

# OBJECTVRIJSTELLING VOOR VASTE INRICHTINGEN: MUCH ADO ABOUT NOTHING?<sup>1</sup>

PROF. MR. F.P.G. PÖTGENS EN PROF. MR. J.W. BELLINGWOUT<sup>2</sup>

## 1 Inleiding

Het Belastingplan 2012 introduceerde een objectvrijstelling voor vaste inrichtingen in de vennootschapsbelasting (afd. 2.10a Wet VPB 1969; art. 15e t/m 15j Wet VPB 1969).<sup>3</sup> Deze objectvrijstelling kwam niet als een verrassing aangezien zij reeds werd aangekondigd in de Sinterklaasbrief van de Staatssecretaris van Financiën<sup>4</sup> en in zijn Fiscale Agenda.<sup>5</sup> Daarenboven was hiertoe ook reeds een aanzet gegeven door de Commissie-Van Weeghel<sup>6</sup> die de invoering van een door haar voorgestelde vermogensaftrek deels budgettair wilde dekken door de introductie van een objectvrijstelling. De vermogensaftrek lijkt inmiddels (definitief?) van de baan te zijn, maar de objectvrijstelling is per 1 januari 2012 ingevoerd. Zij dient, althans zoals zij is opgenomen in het

Belastingplan 2012, andere maatregelen van een budgettaire dekking te voorzien.<sup>7</sup>

*“Verschuiving in de belastingdruk van het MKB naar het internationale onder de Wet VPB 1969 ressorterende bedrijfsleven”*

<sup>1</sup> Ontleend aan *William Shakespeare*.

<sup>2</sup> F.P.G. Pötgens is hoogleraar in het *Internationale en Europese Belastingrecht* aan de *Vrije Universiteit Amsterdam* en belastingadviseur bij *De Brauw Blackstone Westbroek NV* te Amsterdam en raadsheer-plaatsvervanger in het *Hof 's-Hertogenbosch* en J.W. Bellingwout is hoogleraar in het *Belastingrecht* aan de *Vrije Universiteit Amsterdam* en belastingadviseur en advocaat bij *KPMG Meijburg & Co* te Amstelveen.

<sup>3</sup> Deze vrijstelling geldt dus niet voor de inkomstenbelasting maar de MvA, *Belastingplan 2012, Kamerstukken I 2011/12, 33 003, nr. D, p. 12* geeft hiervoor een weinig principiële verklaring. Vergelijk ook aantekening *Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2011/65.3, p. 26*.

<sup>4</sup> Brief Staatssecretaris van Financiën van 5 december 2009, nr. DB2009/674 M, V-N 2009/62.14 (Sinterklaasbrief).

<sup>5</sup> “Naar een eenvoudiger, meer solide en fraudebestendig belastingstelsel”, *Kamerstukken II 2010/11, 32 740, nr. 1, V-N 2011/22*.

<sup>6</sup> *Studiecommissie Belastingstelsel, Continuïteit en Vernieuwing. Een visie op het belastingstelsel, 2009/10, Kamerstuk 31 389*.

Naast budgettaire overwegingen, lijkt de primaire reden voor introductie van de objectvrijstelling voor vaste inrichtingen te zijn gelegen in het bereiken van een evenwichtiger behandeling van vaste inrichtingen en deelnemingen.<sup>8</sup> De vraag komt daarbij op of het zo veel mogelijk nastreven van een gelijke behandeling van vaste inrichtingen en deelnemingen gewenst en terecht

<sup>7</sup> De verwachte opbrengst van de objectvrijstelling wordt aangewend voor de (tijdelijke) verlaging van de overdrachtsbelasting en daarna ingezet om de afschaffing van enkele kleinere belastingen, zoals onder meer de afvalstoffenbelasting en de grondwaterbelasting, te compenseren; zie MvT, *Belastingplan 2012, Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 15 en 16*.

<sup>8</sup> MvT, *Belastingplan 2012, Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 14* en NNv, *Belastingplan 2012, Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 10, p. 26*.

is<sup>9</sup> waarbij ook Europeesrechtelijke overwegingen een rol zouden moeten spelen (hierop gaan wij nader in onderdeel 4 van deze bijdrage in). Een andere reden is dat het terugnemen van verliezen, bijvoorbeeld, door het omzetten van een vaste inrichting in een dochtervennootschap onder het tot 1 januari 2012 geldende regime voor onbepaalde tijd kon worden uitgesteld (art. 13c Wet VPB 1969 dat per 1 januari 2012 is vervallen).<sup>10</sup>

## “Specifieke bepaling voor laagbelaste buitenlandse beleggingsondernemingen”

Een ander argument lijkt te zijn, al wordt dit in de parlementaire toelichting bij artikel 15e van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 niet met zo veel woorden genoemd, een politiek wenselijke verschuiving in de belastingdruk van het MKB naar het internationale onderdeel van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 ressorterende bedrijfsleven.<sup>11</sup> In de nota *Werken aan winst*<sup>12</sup> werd vanwege de destijds geldende onzekerheid over grensoverschrijdende verliesverrekening<sup>13</sup> al gepreludeerd op een overstap naar een territoriaal stelsel voor buitenlandse vaste inrichtingen.

9 Zie voor kritiek op dit evenwicht A.J.A. Stevens, *De invoering van de objectvrijstelling voor vaste inrichtingswinsten*, in: *Maatschappelijk ingesteld, Liber Amicorum*, D.A. Albregtse, EUR, 2011, p. 129 en 130 en idem, “De objectvrijstelling”, *NtFR Beschouwingen 2012/4*, onderdeel 2. Vergelijk tevens M.F. de Wilde en C. Wisman, *Over de “objectvrijstelling” en de klok van de interne markt*, FED 2012/41, onderdeel 3.

10 Belastingplan 2012, Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 14. De hiervoor vermelde Sinterklaasbrief (p. 2) verwees al naar de ongewenste mogelijkheid van langdurig uitsstel.

11 De introductie van aankondiging van de objectvrijstelling in de Sinterklaasbrief volgde op een brief aan de Tweede Kamer over de verdeling van de vennootschapsbelastingdruk over enerzijds de multinationals en anderzijds het MKB; *Winstbelasting multinationals*, Kamerstukken II 2009/10, 31 369, nr. 8. Enig verband tussen deze discussie en de aankondiging van de objectvrijstelling achten wij aannemelijk.

12 Kamerstukken II 2004/05, 30 107, nr. 2, onderdeel 7.2.

13 Ten tijde van de nota *Werken aan winst* was enkel de conclusie van de A-G Maduro in de Marks & Spencer-zaak bekend (HvJ EU 12 december 2005, nr. C-446/03 (Marks & Spencer)). Zie ook onderdeel 7 van de nota *Werken aan winst*, Kamerstukken II 2004/05, 30 107, nr. 2.

Wij beginnen deze bijdrage met een beschrijving van de vanaf 1 januari 2012 geldende wettelijke regeling (onderdeel 2). Vervolgens bezien we hoe de objectvrijstelling zich verhoudt tot de door Nederland gesloten belastingverdragen (onderdeel 3) en het Europese Recht (onderdeel 4). Tot slot schetsen we een alternatief voor de huidige objectvrijstelling (onderdeel 5) en evalueren we de huidige regeling en doen we suggesties voor verbeteringen (onderdeel 6).

## 2 De objectvrijstelling voor vaste inrichtingen (art. 15e t/m 15j Wet VPB 1969)

### 2.1 Algemeen

Afdeling 2.10a van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 bevat vanaf 1 januari 2012 een objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten. Vanwege de gelijkenschakeling met een deelneming<sup>14</sup> is een aantal bepalingen opgenomen dat reeds bekend was van de in artikel 13 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 neergelegde deelnemingsvrijstelling. Zo is er een specifieke bepaling voor laagbelaste buitenlandse beleggingsondernemingen (art. 15g) waarin de objectvrijstelling niet wordt toegestaan. De objectvrijstelling is verder niet vormgegeven als een zuivere objectvrijstelling, dat wil zeggen met een daadwerkelijke uitsluiting van de buitenlandse ondernemingswinsten uit de grondslag van de binnenlands vennootschapsbelastingplichtige, maar als een quasi-objectvrijstelling. Dit laatste lijkt mede te zijn ingegeven door de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU, zoals het Deutsche Shell-arrest (zie nader onderdeel 2.2.3).<sup>15</sup>

### 2.2 De systematiek van voorkoming onder de (quasi-)objectvrijstelling

#### 2.2.1 Algemeen

Artikel 15e, eerste lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 bepaalt dat de wereldwinst van een binnenlandse belastingplichtige met winst uit een andere staat wordt verminderd met de positieve en ne-

14 Wat dat betreft, had het logischer geleken de objectvrijstelling een andere plaats te geven in de Wet VPB 1969, te weten aansluitend op de deelnemingsvrijstelling. In de NNV, *Belastingplan 2012*, Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 10, p. 26 wordt opgemerkt overigens op dat een complete gelijkenschakeling niet mogelijk is omdat aard en wezen van de deelneming en de activiteit die als vaste inrichting wordt gedreven zulks meebrengen.

15 HvJ EU 28 februari 2008, nr. C-293/06.

gatieve bedragen van de winst uit die andere staat.<sup>16</sup> Er wordt dus, evenals onder het (voormalige) systeem van belastingvrijstelling, uitgegaan van de wereldwinst. Echter, in plaats van het verlenen van een vermindering op de verschuldigde belasting (wat uiteindelijk het effect was van de belastingvrijstelling) wordt de wereldwinst gecorrigeerd voor de – naar Nederlandse maatstaven bepaalde – winst uit een andere staat.<sup>17</sup>

### *“Qua systematiek wordt zo veel mogelijk aangesloten bij de in het Bvdb 2001 opgenomen belastingvrijstelling”*

De voorkomingstechniek zoals die is vervat in de quasi-objectvrijstelling brengt mee dat het buitenlandse inkomen nog steeds wordt begrepen in de grondslag waarover de binnenlandse belastingplichtige in de vennootschapsbelasting wordt betrokken, dat wil zeggen de wereldwinst (dit betekent dus ook handhaving van het begrip *bijdragewinst* waarover hierna meer). Qua systematiek wordt zo veel mogelijk aangesloten bij de in het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 opgenomen belastingvrijstelling.<sup>18</sup> Alleen de wijze waarop met de buitenlandse winsten en verliezen rekening wordt gehouden, verandert onder de objectvrijstelling, maar niet de vaststelling van die winsten en verliezen.<sup>19</sup> Voordeel hiervan is, aldus de memorie van toelichting,<sup>20</sup> dat voor de ob-

jectvrijstelling kan worden uitgegaan van het bestaande begrippenkader.<sup>21</sup>

#### **2.2.2 Winsttoerekening**

Door wat betreft de berekening van de vrij te stellen winst aan te sluiten bij de bestaande systematiek, is het bedrag van de vrij te stellen winst onder de objectvrijstelling gelijk aan wat als aftrekwinst (dit ziet op het bedrag aan de winst van de vaste inrichting waarvoor belastingvrijstelling kon worden verkregen)<sup>22</sup> kan worden beschouwd.<sup>23</sup> Dit brengt, onder meer, mee dat voor de winst die aan een vaste inrichting wordt toegerekend, kan worden aangesloten bij de bestaande en internationaal ontwikkelde invulling daarvan.<sup>24</sup> Hierbij is het besluit van 15 januari 2011, *BNB* 2011/91, in het bijzonder van belang<sup>25</sup> en in het verlengde daarvan kan eveneens relevant zijn of er een belastingverdrag is gesloten en of het vigerende belastingverdrag al dan niet een bepaling overeenkomstig artikel 7 van het OESO-Modelverdrag 2010 bevat.<sup>26</sup> De memorie van toelichting bevestigt het belang van *BNB* 2011/91 in relatie tot staten waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten,<sup>27</sup>

16 Art. 15e Wet VPB 1969 geldt niet voor buitenlandse belastingplichtigen; zie *NNV, Belastingplan 2012, Kamerstukken II 2011/12, 33 033, nr. 10, p. 92*. Zie in dit verband ook *H. Pijl, “Non-discriminatie: objectvrijstelling voor buitenlandse belastingplichtigen”, WFR 2012/60*.

17 *MvT, Belastingplan 2012, Kamerstukken II 2011/12, 33 033, nr. 3, p. 92 en 93*.

18 *MvT, Belastingplan 2012, Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 93*. Het *Bvdb 2001* is per 1 januari 2012 aangepast aan de objectvrijstelling; *Art. XXI van het Verzamelbesluit 2012 van 22 december 2012, Stb. 2011, 677, V-N 2012/5.2.1*.

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

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

21 *Wij nemen aan dat de MvT hierbij doelt op het begrippenkader zoals dat is ontwikkeld onder het Bvdb 2001 en de belastingverdragen. Dit laatste is uiteraard alleen relevant indien de vaste inrichting is gelegen in een staat waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten*.

22 *T. Bender, Vrijstelling ter voorkoming van internationaal dubbele belasting (academische dissertatie), 2000, p. 543*.

23 *Zie ook H. Lohuis, NTFR 2011/2112, p. 22*. Dit was door deze auteur al eerder bepleit in *Verschillen en overeenkomsten winstbepaling vaste inrichting en dochtermaatschappij, TFO 2011/115, p. 140-141*.

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

25 *Zie voor een kritische beschouwing van dit besluit, F.P.G. Pötgens en A.J.A. Stevens, “Winstallocatie vaste inrichtingen” (deel 1 en 2), NTFR Beschouwingen 2011/19 en NTFR Beschouwingen 2011/25; H. Pijl, “Het besluit winsttoerekening 2011: kritiek”, NTFR 2011/1440 en idem, “De financiering van de vaste inrichting: interpretatie- en dynamiekproblemen”, WFR 2011/201; E.C.C.M. Kemmeren, “Vermogensetikettering bij vaste inrichtingen: toenemende cherry-picking?”, TFO 2011/115, p. 108-121 en P.J.J.M. Peeters, “Winsttoerekening aan een vaste inrichting”, TFO 2011/115, p. 122-137*.

26 *H. Pijl, “Enkele kanttekeningen bij de objectvrijstelling in het Belastingplan 2012”, NTFR 2011/2223, p. 4* is van mening dat in de tekst van art. 15e, lid 2, onderdeel a, Wet VPB 1969 het woord toerekenbaar moet worden opgenomen (zoals in art. 7 van het OESO-Modelverdrag). In *MvA, Belastingplan 2012, Kamerstukken I 2011/12, 33 003, nr. D, p. 12* wordt aangegeven dat de wettekst bij de eerstvolgende gelegenheid dienovereenkomstig zal worden aangepast.

27 *MvT, Belastingplan 2012, Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 96*.

terwijl voor niet-verdragsstaten in artikel 15e, zesde lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 de zelfstandigheidsfictie is opgenomen voor de winst die moet worden toegerekend aan een vaste inrichting die in een dergelijke staat is gelegen. De tekst van artikel 15e, zesde lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 is ontleend aan artikel 7, tweede lid, van het OESO-Modelverdrag (versie 2010) waardoor *BNB* 2001/91 dient te worden toegepast en gevolgd wanneer winsten worden toegerekend aan een in een niet-verdragsstaat gesitueerde vaste inrichting.<sup>28</sup>

### 2.2.3 Valutakoersresultaten

Bijzondere aandacht verdienen valutakoersresultaten. Het Deutsche Shell-arrest van het Hof van Justitie EU brengt immers mee dat valutakoersverliezen die niet tot uitdrukking (kunnen) komen bij de vaste inrichting bij het hoofdhuis in aanmerking moeten worden genomen.<sup>29</sup> De memorie van toelichting merkt in dit verband dan ook op dat dergelijke valutaresultaten door de vormgeving van de voorgestelde objectvrijstelling tot de Nederlandse heffingsgrondslag behoren.<sup>30</sup> Wij nemen aan dat deze opmerking in samenspraak met de voortzetting van de bestaande systematiek impliceert dat de jurisprudentie zoals de Hoge Raad die tot dusverre heeft ontwikkeld met betrekking tot valutakoersresultaten wordt voortgezet.<sup>31</sup> Dit betekent dat ook voor de valutakoersresultaten het onderscheid tussen aftrek- en bijdragewinst relevant blijft. Derhalve wordt de bijdragewinst volgens goed koopmansgebruik bepaald door het verschil tussen eind- en beginvermogen waarbij de stijging van de koers van de valuta van de staat waar de vaste inrichting is gelegen (de situsmunt) in beginsel tot belastingheffing leidt<sup>32</sup> voor zover het vaste inrichtingvermogen vlottende activa (zoals liquide middelen)<sup>33</sup> omvat en indien (in beginsel) bij vaste activa rea-

lisatie plaatsvindt.<sup>34</sup> Een valutaverlies dat bij het in Nederland gevestigde hoofdhuis tot uitdrukking komt in de generale winst leidt zodoende tot een vermindering van die winst.<sup>35</sup>

## **“Het onverminderd in aanmerking nemen van dergelijke wisselkoersverliezen is van belang vanwege het Deutsche Shell-arrest van het HvJ EU”**

Voor de aftrekwinst en mutatis mutandis voor het object van de objectvrijstelling geldt het vorenstaande niet. Volgens de rupiah-arresten van de Hoge Raad<sup>36</sup> dient de aftrekwinst in beginsel<sup>37</sup> over de situsmunt te worden berekend. Dientengevolge is er geen belastingvrijstelling en in het verlengde daarvan geen objectvrijstelling voor koerswinst (of verlies) die in de bijdragewinst ontstaat over de in de situsmunt uitgedrukte activa en passiva door de wijziging in de koers van de

28 *MvT, Belastingplan 2012, Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 96.*

29 *Althans, als laatste moment bij staking van de activiteiten van de vaste inrichting.*

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

31 *NNV, Belastingplan 2012, Kamerstukken I 2011/12, 33 003, nr. F, p. 1-4 lijkt zulks te bevestigen. Zie ook aantekening Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2011/65.3, p. 79.*

32 *Wij abstraheren van de omstandigheid dat de valutakoersrisico's gehedged zijn. Immers, indien dergelijke risico's door een groep zijn afgedekt, zou op basis van goed koopmansgebruik tot een samenhangende waardering kunnen worden overgegaan; vergelijk HR 23 januari 2004, BNB 2004/214.*

33 *Goed koopmansgebruik kan meebrengen dat dergelijke vlottende activa op de actuele koers moeten worden gewaardeerd (vergelijk HR 2 maart 1994, BNB 1994/190). De koersresultaten worden dan al voor de omwisseling in euro's tot uitdrukking gebracht en ze zijn dientengevolge direct belastbaar bij het in Nederland gevestigde lichaam.*

34 *Dergelijke activa worden volgens goed koopmansgebruik in beginsel tegen historische kostprijs gewaardeerd waardoor een mogelijke koerswinst pas tot uitdrukking komt bij vervreemding of naarmate op het desbetreffende activum wordt afgeschreven; vergelijk Bender, t.a.p., p. 544 en C. van Raad en G.T.W. Janssen, Cursus Belastingrecht (Internationaal Belastingrecht), Kluwer, digitaal, Hoofdstuk III, par. 3.4.2.A.d3. Dit zou anders kunnen liggen in een verliessituatie indien de belastingplichtige ervoor heeft gekozen de vaste activa tegen lagere bedrijfswaarde te waarderen; vergelijk Hof Amsterdam 25 mei 1993, BNB 1994/161 en W. Dijkstra en D. Hofland, Eurozone Exists: Dutch Legal and Tax Aspects, Derivatives & Financial Instruments, 2012, nr. 3/4, p. 87. De Staatsecretaris van Financiën, besluit van 20 september 1957, BNB 1957/272 is van mening dat in weerwil van de gekozen waarderingsmethode valutakoersverliezen op vaste activa pas bij realisatie in aanmerking kunnen worden genomen.*

35 *Vergelijk Van Raad en Janssen, t.a.p., Hoofdstuk III, par. 3.4.2.A.d1.*

36 *HR 4 mei 1960, BNB 1960/161 t/m 167. Zie ook HR 31 maart 1954, BNB 1954/180. Een en ander is herhaald in HR 5 december 2003, BNB 2004/139.*

37 *Een uitzondering c.q. nuancering hierop vormt HR 5 december 2003, BNB 2004/139 (het Cruzeiro-arrest).*

euro ten opzichte van de situsmunt. Deze winst (of dit verlies) kan in de staat waar de vaste inrichting is gelegen niet tot uitdrukking komen en zij (het) is evenmin de resultante van de werkzaamheid van de vaste inrichting.<sup>38</sup> Wat betreft in de situsmunt genoteerde activa en passiva betekent een en ander derhalve dat koerswinst geen aftrekwinst is en dus evenmin een object vormt voor doeleinden van de objectvrijstelling. Echter, omdat dergelijke koerswinst onder bepaalde omstandigheden wel tot bijdragewinst leidt, wordt aldus winst belast die noch onder de belastingvrijstelling noch onder de objectvrijstelling kan worden vrijgesteld. Voor koersverliezen geldt dat zij onder deze omstandigheden tot de grondslag van het Nederlandse lichaam behoren maar niet onder het object voor de objectvrijstelling vallen en derhalve onverkort in mindering komen op de in Nederland belastbare winst.

Het onverminderd in aanmerking nemen van dergelijke wisselkoersverliezen is van belang vanwege het Deutsche Shell-arrest van het Hof van Justitie EU.<sup>39</sup> In zoverre kan begrip worden opgebracht voor de keuze van de wetgever. Het nadeel van deze keuze is dat hiermee geen gevolg wordt gegeven aan de kritiek die in de literatuur is geweest op wat wij gemakshalve de rupiah-leer noemen.<sup>40</sup>

In het verlengde hiervan kan erop worden gewezen dat er situaties denkbaar zijn waarin valutakoersresultaten bij de vaste inrichting tot uitdrukking komen, maar niet bij de generale onderneming. Dit doet zich, bijvoorbeeld, voor indien tot het vermogen van de buitenlandse vaste inrichting bestanddelen behoren die genoteerd zijn in de valuta van het land van de generale onderneming (in casu de euro). In een dergelijk geval zullen veranderingen in de waardeverhouding tussen de situsmunt en de euro wel in de vaste inrichting tot uitdrukking komen maar niet in de generale winst.<sup>41</sup> Alsdan kan er wel sprake zijn van een negatieve aftrekwinst die *bijgeteld* moet worden onder de objectvrijstelling; een voorbeeld hiervan is een Nederlandse BV die een vaste inrichting aanhoudt in het Ver-

enigd Koninkrijk en tot wier vermogen een eurovoorde- ring behoort waarop in ponden berekend een verlies wordt geleden (bijdragewinst is nihil en de aftrekwinst is negatief).<sup>42</sup>

Een ander voorbeeld waarin een valutakoersresultaat wel tot uitdrukking komt bij de vaste inrichting maar niet bij de generale onderneming is de situatie dat de generale onderneming liquiditeiten aantrekt die aan de vaste inrichting worden toegerekend;<sup>43</sup> de aangetrokken geldlening luidt in euro's, maar de situsmunt wijkt hiervan af.<sup>44</sup> Stel, de vaste inrichting leidt een valutaverlies indien de lening wordt afgelost omdat de situsmunt in waarde is gedaald ten opzichte van de euro. Dit verlies komt alleen tot uitdrukking bij de vaste inrichting en niet bij de generale onderneming. Indien de vaste inrichting in dat jaar per saldo verlieslatend is, dan wordt dit verlies bijgeteld bij de berekening van de objectvrijstelling. Hierdoor kan de situatie ontstaan dat belasting moet worden betaald over een koersverlies dat niet bij de generale onderneming tot uitdrukking komt (*fantomwinst*).<sup>45</sup>

Wij hadden ons kunnen voorstellen dat de wetgever in ieder geval van de gelegenheid gebruik zou hebben gemaakt wat betreft de behandeling van valutaresultaten een wettelijke regeling te ontwikkelen waarbij de rupiah-leer in zoverre verfijnd zou worden dat wordt aangesloten bij de munteenheid waarin de vaste inrichting daadwerkelijk haar winst berekent (en daarbij afscheid nemende van de *fictie* dat de situsstaat dezelfde regels

38 Vergelijk Bender, t.a.p., p. 546.

39 Dit wordt bevestigd door NNV, Belastingplan 2012, Kamerstukken I 2011/12, 33 003, nr. F, p. 3.

40 Zie, onder meer, Bender, t.a.p., p. 546 en 547.

41 Vergelijk HR 10 maart 1993, BNB 1993/209. Zie voor enige cijfermatige uitwerkingen hiervan Van Raad en Janssen, t.a.p., Hoofdstuk III, par. 3.4.2.A.d2; Lohuis, TFO, t.a.p., p. 143 en M.F. de Wilde, "Currency Exchange Results. What if Member States Subjected Non-Resident Taxpayers to Unlimited Income Taxation whilst Granting Double Tax Relief under a Netherlands-Style Tax Exemption", Bulletin for International Taxation 2011, nr. 9, par. 2.2.4. Vergelijk ook NNV, Belastingplan 2012, Kamerstukken I 2011/12, 33 003, nr. F, p. 1-4.

42 Vergelijk ook NNV, Belastingplan 2012, Kamerstukken I 2011/12, 33 003, nr. F, p. 3.

43 Uiteraard dienen bij deze toerekening de uitgangspunten van de winsttoerekening die gebaseerd zijn op de zelfstandigheidsfictie in acht te worden genomen. In voorkomende gevallen kunnen de relevante "significant peoples functions" en de plaats waar zij worden verricht voor de allocatie van dergelijke risico's in aanmerking worden genomen; vergelijk ook NNV, Belastingplan 2012, Kamerstukken I 2011/12, 33 003, nr. F, p. 2 en aantekening Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2011/65.3, p. 80.

44 NNV, Belastingplan 2012, Kamerstukken I 2011/12, 33 003, nr. F, p. 2.

45 Zie ook Verslag van de Vaste Commissie voor Financiën, Belastingplan 2012, Kamerstukken I 2011/12, 33 003, nr. E (objectvrijstelling). De Staatssecretaris van Financiën in NNV, Belastingplan 2012, Kamerstukken I 2011/12, 33 003, nr. F, p. 2 en 3 wijst er overigens op dat er ook sprake kan zijn van fantoomverliezen die in Nederland in aanmerking moeten worden genomen in de spiegelbeeldige situatie. Bovendien is dit volgens de Staatssecretaris van Financiën slechts een timingkwestie in vergelijking met de belastingvrijstelling; zie NNV, Belastingplan 2012, Kamerstukken I 2011/12, 33 003, nr. F, p. 3.



hanteert als het Nederlandse belastingrecht). Verder vrezen wij dat de hiervoor beschreven valutakoersproblematiek (ook al is zij in eerste instantie in overeenstemming met het Deutsche Shell-arrest van het HvJ EU) niet bijdraagt aan een goed vestigingsklimaat voor hoofdkantoren in Nederland. Hierbij kan gedacht worden aan op Europees niveau gereguleerde ondernemingen die bij voorkeur met buitenlandse filialen werken in plaats van buitenlandse dochtermaatschappijen, zoals banken en verzekeraars. Wij menen dan ook dat nagegaan zou moeten worden of hiervoor geen alternatieve regeling kan worden geschapen waarbij uiteraard binnen de bandbreedtes wordt gebleven die het EU-recht terzake heeft geschapen.

#### 2.2.4 Het overbrengen van vermogensbestanddelen van hoofdhuis naar vaste inrichting

Doordat het object van de objectvrijstelling aansluit bij de aftrekwinst, hoeft, aldus de memorie van toelichting, bij een duurzame ingebruikgeving<sup>46</sup> van een vermogensbestanddeel door een in Nederland gevestigd hoofdhuis aan een buitenlandse vaste inrichting geen onmiddellijke afrekening plaats te vinden over de in het vermo-

gensbestanddeel begrepen stille reserve. Het vermogensbestanddeel staat op de vaste inrichtingbalans voor de waarde in het economische verkeer en op de balans van de generale onderneming blijft het genoteerd staan tegen de oorspronkelijke boekwaarde. Indien het een afschrijfbaar bestanddeel betreft, wordt de stille reserve naar gelang het verschil in afschrijvingsbasis (voor de bijdragewinst wordt de afschrijving berekend over de boekwaarde en voor de aftrekwinst/object voor de objectvrijstelling over de waarde in het economische verkeer op het momentum van duurzame ingebruikname door de vaste inrichting) belast en/of bij latere vreemding.<sup>47</sup>

### *“Er wordt onderscheid gemaakt tussen verdragsstaten en niet-verdragsstaten”*

<sup>46</sup> Het onderscheid tussen tijdelijke en duurzame ingebruikgeving door de vaste inrichting vindt zijn oorsprong in HR 12 februari 1964, BNB 1964/95 (Hopperzuigerarrest, waarin sprake was van een tijdelijke terbeschikkingstelling). Bij een tijdelijke ingebruikgeving aan de vaste inrichting moet worden uitgegaan van een verhuur en dient een at-arm's-lengthhuursom in aanmerking te worden genomen. Over een duurzame terbeschikkingstelling besliste de Hoge Raad in zijn arresten van 30 maart 1983, BNB 1992/160 (Ertsoverslag-arrest) en van 2 maart 1994, BNB 1994/190. Het Bvdb 1989 bevatte in art. 2 lid 4, een bepaling die een reactie vormde op het Hopperzuigerarrest maar waarin niet tussen tijdelijke en duurzame terbeschikkingstelling werd onderscheiden; art. 2 lid 4 Bvdb 1989 bevatte een fictieve herwaardering naar de waarde in het economische verkeer indien een bedrijfsmiddel werd overgebracht van een in Nederland gevestigd hoofdhuis naar een buitenlandse vaste inrichting. Deze bepaling is niet overgenomen in het Bvdb 2001. Volgens de NvT, besluit van 21 december 2000, Stb. 2000, 642, p. 37 en 38 komt een en ander voldoende tot uitdrukking in de in art. 9 lid 3, Bvdb 2001 vervatte zelfstandigheidsfictie in welk verband, aldus de nota van toelichting, het onderscheid tussen tijdelijke en duurzame terbeschikkingstelling aan een buitenlandse vaste inrichting van belang blijft. Onder het besluit van 15 januari 2011, BNB 2011/91 wordt dit onderscheid eveneens bevestigd; zie ook Van Raad en Janssen, t.a.p., Hfst III, par. 3.4.2.A.c5. Vanaf 1 januari 2012 komt de tekst van art. 9 lid 3 Bvdb 2001 overeen met die van art. 15e lid 6 Wet VPB 1969; zie ook art. XXI, onderdeel C, van het Verzamelbesluit 2012 van 22 december 2012, Stb. 2011, 677 (nota van toelichting), V-N 2012/5.2.1.

Het kan uiteraard worden onderschreven dat er geen onmiddellijke eindafrekening plaatsvindt indien bedrijfsmiddelen duurzaam ter beschikking worden gesteld aan een buitenlandse vaste inrichting. Dit doet naar onze mening ook recht aan de onzelfstandigheid van de vaste inrichting in die zin dat zij een integraal onderdeel uitmaakt van het vermogen van de belastingplichtige.<sup>48</sup> Het is evenwel de vraag of na het National Grid Indus BV-arrest van het Hof van Justitie EU<sup>49</sup> deze forfaitaire afrekening over stille reserves in EU situaties nog in overeenstemming is met de in het Verdrag betreffende de Werking van de EU neergelegde vrijheden. Naar onze mening dient de objectvrijstelling zich - tot het moment van daadwerkelijke realisatie - ook uit te strekken tot de stille reserves besloten in overgebrachte vermogensbestanddelen.

#### 2.2.5 Per country-methode

De objectvrijstelling sluit aan bij de per country-methode die ook gehanteerd wordt onder het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001. Dit betekent dat de objectvrijstelling per staat wordt toegepast en dat per staat de voordelen waarvoor de objectvrijstelling geldt, moeten worden gesaldeerd (op dit saldo is de objectvrijstelling van toepassing). Het vaststellen van een saldo

<sup>47</sup> MvT, Belastingplan 2012, Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 103.

<sup>48</sup> Zie nader Lohuis, NTFR, t.a.p., p. 22 en idem, TFO, t.a.p., p. 141.

