling wel degelijk beïnvloed door het jaarrekeningrecht.

Een voorbeeld van de beïnvloeding van goed koopmansgebruik door het jaarrekeningrecht is te vinden in het in 2009 gewezen ‘Cacaobonen-arrest’. In dat arrest heeft de Hoge Raad belangrijke regels geformuleerd over de toepassing van goed koopmansgebruik bij samenhangende transacties. Dit arrest geeft een nadere uitleg aan de regels met betrekking tot het vraagstuk van de samenhangende waardering van vermogensbestanddelen die de Hoge Raad in eerdere jurisprudentie geformuleerd heeft. De kernvraag die aan de orde komt in het arrest is of goed koopmansgebruik toestaat dat niet-gerealiseerde verliezen op bepaalde contracten fiscaal direct kunnen worden genomen, terwijl het nemen van niet-gerealiseerde winsten met betrekking tot de met de contracten samenhangende posities wordt uitgesteld. Evenals in het Hedge-arrest⁹⁹ en het Optie-arrest¹⁰⁰ is het realiteitsbeginsel doorslaggevend.¹⁰¹ De Hoge Raad overweegt als volgt:

“5.3.1. (...) Voor zover ten aanzien van het prijsrisico op cacao

a) sprake is van samenhang tussen enerzijds de voorverkopen en anderzijds voorinkopen en futures dan wel de aanwezigheid van een technische voorraad, en

b) dit prijsrisico op balansdatum in hoge mate beperkt is, brengt het tot goed koopmansgebruik behorende realiteitsbeginsel mee dat deze voorverkopen, voorinkopen, futures en technische voorraad in zoverre in samenhang worden gewaardeerd.

5.3.2. Of sprake is van samenhang als hiervoor in 5.3.1 onder a) bedoeld, dient naar de omstandigheden te worden beoordeeld. Daarbij kan onder meer betekenis worden toegekend aan de aard van de contracten, bezien in het licht van de aard van de aanwezige risico's, en aan de eventuele omstandigheid dat de afdekking van risico's is beoogd. Dit laatste kan

⁹⁸ Zie artikel 2:391, lid 1 BW.

⁹⁹ HR 23 januari 2004, nr. 37 893, *BNB* 2004/214 (Hedge-arrest).

¹⁰⁰ HR 16 november 2007, nr. 42 970, *BNB* 2008/26 (Optie-arrest).

¹⁰¹ Zowel in het cacaobonen-arrest als het Optie-arrest wordt het realiteitsbeginsel expliciet genoemd. Bij het optiearrest wordt dit beginsel weliswaar niet met zoveel woorden genoemd, maar blijkt dit impliciet uit het feit dat de Hoge Raad aangeeft dat er “per saldo geen vermogensmutatie optreedt”.

volgen uit de administratie, de jaarrekening en/of de economische doelstellingen van de onderneming.

5.3.3. Van een prijsrisico dat in hoge mate beperkt is als hiervoor in 5.3.1 onder b) bedoeld, is sprake indien op balansdatum te verwachten is dat de waardeontwikkelingen van de cacao die begrepen is in de verschillende posten hoogstwaarschijnlijk zullen correleren binnen een bandbreedte van 80 tot 125 procent. Bij deze toets kunnen gegevens over het waardeverloop van de posten in het verleden een rol spelen, evenals de aard van het dekingscontract.”

Opvallend is dat, hoewel dat niet als zodanig wordt geëxpliciteerd, de Hoge Raad met het hanteren van de bandbreedte van 80 tot 125 procent aansluit bij het effectiviteitscriterium van IAS 39.¹⁰² Hier is naar mijn mening duidelijk te zien dat de Hoge Raad bij de invulling van goed koopmansgebruik mede kijkt naar de ontwikkeling in het jaarrekeningrecht.

In dit verband merk ik op dat goed koopmansgebruik geen statisch maar een dynamisch begrip is. Ook voor andere elementen van de winstbepaling zal denk ik steeds meer naar IFRS gekeken worden. In de literatuur is dat de laatste jaren reeds waar te nemen.¹⁰³ Het ligt voor de hand dat een dergelijke ontwikkeling zich ook in de rechtspraak zal voordoen. Ik kan mij voorstellen dat op termijn bepaalde bedrijfseconomische waarderingsstelsels niet meer worden toegepast omdat het jaarrekeningrecht dat niet toestaat. In dat geval lijkt het mij niet ondenkbaar dat die stelsels dan ook niet meer in overeenstemming zijn met goed koopmansgebruik, in het bijzonder het realiteitsbeginsel.¹⁰⁴ Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan stelsels van voorraadwaardering, maar ook de behandeling van goodwill. Zo kan ik mij voorstellen dat bijvoorbeeld voor de behandeling van goodwill op een zeker moment ook aansluiting gezocht zal

¹⁰² Zie ook L.A. Lutz, W.J.W. Vosse, 'Het Cacaobonen-arrest: nadere regels met betrekking tot (verplichte) samenhangende waardering', *MBB* 2010/02.

¹⁰³ A.de Birk en L.H. Storm van 's Gravesande, 'De converteerbare obligatielening aan de debetzijde, fiscal en IFRS', *WFR* 2010/453 en S.F.M. Niekel, 'De fiscale jaarwinst en de behandeling van transactiekosten bij het aantrekken van vreemd vermogen', *WFR* 2011/452.

¹⁰⁴ Evenzo M.A.van Hoepen, 'Goed koopmansgebruik en IFRS', *MBB* 2007/09.

worden bij de impairment test zoals IFRS die voorschrijft. Dat de wijze van verwerking zoals IFRS die voorschrijft fiscaal aanvaardbaar is, bleek al uit HR 9 april 1952, B. 9213. Daar overwoog de Hoge Raad:

“dat de Minister, blijkens de toelichting van het middel, de opvatting is toegedaan, dat de bij de overneming van een bedrijf of een praktijk mede verkregen goodwill bestemd is geleidelijk te verdwijnen om plaats te maken voor een nieuwe door den verkrijger zelf gekweekte, goodwill;

dat echter ook de opvatting kan worden gehuldigd, dat de goodwill, welke tijdens de uitoefening van een bedrijf of een praktijk daaraan is verbonden, niet behoeft te worden gesplitst in oude, aflopende goodwill en nieuwe, opkomende goodwill, omdat zij een eenheid vormt, waarvan de waarde aan wijziging onderhevig is naar de mate, waarin dit met de uitkomsten en vooruitzichten van het bedrijf of de praktijk het geval is;

dat de eerstvermelde opvatting reden geeft tot regelmatige jaarlijkse afschrijving op de aanschaffingskosten van een overgenomen goodwill, waarmede tot uitdrukking wordt gebracht de jaarlijkse waardevermindering van de oude goodwill;

dat bij de in de tweede plaats vermelde opvatting voor enige afboeking op de bedoelde aanschaffingskosten geen reden bestaat, zolang het bedrijf of de praktijk een goodwill behoudt, waarvan de waarde niet beneden het bedrag dier aanschaffingskosten daalt;

dat beide opvattingen aanvaardbaar zijn en mitsdien met goed koopmansgebruik in overeenstemming moet worden geoordeeld zowel een stelsel, waarin op de aanschaffingskosten van een overgenomen goodwill regelmatig afschrijvingen worden toegepast, als een stelsel, waarin afboeking wordt nagelaten zolang daartoe geen aanleiding wordt gevonden in de werkelijke waardedaling van de goodwill van het bedrijf of de praktijk;”

Ik kan mij voorstellen dat wanneer in het jaarrekeningrecht afschrijving op goodwill niet meer mogelijk c.q. gebruikelijk is, dat fiscale afschrijving dan niet meer in overeenstemming is met het realiteitsbeginsel van goed koopmansgebruik.¹⁰⁵

¹⁰⁵ R.P.C. Cornelisse, ‘De invloed van IFRS 3 op de behandeling van goodwill in het kader van de fiscale jaarwinstbepaling’, *TFO* 2005/108.

4.3.3 Afspraken om voor winstbepaling bij het jaarrekeningrecht aan te sluiten

De regels van het jaarrekeningrecht, in het bijzonder IFRS, kunnen ook hun invloed doen gelden indien tussen Belastingdienst en belastingplichtige wordt afgesproken om voor bepaalde onderdelen van de fiscale winstbepaling aan te sluiten bij de winstbepaling in de jaarrekening. In de praktijk worden dergelijke afspraken gemaakt. Met name in de financiële sector zijn mij afspraken bekend waar voor de winstbepaling ten aanzien van derivaten wordt aangesloten bij de behandeling onder IAS 39, zij het dat geen ongerealiseerde winsten behoeven te worden gerapporteerd. Een dergelijke afspraak voorkomt discussies over de vraag of en zo ja, in hoeverre bepaalde posities samenhangend gewaardeerd moeten worden. Wanneer ik het goed zie hebben dergelijke afspraken voor de belastingdienst het voordeel dat meer winst zal worden aangegeven, omdat onder IFRS eerder samenhangend gewaardeerd zal moeten worden dan op grond van de fiscale regels. Voor de belastingplichtige kan een dergelijke afspraak een vermindering van administratieve lasten opleveren, omdat het discussies voorkomt die moeizaam, tijdrovend en kostbaar kunnen zijn. Ik kan mij voorstellen dat de komende jaren ten aanzien van meer elementen van de winstbepaling afspraken worden gemaakt om aan te sluiten bij de behandeling in de jaarrekening.¹⁰⁶ Het is mijns inziens de moeite waard om nader onderzoek te doen op welke gebieden IFRS richtinggevend kan zijn voor afspraken of convenanten over de fiscale winstberekening.

¹⁰⁶ Ook P.H.J. Esser komt tot een vergelijkbare conclusie in zijn preadvies voor de Vereniging van Belastingwetenschap. Hij schrijft hierover: "Ik kom slechts tot één conclusie: Het is tijd om over te stappen van het eenzijdig door de rechter ingevulde GKG naar een interactief dynamisch fiscale winstbegrip, waarbij de hoofdregels van GKG worden gecodificeerd in de wet en detailregelingen in een Raad voor de fiscale winstbepaling worden uitgewerkt in de vorm van convenanten, richtlijnen en besluiten. Binnen de EU zou een soortgelijk traject moeten worden gevolgd bij het ontwikkelen van een stelsel van Common Base Taxation. De IFRS kunnen daarbij zowel op inhoudelijke als formele aspecten een inspiratiebron zijn." Uit: P.H.J. Esser, *De toekomst van Goed Koopmansgebruik na de invoering van International Financial Reporting Standards in 2005*, Geschriften voor de Vereniging van Belastingwetenschap No. 224, Kluwer, Deventer 2005, p. 36.

4.3.4 Via CCCTB

De Europese Commissie wil op fiscaal terrein toe naar een gemeenschappelijke geconsolideerde winstbelastinggrondslag, de Common Consolidated Corporate Tax Base ("CCCTB"). Dit moet de nadelige gevolgen wegnemen die multinationale ondernemingen thans ondervinden van het feit dat de 27 lidstaten van de EU verschillende fiscale regimes kennen terzake van de belastingheffing van ondernemingswinsten.¹⁰⁷ Op 16 maart 2011 heeft de Europese Commissie een voorstel voor een Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) gepubliceerd. Het voorstel is het resultaat van een in 2004 door de ECOFIN Council ingezet traject.

Als de CCCTB wordt ingevoerd zijn drie stappen nodig om bij een internationaal bedrijf de belastinggrondslag voor elke jurisdictie te bepalen. Ten eerste dient elk groepslid afzonderlijk zijn eigen fiscale winst te berekenen, maar wel aan de hand van dezelfde regels. Hiervoor is een geharmoniseerde winstbelastinggrondslag vereist. Vervolgens worden deze individuele belastinggrondslagen samengevoegd tot een geconsolideerde belastinggrondslag. Ten slotte wordt de geconsolideerde belastinggrondslag verdeeld over de verschillende lidstaten met behulp van een bepaalde formule. Elke lidstaat heeft het recht om de aan hem toegewezen belastinggrondslag te belasten tegen zijn eigen belastingtarieven.

De geharmoniseerde winstbelastinggrondslag moet gebaseerd zijn op dezelfde fiscale boekhoudregels. Hierbij zou IFRS als startpunt gebruikt kunnen worden voor een geharmoniseerde winstbelastinggrondslag. In

¹⁰⁷ European Commission, Company taxation in the internal market, Commission staff working paper, Brussels 23.10.2001, COM(2001) 582 final.

eerste instantie gingen de gedachten van de Europese Commissie daar naar uit, zo blijkt uit een publicatie in 2001.¹⁰⁸

Uit de rapportages van de werkgroep CCCTB die in 2004 door de Europese Commissie in het leven is geroepen, blijkt dat steeds verder afstand is genomen van het idee om IFRS als uitgangspunt te nemen voor een CCCTB. In eerste instantie vormde IFRS een uitgangspunt, terwijl later nog slechts wordt gesproken over een instrument om de discussies te voeren vanuit het gemeenschappelijke vocabulaire dat IAS/IFRS biedt.¹⁰⁹ In de rapportage van de CCCTB werkgroep van 26 juli 2007 wordt helemaal afstand gedaan van IAS/IFRS en wordt voorgesteld om uit te gaan van de verschillende nationale General Accepted Accounting Principles ("GAAP") waarbij dan een aantal aanpassingen vereist zijn om te voldoen aan de regels en definities van de CCCTB om zo te komen tot een uniforme

¹⁰⁸ European Commission, Towards an internal market without tax obstacles: a strategy for providing companies with a consolidated tax base for the EU wide activities. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, and the economic and social Committee, COM (2001) 582 final, Brussels 23.10.2001, p..18, waar het volgende valt te lezen: "Moreover, it is noteworthy that, after the (currently outstanding) adoption of an appropriate Commission proposal for a regulation by the European Parliament and Council [COM(2001)80], as from 2005 listed EU companies will have to prepare their consolidated accounts in accordance with International Accounting Standards. The increasing integration of financial markets and the creation of pan-European stock exchanges can be expected to accelerate accounting harmonisation even further. Although not directly related to taxation, this development may generally help the future development of a common corporate tax base and to some extent the IAS may serve as a useful point of reference."

¹⁰⁹ Zie P.H.J. Essers, 'CCCTB dreigt aan vlijt ten onder te gaan', *WFR* 2007/741.

belastinggrondslag.¹¹⁰ Uit de rapportage van 27 maart 2008 blijkt dat deze benadering echter weinig steun kreeg van de deskundigen die commentaar hebben geleverd op de rapportage en daarom is het alternatief om in de CCCTB wetgeving expliciet enkele belastingbeginselen ('tax principles') op te nemen bestudeerd.¹¹¹ In de concept richtlijn is er voor gekozen om autonome voorschriften voor de berekening van de belastinggrondslag op te nemen. De reden om afstand te doen van het gebruik van IFRS voor een CCCTB is tweërlei. Ten eerste is in veel lidstaten IFRS niet toegestaan voor de enkelvoudige jaarrekening en ten tweede zijn niet alle IFRS geschikt voor belastingdoeleinden.¹¹²

Ik ben van mening dat de Europese Commissie te snel afstand heeft gedaan van IFRS als basis voor de CCCTB. De constatering is juist dat niet alle IFRS geschikt zijn voor fiscale doeleinden. Er is immers zoals eerder aangegeven een verschil tussen de doelstelling van de commerciële jaarrekening en de fiscale jaarrekening. Een deel van de IFRS zou mijns

¹¹⁰ European Commission, CCCTB WG, CCCTB: possible elements of a technical outline, WP057, Brussels 26.07.2007, p.5. waar het volgende valt te lezen: "In the work on the CCCTB constant reference has been made to IAS/IFRS. As the Commission has stressed in the past, it is not possible to make a formal link between the base and IAS/IFRS. Such a link would, it is true, provide a common starting point and have the advantage of allowing the base to evolve over time in line with IAS/IFRS. However, many MS currently do not permit the use of IAS/IFRS for individual company accounts and not all IAS/IFRS are considered suitable for tax purposes. One therefore has to accept that most companies would start from accounts prepared in accordance with a number of different national GAAP (Generally Accepted Accounting Principles) and would be required to make a number of adjustments on key elements to satisfy the rules and definitions of the CCCTB in arriving at a uniform base. The rules for the CCCTB in the Directive would therefore define the tax base itself but would not define the methodology for adjusting the accounts (sometimes called the 'bridge') to arrive at the tax base – this is not possible as companies will potentially be starting from accounts prepared under twenty seven different national GAAP. Thus, to be clear, unless uniform treatment is explicitly provided for in the legislation the tax base would be computed by reference to national GAAP."

¹¹¹ European Commission, CCCTB WG: Various detailed aspects of the CCCTB, WP066. Brussels, 27.03.2008, p.2..

¹¹² Brief Staatssecretaris van Financiën, Richtlijnvoorstel COM (2011) 121., AFP/2011/300 U, 4 juli 2011. Hier stelt de Staatssecretaris het volgende: "Echter van de Europese Commissie is vernomen dat vele lidstaten het gebruik van IAS/IFRS niet toestaan voor de enkelvoudige jaarrekening. Verder worden niet alle IAS/IFRS standaarden kennelijk geschikt geacht voor belastingdoeleinden. Ik deel de zorg dat onvoldoende rechtszekerheid zal leiden tot veel rechtszaken waarbij het jaren zal duren voordat de verschillende lidstaten hetzelfde winstbegrip toepassen."

inziens echter wel kunnen worden toegepast voor fiscale doeleinden. Bovendien zou op bepaalde IFRS voor fiscale doeleinden een correctie kunnen worden toegepast. Er is dan ook terecht opgemerkt dat het “een vergissing zou zijn om niet gebruik te maken van het respectabele bouwwerk dat in de loop van vele tientallen jaren rondom IAS/IFRS is ontstaan”.¹¹³ De Europese Commissie zou op dat punt in de leer kunnen gaan bij de Nederlandse belastingdienst die afspraken maakt met belastingplichtigen over de toepassing van IAS voor elementen van de fiscale winstbepaling. Door waar nodig correcties toe te passen, met name het niet in aanmerking nemen van ongerealiseerde winsten, wordt mijns inziens op een goede manier gebruik gemaakt van het jaarrekeningrecht, terwijl ook recht gedaan wordt aan het doel van de fiscale jaarrekening.

Nu in de concept richtlijn gekozen is voor autonome voorschriften voor de berekening van de belastinggrondslag kan IFRS hooguit op indirecte wijze, evenals bij goed koopmansgebruik, van invloed zijn op de winstbepaling.

4.4 De invloed van het jaarrekeningrecht op de houding van ondernemingen ten aanzien van belastingen

De invloed van het jaarrekeningrecht op de houding van ondernemingen ten aanzien van belastingen is mijns inziens tweemaal.

Allereerst leidt de toegenomen aandacht voor de fiscale positie in de jaarrekening naar mijn mening tot meer risicomijdend gedrag.¹¹⁴ Er moet in de jaarrekening en de toelichting steeds meer openheid van zaken gegeven worden over de fiscale positie. Een fiscaal risico dat zich materialiseert, kan een grote impact hebben op het netto-resultaat en op de beurskoers. Een sprekend voorbeeld daarvan is TNT waarvan de beurskoers in 2005 daalde

¹¹³ P.H.J. Essers, ‘CCCTB dreigt aan vlijt ten onder te gaan’, *WFR* 2007/741.

¹¹⁴ Dit was ook de ervaring van Theo Poolen, lid van het managementteam van de Belastingdienst, “Tax & Legal – De belastingdienst gaat horizontaal”, *Management Team*, 24 september 2009.

en waar 800 miljoen aan waarde verdampte doordat TNT in een belastingschandaal verwickeld bleek te zijn.¹¹⁵

Om risico's te beheersen wordt veelal gebruik gemaakt van risicobeheersingssystemen. Een risicobeheersingssysteem, een zogenaamd tax control framework (TCF) zal ontwikkeld moeten worden door de belastingplichtige en constant bijgewerkt moeten worden. In Amerika dienen beursgenoteerde ondernemingen sinds 2005 onder de toen ingevoerde Sarbanes-Oxley wet te verklaren dat zij 'in control zijn'. Als achteraf wordt geconstateerd dat er een 'material weakness' in het risicobeheersingssysteem is, dient dat openbaar gemaakt te worden. Opvallend is dat de eerste tijd veel van die gepubliceerde 'material weaknesses' te maken hebben met de fiscaliteit.¹¹⁶

In de Nederlandse fiscale praktijk is de afgelopen jaren duidelijk waarneembaar dat er meer aandacht is voor fiscale risico's, dat ondernemingen die risico's beter proberen te beheersen en dat bedrijven ook meer risico-avers zijn geworden.¹¹⁷ Dit geldt niet alleen voor beursgenoteerde bedrijven, maar ook voor bedrijven die (deels) in publieke handen zijn en voor ondernemingen die hun reputatie hoog willen houden.

Een tweede invloed van het jaarrekeningrecht op de houding van ondernemingen ten aanzien van belastingen is de volgende. Wat er feitelijk aan belasting wordt betaald in een jaar (de cash flow) loopt vaak niet synchroon met de belastinglast zoals die in de jaarrekening is opgenomen. Vroeger werd door het bedrijf zelf, door de controlerend accountant en door analisten nauwelijks aandacht besteed aan de fiscale positie in de jaarrekening. Die tijden zijn voorbij. De afgelopen jaren is duidelijk merkbaar dat de impact van fiscale keuzes op de jaarrekening wel degelijk van belang is. Uit een in 2007 uitgevoerd onderzoek blijkt dat ten aanzien van fiscale

¹¹⁵ Zie o.a. 'Koers TNT keldert door fraudegeval', De Volkskrant, 24 september 2005.

¹¹⁶ Zie o.a. het onderzoek verricht door Deloitte 'Material Weaknesses and restatements, Why tax is still in the hot seat'.

¹¹⁷ Zie o.a. het interview met Iman Damsté, voorzitter van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, 'Ontduiken is misdrijf', *Het Financieele Dagblad*, 26 februari 2008, p. 6.

keuzes de ene helft van de ondervraagde CFO's van beursgenoteerde ondernemingen de cashflow-effecten zwaarder laat wegen, de andere helft laat de impact op de jaarrekening zwaarder wegen.¹¹⁸ Mijn inschatting is dat tegenwoordig een meerderheid van de CFO's de impact op de jaarrekening zwaarder laat wegen dan de cashflow-impact. Het zou interessant zijn het onderzoek op grotere schaal te herhalen.

De veranderde houding ten aanzien van belastingen heeft uiteraard ook gevolgen voor de adviespraktijk in dat segment. Adviseurs zullen zich nadrukkelijk rekenschap moeten geven van de gevolgen van hun advisering voor de jaarrekening. Een mogelijkheid om belasting te besparen kan een positief cashflow effect hebben en dus zeer aantrekkelijk lijken. Wanneer dat echter de effectieve belastingdruk in dat jaar in de jaarrekening enorm doet toenemen en/of zorgt voor een grote schommeling in de belastingdruk over de jaren, is dat een belangrijk element dat moet worden meegewogen. Dit kan ertoe leiden dat een mogelijkheid tot belastingbesparing niet wordt benut.

De toegenomen aandacht voor het jaarrekeningrecht zorgt ervoor dat het jaarrekeningrecht indirect de heffing van vennootschapsbelasting beïnvloedt. Mogelijkheden om minder belasting te betalen zullen niet altijd worden benut vanwege de negatieve effecten op de jaarrekening. Gesteld zou dus kunnen worden dat het jaarrekeningrecht indirect leidt tot een hogere afdracht van vennootschapsbelasting. Tegelijkertijd zal een onderneming willen voorkomen dat zijn effectieve belastingdruk, al dan niet in vergelijking met zijn concurrenten, te hoog is. Daarvan gaat een stimulans uit voor belastingbesparing, althans voor fiscale structuren die leiden tot een vermindering van de belastingdruk in de jaarrekening. Het zou mijns inziens interessant zijn om deze effecten van de toegenomen aandacht voor de jaarrekening op de belastingafdracht in een kwantitatief onderzoek te onderzoeken.

¹¹⁸ Zie ook 'Tax is a black box', PwC, 2007, p.11.

4.5 Afschaffing van de aangifte vennootschapsbelasting

De fiscale positie in de jaarrekening heeft de afgelopen jaren steeds meer aandacht heeft gekregen. IAS 12 schrijft voor hoe de belastingdruk en latente belastingen moeten worden verantwoord in de jaarrekening. Ook dient er over bepaalde zaken informatie te worden gegeven in de toelichting op de jaarrekening. In de voorgestelde nieuwe IAS 12¹¹⁹ moeten de risico's nog gedetailleerder worden ingeschat en gaat het meer lijken op de Amerikaanse regels van FIN 48.¹²⁰ De jaarrekening gaat dus steeds gedetailleerder informatie bevatten over de fiscale positie. In de tweede plaats zal de controlerend accountant, mede ook door de toegenomen aandacht van de Autoriteit Financiële Markten¹²¹, de in de jaarrekening opgenomen belastinglast steeds kritischer controleren. Bij de controle van beursgenoteerde ondernemingen neemt de controlerend accountant tegenwoordig zijn eigen fiscalisten mee om de fiscale positie te controleren. In de derde plaats is van belang dat in het kader van het horizontaal toezicht materiële geschilpunten vooraf met de belastingdienst (moeten) worden besproken. De vraag komt dan op waarom nog een aparte aangifte vennootschapsbelasting ingediend moet worden. De belastingdienst zal daar in een horizontaal toezichtrelatie weinig tot niets mee doen. Dit kan ook worden opgemaakt uit het jaarverslag van de Belastingdienst, waar het volgende wordt opgemerkt: "Door de combinatie van pro-actief fiscaal relevante issues voor te leggen aan de Belastingdienst, afstemming van werkprocessen tussen convenantpartners en vooroverleg wordt bereikt dat de kwaliteit van de aangifte van de deelnemende ondernemers zodanig is geborgd, dat de Belastingdienst de aangifte direct kan afdoen. Steekproefsgewijs wordt gecontroleerd."¹²²

¹¹⁹ IFRS, Deferred Tax: Recovery of underlying Assets, Exposure Draft, September 2010, ED/2010/11.

¹²⁰ C. Bruijsten, 'De waarschijnlijkheid van onzekere belastingposities', *WFR* 2010/366.

¹²¹ AFM, *Aandachtspunten Financiële Verslaggeving 2010*, Toezicht Financiële verslaggeving, p.6.

¹²² Belastingdienst, Beheersverslag 2009, p. 22.

Waarom zou een onderneming met een horizontaal-toezichtrelatie niet kunnen volstaan met het toesturen van de jaarrekening en de onderliggende berekening van de acute belasting in de jaarrekening? Afschaffing van de aangifteplicht vermindert de administratieve lasten bij de belastingplichtige en bij de Belastingdienst. Gegeven het feit dat bij de belastingdienst een groot aantal mensen moet afvloeien de komende jaren, is mijn inschatting dat de capaciteit niet zal worden ingezet op de controle c.q. afdoening van aangiften van horizontaal-toezichtposten maar juist op andere posten. Het is dan ook de moeite waard om afschaffing van de aangifte voor dergelijke ondernemingen te onderzoeken.

Ook voor de kleinere bedrijven die hun jaarrekening mogen baseren op fiscale grondslagen lijkt de toegevoegde waarde van een aangifte beperkt, zeker indien die wordt ingediend via een intermediair die een convenant met de belastingdienst heeft afgesloten. Ik kan mij voorstellen dat de intermediair volstaat met het inzenden van de door hem opgestelde jaarrekening waarin een fiscale positie is opgenomen. Ook voor die ondernemingen is het dus de moeite waard om afschaffing van de aangifte vennootschapsbelasting te onderzoeken.

In dit kader komt vervolgens de vraag op of de vennootschapsbelasting nog wel een aanslagbelasting moet blijven. Binnen het horizontaal toezicht is het in de eerste plaats de verantwoordelijkheid van de onderneming zelf dat het juiste bedrag aan belasting wordt afgedragen. De kernbegrippen bij horizontaal toezicht zijn transparantie, begrip en vertrouwen. In dat kader zou ik mij kunnen voorstellen dat de vennootschapsbelasting zich ontwikkelt van een aanslag- maar een aangiftebelasting. Wanneer het horizontaal toezicht goed functioneert, is daar overigens al min of meer sprake van.

5 INVLOED VAN HET EU-RECHT

5.1 Inleiding

De Europese Unie is primair een economische en monetaire gemeenschap en vindt zijn grondslag in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU)¹²³. Eén van de doelstellingen van de Europese Unie is de totstandbrenging van een interne markt. In het VwEU-verdrag hebben de lidstaten een gedeelte van hun bevoegdheden overgedragen aan de Unie. Het HvJ EG heeft het gemeenschapsrecht gekenschetst als een eigen, in de rechtsordes van de lidstaten geïntegreerde en bindende communautaire rechtsorde.¹²⁴ Rechtsregels die naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden zijn daarom rechtstreeks toepasbaar in de nationale rechtssfeer. Zij hebben zogenoemde interne werking en hebben daarmee naar hun aard voorrang op nationaal recht. Dit heeft tot gevolg dat op het moment van de inwerkingtreding van een rechtstreeks werkende bepaling van gemeenschapsrecht in beginsel elke daarmee onverenigbare maatregel van een lidstaat van rechtswege buiten toepassing dient te worden gelaten.

Ingevolge art. 114 VwEU kan op het terrein van de directe belastingen slechts met unanimiteit worden besloten tot harmonisatie van regelgeving. Jarenlang was men dan ook in de veronderstelling dat de belastingheffing weinig of geen invloed zou ondervinden van het Europese recht, tenzij sprake is van unanimiteit. De afgelopen decennia is echter duidelijk geworden dat Europa ook zijn invloed doet gelden op het terrein van de belastingheffing via de rechtspraak van het Hof van Justitie.¹²⁵

¹²³ Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, 29 oktober 2010, Trb. 2011, 47. dit verdrag vervangt het EG-verdrag.

¹²⁴ Van een communautaire rechtsorde sprak het HvJ EG voor het eerst in het arrest Van Gend en Loos, HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62. Vervolgens overwoog het HvJ EG in het arrest Costa/ENEL. dat het EEG-verdrag, anders dan met gewone internationale verdragen het geval is, een eigen rechtsorde in het leven heeft geroepen, die bij de inwerkingtreding van het Verdrag in de rechtsorde der lidstaten is opgenomen, HvJ EG 15 juli 1964, zaak 6/64, Jur. 1964, p. 1199.

¹²⁵ Zie ook Hoge Raad der Nederlanden, verslag over 2009-2010, p.41.

Hierna zal in hoofdlijnen uiteengezet worden op welke punten de vennootschapsbelasting is beïnvloed door Europese regelgeving. Allereerst zal ik ingegaan op de invloed vanuit het primaire EU-recht. Daarna ga ik in op de invloed via het zogenaamde secundaire EU-recht, namelijk via de verordeningen en richtlijnen. Vervolgens ga ik in op overige relevante regels van de EU, namelijk het Arbitrageverdrag en de gedragscode. Daarna ga ik in op de invloed via de rechtspraak van het Hof van Justitie. Dan sta ik stil bij de Europese invloed bij wijzigingen in de Wet Vpb. Tot slot behandel ik de lopende infractieprocedures die mogelijk aanleiding zullen vormen voor wijzigingen in de Wet Vpb.

5.2 Het VwEU-verdrag

5.2.1 Verdragsvrijheden

Het VwEU-verdrag bevat bepalingen die van concreet belang zijn voor de belastingheffing. Met name kunnen dan genoemd worden de bepalingen inzake het verbod op discriminatie en de vier verdragsvrijheden. De vier verdragsvrijheden zijn de vrijheid van goederenverkeer, de vrijheid van personenverkeer, welke is onderverdeeld in vrij verkeer van werknemers en de vrijheid van vestiging, het vrije verkeer van diensten en het vrije verkeer van kapitaal. De verdragsvrijheden mogen binnen de EU niet worden belemmerd. Indien belastingwetgeving een belemmering vormt voor toepassing van deze vrijheden, is dat strijdig met het EU-recht. De nationale belastingwetgeving kan dan in zoverre geen toepassing vinden, aangezien het EU-recht boven de nationale wet gaat. In de jurisprudentie van het Hof van Justitie, waar blijkt dat nationale belastingwetgeving wordt getoetst aan de verdragsvrijheden.

5.2.2 Verboden staatssteun

In de artikelen 107 en 108 VwEU zijn bepalingen opgenomen tegen verboden staatsteun. Deze bepalingen bieden in beginsel de mogelijkheid om corrigerend op te treden tegen het verlenen van fiscale voordelen waardoor de mededinging wordt vervalst of dreigt te worden vervalst en welke daarmee een negatieve invloed hebben op het intracommunautaire

handelsverkeer. Dit risico treft met name stimuleringsmaatregelen die op specifieke sectoren van de economie zijn gericht.

De vraag of sprake was van verboden staatssteun speelde op het gebied van de Nederlandse vennootschapsbelasting voornamelijk bij de beoordeling door de Europese Commissie van de rentebox en diens voorganger het CFM-regime. Onder het CFM-regime van art. 15b (oud) Wet Vpb bestond een afzonderlijke regeling voor de winst behaald met concernfinancieringsactiviteiten. Onder bepaalde voorwaarden kon tot 80% van die winst gereserveerd worden. De wetgever beoogde met deze regeling tegemoet te komen aan de specifieke risico's verbonden aan het internationaal opereren van in Nederland gevestigde ondernemingen. In de procedure die de Europese Commissie tegen Nederland had ingesteld werd geoordeeld dat de regeling van art. 15b onverenigbaar was met het EU-recht.¹²⁶ Bij wet van 15 september 2005 is de regeling met terugwerkende kracht tot en met 12 juli 2001 dan ook afgeschaft.¹²⁷

Als opvolger van het concernfinancieringsregime werd in de nota werken aan winst¹²⁸ de groepsrentebox voorgesteld. De groepsrentebox werd per 1 januari 2007 opgenomen in de wet en zou in werking treden nadat de regeling zou zijn goedgekeurd door de Europese Commissie.¹²⁹ Gedurende de goedkeuringsprocedure zijn verschillende wijzigingen aangebracht, waaronder de wijziging van een optionele in een verplichte groepsrentebox. De Europese Commissie oordeelde bij beschikking van 8 juli 2009¹³⁰ dat de gewijzigde (en dus verplichte) groepsrentebox niet wordt beschouwd als staatssteun. Een verplichte rentebox zou echter voor bepaalde sectoren van

¹²⁶ Europese Commissie, Beschikking van de Commissie van 17 februari 2003, betreffende de door Nederland ten uitvoer gelegde steunmaatregel ten gunste van internationale financieringsactiviteiten, C(2003) 568.

¹²⁷ Wet van 15 september 2005, houdende wijziging van de Wet VPB 1969 (Vervallen van de concernfinancieringsregeling) Stb. 2005, 468.

¹²⁸ Kamerstukken II 2005-06, 30 107, nr. 2, p. 21.

¹²⁹ Kamerstukken II, 2006-07, 30 572, nr.13 p.21.

¹³⁰ Europese Commissie, Beschikking van de commissie van 8 juli 2009, betreffende de regeling inzake de groepsrentebox nr. C4/2007 (ex NJ465/2006). C (2009) 4511 definitief.

het bedrijfsleven nadelig uitpakken. Uiteindelijk is besloten om af te zien van de introductie van de rentebox.¹³¹

5.3 Verordeningen en richtlijnen

5.3.1 Algemeen

Naast het primaire EU-recht, is er het secundaire EU-recht. De twee belangrijkste vormen van secundair EU-recht zijn verordeningen en richtlijnen.

Een verordening is van algemene strekking en is verbindend in al haar onderdelen. Belastingplichtigen zullen op deze regels dus in beginsel een beroep kunnen doen.

Een richtlijn is uitsluitend gericht tot lidstaten en is slechts verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat. Binnen het door de richtlijn geschapen kader hebben de lidstaten de bevoegdheid om het te voeren beleid naar eigen inzicht in te richten en toe te passen. Richtlijnen zijn dus niet van algemene strekking. Desondanks kan een richtlijn wel directe werking hebben en kan daar door belastingplichtigen een beroep op gedaan worden. Dat is het geval als de bepaling uit de richtlijn onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is, de uitvoeringsmaatregelen niet juist of niet tijdig zijn getroffen en de termijn voor implementatie van de richtlijn is verstreken. Overigens kan de belastingdienst zich niet beroepen op een richtlijn wanneer deze nadeliger uitwerkt voor de belastingplichtige dan een beroep op nationale wetgeving zou doen.¹³²

5.3.2 Verordeningen

Voor de vennootschapsbelasting zijn vooral de verordeningen tot oprichting van een supranationale rechtsvorm van belang.

¹³¹ Brief van de Staatssecretaris van financiën van 5 december 2009, DB/2009/674 M.

¹³² HR 20 februari 1985, nr. 22 618, *BNB* 1985/128.

5.3.2.1 De Europese Vennootschap

Na decennia lang discussie over de invoering van een supranationale rechtsvorm is sinds 8 oktober 2004 de Verordening betreffende het Statuut van de Europese vennootschap (SE) rechtstreeks van toepassing in alle lidstaten van de Europese Unie. Met de nieuwe rechtsfiguur van de SE wordt het voor ondernemingen mogelijk en gemakkelijker om grensoverschrijdend te fuseren, herstructureringen uit te voeren en om hun zetel naar het buitenland te verplaatsen. Voor Nederlandse belastingdoeleinden wordt de SE gelijkgesteld met een NV en valt daarmee ook onder de werking van de Europese fiscale richtlijnen. In verband met de invoering van de SE als rechtsvorm is artikel 2 lid 4 Vpb zodanig aangepast dat een SE die bij haar oprichting beheerst wordt door Nederlands recht, geacht wordt te zijn opgericht naar Nederlands recht en dus aldaar is gevestigd.¹³³ Het is echter nog maar de vraag of deze bepaling verenigbaar is met het gemeenschapsrecht. Artikel 10 van de verordening bepaalt immers: "Onverminderd de bepalingen van deze verordening wordt een SE in iedere lidstaat behandeld als een naamloze vennootschap die is opgericht overeenkomstig het recht van de lidstaat waar de SE haar statutaire zetel heeft." Het onderworpen blijven aan Nederlandse vennootschapsbelasting op grond van de vestigingsplaatsfictie na verplaatsing van de zetel naar een ander land lijkt mij daarmee in strijd.

5.3.2.2 De Europese Coöperatieve Vennootschap

Met het oog op gelijke concurrentievoorwaarden en economische ontwikkeling biedt de verordening voor de Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE) vanaf 18 oktober 2006 ook coöperaties de mogelijkheid om hun werkzaamheden gemakkelijker over de grens heen te ontwikkelen. Met betrekking tot de Nederlandse fiscale behandeling wordt een SCE ingevolge art. 2 lid 7 AWR gelijkgesteld met de Europese

¹³³ Wet van 18 december 2003 tot wijziging van enkele belastingwetten in verband met de implementatie van Richtlijn 2003/49/EG van de Raad van de Europese Unie van 3 juni 2003 betreffende de gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten, Stb. 529, 2003.

vennootschap.¹³⁴ Ook hier geldt dus dezelfde vestigingsplaatsfictie als bij de Europese vennootschap, waarvan het dus de vraag is of die in overeenstemming is met het Europese recht.

5.3.2.3 Het Europees Economisch Samenwerkingsverband

Er bestaat ook de mogelijkheid een Europees Economisch Samenwerkingsverband (EESV) op te richten.¹³⁵ Een EESV mag geen winst beogen en heeft ten doel de werkzaamheden van zijn leden te vergemakkelijken of te ontwikkelen, dan wel de resultaten te verbeteren. In Nederland wordt de EESV hetzelfde behandeld als een vof en is dan ook niet zelfstandig onderworpen aan de vennootschapsbelasting. Wel kan sprake zijn van Nederlandse belastingplicht wanneer de EESV activiteiten met behulp van een in Nederland gevestigde vaste inrichting uitoefent. Het resultaat van de EESV wordt beschouwd als resultaat van de leden. Bij leden/natuurlijke personen wordt het resultaat in de heffing van inkomstenbelasting in aanmerking genomen en voor leden/niet-natuurlijke personen in de heffing van vennootschapsbelasting.

5.3.3 Richtlijnen

Met betrekking tot de directe belastingen zijn er vier belangrijke richtlijnen van toepassing. Te weten de Moeder-dochterrichtlijn, de Fusierichtlijn, de Rente- en royaltyrichtlijn en de Spaarrenterichtlijn. Daarnaast is er een ontwerpgerichtlijn gepubliceerd voor een geharmoniseerde grondslag voor de heffing van vennootschapsbelasting.

5.3.3.1 Moeder-dochterrichtlijn

De Moeder-dochterrichtlijn¹³⁶ gaf de EU-lidstaten de opdracht hun wetgeving zodanig aan te passen dat in kwalificerende grensoverschrijdende verhoudingen tussen een moedermaatschappij en haar dochtermaatschappij

¹³⁴ Vergelijk ook artikel 2 lid 6 Invorderingswet 1990 waarin eenzelfde gelijkstelling is opgenomen.

¹³⁵ Zie Verordening (EEG) nr. 2137/85 tot instelling van Europese economische samenwerkingsverbanden (EESV).

¹³⁶ 90/435/EEG, gewijzigd door richtlijn 2003/123/EEG.

bij een winstuitdeling wordt voorkomen dat twee of meerdere malen vennootschapsbelasting en/of dividendbelasting moet worden betaald. Bij de dochtermaatschappij zijn de dividenden niet meer aan bronheffing onderworpen en bij de moedermaatschappij zal voor deze dividenden een tegemoetkoming ter voorkoming van dubbele belasting worden gegeven.

Bij invoering van de Moeder-dochterrichtlijn is de Nederlandse dividendbelasting en de deelnemingsvrijstelling aangepast. Artikel 13g Wet Vpb werd ingevoerd, waarbij de deelnemingsvrijstelling werd uitgebreid tot deelnemingen welke als belegging worden gehouden en gevestigd zijn in een lidstaat, mits onder meer aan de voorwaarde is voldaan dat de deelneming is onderworpen aan de normale heffing van vennootschapsbelasting.¹³⁷ Artikel 13g is met ingang van 1 januari 2007 vervallen in verband met de invoering van de deelnemingsverrekening voor laagbelaste beleggingsdeelnemingen.

Op 1 januari 2005 is de Moeder-dochterrichtlijn uitgebreid voor het aantal kwalificerende rechtsvormen en is mede van toepassing geworden op vaste inrichtingen. Tevens is bij de wijziging bepaald dat bij verrekening volgens de creditmethode ook een credit wordt verleend voor tweede en volgende lagen in het concern. Met dit vereiste is rekening gehouden bij de vormgeving van het in 2007 ingevoerde verrekeningsstelsel in artikel 23c Wet Vpb. Artikel 23c, lid 3 Wet Vpb biedt, in afwijking van de forfaitaire verrekening van lid 2, de mogelijkheid om de daadwerkelijke belastingdruk in EU-situaties te verrekenen. Overigens geldt die mogelijkheid alleen voor winstuitkeringen. Ook het in het Belastingplan 2012 voorgestelde artikel 23d, lid 3 Wet Vpb voor vaste inrichtingen biedt de mogelijkheid om de daadwerkelijke onderliggende belastingdruk te verrekenen indien de objectvrijstelling niet van toepassing is.

¹³⁷ Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 69.

5.3.3.2 Fusierichtlijn

De Fusierichtlijn¹³⁸ is van toepassing op juridische fusies, de juridische splitsing, de inbreng van activa en de aandelenruil. Wanneer aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan mag op grond van de Fusierichtlijn in de hiervoor genoemde gevallen geen fiscale afrekening plaatsvinden zodat grensoverschrijdende situaties niet nadeliger behandeld worden dan binnenlandse situaties. Het HvJ EU achtte zich in het Leur-Bloemarrest ook bevoegd omtrent de uitlegging van de Fusierichtlijn in louter nationale situaties wanneer de wetgever ervoor heeft gekozen deze interne situaties op dezelfde wijze te behandelen als grensoverschrijdende situaties die door de Fusierichtlijn worden bestreken.¹³⁹ De Hoge Raad heeft dan ook op basis van het Leur-Bloemarrest en het gelijkheidsbeginsel de fusierichtlijn onverkort toegepast op een nationale fusie.¹⁴⁰

In Nederland heeft de Fusierichtlijn bij wet van 10 september 1992 zijn beslag gekregen in art. 14 (bedrijfsfusie), art. 14a (juridische splitsingsfaciliteit), art. 14b (juridische fusiefaciliteit) en art. 8 Vpb juncto art. 3.55 Wet op de inkomstenbelasting 2001 (aandelenfusiefaciliteit). Per 1 januari 2001 zijn deze bepalingen vernieuwd met het doel deze qua inhoud en opzet, (meer) te laten stroken met de Fusierichtlijn.¹⁴¹ Volgens de memorie van toelichting zijn deze veranderingen ingegeven door het arrest Leur-Bloem¹⁴² waarin het Europese Hof van Justitie oordeelde dat de anti-misbruikbepaling, die gestoeld was op algemene criteria en niet voorzag in een tegenbewijsregeling, niet in overeenstemming was met de Europese richtlijn.¹⁴³

¹³⁸ Richtlijn van de Raad (EG) van 23 juli 1990, 90/434/EEG, betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van active en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende Lid-Staten (PbEG L225).

¹³⁹ HvJ EU 17 juli 1997, zaak C-28/95 (Leur-Bloem), *BNB* 1998/32, r.o.34.

¹⁴⁰ HR 4 februari 1998, nr. 30 074, *BNB* 1998/176.

¹⁴¹ Kamerstukken II 1998/99, 26 728, nr. 3, p.8.

¹⁴² Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p.56.

¹⁴³ HvJ EU 17 juli 1997, zaak C-28/95 (Leur-Bloem) *BNB* 1998/32, r.o. 34.

Ondanks de aanpassingen verschillen de bepalingen zoals opgenomen in de Nederlandse wet op een aantal punten van de tekst van de richtlijn. De artikelen 14, lid 4, 14a, lid 6 en 14b, lid 5 Wet Vpb bepalen dat als de (bedrijfs)fusie of splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing van de faciliteit geen gebruik gemaakt kan worden. Dit wordt geacht het geval te zijn wanneer de fusie niet is ingegeven door zakelijke motieven zoals herstructurering van de actieve werkzaamheden van de betrokken entiteiten. Vooral de interpretatie van de richtlijntekst 'belastingontwijking' als ontgaan of uitstellen van belastingheffing is veel besproken in de literatuur.¹⁴⁴ Naast het ontgaan van belasting schaarst Nederland namelijk ook belastinguitstel onder de term belastingontwijking. Dit is opmerkelijk nu het uitstellen van belastingheffing het doel van de faciliteit op zich is en daarmee de kern van de bepaling vormt. Het is echter niet zo dat belastinguitstel altijd resulteert in een misbruiksituatie, zo is tijdens de parlementaire behandeling aangegeven.¹⁴⁵ Slechts wanneer de herstructurering of de daarbij gekozen weg in overwegende mate is ingegeven door motieven die erop gericht zijn belastingvoordeel te behalen, zal tot een dergelijk oordeel worden gekomen.¹⁴⁶

5.3.3.3 Rente- en royaltyrichtlijn

De Rente- en royaltyrichtlijn¹⁴⁷ vertoont qua opbouw veel gelijkenis met de Moeder-dochterrichtlijn en bewerkstelligt dat binnen Europa betalingen tussen gelieerde belastingplichtige lichamen, waarvoor een belang van 25%

¹⁴⁴, M.P. van Scheijndel en R.J. de Vries, 'Aandelenfusie, juridische fusie, bedrijfsfusie en splitsing. Op naar 2001'; *WFR* 1999/1673, S.F. Immerseel, 'Belastingontwijking: uitstel of afstel?'; *WFR* 2002/1102; P.C. van der Vegt, 'Zakelijkheid bij fusie en splitsing', *WFR* 2002/1809; G.B.A. Brummer en J.B. Thijssen, 'De ontgaanstoets in de fusie- en splitsingsfaciliteiten', *WFR* 2003/401, en L.B. Smits, 'Europeesrechtelijke fricties inzake art. 14a, zesde lid, Wet VPB 1969', *WFR* 2007/409.

¹⁴⁵ Kamerstukken II 1999/00, 26 727, nr. 7, p.149.

¹⁴⁶ Zie ook G.C. van der Burgt, 'Recente ontwikkelingen ten aanzien van de antimisbruikbepalingen in de fusie- en splitsingsfaciliteiten uit de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting', *MBB* 2010/09.

¹⁴⁷ Richtlijn 2004/76/ EG van 29 april 2004 tot wijziging van Richtlijn 2003/49/EG waarbij bepaalde lidstaten overgangsperioden mogen instellen voor de toepassing van een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten.

of meer vereist is, vrij van bronheffing kunnen geschieden. Door de heffing uitsluitend bij de ontvanger van de betalingen te leggen, wordt dubbele belasting en daarmee de daaruit voortvloeiende verstoringen van de interne markt vermeden. Voor Nederland zijn de implicaties van de richtlijn beperkt aangezien Nederland geen bronheffing op rente en royalty's kent.

In art. 17a, lid 2 Wet Vpb is een directe verwijzing opgenomen naar de rente- en royaltyrichtlijn. Op grond van artikel 17a, lid 1, onderdeel c Wet Vpb worden schuldvorderingen op een in Nederland gevestigde vennootschap tot een Nederlandse onderneming gerekend, indien de gerechtigde tot de schuldvordering een aanmerkelijk belang heeft in die vennootschap. Echter op grond van de richtlijn dient belastingheffing ten aanzien van rente op een lening waarop deze richtlijn van toepassing is, achterwege te blijven. Om te voldoen aan de richtlijn is met ingang van 2004 aan art. 17a Wet Vpb een tweede lid toegevoegd. Daarin is bepaald dat lid 1 onderdeel c, niet van toepassing is ingeval de gerechtigde tot de schuldvordering is gevestigd in een andere lidstaat van de Europese Unie en voldaan is aan de volgende voorwaarden:

- 1 de gerechtigde tot de schuldvordering heeft een in de bijlage bij de richtlijn opgenomen rechtsvorm,
- 2 de gerechtigde tot de schuldvordering heeft een belang van tenminste 25% in de in Nederland gevestigde vennootschap of andersom,
- 3 de gerechtigde tot de schuldvordering en de Nederlandse vennootschap zijn onderworpen aan een belasting naar de winst,
- 4 de gerechtigde tot de schuldvordering wordt in de lidstaat van vestiging niet geacht volgens een met een derde staat gesloten verdrag ter voorkoming van dubbele belasting buiten de lidstaten van de Europese Unie te zijn gevestigd, en
- 5 de schuldvordering behoort bij de gerechtigde tot de schuldvordering niet tot het vermogen van een buiten de lidstaten van de Europese Unie gelegen vaste inrichting.

In het Belastingplan 2012 is voorgesteld om artikel 17a, lid 2 Wet Vpb te laten vervallen. Er is onder het voorgestelde artikel 17a Wet Vpb alleen nog

sprake van buitenlandse belastingplicht indien sprake is van misbruik. Indien sprake is van misbruik, is de Rente- en Royaltyrichtlijn niet van toepassing. Artikel 17a, lid 2 Wet Vpb kan mijns inziens dus inderdaad vervallen bij de nieuwe opzet van artikel 17a Wet Vpb.

5.3.3.4 Strijdigheid thin-capitalisationregeling met de Rente- en royaltyrichtlijn

De Rente- en royaltyrichtlijn bepaalt in artikel 1 dat Rente- en royaltybetalingen worden vrijgesteld van alle belastingen in de bronstaat (door inhouding dan wel door een aanslag) op voorwaarde dat een onderneming in een andere lidstaat de uiteindelijk gerechtigde is. De vraag zou gesteld kunnen worden of het in aftrek beperken van rente niet een vorm van belastingheffing door de bronstaat is ter zake van die rentebetaling, welke wordt geheven door middel van een aanslag. De winst wordt immers verhoogd met het bedrag van de niet-afrekbare rente. Wordt dus niet effectief de rente belast door de bronstaat en is dat dan dubbele heffing die de richtlijn verbiedt? Hoewel deze redenering wellicht vergezocht lijkt, is deze vraag in 2009 door het Duitse Bundesfinanzhof in de zaak Scheuten Solar¹⁴⁸ voorgelegd aan het HvJ EG. In deze zaak betaalde een Duitse dochtermaatschappij rente over een lening die zij was verschuldigd aan haar in Nederland gevestigde moedermaatschappij. De rente werd echter beperkt op grond van artikel 8 Gewerbesteuergezet, welke bepaling (o.a.) de rente op een lening die dient ter verstrekking van langdurig kapitaal beperkt, of anders gezegd, gedeeltelijk tot de winst rekent. De Duitse lagere rechter oordeelde dat het beperken dan wel weigeren van renteaftrek wordt verboden door artikel 1, eerste lid, Rente- en royaltyrichtlijn maar verwierp, in de veronderstelling dat aan de Rente- en royaltyrichtlijn op dit punt geen rechtstreekse werking toekomt, de klacht. Ook het Duitse Bundesfinanzhof zag een mogelijk conflict met de Rente- en royaltyrichtlijn en besloot om de kwestie aan het HvJ EG voor te leggen. Als de betreffende bepaling

¹⁴⁸ HvJ EG 14 oktober 2009 C-397/09, *H&I* 2010/3.6.

inderdaad strijdig zou zijn met EU-recht, zouden veel renteaftrekbeperkingen in alle EU-lidstaten op de schop moeten.¹⁴⁹

Mijns inziens is met de Rente- en royaltyrichtlijn niet beoogd om beperkingen aan te brengen in de wijze waarop Lidstaten de fiscale winst berekenen. De uitkering van de rente als zodanig mag niet worden belast door de bronstaat. Op welke wijze zij bij de fiscale winstbepaling rekening houdt met die rentebetaling is mijns inziens iets heel anders. Ook de staatssecretaris is deze mening toegedaan. Hij geeft mijns inziens terecht aan dat de richtlijn de bronstaat enkel verbiedt uitgaande rente te belasten, de richtlijn gebiedt de bronstaat echter niet uitgaande rente in aftrek toe te staan.¹⁵⁰ Inmiddels heeft het Hof overeenkomstig de conclusie van A-G Sharpston¹⁵¹ op 21 juli 2011 geoordeeld dat de renteaftrekbeperking niet strijdig is met de Rente- en royaltyrichtlijn.¹⁵²

5.3.3.5 Spaarrenterichtlijn

De Spaarrenterichtlijn¹⁵³ beoogt de ontduiking van belasting over spaartegoeden en hun opbrengst tegen te gaan. In Nederland is daartoe de Wet internationale bijstandsverlening aangepast.¹⁵⁴ Deze richtlijn is echter mijns inziens voor de vennootschapsbelasting niet van belang.

5.3.3.6 Europese gemeenschappelijke geconsolideerde winstbelastinggrondslag

Zoals gezegd wil de Europese Commissie op fiscaal terrein toe naar een gemeenschappelijke geconsolideerde winstbelastinggrondslag, de Common Consolidated Corporate Tax Base ("CCCTB"). Dit moet de nadelige

¹⁴⁹ Zie ook D.M. Weber, 'Waarom de Scheuten Solar Technology-zaak ons van de straat gaat houden', *WFR* 2010/212.

¹⁵⁰ Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 25, p.3.

¹⁵¹ Conclusie van Advocaat-Generaal E. Sharpston van 12 mei 2011, Zaak C-397/09 (Scheuten Solar Technology).

¹⁵² HvJ EG 21 juli 2011, C-397/09.

¹⁵³ Richtlijn 2003/48/EG van 3 juni 2003 betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten.

¹⁵⁴ Kamerstukken II 2005/06, 30 306, nr. 3, p.78.

gevolgen wegnemen die multinationale ondernemingen thans ondervinden van het feit dat de 27 lidstaten van de EU verschillende fiscale regimes kennen terzake van de belastingheffing van ondernemingswinsten.¹⁵⁵ Op 16 maart 2011 heeft de Europese Commissie een voorstel voor een Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)) gepubliceerd. De staatssecretaris van Financiën en de Commissie van Financiën van de Tweede Kamer hebben zich kritisch betoond. Verder heeft de Tweede Kamercommissie voor Europese Zaken op 29 april 2011 een brief aan de Europese Commissie verzonden waarin zij aangeeft subsidiariteits- en proportionaliteitsbezwaren te hebben.¹⁵⁶

Indien de CCCTB wordt ingevoerd, zal die overigens naast de bestaande Wet Vpb komen te staan. Aangezien belastingplichtigen uiteraard het meest voordelige stelsel zullen kiezen, verwacht ik wel dat de CCCTB invloed zal hebben op de huidige Wet Vpb en mogelijk tot aanpassingen van de Wet Vpb zal leiden.

5.4 Overige relevante EU-regelgeving

5.4.1 Arbitrage Verdrag

Op 1 januari 1995 trad het EU-arbitrage verdrag¹⁵⁷ in werking. Dit verdrag ziet op de afschaffing van dubbele belasting in geval van winstcorrecties tussen verbonden lichamen omdat het 'at arm's length beginsel' niet is toegepast. Een groot pluspunt van het EU-arbitrageverdrag ten opzichte van bilaterale belastingverdragen is dat het verdrag een resultaatsverplichting oplegt. De aangesloten landen dienen de dubbele belasting die het gevolg is van een winstcorrectie te elimineren. Het feit dat winstcorrecties bij een onderneming ertoe leiden dat de belastingdienst een overlegprocedure moet opstarten met een ander land om dubbele belastingheffing te elimineren,

¹⁵⁵ European Commission, Company taxation in the internal market, Commission staff working paper, Brussels 23.10.2001, COM(2001) 582 final.

¹⁵⁶ Kamerstukken II 2005/06, 30 306, nr.4.

¹⁵⁷ Richtlijn van de raad (EG) van 23 juli 1990, betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende Lid-Staten (90/435/EEG).

leidt er in de praktijk soms toe dat bepaalde voorgenomen correcties door de belastingdienst achterwege blijven. Vanuit een kosten-batenanalyse is dat mijns inziens alleszins te rechtvaardigen. De opbrengst van een correctie kan immers teniet gedaan worden door de kosten die gemoeid zijn met de onderlingoverlegprocedure, waarbij het ook nog maar de vraag is of de uitkomst van het overleg is dat de correctie door Nederlandse belastingdienst stand houdt.

5.4.2 Gedragscode

De Europese Raad heeft op 1 december 1997 een resolutie aangenomen betreffende een gedragscode inzake de belastingregeling voor ondernemingen.¹⁵⁸ De gedragscode betreft een politieke verklaring met de strekking dat de lidstaten zich zullen onthouden van het invoeren van fiscale maatregelen die economische verstoringen van de interne markt veroorzaken en de belastinggrondslag in de EU uithollen.

De maatregelen opgenomen in de gedragscode om schadelijke belastingconcurrentie te voorkomen hebben geen juridisch bindend karakter maar op grond van de resolutie is er wel een lijst met als schadelijk te kwalificeren fiscale regels opgesteld. Voor Nederland heeft dit in 2001 geleid tot aanpassing van het rulingsbeleid, waarin veelal standaard rulings werden afgegeven, in een APA/ATR-praktijk en tot afschaffing van het concernfinancieringsregime van art. 15b Wet Vpb.¹⁵⁹

5.5 Jurisprudentie

Ook de jurisprudentie van het HvJ EU is een belangrijke rechtsvormende factor voor de vennootschapsbelasting geweest. De jurisprudentie is een gevolg van procedures die belastingplichtigen aanspannen tegen hun belastingautoriteiten of een gevolg van de infractieprocedures die de Europese Commissie aanspant tegen lidstaten als de regelgeving naar de

¹⁵⁸ Conclusies van de Raad (ECOFIN) van 1 december 1997 inzake het belastingbeleid. Publicatieblad nr. C002 van 06.01.1998 p. 0001-0006.

¹⁵⁹ Zie ook P.H.J. Essers, 'De Nederlandse vennootschapsbelasting in Europees perspectief: Overzicht van het harmonisatieproces', *WFR* 2003/1573.

mening van de commissie in strijd is met het EU-recht. Op de thans tegen Nederland lopende infractieprocedures zal ik later ingaan.

Hieronder volgt de bespreking van een drietal arresten die van belang waren voor twee belangrijke regelingen in de vennootschapsbelasting, namelijk de deelnemingsvrijstelling en de fiscale eenheid.

5.5.1 Bosal arrest

Op 18 september 2003 wees het HvJ EG het lang verwachte arrest naar aanleiding van de door de Hoge Raad aan het Hof voorgelegde prejudiciële vragen in de zaak *Bosal Holding BV*.¹⁶⁰

In deze zaak werd door de inspecteur de aftrek van rente die verband hield met buitenlandse deelnemingen geweigerd. Ingevolge art. 13, lid 1 (oud) Wet Vpb was de aftrek van kosten betreffende buitenlandse deelnemingen namelijk uitgesloten, tenzij aannemelijk kon worden gemaakt dat die kosten verband hielden met het behalen van in Nederland belastbare winst. Het Hof oordeelde dat art. 4 lid 2 van de Moeder-dochterrichtlijn, welke de beperking van aftrek van rentekosten regelt voor buitenlandse deelnemingen, alleen toegepast kan worden wanneer dit in overeenstemming is met art. 52 EG-verdrag waarin de vrijheid van vestiging was opgenomen. Daarom achtte het Hof het niet toegestaan de aftrek van kosten te beperken voor zover deze betrekking hebben op buitenlandse deelnemingen.

Dit had voor Nederland als consequentie, dat de aftrekbeperking van artikel 13, lid 1 Vpb buiten toepassing diende te blijven in EU-relaties. Dit sloeg een fors budgettair gat in de overheidsfinanciën dat werd geraamd tussen de 600 miljoen in 2003 tot ruim 1 miljard in 2010.¹⁶¹ Met het oog op de financiële impact werd vrijwel direct een amendement met reparatievoorstellen bij het belastingplan 2004 ingediend. Deze regels zijn op 1 januari 2004 van kracht geworden.

¹⁶⁰ HVJ EU 18 september 2003, C-168/01, (*Bosal Holding*) *BNB* 2003/44.

¹⁶¹ Kamerstukken II 2003/04, 29 200, nr. 31, p.12.

Met ingang van 2004 werd een nieuw artikel 10d in de Wet Vpb opgenomen. Deze zogenoemde thin capitalisation regeling ziet op de beperking van aftrek van rente verschuldigd aan verbonden lichamen. Indien de gehanteerde ratio betreffende de verhouding tussen vreemd en eigen vermogen wordt overschreden, komt de rente verschuldigd over het meerdere niet voor aftrek in aanmerking.

Daarnaast zijn de leden 4, 5 en 6 toegevoegd aan artikel 20 Wet Vpb. Wanneer de aftrek van kosten gemaakt met betrekking tot een buitenlandse deelneming geclaimd wordt door een holdingmaatschappij zal die aftrek veelal niet effectief zijn, omdat de voordelen genoten uit de dochtervennootschappen vallen onder de deelnemingsvrijstelling. Dit leidt er dus toe dat op het niveau van de holdingmaatschappij een aftrekbaar verlies ontstaat. De wetgever voorzag hier een uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag en heeft hiertegen met de aanpassing van artikel 20 Wet Vpb een dam opgeworpen. De regeling komt erop neer dat de verliezen die het lichaam lijdt in de periode dat zij kan worden aangemerkt als houdster- of financieringsmaatschappij slechts kunnen worden verrekend met winsten in de periode dat zij ook als een dergelijke maatschappij kwalificeert.

Mijns inziens is de beperking van de verliesverrekening overbodig. Voor zover het Bosal-arrest ertoe leidde dat vennootschappen fiscale verliezen kregen, nodigde dat alleen maar uit om winsten naar Nederland te brengen waarmee de verliezen verrekend konden worden. De verliezen zouden dus niet leiden tot grondslaguitholling maar mijns inziens tot extra winsten (en dus economische activiteiten) naar Nederland. De beperking die in de verliesverrekening is aangebracht, is mijns inziens dan ook contraproductief.

5.5.2 Marks & Spencer

In 2005 werd in de Nota Werken aan winst voorgesteld art. 15 lid 3 onderdeel c Wet Vpb inzake de beperking een fiscale eenheid te vormen met een buitenlandse dochter en art. 13d Wet Vpb aangaande liquidatieverlies-verrekening van een deelneming af te schaffen.¹⁶² Dit

¹⁶² Kamerstukken II 2004/05, 30 107, nr. 2 p. 26-28.

voorstel werd gedaan met het oog op de verwachte uitspraak in het arrest Marks & Spencer.¹⁶³ Er werd namelijk gevreesd dat het in strijd met het Europees recht zou zijn dat een fiscale eenheid in grensoverschrijdende situaties niet mogelijk was.

Het Marks & Spencer arrest betrof de Engelse Group-reliefregeling. Deze regeling houdt in dat verliezen van een Engelse dochtermaatschappij of verliezen van een buitenlands filiaal van een Engelse dochtermaatschappij kunnen worden overgedragen aan bijvoorbeeld een winstgevende Engelse moedermaatschappij. Verliezen van een buitenlandse dochtermaatschappij kunnen echter niet worden overgedragen.¹⁶⁴ Kort gezegd kan uit het Marks & Spencer arrest worden afgeleid dat het EU-recht niet verplicht tot grensoverschrijdende verliesverrekening, ondanks dat de lidstaat wel verliezen verrekent van binnenlandse dochters, mits in een dergelijk geval de verliezen van de buitenlandse dochter wel bij de moedermaatschappij kunnen worden verrekend wanneer deze definitief verloren gaan in het bronland en aldus daar niet meer benut kunnen worden.

Naar aanleiding van deze overweging werd door de regering geconcludeerd dat binnen de in het arrest geschetste kaders in de Nederlandse wetgeving voldoende ruimte open wordt gelaten voor de import van buitenlandse verliezen, waardoor aanpassing dan wel afschaffing van respectievelijk artikel 15 en 13d Wet Vpb niet meer nodig zou zijn.

Hoewel de staatssecretaris op basis van Marks & Spencer concludeerde dat het niet toestaan van een grensoverschrijdende fiscale eenheid Europeesrechtelijk door de beugel kon, werd daar door verschillende auteurs aan getwijfeld.¹⁶⁵ Er is namelijk een fundamenteel verschil tussen het Engelse systeem van group relief en het Nederlandse fiscale eenheidsstelsel. In het Nederlandse systeem zou een grensoverschrijdende

¹⁶³ HvJ EG 13 december 2005, case C-446/03 (Marks & Spencer II), *BNB* 2006/72.

¹⁶⁴ B.J. Kiekebeld, *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief*, 2009, Kluwer Deventer, p. 132.

¹⁶⁵ G.T.K. Meussen, 'Fiscale eenheid en grensoverschrijdende verliesverrekening na Marks & Spencer', *WFR* 2005/752. M. Alioua, 'De Marks & Spencer-uitspraak: de relevantie voor de fiscale eenheid in Nederland', *WFR* 2004/286.

fiscale eenheid leiden tot een hoofdhuis-vaste inrichting situatie. Het voordeel van verliesverrekening zou dan, indien sprake is van latere winsten, slechts een tijdelijk voordeel zijn, omdat de inhaalregeling van toepassing is. Uiteindelijk kwam de Nederlandse situatie in het hierna te bespreken arrest X-Holding voor het Hof van Justitie.

Ten aanzien van de liquidatieverliesregeling komt de vraag op of die thans volledig EU-proof is. Het liquidatieverlies dat in aanmerking kan worden genomen is op basis van art. 13d Wet Vpb gelijk aan het opgeofferde bedrag minus de liquidatie-uitkeringen. Het mijns inziens niet toegestane onderscheid tussen de berekening van het liquidatieverlies bij binnenlandse en buitenlandse deelnemingen is met ingang van 1 januari 2007 opgeheven. Het verlies wordt thans voor beide situaties op dezelfde wijze berekend. In de literatuur is wel gesteld dat er nog steeds sprake van strijdigheid met het EU-recht, omdat uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie geconcludeerd moet worden dat het volledige verlies in de vestigingsstaat van de moedermaatschappij fiscaal gehonoreerd dient te worden.¹⁶⁶ Dat gebeurt niet, omdat voor de berekening van het liquidatieverlies niet wordt aangesloten bij het door de dochtermaatschappij geleden verlies maar het door de aandeelhouder opgeofferde bedrag. Aangezien er geen onderscheid wordt gemaakt tussen de berekening van het liquidatieverlies in binnenlandse en buitenlandse situaties, zie ik niet in dat sprake zou zijn van strijdigheid met het EU-recht. Het verschil tussen het verlies dat in het buitenland onverrekenbaar blijft en het Nederlandse liquidatieverlies is mijns inziens een dispariteit tussen de belastingssystemen.¹⁶⁷

5.5.3 X-Holding

Op 25 februari 2010 heeft het Hof van Justitie in het arrest X-Holding¹⁶⁸ geoordeeld over het Nederlandse fiscale-eenheidssregime. Het Hof komt in dit arrest tot de conclusie dat Nederland op grond van het EU-recht niet kan

¹⁶⁶ Aldus J.A.G. van der Geld, *Het wetsvoorstel 'Werken aan winst'*, Dossier VPB 2007/2006, jaargang 1, blz. 7.

¹⁶⁷ Evenzo E.C.C.M. Kemmeren, 'Marks & Spencer: balanceren op grenzeloze verliesverrekening', *WFR* 2006/211.

¹⁶⁸ HvJ EU 25 februari 2010, zaak C-337/08 (X-Holding), *BNB* 2010/166.

worden gedwongen een grensoverschrijdende fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting toe te staan.

Naar de mening van het Hof is er sprake van een belemmering, welke is gelegen in het feit dat een in Nederland gevestigde dochtermaatschappij wel en een in het buitenland gevestigde dochtermaatschappij niet kan worden opgenomen in een fiscale eenheid. Dit kan echter worden gerechtvaardigd door een beroep op de evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheden. Met het uitsluiten van buitenlandse dochtermaatschappijen wordt de verdeling van heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten volgens het Hof van Justitie EU namelijk gehandhaafd.

Toch was met dit arrest de discussie nog niet ten einde. De vraag deed zich voor of het Hof van Justitie nu enkel van mening is dat de fiscale eenheid niet in zijn geheel hoeft te worden toegekend aan grensoverschrijdende situaties of dat zij dat ook vindt voor alle voordelige 'elementen' van de fiscale eenheid afzonderlijk. Als illustratie van deze problematiek kan de situatie van het arrest HR 24 juni 2011¹⁶⁹ dienen, waar sprake is van een Nederlandse vennootschap met een buitenlandse actieve dochtermaatschappij. De Nederlandse vennootschap kwalificeert als houdster- en financieringsmaatschappij in de zin van artikel 20, lid 4 Wet Vpb. Als de buitenlandse dochtermaatschappij in Nederland zou zijn gevestigd, zou er een fiscale eenheid gevormd kunnen worden. In dat geval is geen sprake van een houdster- en financieringsmaatschappij, omdat er slechts één belastingplichtige is. Bovendien bestaat dan de mogelijkheid een beroep te doen op de uitzondering van artikel 20, lid 6 Wet Vpb. Artikel 20, lid 6 Wet Vpb bepaalt dat er geen sprake is van een houdster- en financieringsmaatschappij indien de belastingplichtige (lees: de fiscale eenheid) ten minste 25 werknemers heeft. Er werd door verschillende schrijvers betoogd dat op basis van deze 'per element benadering' ook na X-Holding met een beroep op het Europees recht bij de aanslag dezelfde voordelen geclaimd kunnen worden die de belastingplichtige zou hebben

¹⁶⁹ HR 24 juni 2011, nr. 09/05115, V-N 2011/32.11.

gekregen als zij een fiscale eenheid met haar buitenlandse dochtermaatschappij had kunnen vormen.¹⁷⁰

De Hoge Raad heeft echter in HR 24 juni 2011 korte metten gemaakt met deze theorie. De Hoge Raad overweegt: “Het aan de orde zijnde verschil in behandeling op het punt van het aangaan van een fiscale eenheid is gerechtvaardigd uit hoofde van de noodzaak om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven. De regeling van de fiscale eenheid is voorts evenredig met de daarmee nagestreefde doelstellingen (zie de punten 37-42 van het hiervoor genoemde arrest). Naar niet voor redelijke twijfel vatbaar is, geldt dit voor alle verschillen in behandeling die bij de vaststelling van de aanslag voortvloeien uit de omstandigheid dat bij een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting de werkzaamheden en het vermogen van de dochtermaatschappij worden geacht deel uit te maken van de werkzaamheden en het vermogen van de moedermaatschappij. De doorwerking van deze consolidatie naar de regeling voor verliescompensatie, waartoe ook artikel 20, lid 4, van de Wet behoort, vormt een dergelijk uit het wezen van de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting voortvloeiend verschil.”¹⁷¹

Dit duidelijke oordeel van de Hoge Raad zal de zorg bij de wetgever naar aanleiding van het arrest HR 2 oktober 2009¹⁷² weggenomen hebben, voor zover die na het arrest X-Holding nog niet geheel weg was door de discussies in de literatuur. Uit de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 5 december 2009, beter bekend als de Sinterklaasbrief, bleek dat werd afgezien van de invoering van art. 13l Wet Vpb omdat het tot een ongunstiger resultaat zou kunnen leiden voor vennootschappen met buitenlandse dochters aangezien die geen fiscale eenheid kunnen vormen. De Staatssecretaris merkt op: “Nu het echter niet zeker is of een dergelijke regeling in het licht van EU-recht wel houdbaar is zal de invoering van een

¹⁷⁰ Zie o.a. G.M.R. Blokland, M.J.A. van den Honert, ‘X-Holding vandaag de dag: kan de wetgever nu daadwerkelijk rustig ademhalen?’, *WFR* 2011/782.

¹⁷¹ HR 24 juni 2011, V-N 2011/32.11, r.o. 3.4.2.

¹⁷² HR 2 oktober 2009, *BNB* 2010/22.

dergelijke regeling forse risico's kunnen meebrengen voor de financiële positie van Nederland.”¹⁷³

Na het arrest van 24 juni 2011 kan de staatssecretaris naar mijn mening met een gerust hart een regeling zoals het destijds voorgestelde 13I Wet Vpb invoeren.

5.6 Aanpassingen in wetgeving

Zoals hiervoor aangegeven is de Wet Vpb aangepast naar aanleiding van het Bosal-arrest. De afgelopen jaren is de Wet Vpb echter op verschillende punten aangepast omdat de wetgever inzag dat de wet (mogelijk) in strijd was met Europees recht. Hieronder bespreek ik een aantal aanpassingen, waarbij ik heb gekozen voor aanpassingen in de grote leerstukken van de fiscale eenheid en de deelnemingsvrijstelling, alsmede ten aanzien het regime voor de fiscale beleggingsinstelling.

5.6.1 Deelnemingsvrijstelling

5.6.1.1 Aanpassing met ingang van 2007

Voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling met betrekking tot een buitenlandse deelneming diende tot 1 januari 2007 naast de eisen die golden voor binnenlandse deelnemingen te worden voldaan aan de niet-ter-beleggingseis en de onderworpenheidseis van artikel 13 Wet Vpb. Deze eisen golden slechts voor buitenlandse deelnemingen. Dit maakte de regeling vanuit Europeesrechtelijk perspectief kwetsbaar. Om die reden heeft de wetgever naar een systeem gestreefd waarbij binnenlandse en buitenlandse deelnemingen gelijk worden behandeld. Met de Wet werken aan winst is artikel 13g Wet Vpb dan ook per 1 januari 2007 komen te vervallen en vervangen door een nieuwe regeling die voor deelnemingen in zowel binnenlandse als buitenlandse situaties geldt. In de memorie van toelichting is te lezen dat “aangezien in artikel 13 de niet-ter-beleggingseis is komen te vervallen, artikel 13g ook kan vervallen. Er is namelijk niet langer

¹⁷³ Brief Staatssecretaris van financiën, 5 december 2009, DB/2009/674 M.

een specifieke regeling nodig die erop ziet dat de niet-ter-beleggingseis niet wordt toegepast ter zake van belangen in lichamen waarop de moeder-dochterrichtlijn van toepassing is.”¹⁷⁴

Ondanks het vervallen van de onderworpenheidseis en de non-beleggingseis voor buitenlandse deelnemingen diende er, om de deelnemingsvrijstelling internationaal aanvaardbaar te houden, wel te worden voorzien in regelingen die voorkomen dat inkomsten uit kapitaal ondergebracht in laagbelaste jurisdicties via de Nederlandse deelnemingsvrijstelling belastingvrij kunnen worden genoten.¹⁷⁵ Om constructies via laagbelaste jurisdicties tegen te gaan is een deelnemingsverrekening in plaats van een deelnemingsvrijstelling ingevoerd voor niet kwalificerende beleggingsdeelnemingen.

Ingevolge de Moeder-dochterrichtlijn dient er voor winstuitkeringen een vrijstelling dan wel een verrekeningsstelsel te gelden. De deelnemingsverrekening heeft een ruimere reikwijdte dan alleen winstuitkeringen. De deelnemingsverrekening is gekoppeld aan de voordelen uit hoofde van een niet kwalificerende beleggingsdeelneming en kan zowel winstuitkeringen als boekwinsten betreffen.¹⁷⁶ Met de gekozen verrekeningssystematiek wordt bereikt dat altijd rekening wordt gehouden met onderliggende winstbelasting. De hoofdregel is dat een forfaitair bedrag ter grootte van 5% van het (gebruteerde) deelnemingsvoordeel kan worden verrekend. Als het een situatie betreft waarop de Moeder-dochterrichtlijn van toepassing is kan een belastingplichtige desgewenst op grond van artikel 23c lid 3 Wet Vpb de daadwerkelijk betaalde onderliggende winstbelasting verrekenen.

Op het eerste gezicht lijkt de deelnemingsverrekening geheel in overeenstemming met het gemeenschapsrecht. Dit vanwege het feit dat een buitenlandse deelneming een gelijke behandeling krijgt als een binnenlandse deelneming. Door meerdere auteurs is de afgelopen jaren de

¹⁷⁴ Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3., p. 69.

¹⁷⁵ Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 13.

¹⁷⁶ Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, p.13.

Europeesrechtelijke houdbaarheid van de regeling ter discussie gesteld.¹⁷⁷ Mijns inziens kan onder andere uit het arrest FII¹⁷⁸ en Columbus Container¹⁷⁹ worden opgemaakt dat het naast elkaar bestaan van een deelnemingsvrijstelling en deelnemingsverrekening niet strijdig is met het gemeenschapsrecht. Wel zal de deelnemingsverrekening niet tot een hogere belastingdruk moeten leiden dan in binnenlandse situaties en het is maar de vraag of dat in alle situaties het geval is (bijvoorbeeld als gevolg van de forfaitaire vaststelling van de belastingdruk). Overigens is het criterium van de reële heffing in artikel 13 Wet Vpb mijns inziens in strijd met het Europees recht nu hierdoor met name grensoverschrijdende situaties worden getroffen en geen beperking is aangebracht tot louter kunstmatige constructies.¹⁸⁰

5.6.1.2 Tussenregeling valutaresultaten

De staatssecretaris heeft in juni 2011 het wetsvoorstel Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen naar de Tweede Kamer gestuurd.¹⁸¹ Dit wetsvoorstel was reeds in april aangekondigd en heeft als het wordt aangenomen terugwerkende kracht tot en met vrijdag 8 april 2011 om 17:00 uur. De aanleiding voor dit wetsvoorstel is als volgt. Op grond van de huidige wet en jurisprudentie vallen valutaresultaten op deelnemingen onder de deelnemingsvrijstelling.¹⁸² Op grond van het arrest Deutsche Shell¹⁸³ van het Hof van Justitie kan echter niet worden uitgesloten dat ook valutaverliezen op een deelneming ten laste van de winst kunnen worden gebracht. In de

¹⁷⁷ Zie bijvoorbeeld B.J. Kiekebeld, P.F.E.M. Merks en D.S. Smit, 'Cadbury Schweppes: analyse en de gevolgen voor de fiscale behandeling van buitenlandse concernfinanciering onder de huidige Wet VPB 1969', *WFR* 2007/129.

¹⁷⁸ HvJ EU 12 december 2006, zaak C-446/04 (Test Claimants in the FII Group Litigation).

¹⁷⁹ HvJ EU 6 december 2007, zaak C-298/05, (Columbus Container Services).

¹⁸⁰ Zie ook A.C.P. Bobeldijk *Afgewaardeerde vorderingen in de vennootschapsbelasting*, Amersfoort, Sdu 2009, p.194, B.J. Kiekebeld, P.F.E.M. Merks en D.S. Smit, 'Cadbury Schweppes: analyse en de gevolgen voor de fiscale behandeling van buitenlandse concernfinanciering onder de huidige Wet VPB 1969', *WFR* 2007/129. J.L. van de Streek, 'De nieuwe deelnemingsverrekening: verhouding tot internationaal en Europees belastingrecht (deel 1)', *WFR* 2007/683 en F.A. Engelen en P.C. van der Vegt, 'Werken aan winst in de Europese Unie', *WFR* 2006/797.

¹⁸¹ Kamerstukken II 2010/11, 32 818, nr.1.

¹⁸² HR 9 juni 1982, nr. 21142, *BNB* 1982/230.

¹⁸³ HvJ EU 28 februari 2008, nr. C-293/06 (Deutsche Shell), *BNB* 2009/84, *V-N* 2008/13.8.

literatuur is dat door verschillende auteurs bepleit.¹⁸⁴ Er zijn ook meerdere belastingplichtigen die dit standpunt in hun aangifte hebben ingenomen. Indien het beroep op het EU-recht slaagt is het gevolg dat valutaverliezen aftrekbaar zijn op grond van het Europees recht, terwijl valutawinsten op grond van de Wet Vpb onbelast zijn.

Het wetsvoorstel heeft tot doel om bij belastingplichtigen die valutaverliezen op deelnemingen ten laste van de winst brengen en hun standpunt uiteindelijk gehonoreerd zien door de rechter, eveneens de valutawinsten op deelnemingen in de heffing te betrekken. Op de winsten zal dan de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing zijn. Een alternatief zou zijn geweest om de deelnemingsvrijstelling niet langer van toepassing te laten zijn op valutaresultaten. Dat zou overigens beter passen bij het ne bis in idem beginsel dat aan de deelnemingsvrijstelling ten grondslag ligt. De staatssecretaris vindt dat echter niet wenselijk met het oog op het vestigingsklimaat, omdat dan alle belastingplichtigen voor valutaresultaten op deelnemingen in de heffing worden betrokken.¹⁸⁵ Hoewel er kritiek mogelijk is op de terugwerkende kracht¹⁸⁶, heb ik begrip voor de met het oog op het vestigingsklimaat gemaakte keuze.

5.6.2 Fiscale eenheid

Zoals opgemerkt, werd in 2005 met het oog op de verwachte uitspraak in het arrest Marks & Spencer in de Nota Werken aan winst voorgesteld art. 15 lid 3 onderdeel c Wet Vpb inzake de beperking een fiscale eenheid te vormen met een buitenlandse dochter af te schaffen.¹⁸⁷ Er werd namelijk gevreesd dat het in strijd met het Europees recht zou zijn dat een fiscale eenheid in grensoverschrijdende situaties niet mogelijk was. Naar aanleiding van het arrest van het Hof van Justitie heeft de wetgever geconcludeerd dat de voorgestelde aanpassing niet nodig was.

¹⁸⁴ M.Koerts, 'Deutsche Shell: dispariteit of belemmering van het vrije verkeer binnen de EG?', *WFR* 2007/725, S.C.W. Douma, 'Valutaverlies op deelneming: aftrekbaar!', *NtFR* 2008-2327, C. Wisman, M.F. de Wilde, 'Tussenregeling valutaresultaten; gooit Gielen roet in het eten?', *NtFR* 2011/1646.

¹⁸⁵ Kamerstukken II 2010/11, 32 818, nr. 3, p. 2.

¹⁸⁶ Kamerstukken II 2010/11, 32 818, nr. 3, p. 2.

¹⁸⁷ Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 8 p. 110.

Op grond van artikel 15, lid 4, tweede volzin Wet Vpb is het sinds 2003 mogelijk dat een in Nederland gelegen vaste inrichting van een in het buitenland gevestigde belastingplichtige in een fiscale eenheid kan worden opgenomen. Dit is blijkens de parlementaire behandeling ingegeven door de mogelijke discriminatie van een feitelijk in het buitenland gevestigd lichaam dat door middel van een vaste inrichting in Nederland activiteiten ontplooit ten opzichte van een in Nederland gevestigd lichaam, hetgeen strijdig zou zijn met onder andere de discriminatiebepalingen van het EG-verdrag.¹⁸⁸ Het opnemen in een fiscale eenheid van een in Nederland gelegen vaste inrichting is mogelijk indien het hoofdhuis zelf, afgezien van de vestigingsplaats, van de desbetreffende fiscale eenheid deel zou kunnen uitmaken en voor zover het heffingsrecht over de winst die aan de vaste inrichting is toe te rekenen aan Nederland toekomt.

5.6.3 Fiscale beleggingsinstelling (FBI)

Met ingang van 2007 zijn verschillende onderdelen van het FBI-regime die in strijd waren met het gemeenschapsrecht aangepast. De strijdige onderdelen hadden betrekking op de eisen die door de wet werden gesteld op het gebied van rechtsvorm, vestigingsplaats en kwalificaties van aandeelhouders. Artikel 28, lid 2 Wet Vpb is dan ook per 1 januari 2007 op het punt van de vestigingsplaatsvoorwaarde alsmede de rechtsvorm- en aandeelhouderseisen aangepast.¹⁸⁹

De beleggingsinstellingen dienen vanaf 2007 te kwalificeren als instelling voor collectieve beleggingen in effecten. Het FBI-regime staat open voor alle lichamen die, ongeacht hun vestigingsplaats, vergelijkbaar zijn met een nv, bv, of het open fonds voor gemene rekening en die zijn opgericht of aangegaan naar het recht van de Nederlandse Antillen, Aruba een lidstaat van de Europese Unie of een staat waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten en waarin een bepaling is

¹⁸⁸ Kamerstukken II 1999/00, 26 854, nr. 3, p.13.

¹⁸⁹ Kamerstukken II 2005/06, 30 533, nr. 3, p.1.

opgenomen die discriminatie naar nationaliteit verbiedt.¹⁹⁰ Een buitenlands fonds kan dus het FBI-regime deelachtig worden, mits het voldoet aan dezelfde vereisten die voor een *Nederlandse* fiscale beleggingsinstelling gelden. Dit kan in de praktijk tot complicaties leiden, omdat de eisen voor het beleggingsinstellingsregime in het betreffende buitenland veelal afwijken van de Nederlandse eisen of daarmee conflicteren. Ook de aandeelhouderseisen van art. 28 Wet Vpb zijn versoepeld. Voorheen moest sprake zijn van beleggingsinstellingen waarvan de aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid officieel op de Amsterdamse effectenbeurs zijn genoteerd. Thans geldt de eis dat de aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid zijn toegelaten tot de handel op een markt in financiële instrumenten zoals bedoeld in art. 1:1 Wet op het financieel toezicht. Tenslotte is artikel 28, tweede lid, onderdeel e (oud), Wet Vpb vervallen. Hierdoor worden geen beperkingen meer gesteld aan de omvang van het belang dat wordt gehouden door een niet in Nederland gevestigd fonds.

5.7 Infractionprocedures

5.7.1 Algemeen

Een van de taken van de Europese Commissie is het toezicht op de handhaving van het gemeenschapsrecht. Als een lidstaat niet voldoet aan zijn wettelijke verplichting een richtlijn binnen de gestelde termijn en op juiste wijze te implementeren in de Nederlandse wetgeving, kan de Europese commissie op grond van art. 258 VwEU een infractieprocedure starten. Hierin zal aan de desbetreffende lidstaat in een met redenen omkleed advies verzocht worden de in strijd met EU-recht geachte wetgeving aan te passen. Wanneer de lidstaat geen gevolg geeft aan dit verzoek kan de Commissie de zaak vervolgens aanhangig maken bij het Hof van Justitie EG.

De Europese Commissie heeft voor de vennootschapsbelasting meerdere infractieprocedures tegen Nederland opgestart.

¹⁹⁰ Zie ook J. Klufft en P.V. Bruin, 'Naar een duaal regime voor niet-transparante beleggingsinstellingen', *WFR* 2006/1405.

5.7.2 De exitheffing

De Europese Commissie heeft verschillende infractieprocedures aangespannen tegen lidstaten waarin wetgeving van kracht is op grond waarvan een eindafrekening dient plaats te vinden wanneer een onderneming zijn zetel of activa verplaatst naar het buitenland. Het standpunt van de commissie is ingegeven door de interpretatie van het EU-Verdrag door het Hof van Justitie in de zaken Hughes de Lasteyrie du Saillant en de zaak-N.¹⁹¹ Het Hof van Justitie heeft in deze arresten, gewezen voor de inkomstenbelasting, overwogen dat bij verplaatsing van een onderneming naar het buitenland een exitheffing belemmerend werkt en het in strijd is met de vrijheid van vestiging om reeds ontstane maar nog niet gerealiseerde meerwaarden op het tijdstip van vertrek onmiddellijk te belasten, wanneer in vergelijkbare binnenlandse situaties geen soortgelijke eindafrekening wordt opgelegd. Lidstaten moeten de inning van hun belastingen uitstellen tot het tijdstip dat de meerwaarden daadwerkelijk worden gerealiseerd. Het Hof oordeelde echter dat de Franse en Nederlandse systemen van conserverende aanslagen met zekerheidsstelling in beginsel kunnen worden gerechtvaardigd door het belang de latente belastingclaim zeker te stellen, maar de regeling werd toch disproportioneel geacht omdat er minder beperkende middelen waren om deze doelstelling te bereiken. Volgens het Hof zou een proportionele maatregel op zijn minst moeten inhouden dat de betreffende belastingclaim pas zal worden ingevorderd na het moment van realisatie van de winst zonder dat daartoe zekerheid dient te worden gesteld, en dat volledig rekening wordt gehouden met waardeverminderingen opgetreden na het moment van emigratie.

Op dit punt rijst voor de vennootschapsbelasting de vraag hoe de artikelen 15c en 15d Wet Vpb, op grond waarvan een eindafrekening plaatsvindt wanneer geen Nederlands belastbare winst meer wordt genoten, zich verhouden tot gemeenschapsrecht. De verplaatsing van een onderneming binnen Nederland leidt immers niet tot afrekening. Op 18 maart 2010 is

¹⁹¹ EG-C 18 maart 2010, IP/10/299, Nieuwsbericht, *NTRF* 2010/1513.

Nederland door de Europese Commissie officieel verzocht de belastingwetgeving op dit punt aan te passen.¹⁹² Als de eisen zoals geformuleerd in de N-zaak op dezelfde wijze worden toegepast in de winstsfeer, moet worden voorzien in een regeling op grond waarvan uitstel van invordering van de belastingclaim wordt bewerkstelligd en tevens dient er rekening te worden gehouden met verliezen na de verplaatsing. Mijns inziens kan echter worden verdedigd dat op grond van het territorialiteitsbeginsel, zoals dat ook naar voren is gekomen in Lidl Belgium¹⁹³, Marks & Spencer¹⁹⁴ en X-Holding¹⁹⁵, geen rekening behoeft te worden gehouden met verliezen die na verplaatsing in de andere lidstaat zijn geleden.¹⁹⁶ Het verlenen van een step-up door het land van binnenkomst, zoals ook bepleit door de Ecofin¹⁹⁷, in combinatie met uitstel van heffing over de stille reserves en goodwill door het land van vertrek voorkomt dan dubbele heffing.¹⁹⁸ Het wordt mijns inziens nu wel tijd dat Nederland artikel 15c en 15d Wet Vpb aanpast en EU-proof maakt. Inmiddels heeft A-G Kokott op 8 september eveneens geconcludeerd dat de Nederlandse exitheffing in de vennootschapsbelasting strijdig is met het EU-recht.¹⁹⁹ Nog langer talmen kan ertoe leiden dat belastingplichtigen vooruitlopend op of direct na het arrest van het Hof van Justitie hun zetel verplaatsen naar het buitenland, in welk geval Nederland zijn belastingheffing (ervan uitgaande dat het Hof overeenkomstig de conclusie oordeelt) niet kan effectueren.

¹⁹² EG-C 18 maart 2010, IP/10/299, Nieuwsbericht, *NtFR* 2010/1513.

¹⁹³ HvJ EG 15 mei 2008, zaak C-414/06.

¹⁹⁴ HvJ EG 13 december 2005, zaak C-446/03.

¹⁹⁵ HvJ EU 25 februari 2010, zaak C-337/08..

¹⁹⁶ Evenzo O.C.R. Marres, 'Exit heffing?', *NtFR Beschouwingen*, april 2011/16.

¹⁹⁷ Ecofin 2 december 2008 betreffende coördinatie inzake exitheffingen, nr. 16412/08, *NtFR* 2008/2503.

¹⁹⁸ Zie ook de voorstudie belastingherziening van de studiecmissie belastingstelsel, 07-04-2010.

¹⁹⁹ Conclusie A-G Kokott, zaak C-371/10.

5.7.3 De buitenlandse belastingplicht

Op 30 september 2010 is de Europese Commissie een infractieprocedure gestart tegen Nederland waarin een officieel verzoek is gedaan de belastingwetgeving aan te passen wat betreft de buitenlandse belastingplicht in de vennootschapsbelasting nu deze op twee punten in strijd wordt bevonden met de vrijheid van kapitaalverkeer (art. 63 VwEU).²⁰⁰

In Nederland gevestigde stichtingen, verenigingen en kerkgenootschappen zijn op grond van artikel 2, lid 1 onderdeel e Wet Vpb belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting voor zover zij een onderneming drijven. Voor zover geen onderneming gedreven wordt zijn zij dus niet onderhevig aan de heffing van vennootschapsbelasting. Wanneer deze lichamen in het buitenland zijn gevestigd, worden zij echter op grond van artikel 3 Wet Vpb betrokken in de heffing van vennootschapsbelasting. Ingevolge dit artikel is (o.a.) een vereniging, stichting of kerkgenootschap als buitenlandsbelastingplichtige onderworpen aan vennootschapsbelasting indien zij Nederlands inkomen geniet, waarbij *niet* van belang is of zij een onderneming drijft. Wanneer een feitelijk niet in Nederland gevestigde stichting, vereniging of kerkgenootschap onroerende zaken in Nederland heeft of een aanmerkelijk belang in een Nederlandse vennootschap houdt, is zij belastingplichtig op grond van artikel 3 juncto artikel 17 Wet Vpb.²⁰¹ De Europese Commissie acht dit strijdig met gemeenschapsrecht en heeft Nederland verzocht zijn wetgeving aan te passen. Ook de staatssecretaris weet heel goed dat hier sprake is van strijdigheid met het EU-recht. De staatssecretaris heeft op 5 januari 2006²⁰² een besluit uitgevaardigd waarin hij goedkeurt dat buitenlandse niet-ondernemende verenigingen, stichtingen en kerkgenootschappen niet belastingplichtig zijn, vooruitlopend op een nog in te dienen wetsvoorstel. In het Belastingplan 2012, derhalve bijna 6 jaar na

²⁰⁰ Kamerstukken II 2010/11, 21 109, nr. 197, p. 1.

²⁰¹ Art. 17 lid 2 Wet Vpb bepaalt dat het belastbaar bedrag het in een jaar genoten Nederlands inkomen is. Het inkomen wordt gevormd door belastbare winst uit een Nederlandse onderneming (lid 3, onderdeel a) en het belastbaar inkomen uit een aanmerkelijk belang (lid 3, onderdeel b). Tevens worden, op grond van art. 17 lid 3 juncto art. 17a lid 1 onderdeel a Wet Vpb in Nederland gelegen onroerende zaken tot een Nederlandse onderneming gerekend.

²⁰² Besluit van 5 januari 2006, nr. IFZ2005/784M, *BNB* 2006/141.

het besluit, wordt voorgesteld de wettekst aan te passen. Dat verdient, om het eufemistisch uit te drukken, geen schoonheidsprijs.

De commissie heeft ook geconstateerd dat in Nederland gevestigde vennootschappen die een deelneming houden de dividenden en vervreemdingswinsten onbelast genieten op grond van de deelnemingsvrijstelling. Voor in het buitenland gevestigde vennootschappen geldt echter dat wanneer sprake is van een aanmerkelijk belang de voordelen op grond van artikel 17, lid 3, onderdeel b Wet Vpb tot de winst worden gerekend. De deelnemingsvrijstelling is niet van toepassing. Op grond van belastingverdragen zal het heffingsrecht veelal niet geëffectueerd kunnen worden over vervreemdingswinsten en zal de heffing over dividendinkomsten beperkt zijn. Het is mijns inziens duidelijk dat sprake is van een niet toegestaan onderscheid tussen binnenlands en buitenlands belastingplichtigen. De bepaling van artikel 17 Wet Vpb dient dan ook afgeschaft te worden.

Zoals in hoofdstuk 3 beschreven, wordt artikel 17 Wet Vpb gezien als 'slot op de deur' tegen het tussenplaatsen van buitenlandse vennootschappen. In de praktijk wordt de Nederlandse vennootschap veelal gehouden door een Luxemburgse vennootschap. In dat geval kan Nederland op grond van het belastingverdrag met Luxemburg over vervreemdingswinsten niet heffen en is de heffing op dividenden beperkt tot 2,5%. Uit de praktijk zijn mij ook geen situaties bekend dat een aanslag is opgelegd op grond van artikel 17 Wet Vpb. De vraag is derhalve hoe belangrijk de bepaling van artikel 17 Wet Vpb vanuit budgettair oogpunt echt is. Ik betwijfel dan ook of het vanuit budgettair oogpunt nodig is om afschaffing van artikel 17 Wet Vpb gepaard te laten gaan met invoering van flankerende maatregelen. Dat zou voor het vestigingsklimaat en daarmee voor de economie van Nederland wel eens nadeliger kunnen uitpakken dan het enkel afschaffen van de bepaling.

Inmiddels is in het Belastingplan 2012 een aanpassing van artikel 17 Wet Vpb voorgesteld waarbij alleen sprake is van buitenlandse belastingplicht "indien de belastingplichtige het aanmerkelijk belang houdt met als voornaamste doel of een van de voornaamste doelen om de heffing van

inkomstenbelasting of dividendbelasting bij een ander te ontgaan en dit aanmerkelijk belang niet behoort tot het vermogen van een onderneming.” Hoewel het mijns inziens de vraag is of met een dergelijke bepaling de strijdigheid met het EU-recht is verholpen, doet instandhouding van deze – (voor zover mij bekend) nog niet toegepaste bepaling – het vestigingsklimaat zeker geen goed. De aanpassing wordt als een versoepeling gepresenteerd, maar ik vrees dat de bepaling die eerst een dode letter was, zeker indien de aandelen door een EU-vennootschap werden gehouden, nu feitelijk tot leven is gekomen. Ook is nog geenszins duidelijk wanneer sprake is van misbruiksituaties zoals door de wetgever bedoeld. Dit komt het vestigingsklimaat geenszins ten goede, zeker niet wanneer bedacht wordt dat veel andere landen een dergelijke bepaling niet kennen. Afschaffing van de bepaling is mijns inziens het beste alternatief.

5.7.4 Discriminerende regels fiscale eenheid

Op 16 juni 2011 is de Europese Commissie een infractieprocedure gestart met betrekking tot de regels aangaande de fiscale eenheid.²⁰³ Op grond van de huidige regels is het niet mogelijk voor Nederlandse zustervennootschappen van eenzelfde buitenlandse moeder om een fiscale eenheid te vormen. Artikel 15, derde lid, onderdeel c Wet Vpb schrijft immers voor dat alle leden van de fiscale eenheid in Nederland gevestigd dienen te zijn. Dit heeft tot gevolg dat vennootschappen van welke de moeder niet in Nederland gevestigd is geen voordeel kunnen ontlenen aan het fiscale eenheidsregime, tenzij een beroep gedaan kan worden op de uitzondering van artikel 15, lid 4 Wet Vpb omdat de aandelen van beide zustermaatschappijen worden toegerekend aan een vaste inrichting van de moedermaatschappij in Nederland. Het Hof van Justitie heeft in de zaak Papillon²⁰⁴ geoordeeld dat een Franse moedermaatschappij en een Franse kleindochter een fiscale eenheid moeten kunnen vormen ondanks het feit dat de tussenliggende dochtermaatschappij gevestigd was in een andere lidstaat. Op basis van de door het Hof gehanteerde redenering zou mijns inziens hetzelfde dienen te gelden voor twee zustermaatschappijen die

²⁰³ Mededeling Europese Commissie van 16 juni 2011, nr. IP/11/719.

²⁰⁴ HvJ EG 27 november 2008, zaak C-418-/07 (papillon), *NTFR* 2008/2404.

worden gehouden door een gezamenlijke moedermaatschappij. De Commissie acht de Nederlandse wetgeving op dit punt in strijd met de vrijheid van vestiging en daarmee in strijd met gemeenschapsrecht.²⁰⁵ De Europese Commissie heeft Nederland dan ook in een met reden omkleed advies officieel verzocht om zijn regime voor de fiscale eenheid te wijzigen.

²⁰⁵ Zie ook de uitspraken van Rechtbank Haarlem van 25 januari 2011, V-N 2011/47.2.3, 9 juni 2011 (AWB 10/2288) en 14 september 2011 (AWB 10/3865 over deze problematiek.

6 INTERNATIONALE INVLOED

6.1 Inleiding

Er zijn mijns inziens ook een aantal internationale invloeden op de vennootschapsbelasting te onderkennen. Ik ga allereerst in op de invloed van de internationale concurrentie tussen landen om internationaal bedrijfsleven vast te houden en aan te trekken. De fiscaliteit speelt daarbij een belangrijke rol. De tweede invloed waar ik op in ga is de invloed van buitenlandse belastingstelsels op de bepalingen in de Wet Vpb. In de derde plaats ga ik in op de invloed van de door Nederland gesloten verdragen.

6.2 Internationale fiscale concurrentie

Landen concurreren om internationale bedrijven te houden en aan te trekken. Het is daarvoor onder andere van belang dat sprake is van een gunstig fiscaal vestigingsklimaat. Van belang is een tarief waarmee Nederland in de shortlist komt van bedrijven. Nederland heeft, evenals andere Europese landen, zijn vennootschapsbelastingtarief in de afgelopen jaren behoorlijk verlaagd, namelijk van 34,5% in 2002 tot thans 25%. Ook de mogelijkheid om afspraken te maken met de belastingdienst (de rulingpraktijk) en niet in het minst stabiliteit van de fiscale wetgeving zijn van belang om internationaal aantrekkelijk te zijn en blijven. Bedrijven leggen zich immers voor jaren vast als zij zich ergens vestigen.

Ook de staatssecretaris onderkent het belang van een goed vestigingsklimaat. Hij merkte daarover op in de nota Werken aan winst: "Het doel van deze tariefsverlagingen is om meer bedrijven – in fiscaal jargon: winstgrondslag – in Nederland te houden en om meer bedrijvigheid aan te trekken. Als Nederland zich blijvend in de shortlist van investeerders weet te positioneren is dat goed voor het groeivermogen van onze economie. Het pakket past in de hervormingsagenda van het kabinet, zoals onder meer verwoord in de groeibrief en is aansluitend bij bijvoorbeeld de activiteiten van het Innovatieplatform. Belastingen vormen een belangrijk onderdeel van het vestigingsklimaat. Fysieke infrastructuur, opleidingsniveau van de beroepsbevolking en bijvoorbeeld loonkosten spelen eveneens een rol. Nu

de lidstaten in de EU naar elkaar toegroeien op deze factoren, lijkt de fiscaliteit steeds belangrijker te worden. En juist op dat gebied staat onze concurrentiepositie onder druk. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat het aandeel in de belastingopbrengst van grote bedrijven met internationale activiteiten afneemt. Zij kunnen internationaal veel flexibeler opereren. Het MKB betaalt daarentegen relatief steeds meer winstbelasting; een sluipende verzwaring die wij willen stoppen. De Nederlandse tarieven die worden geheven over bedrijfswinst zijn in enkele jaren boven het EU-gemiddelde uitgekomen, zowel voor wat betreft de «oude vijftien» als de tien nieuwe lidstaten. Bovendien zijn positieve elementen van Nederland inmiddels gekopieerd door andere lidstaten.²⁰⁶ Deze zomer merkte de staatssecretaris bij een overleg over het Nederlandse fiscale verdragsbeleid het volgende op: “Het is voor een open economie als die in Nederland uitermate belangrijk om een goed verdragennetwerk te hebben. Het is uitermate belangrijk om zaken als deelnemingsvrijstelling te hebben. Het is heel belangrijk om een heel goed ontwikkelde belastingadministratie te hebben, waarmee je ook een open gesprek kunt hebben en waaraan je vooraf zekerheid kunt vragen. Deze factoren in de fiscaliteit dragen bij aan de economische slagkracht van Nederland. We moeten ervoor zorgen dat we andere landen op dit punt altijd net iets voor zijn en dat we in elk geval concurrerend zijn. Dat betekent ook dat we qua nominale tarieven om ons heen moeten komen om te zien wat daar gebeurt. Ik hoef maar te wijzen op wat het Verenigd Koninkrijk doet. Dit zakt nog deze kabinetsperiode met zijn vennootschapsbelastingtarief onder het Nederlandse tarief. Je moet derhalve op je zaak blijven letten. Je kunt niet achteroverleunen.”²⁰⁷

De noodzaak om internationaal concurrerend te zijn, wordt derhalve duidelijk gevoeld. Zoals de staatssecretaris in de hiervoor geciteerde nota Werken aan winst opmerkte, staat de fiscale concurrentiepositie van Nederland onder druk. Ook in de literatuur is daar de laatste jaren meerdere keren op

²⁰⁶ Kamerstukken II 2004/05, 30 107, nr. 2, p. 2.

²⁰⁷ Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr. 25, p. 23.

gewezen.²⁰⁸ De afschaffing van het concernfinancieringsregime en het feit dat de rentebox na jarenlange onzekerheid uiteindelijk niet is doorgegaan, doet geen goed. Datzelfde gold voor de wijziging van de deelnemingsvrijstelling in 2007, waar met ingang van 2010 gelukkig de scherpe kanten van af zijn gehaald. Ook de opeenstapeling van bepalingen over renteaftrek in de Wet Vpb en de inmiddels reeds jarenlang voortgaande discussie over aanpassingen in de renteaftrek dragen evenmin bij aan positieve beeldvorming bij het internationale bedrijfsleven. Ik heb inmiddels meerdere keren gehoord dat bedrijfsfiscalisten de opeenvolgende wijzigingen in Nederland, waaronder het voorgestelde 15ad Wet Vpb en de aangekondigde Bosal-reparatie, niet meer uitgelegd krijgen en dat dit leidt tot minder activiteiten via Nederland. Zoals gezegd is stabiliteit van de wetgeving van groot belang. De staatssecretaris onderkent dat ook²⁰⁹, maar de daad moet meer bij het woord worden gevoegd. Ook constateer ik dat in de afgelopen jaren teveel wetgeving te weinig doordacht is, waardoor korte tijd later opnieuw (forse) ingrepen nodig zijn. Het is mijns inziens van belang dat, indien wijzigingen nodig zijn, meer tijd wordt genomen om wetsvoorstellen voor te bereiden en de suggesties vanuit de wetenschap en praktijk mee worden genomen.

6.3 Invloed buitenlandse belastingstelsels

Buitenlandse belastingstelsels kunnen ook invloed op de Nederlandse vennootschapsbelasting hebben. In de nota werken aan winst was aangekondigd dat het vennootschapsbelastingtarief zou worden verlaagd naar 25%.²¹⁰ Dit zou echter voor de Japanse ondernemingen een groot probleem opleveren. Op grond van de toenmalige Japanse CFC-wetgeving werd bij de Japanse moedermaatschappij bijgeheven over de winsten van dochtermaatschappijen die gevestigd waren in een land met een tarief van

²⁰⁸ Zie onder andere G.H. de Soeten, 'Nederland Holdingland Exit?', WFR 1992/329 en Q.W.J.C.H. Kok, R.J. de Vries, 'Renteaftrek in de vennootschapsbelasting: alle hens aan dek', WFR 2011/944.

²⁰⁹ De fiscale agenda, Naar 2011/944.

²⁰⁹ De fiscale agenda, een eenvoudiger, meer solide en fraudebestendig belastingstelsel, Ministerie van financiën, p.27.

²¹⁰ Kamerstukken II 2004/05, 30 107, nr. 2, p. 14.

25% of lager.²¹¹ Verlaging van het tarief in Nederland zou dus betekenen dat de in Nederland behaalde winsten effectief tegen het Japanse tarief zouden worden belast. Dit zou schadelijk zijn voor Japanse investeringen. Er is toen voor gekozen om het tarief te verlagen naar 25,5%.²¹²

Met ingang van 2007 werd aan de (nieuwe) onderworpenheidseis in de deelnemingsvrijstelling voldaan als het lichaam was onderworpen aan een belasting naar de winst die resulteerde in een heffing naar een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst. Op deze wijze werd gewaarborgd dat geen deelnemingsvrijstelling van toepassing was op beleggingsdeelnemingen in landen met een afwijkend belastingstelsel. De staatssecretaris heeft bij de vormgeving nadrukkelijk mede het oog gehad op beleggingsdeelnemingen in België, waar men nog niet zo lang daarvoor de notionele interestaftrek had ingevoerd.²¹³ Tijdens de parlementaire behandeling is ook expliciet ingegaan op het systeem in België²¹⁴ met de notionele interestaftrek, het systeem in Malta²¹⁵ met de vermindering van belasting ingeval van een dividenduitkering en het systeem in Estland waar de vennootschapsbelasting pas verschuldigd is bij uitkering van de winst.²¹⁶

Ook de compenserende heffingstoets van artikel 10a Wet Vpb is met ingang van 2007 aangepast. In de parlementaire behandeling is daarbij gezegd dat voor de vraag of bij de ontvanger de rente voldoende belast is, het niet voldoende is om naar het gemiddelde tarief te kijken. Het is ook van belang op welke wijze de lening bij de crediteur is gefinancierd. Daarbij is expliciet gezegd dat wanneer sprake is van een Belgische vennootschap en de lening volledig is gefinancierd met eigen vermogen de volledige notionele interestaftrek verdisconteerd moet worden bij de berekening van het tarief over de rente bij de ontvanger. Hoewel wellicht betwijfeld kan worden of de

²¹¹ Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 8.

²¹² Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 8 en Kamerstukken I 2006/07, 30 572, nr. E, p. 1.

²¹³ Kamerstukken II 2005/06, 30 107, nr. 5, p.18.

²¹⁴ Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 36-37.

²¹⁵ Kamerstukken I 2005/06, 30 572, nr. C, p. 15 en Kamerstukken I 2006/07, 30 572, E, p. 5-6.

²¹⁶ Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 13, p. 43.

rechter deze uitleg volgt, gaat van deze uitleg in ieder geval een afschrikwekkende werking uit.

Het voorgaande overziend kan worden geconcludeerd dat buitenlandse belastingstelsels van invloed zijn geweest op de hoogte van het tarief, op de bepalingen in de Wet Vpb en op de uitleg van die bepalingen door de staatssecretaris.

6.4 Invloed van verdragen

6.4.1 Algemeen

Wat betreft de plaats van verdragen in de rechtsorde kent Nederland de zogenaamde monistische benadering. In deze benadering worden de internationale rechtsorde en de nationale rechtsorde als onderdelen van een geheel beschouwd, waarbij het internationale recht een hogere status heeft. De burger kan zich dan ook rechtstreeks beroepen op internationaalrechtelijke bepalingen. Artikel 94 Grondwet bepaalt dat wettelijke voorschriften geen toepassing vinden indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

Belastingverdragen stellen grenzen aan de toepassing van Nederlandse wettelijke bepalingen. Voor de vraag of Nederland belasting mag heffen dient dan ook eerst gekeken te worden of er op nationaal niveau een wettelijke grondslag is voor de heffing van belasting en vervolgens of er aan de nationale wettelijke regeling geen beperking wordt gesteld door toepassing van een belastingverdrag. In het geval een belastingverdrag in een specifiek geval het recht belasting te heffen toewijst aan een bepaald land maar er in de nationale wet niet voorzien is in een wettelijke regeling die toeziet op dit geval kan er dus niet geheven. Belastingverdragen creëren namelijk geen heffingsrecht, zij verdelen die slechts.

Ook andere verdragen dan belastingverdragen kunnen toepassing van wettelijke bepalingen verhinderen. De afgelopen jaren is door belastingplichtigen meerdere keren een beroep gedaan op het IVBPR en het EVRM.

6.4.2 Belastingverdragen

Wanneer rechtspersonen in meerdere landen activiteiten ontplooiën, dan kunnen deze landen het gegenereerde inkomen op basis van het nationaliteitsbeginsel, het woonplaatsbeginsel of het bronstaatbeginsel in de heffing betrekken. Belastingverdragen hebben tot doel, op basis van het beginsel van wederkerigheid, dubbele heffing van belasting te voorkomen door het heffingsrecht in een bepaalde situatie exclusief toe te wijzen aan een van de betrokken landen. Belastingverdragen beogen ook het in strijd met nationale regelgeving ontgaan van belastingen te voorkomen. Daartoe worden bijvoorbeeld bepalingen inzake informatie-uitwisseling en bijstand bij invordering opgenomen. In gevallen waarin Nederland geen verdrag heeft gesloten met een bepaald land wordt het Besluit ter voorkoming van dubbele belasting²¹⁷ gehanteerd om dubbele belastingheffing te voorkomen.²¹⁸

Ten einde maximale uniformiteit van belastingverdragen te bereiken is door de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna OESO) een modelverdrag vastgesteld met een officieel commentaar dat uitleg geeft over de interpretatie van de verdragsbepalingen. De staatssecretaris heeft aangegeven, dat het commentaar bij het OESO-Modelverdrag van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling als richtlijn geldt voor de door Nederland op dit gebied gesloten verdragen.²¹⁹

²¹⁷ Besluit ter Voorkoming van Dubbele Belasting, 21 december 2000, Stb. 2000, 642.

²¹⁸ Dit besluit is niet ingegeven door internationaal rechtelijke beginselen maar om de economische ontwikkeling van het internationaal bedrijfsleven niet te belemmeren. Zie in dit kader C. van Raad, Over de totstandkoming van internationaal belastingrecht in Nederland, *WFR* 1984/1109.

²¹⁹ Kamerstukken II 1997/98, 25 087, nr. 4, p. 19.

6.4.2.1 Codificatie at arm's length beginsel in de Wet Vpb

Anders dan veel OESO-landen kende de Nederlandse wetgeving tot 2002 geen expliciet voorschrift op het punt van het 'at arm's length-beginsel'. Het at arm's length beginsel bepaalt dat wanneer tussen gelieerde partijen ter zake van hun onderlinge rechtsverhouding voorwaarden overeen zijn gekomen die afwijken van hetgeen tussen onafhankelijke partijen in het economisch verkeer zou zijn afgesproken, de winst dient te worden berekend naar de maatstaven die gelden in het economisch verkeer tussen onafhankelijke partijen.

Op grond van het totaalwinstbeginsel van artikel 3.8 Wet IB 2001 juncto artikel 8 Wet Vpb werden voor- en nadelen die hun oorsprong uitsluitend in de aandeelhoudersrelatie vinden uit de totaalwinst van een lichaam geëlimineerd. De noodzaak voor een specifieke bepaling inzake het arm's length beginsel was dan ook niet noodzakelijk. Het ontbreken van een dergelijke specifieke bepaling leidde echter tot kritisch geluid in internationaal verband.²²⁰ Met het opnemen van artikel 8b Wet Vpb is dit beginsel dat is neergelegd in artikel 9 van het OESO-modelverdrag in de Wet Vpb gecodificeerd. Daarmee is tevens beoogd de invulling die wordt gegeven aan art. 9 van het OESO-modelverdrag door de Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations (OESO-richtlijnen) door te laten werken in de Nederlandse rechtsorde.²²¹ Bij de invoering van artikel 8b Wet Vpb werd het volgende opgemerkt: "Bij de codificatie van het arm's-lengthbeginsel is er dan ook expliciet voor gekozen de codificatie neer te leggen in het nieuw op te nemen artikel 8b Wet Vpb, in plaats van in artikel 3.8 van de Wet op de inkomstenbelasting 2001. Hiermee wordt beoogd dat de codificatie van artikel 9 van het OESO-modelverdrag slechts werking heeft in verhoudingen tussen lichamen. In verhoudingen met natuurlijke personen is er geen wijziging beoogd. (...) Bij de vormgeving van het arm's-lengthbeginsel in artikel 8b is een zo groot mogelijke (redactionele) gelijkheid nagestreefd met het reeds genoemde artikel 9 van het OESO-modelverdrag. Hiermee wordt een goede aansluiting

²²⁰ Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 19-23.

²²¹ Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 7-8.

gewaarborgd bij de internationaal geldende praktijk op dit punt, en met name ook bij het OESO-commentaar en de OESO-richtlijnen op dat artikel.”²²²

6.4.2.2 Opname non-discriminatiebepaling in Wet Vpb

Artikel 24 van het OESO-Modelverdrag bevat een aantal discriminatieverboden. Het gaat daarbij om discriminatie naar woonplaats/vestigingsplaats en nationaliteit. Ook in door Nederland gesloten belastingverdragen zijn bepalingen van non-discriminatie opgenomen. De vennootschapsbelasting kent geen algemene regeling inzake een verbod op discriminatie aangaande de behandeling van vennootschapsbelastingplichtige lichamen. In HR 16 maart 1994, *BNB* 1994/191 oordeelde de Hoge Raad echter op grond van de non-discriminatiebepaling in de BRK dat een naar buitenlands recht opgericht lichaam ook deel kan uitmaken van een fiscale eenheid.

Naar aanleiding van het hiervoor genoemde arrest is op 10 augustus 1994 een mededeling gepubliceerd, waarin wordt aangegeven onder welke voorwaarden een feitelijk in Nederland gevestigde maar niet naar Nederlands recht opgerichte vennootschap kan worden opgenomen in een fiscale eenheid.²²³ Dit beleid is bij de herziening van de fiscale eenheid met ingang van 2003 gecodificeerd in artikel 15, lid 3 onderdeel d en artikel 15, lid 4 Wet Vpb. Bij de invoering werd opgemerkt: “De essentie van deze uitbreiding ligt in het feit dat het vreemdrechtelijke lichaam op grond van een non-discriminatiebepaling naar nationaliteit de toepassing van artikel 15 kan claimen. Dit is alleen het geval bij lichamen die zijn opgericht naar het recht van Nederlandse Antillen of Aruba, een EU-lidstaat of een verdragsland in relatie waarmee een verdragsbepaling die discriminatie naar nationaliteit verbiedt, van toepassing is.”²²⁴ Een ruimere toepassing van de gelijkheidsregel was volgens de Staatssecretaris niet nodig omdat bij het ontbreken van een belastingverdrag wederkerigheid niet is gewaarborgd.²²⁵

²²² Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 19-23.

²²³ Mededeling van 10 augustus 1994, nr. DB94/1842M, *V-N* 1994, p. 2702, punt 20

²²⁴ Kamerstukken II 2000/01, 26 854, nr. 6, p. 18.

²²⁵ Kamerstukken II 2000/01, 26 854, nr. 6, p. 18.

Inmiddels zijn meerdere regelingen in de Wet Vpb mede van toepassing verklaard op lichamen die in Nederland zijn gevestigd maar zijn opgericht naar het recht van een land waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten waarin een antidiscriminatiebepaling is opgenomen. Dit is bijvoorbeeld het geval in de artikelen 6a, lid 2 (vrijgestelde beleggingsinstelling), 14c, lid 8 (geruisloze doorschuiving bij ontbinding), 15, lid 3 onderdeel d en 4 (fiscale eenheid) en 28, lid 2 Wet Vpb (fiscale beleggingsinstelling).

6.4.2.3 De invloed van belastingverdragen op de toepassing van de deelnemingsvrijstelling

Belastingverdragen kunnen indirect ook invloed hebben op de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Kort gezegd zijn op grond van artikel 13 Wet Vpb de voordelen genoten uit een deelneming waarin een belang van vijf procent of meer wordt gehouden vrijgesteld van de winst. In artikel 13, lid 9 Wet Vpb is echter bepaald dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op een beleggingsdeelneming, tenzij sprake is van een kwalificerende beleggingsdeelneming. Een lichaam wordt op grond van lid 11 Wet Vpb als een kwalificerende beleggingsdeelneming aangemerkt indien

- (a) het lichaam is onderworpen aan een belasting naar de winst die resulteert in een naar Nederlandse begrippen reële heffing (onderworpenheidsvereiste), of
- (b) de bezittingen van het lichaam doorgaans voor minder dan de helft bestaan uit laagbelaste vrije beleggingen (bezitsvereiste).

Om te voldoen aan de onderworpenheidstoets diende de belastingheffing in de periode 2007 tot en met 2009 te resulteren in een effectieve belastingdruk van 10%. Voor wat betreft het regime vanaf 2010 is in de parlementaire geschiedenis het volgende overwogen: "Wat betreft het tarief is het uitgangspunt dat er sprake is van een naar Nederlandse begrippen reële heffing als het reguliere tarief van een winstbelasting ten minste 10% is. Als er verder geen sprake is van bijzondere grondslagafwijkingen of

andere afwijkingen die ertoe leiden dat de uiteindelijke heffing lager uitkomt dan 10%, is dus sprake van voldoende onderworpenheid.”²²⁶

Tijdens de parlementaire behandeling is ook de betekenis van de invloed van de gesloten belastingverdragen op het onderworpenheidsvereiste aan de orde geweest. Bij de introductie van het regime zoals dat gold van 2007 tot en met 2009 was dit punt veel besproken. In eerste instantie was de Staatssecretaris van Financiën van mening dat het effect van een belastingverdrag op de onderworpenheidseis moest worden genegeerd.²²⁷ Hier is de staatssecretaris echter later op terug gekomen: “In de memorie van antwoord is aangegeven dat de voorkoming van dubbele belasting die door een ander land wordt verleend, in beginsel zal worden gerespecteerd. Indien men als gevolg van de toepassing van een regeling ter voorkoming van dubbele belasting in het desbetreffende land uitkomt op een druk van minder dan 10%, behoeft dit dus niet prohibitief te zijn voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Het uitgangspunt blijft echter dat steeds een vergelijking moet worden gemaakt met de Nederlandse belastingdruk in een vergelijkbaar geval. Ten aanzien van de voorkoming van dubbele belasting betekent dit dat moet worden gezien of Nederland in een vergelijkbaar geval ook een vrijstelling, verrekening of eventueel tax sparing credit zou hebben verleend. In dat geval mag (...) de belasting dus vóór de vermindering in aanmerking worden genomen.”²²⁸ In het besluit van 26 februari 2008²²⁹ heeft de Staatssecretaris van Financiën het beleid uiteengezet op welke manier de onderworpenheidstoets dient te worden gehanteerd in het geval een deelneming recht heeft op voorkoming van dubbele belasting welke benadering is overgenomen in het besluit van de Staatssecretaris van 12 juli 2010.²³⁰

Mijns inziens is het terecht dat rekening wordt gehouden met de invloed van een belastingverdrag. Anders zou, in strijd met de hele opzet van de

²²⁶ Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 62.

²²⁷ Kamerstukken II 2005/06, 30 107, nr. 4, p. 16.

²²⁸ Kamerstukken I 2006/07, 30 572, nr. E, p. 5–6.

²²⁹ Besluit van 26 februari 2008, nr. CPP2008/257M, Stcrt. nr. 47, *BNB* 2008/121.

²³⁰ Besluit Minister van Financiën van 12 juli 2010, nr. DGB2010/2154M, Stcrt. 2010, 11223, *BNB* 2010/278.

regeling, de deelnemingsvrijstelling van toepassing zijn op bepaalde structuren waar het regime van de laagbelaste beleggingsdeelneming juist voor is bedoeld. Hierbij kan gedacht worden aan een deelneming in een land met een voldoende hoog belastingtarief met een vaste inrichting die onvoldoende onderworpen is maar waarvan de winst op grond van het verdrag is vrijgesteld in het land van vestiging van de deelneming.²³¹

6.4.3 Mensenrechtenverdragen

Binnen de nationale rechtsorde is toetsing aan het grondrecht op gelijke behandeling niet mogelijk, omdat art. 120 Grondwet bepaalt dat de rechter niet in de beoordeling treedt van de grondwettigheid van wetten. Er kan echter wel getoetst worden aan bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden nu in art. 93 Grondwet is bepaald dat zij verbindende kracht hebben nadat zij zijn bekendgemaakt. Ingevolge art. 94 Grondwet kunnen dergelijke verdragsbepalingen leiden tot het buiten toepassing laten van nationaalrechtelijke bepalingen.

Ook in procedures over de vennootschapsbelasting is meerdere malen een beroep gedaan op de non-discriminatiebepalingen van artikel 26 Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politiek rechten (hierna IVBPR) en artikel 14 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna EVRM). Het model dat in dergelijke procedures naar vaste jurisprudentie wordt gevolgd kan als volgt worden samengevat: Bij een beroep op het discriminatieverbod van art. 26 IVBPR (...) moet eerst beoordeeld worden of de gevallen waarop de belanghebbende zich beroept, wel voldoende vergelijkbaar zijn, vervolgens of zij in significante mate ongelijk behandeld zijn (met name de wetgever hoeft niet op iedere slak zout te leggen) en tenslotte of voor die ongelijke behandeling een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond voorhanden is. (...) De Hoge Raad erkent een ruime beoordelingsvrijheid bij de vraag of gevallen voldoende

²³¹ In het Besluit van 12 juli 2010 wordt het voorbeeld genoemd van een Luxemburgse dochtermaatschappij met een Zwitserse vaste inrichting die zich bezighoudt met financieringsactiviteiten.

vergelijkbaar of juist onvergelijkbaar zijn. Ook bij de vraag of ongelijke gevallen onevenredig ongelijk worden behandeld, geniet de wetgever grote beoordelingsvrijheid. Volgens de Hoge Raad levert een onevenredig ongelijke behandeling pas een verboden discriminatie op bij 'een overduidelijke onevenredigheid'.²³²

Tot nog toe heeft de Hoge Raad in materiële geschillen over de vennootschapsbelasting ieder beroep op artikel 26 IVBPR en artikel 14 EVRM afgewezen.

In HR 8 februari 1995, BNB 1995/245 kon belanghebbende geen aanspraak maken op de toepassing van de deelnemingsvrijstelling, omdat de aandelen niet vanaf de aanvang van het boekjaar onafgebroken in het bezit waren van de belastingplichtige.

In HR 21 september 2001, BNB 2002/51 heeft de Hoge Raad getoetst of het invoeren van belastingplicht met ingang van 1992 voor directiepensioenlichamen tot een ongerechtvaardigd verschil in behandeling leidt ten opzichte van de pensioenlichamen die wel van de vrijstelling kunnen blijven genieten

In HR 18 oktober 2002, BNB 2003/5 heeft belanghebbende zich beroepen op het gelijkheidsbeginsel en stelde dat het door de wetgever gemaakte onderscheid tussen genietters van winst uit onderneming in de inkomstenbelasting en vennootschapsbelastingplichtige lichamen een door artikel 26 van het IVBPR verboden ongelijke behandeling oplevert. Het ging daarbij over het feit dat voor verliezen in de ondernemings sfeer die eind 1994 nog openstaan en niet bij voor bezwaar vatbare beschikking zijn vastgesteld in de inkomstenbelasting vanaf 1 januari 1996 de achtjaartermijn van toepassing is gebleven en dat vennootschapsbelastingplichtigen daarentegen bij het ontbreken van een verliesvaststellingsbeschikking hun recht op verliesverrekening volledig kwijttraken.

HR 8 december 2009, BNB 2010/79 ging over de situatie van een belastingplichtige met een gebroken boekjaar die niet direct vanaf 1 januari

²³² Zie Preadvies P.J. Wattel, *De reikwijdte van fundamentele rechten in belastingzaken*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, 1995-I, deel III, p. 204-211.

2002 kon profiteren van het verlaagde vennootschapsbelastingtarief maar eerst vanaf eerste boekjaar dat aanving na 1 januari 2002.

Tot slot noem ik nog HR 7 januari 2011, BNB 2011/163, waarbij aan de orde is gekomen of de regeling van art. 10d waar, anders dan bij artikel 10a, een tegenbewijsregeling ontbreekt, strijdig is met het non-discriminatiebeginsel van art. 26 IVBPR en art. 14 EVRM.

In alle genoemde situaties is de wetgever naar het oordeel van de Hoge Raad gebleven binnen de ruime beoordelingsvrijheid die onder artikel 26 IVBPR en artikel 14 EVRM aan de wetgever op fiscaal gebied toekomt.

7 AFSLUITENDE OPMERKINGEN

De vennootschapsbelasting is aan verschillende invloeden onderhevig. In deze rede heb ik de invloeden van de maatschappelijke ontwikkelingen, van de inkomstenbelasting, van het jaarrekeningrecht, van het Europese recht en van internationale ontwikkelingen belicht.

De invloed van de maatschappelijke ontwikkelingen wordt gevoeld. Ten aanzien van belastingen wordt een inhaalslag gemaakt wat betreft transparantie en verantwoordelijkheid. De belastingpositie van een onderneming als 'black box' wordt niet langer geaccepteerd. De toenemende invloed van de maatschappelijke ontwikkelingen is zichtbaar en die invloed is mijns inziens nog niet uitgewerkt.

De invloed van de inkomstenbelasting, de belangrijkste rechtsgrond voor de vennootschapsbelasting, zal er altijd blijven. Veranderingen in de inkomstenbelasting kunnen vanwege de samenhang invloed hebben op de vennootschapsbelasting en andersom.

De directe en indirecte beïnvloeding door het jaarrekeningrecht zal mijns inziens verder toenemen. Het gaat hier niet alleen om beïnvloeding van fiscale wetgeving of een begrip als 'goed koopmansgebruik'. Ook het toenemende belang van de fiscale positie in de jaarrekening en afspraken met de belastingdienst zullen de heffing van de vennootschapsbelasting blijven beïnvloeden.

De afgelopen jaren is er veel invloed van het EU-recht geweest op de vennootschapsbelasting. Veel strijdigheden zijn inmiddels opgeruimd. Ook in het Belastingplan 2012 worden weer enkele strijdigheden uit de Wet Vpb verwijderd. Gezien de lopende infractieprocedures zal er waarschijnlijk echter nog een en ander moeten veranderen aan de Wet Vpb. Europa zal zijn invloed blijvend doen gelden. Ook de aangekondigde richtlijn voor een gemeenschappelijke grondslag voor een winstbelasting laat dat zien.

In een klein land als Nederland met een open economie doen internationale invloeden zich gelden, ook ten aanzien van de vennootschapsbelasting. Het

is van belang om goed te kijken wat er in de landen om ons heen gebeurt en ervoor te zorgen dat de Nederlandse vennootschapsbelasting concurrerend blijft. Belastingverdragen hebben daarin ook een belangrijke rol. Een goed vestigingsklimaat is van belang voor de Nederlandse economie. Niet voor niets merkte ik in de inleiding op dat de vennootschapsbelasting een relatief kleine belasting is, maar van groot belang is voor Nederland.

8 DANKWOORD

Aan het eind gekomen van deze rede, wil ik graag enkele woorden van dank uitspreken.

Geachte leden van het College van Bestuur van Nyenrode Business Universiteit, leden van de benoemingsadviescommissie en Prof. dr. Leen Paape RA RO CIA, Dean Degree Programs & Research van de Nyenrode Business Universiteit, u allen ben ik zeer erkentelijk voor uw aanbeveling en goedkeuring, die hebben geleid tot mijn benoeming als hoogleraar. U mag erop rekenen dat ik mijn ambt met toewijding en enthousiasme zal vervullen.

Een woord van dank aan alle collega's van het Center for Tax Management, in het bijzonder Robert Kamerling en Roy Kramer. Ik kijk uit naar de verdere samenwerking met jullie en de andere collega's van Nyenrode Business Universiteit.

Zonder verleden geen heden. Ik ben dankbaar voor het onderwijs aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en de Universiteit van Tilburg, toen nog Katholieke Universiteit Brabant geheten. In het bijzonder bedank ik Leo Stevens, omdat ik door zijn colleges Inleiding Belastingrecht enthousiast geworden ben voor de fiscaliteit.

Een woord van dank ook aan de collega's van de disciplinegroep fiscaal recht van de Universiteit Utrecht met wie ik vele jaren plezierig heb samengewerkt. In het bijzonder dank ik Harrie van Mens die mij stimuleerde om te gaan promoveren en Ton Daniels die mijn promotie heeft begeleid.

De collega's van de Radboud Universiteit Nijmegen bedank ik voor de collegialiteit in het jaar dat ik deel uitmaakte van de fiscale vakgroep. De samenwerking was kort maar goed.

Collega's van Loyens & Loeff NV, ik ben jullie dankbaar dat jullie mij de ruimte geven om naast de praktijkuitoefening ook wetenschappelijk bezig te zijn. Ik ben ervan overtuigd dat de kruisbestuiving tussen wetenschap en praktijk zowel voor de universiteit als kantoor nuttig is.

Een woord van dank ook aan allen die mij op welke wijze dan ook hebben geholpen bij de totstandkoming van deze rede.

Een bijzonder woord van dank aan mijn lieve vrouw en kinderen. Zonder jullie liefde en steun zou ik geen hoogleraar zijn geworden.

Tot slot: Ik begon met een deel uit een cantate van Johann Sebastian Bach. Bach schreef onder al zijn muziekwerken de drie letters SDG. In die geest wil ik graag ook mijn werk doen: Soli Deo Gloria, alleen God de eer.

Ik heb gezegd.

9 LITERATUURLIJST

Alioua, M., 'De Marks & Spencer-uitspraak: de relevantie voor de fiscale eenheid in Nederland', *WFR* 2004/286.

Autoriteit Financiële Markten, Aandachtspunten Financiële Verslaggeving 2010, Toezicht Financiële verslaggeving, 2010.

Belastingdienst, beheersverslag 2009.

Birk, A. de, L.H. Storm van 's Gravesande, 'De converteerbare obligatielening aan de debetzijde, fiscal en IFRS', *WFR* 2010/453.

Blokland, G.M.R., M.J.A. van den Honert, 'X-Holding vandaag de dag: kan de wetgever nu daadwerkelijk rustig ademen?', *WFR* 2011/782.

Bobeldijk, A.C.P., A.W. Hofman, 'Buitenlandse belastingplicht voor vennootschappen met een aanmerkelijk belang in een Nederlandse vennootschap', *WFR* 2004/87.

Bobeldijk, A.C.P., A.W. Hofman, 'Enkele aspecten van de voorgestelde thin-capitalisationwetgeving', *MBB* 2003/11.

Bobeldijk, A.C.P., *Afgewaardeerde vorderingen in de vennootschapsbelasting*, Amersfoort, Sdu 2009.

Bobeldijk, A.C.P., 'Fiscus moet onderhanden werk ontzien', *Het Financieele Dagblad*, 28 september 2006.

Bouwman, J.M., *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, SDU Uitgevers, Amersfoort 2009.

Bruijsten, C., 'De toekomst van het fiscale jaarwinstbegrip', *WFR* 2009/823.

Bruijsten, C., 'De waarschijnlijkheid van onzekere belastingposities', *WFR* 2010/366.

Brull, D., *Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale winstbegrip*, FED, Amsterdam 1968.

Brummer, G.B.A., J.B. Thijssen, 'De ontgaanstoets in de fusie- en splitsingsfaciliteiten', *WFR* 2003/401.

Burgt, G.C. van der, 'Recente ontwikkelingen ten aanzien van de antimisbruikbepalingen in de fusie- en splitsingsfaciliteiten uit de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting', *MBB* 2010/09.

Cornelisse, R.P.C., 'De invloed van IFRS 3 op de behandeling van goodwill in het kader van de fiscale jaarwinstbepaling', *TFO* 2005/108.

Cornelisse, R.P.C., *De toekomst van de vennootschapsbelasting*, Vossiuspers UVA, Amsterdam 2001.

Deloitte, *Material Weaknesses and restatements, Why tax is still in the hot seat*, 2011.

Douma, S.C.W., 'Valutaverlies op deelneming: aftrekbaar!', *NTFR* 2008-2327.

Enden, E.M.E. van der, 'Corporate Governance, Toetsing van fiscal beleid ten aanzien van taxplanning in de Code Tabaksblad', *MMB*, 2006/9.

Enden, E.M.E van der, R. van der Laan, '*Tax is a black box*', PwC, 2007.

Eijdsen, J.A.R. van, De samenhang tussen de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting, *WFR* 2002/442.

Engelen, F.A., en P.C. van der Vegt, 'Werken aan winst in de Europese Unie', *WFR* 2006/797.

Essers, P.H.J., 'De Nederlandse vennootschapsbelasting in Europees perspectief: Overzicht van het harmonisatieproces', *WFR* 2003/1573.

Esser, P.H.J., *De toekomst van Goed Koopmansgebruik na de invoering van International Financial Reporting Standards in 2005*, geschriften voor de Vereniging van Belastingwetenschap No. 224, Kluwer, Deventer 2005.

Essers, P.H.J., 'CCCTB dreigt aan vlijt ten onder te gaan', *WFR* 2007/741.

Geld, J.A.G. van der, 'Boxen in de nieuwe wet VPB 2007', *WFR* 2004/6596.

Geld, J.A.G. van der, *Het wetsvoorstel 'Werken aan winst*, Dossier VPB 2007 2006.

Geld, J.A.G. van der, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer, Kluwer 2010.

Government Accountability Office (GAO), Recent law has impacted contractor use of offshore subsidiaries to Avoid Certain Payroll Taxes, Report to Congressional Committees, Defense contraction, januari 2010.

Grapperhaus, *De besloten NV fiscaal vergeleken met de persoonlijk ondernemer en met de open NV*, FED, Amsterdam 1966.

Grapperhaus, F.H.M., 'Een stukje wetshistorie van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969', in de *Verburgbundel*, Kluwer, Deventer 1994.

Happé, R.H., *Belastingethiek: een kwestie van fair share*, geschriften van de vereniging voor Belastingwetenschap, No. 243, Kluwer, Deventer 2011.

Happé, R.H., *Belastingrecht en de geest van de wet, een pleidooi voor een beginsel benadering in de wetgeving*, Tilburg University, Tilburg 2011.

Happé, R.H., 'Multinationals, Enforcement Conventions and Fair Share', *Intertax* 2007.

Heithuis, E.J.W., 'De werknemersoptiearresten en het Falcons-arrest in relatie tot art. 10b Wet VPB 1969', *WFR* 2003/1105.

Hoepen, M.A., 'Goedkoopmansgebruik en IFRS', *MBB* 2007/09.

Hofstra, H.J., *Inleiding tot het Nederlands belastingrecht*, Kluwer, Deventer 1992.

Hoge Raad der Nederlanden, verslag over 2009-2010.

Immerseel, S.F., 'Belastingontwijking: uitstel of afstel?', *WFR* 2002/1102.

Kampschoer, G.W.J.M., 'IFRS en de verhouding tot het Nederlandse fiscale winstbegrip', *WFR* 2004/1228.

Kampschoer, G.W.J.M., B.F.M. Coebergh, 'Hoe het vermogen van een derde blijikbaar toch je eigen vermogen kan zijn', *WFR* 2010/472.

Kemmeren, E.C.C.M., 'Marks & Spencer: balanceren op grenzeloze verliesverrekening', *WFR* 2006/211.

Kiegebeld, B.J., *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief, 2009*, Kluwer Deventer.

Kiegebeld, B.J., F.E.M. Merks en D.S. Smit, 'Cadbury Schweppes: analyse en de gevolgen voor de fiscale behandeling van buitenlandse concernfinanciering onder de huidige Wet VPB 1969', *WFR* 2007/129.

Kluft, J., P.V. Bruin, 'Naar een duaal regime voor niet-transparante beleggingsinstellingen', *WFR* 2006/1405.

Koerts, M., 'Deutsche Shell: dispariteit of belemmering van het vrije verkeer binnen de EG?', *WFR* 2007/725.

Kok, Q.W.J.C.H., R.J. de Vries, 'Renteaftrek in de vennootschapsbelasting: alle hens aan dek', *WFR* 2011/944.

KPMG, *Tax in de boardroom – a discussion paper*, 2004.

Langen, W.J., *De grondbeginselen van het Nederlandse Belastingrecht*, deel II, N. Samson N.V., Alphen aan den Rijn 1958.

Lutz, L.A., W.J.W. Vosse, 'Het Cacaobonen-arrest: nadere regels met betrekking tot (verplichte) samenhangende waardering', *MBB* 2010/02.

Marres, O.C.R., 'Exit heffing?', *NTFR* Beschouwingen, april 2011/16.

Meeles, D.A.M., *Welvaartsversturende belastingheffing*, FED, 1985.

Meussen, G.T.K., 'Fiscale eenheid en grensoverschrijdende verliesverrekening na Marks & Spencer', *WFR* 2005/752.

Ministerie van Financiën, *de Fiscale agenda*, 13 april 2011.

Nikkel, S.F.M., 'De fiscale jaarwinst en de behandeling van transactiekosten bij het aantrekken van vreemd vermogen', *WFR* 2011/452.

Sanders, P., W. Westbroek, *BV en NV: het nieuwe ondernemingsrecht, recht en praktijk* 23, Deventer, Kluwer 1998.

Scheijndel, M.P. van, R.J. de Vries, 'Aandelenfusie, juridische fusie, bedrijfsfusie en splitsing. Op naar 2001', *WFR* 1999/1673.

Schendstok, B., *Een on-orthodoxe maar aktuele beschouwing over de vennootschapsbelasting*, in FED-bundel, Wat byllich unn recht is, 1966.

Smits, L.B., 'Europeesrechtelijke fricties inzake art. 14a, zesde lid, Wet VPB 1969', *WFR* 2007/409.

Snel, F.P.J., *Afgewogen vennootschapsbelasting*, *NTFR* 2009/2311.

Soest, A.J. van, *Belastingen*, Kluwer, Deventer 2004.

Soeten, G.H. de, 'Nederland Holdingland Exit?', *WFR* 1992/329.

Streek, J.L. van de, 'De nieuwe deelnemingsverrekening: verhouding tot internationaal en Europees belastingrecht (deel 1)', *WFR* 2007/683.

Tempel, A.J. van den, 'Pakketten Nederlandse aandelen bij buitenlandse lichamen', *WFR* 1975/1008.

Vegt, P.C. van der, 'Zakelijkheid bij fusie en splitsing', *WFR* 2002/1809.

Verburg, J., *Vennootschapsbelasting*, Kluwer, Deventer 2000.

Verseput, J.G., *De totale winst in de vennootschapsbelasting*, Fed fiscale brochures, Deventer, Kluwer 2004.

Wattel, P.J., *De reikwijdte van fundamentele rechten in belastingzaken*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1995-I, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1995.

Weber, D.M., 'Waarom de Scheuten Solar Technology-zaak ons van de straat gaat houden', *WFR* 2010/212.

Wisman, C., M.F. de Wilde, 'Tussenregeling valutaresultaten; gooit Gielen roet in het eten?', *NtFR* 2011/1646.



NYENRODE BUSINESS UNIVERSITEIT



Prof. mr. dr. Arco C.P. Bobeldijk (1973) studeerde fiscale bedrijfseconomie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en fiscaal recht aan de Katholieke Universiteit Brabant. Ook volgde hij de postdoctorale opleiding Europese Fiscale Studies aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Arco promoveerde in 2009 op het onderwerp 'Afgewaardeerde vorderingen in de vennootschapsbelasting'. Hij is vaste medewerker bij het Weekblad Fiscaal Recht (WFR) en het Tijdschrift voor de Ondernemingsrecht Praktijk (TOP). Arco doceert regelmatig bij het PAOB, het NBA en spreekt regelmatig op seminars en congressen.

Arco Bobeldijk is met ingang van 1 oktober 2010 benoemd tot hoogleraar Vennootschapsbelasting aan de Nyenrode Business Universiteit. Tevens is hij tax partner bij Loyens & Loeff NV te Amsterdam. Hij adviseert daar onder andere ondernemingen op het gebied van de vennootschapsbelasting.