

Meer transparantie in de vennootschapsbelasting?



Rede, uitgesproken door
prof. dr. Ton Stevens

Prof. dr. A.J.A. (Ton) Stevens (1966) studeerde fiscaal recht aan de toenmalige Katholieke Universiteit Brabant (nu: Tilburg University) te Tilburg. In 2002 promoveerde hij aan dezelfde universiteit op het onderwerp 'Fiscale aspecten van de Commanditaire Vennootschap. Een knelpuntenoplossing vanuit rechtsvergelijkend perspectief.' In de periode 2005 - 2017 was hij als hoogleraar internationaal belastingrecht verbonden aan de Erasmus School of Law (Erasmus Universiteit Rotterdam). Met ingang van 1 oktober 2017 is hij samen met collega Prof. dr. S.A. (Stan) Stevens benoemd tot hoogleraar vennootschapsbelasting bij TISEM (Tilburg University). Naast zijn hoogleraarschap is hij tevens werkzaam als belastingadviseur in de rol van of counsel bij Loyens & Loeff N.V. te Rotterdam. Hij heeft een groot aantal publicaties over diverse onderwerpen op zijn naam staan met een duidelijke focus op de belastingheffing van ondernemingen, zowel nationaal als internationaal. Daarnaast treedt hij regelmatig op als gastdocent aan binnenlandse en buitenlandse universiteiten.

Meer transparantie in de vennootschapsbelasting?

prof. dr. Ton Stevens

Rede,

(in verkorte vorm) uitgesproken bij de openbare aanvaarding van het ambt van hoogleraar vennootschapsbelasting aan Tilburg University op 14 september 2018 door Prof. Dr. A.J.A. (Ton) Stevens.

Colofon

vormgeving

Beelenkamp ontwerpers, Tilburg

fotografie omslag

Maurice van den Bosch

opmaak en drukwerk

PrismaPrint, Tilburg University

© Ton Stevens, 2018

ISBN: 978-94-6167-372-5

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of op enige andere manier.

www.tilburguniversity.edu/nl

Meer transparantie in de vennootschapsbelasting?

Inhoudsopgave

1.	Inleiding	7
2.	Het begrip 'fiscale transparantie'	9
2.1.	Begripsomschrijving	9
2.2.	Neutraliteit als toetsingsbeginsel van fiscale transparantie	10
2.2.1.	<i>Het neutraliteitsbeginsel</i>	10
2.2.2.	<i>Rechtsvormneutraliteit – rechtsvergelijking met Duitsland</i>	12
2.2.3.	<i>Tussenconclusie</i>	16
3.	Fiscale transparantie in de vennootschapsbelasting	19
3.1.	Plaatsbepaling	19
3.2.	Het onderscheid tussen fiscaal transparante en niet-transparante vennootschappen	23
3.2.1.	<i>Algemeen</i>	23
3.2.2.	<i>Het criterium van de vrije verhandelbaarheid</i>	24
3.2.3.	<i>Het criterium van rechtspersoonlijkheid</i>	25
3.2.4.	<i>Op weg naar een ondernemingswinstbelasting?</i>	28
3.2.5.	<i>Een optiemodel als 'third best solution'?</i>	30
3.3.	Het fiscale eenheidsregime	32
3.3.1.	<i>Algemeen</i>	32
3.3.2.	<i>Het neutraliteitsbeginsel als grondslag voor de fiscale eenheid</i>	33
3.3.3.	<i>Europeesrechtelijke ontwikkelingen en reparatiewetgeving</i>	34
3.3.4.	<i>Tussenconclusie</i>	49
3.3.5.	<i>Optiemodel als aanvullende maatregel?</i>	50
4.	Conclusies	53
5.	Afsluiting	59

I.

Inleiding

Mijnheer de Rector Magnificus,

Zeer geachte toehoorders,

In deze duo-rede wil ook ik graag ingaan op de vraag naar meer transparantie in de vennootschapsbelasting. Ik wil daarbij in het bijzonder het transparantiebegrip van zijn materiële, fiscaal-inhoudelijke kant belichten. Het begrip 'transparantie' uit de gemeenschappelijke titel van onze beide redes versta ik dan ook hierna in de zin van 'fiscale transparantie'. In deze rede zal ik concreet een antwoord proberen te formuleren op de volgende drie (onderzoeks)vragen:

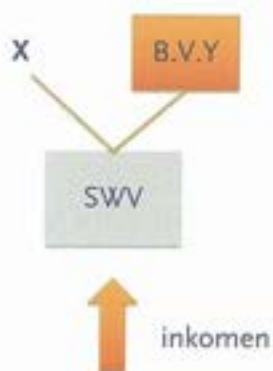
1. Wat verstaan we onder het begrip 'fiscale transparantie'?
2. Waar treffen we fiscale transparantie aan in de vennootschapsbelasting?
3. Is er behoefte aan meer fiscale transparantie in de vennootschapsbelasting?

2.

Het begrip
'fiscale transparantie'

2.1. Begripsomschrijving

Er bestaat geen wettelijke definitie van het begrip 'fiscale transparantie'. In het algemeen¹ wordt onder fiscale transparantie verstaan de situatie dat het inkomen niet bij de entiteit die het inkomen voortbrengt wordt belast, maar bij de achterliggende deelgerechtigden in de entiteit, het samenwerkingsverband. Dit samenwerkingsverband wordt als het ware 'weggedacht' en de vermogensbestanddelen c.q. het inkomen worden toegerekend aan de achterliggende deelgerechtigden. Als onderscheidend criterium² lijkt het mij belangrijk dat als gevolg van de toerekening de kwalificatie van het inkomen, bijvoorbeeld winst uit onderneming of inkomsten uit beleggen, niet verandert. Schematisch kan de fiscale transparantie als volgt worden weergegeven:



¹ Voor een uitvoerige uiteenzetting over het begrip 'fiscale transparantie' en een overzicht van de literatuur verwijs ik graag naar het proefschrift van B. Peeters, *Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten*, Grondslagen van het Fiscaal Recht nr. 4, Larcier (Gent, 2011), Hoofdstuk II (Wat is fiscale transparantie?), p. 465 – 508.

² Zo ook J.P. Boer, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, ac. proefschrift, SDU (Den Haag, 2011), p. 77/78. Voor de verschillende verschijningsvormen van deze vorm van fiscale transparantie, ook wel 'volledige' fiscale transparantie genoemd, kan ook worden verwezen naar het OESO Partnership Report uit 1999, de paragrafen 37 tot en met 42. Bedacht dient te worden dat het OESO Partnership Report deze verschijningsvormen bespreekt in het licht van de uitdrukking "liable to tax" uit het inwonerbegrip van art. 4 OESO-modelverdrag.

Een interessante vraag die bij het fiscale transparantiebegrip naar voren komt, is de vraag of fiscale transparantie ook terug te voeren is op een bepaald (grond) beginsel van het (fiscale) recht. In het geval er een dergelijk grondbeginsel valt aan te wijzen, zou dit beginsel uiteraard de leidraad kunnen vormen bij het beantwoorden van de vraag of er behoefte is aan meer (of minder) fiscale transparantie in de vennootschapsbelasting.

2.2. Neutraliteit als toetsingsbeginsel van fiscale transparantie

2.2.1. *Het neutraliteitsbeginsel*

In dat verband wordt in de literatuur³ vaak gewezen naar het neutraliteitsbeginsel, meer in het bijzonder het beginsel van rechtsvormneutraliteit, als toetsingsbeginsel voor fiscale transparantie c.q. non-transparantie. Het neutraliteitsbeginsel is in wezen een economisch beginsel dat in zijn kern gaat om beslissingsneutraliteit: de vrijheid van de ondernemer om zijn ondernemingsbeslissingen te nemen, zoals hem goeddunkt, waarbij belastingheffing zo min mogelijk verstorend werkt. Vertaald naar rechtsvormneutraliteit betekent dit dat de ondernemer de vrijheid moet hebben om zijn onderneming te voeren in de rechtsvorm die het beste bij hem past. Belastingheffing, in dit geval gaat het om de heffing van vennootschapsbelasting (vennootschappen) en inkomstenbelasting (natuurlijke personen), zou deze keuzevrijheid zo min mogelijk dienen te verstoren. In het geval van rechtsvormneutraliteit wordt in de literatuur⁴ wel een onderscheid gemaakt tussen statische en dynamische neutraliteit. In het geval van statische neutraliteit dient de belastingheffing a priori neutraal te zijn ten aanzien van de rechtsvorm, terwijl in het geval van dynamische neutraliteit het voldoende is dat de ondernemer zijn rechtsvormkeuze zonder fiscale belemmering (bijvoorbeeld afrekening over stille reserves) kan wijzigen. Het lijkt mij dat het hoofddoel statische neutraliteit zou moeten zijn, maar dat we de dynamische neutraliteit als "second best" oplossing, zeker omdat het hoofddoel van de statische neutraliteit vaak niet (geheel) bereikt wordt, bepaald niet uit het oog moeten verliezen.

³ Zie bijvoorbeeld P.H.J. Essers, *Rechtsvormneutraliteit*, TFO 2011/3, en E.J.W. Heithuis, *Zonder aanzien des (rechts)persoons*, inaugurele rede, Kluwer (Deventer, 2005), Hoofdstuk 2, p. 5 – 7.

⁴ Zie J.L. van de Streek, *Omzetting van rechtspersonen, ac. proefschrift*, Kluwer (Deventer, 2008), p. 269 – 272, die m.n. ook verwijst naar J. Doornebal, *De terugkeer uit een B.V.*, FM nr. 55, Kluwer (Deventer, 1991), p. 240 – 242.

Het neutraliteitsbeginsel schurkt aan tegen het juridische gelijkheidsbeginsel⁵, maar is daarmee toch niet geheel identiek. Door ongelijke situaties neutraal te behandelen voldoe ik in principe aan het neutraliteitsbeginsel maar nog niet aan het gelijkheidsbeginsel. Ik heb gezocht naar een synthese tussen het economische neutraliteitsbeginsel en het juridische gelijkheidsbeginsel: een relatief lange zoektocht die bepaald nog niet is afgerond en mooi past binnen de traditie van het FIT, een dit jaar 50-jarige samenwerking tussen fiscaal economen en juristen⁶. Een dergelijke synthese is eigenlijk eenvoudiger te realiseren dan ik aanvankelijk dacht. Het neutraliteitsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel vallen samen indien gelijke economische situaties (in dit geval de onderneming) fiscaal gelijk, in de zin van zo min mogelijk economisch verstorend, worden behandeld. Uiteraard roept een dergelijke synthese dan de vraag op wat nu economisch gelijke situaties zijn en waaraan deze gelijkheid dan dient te worden afgemeten? Ten aanzien van deze beide punten is de zoektocht nog niet afgerond, waartoe een inaugurele rede ook niet per se noodzaakt, maar kan deze binnen de juridisch/economische samenwerking van het FIT op ideale wijze worden voortgezet.

Daarnaast kwam bij mij als jurist de vraag op of deze gelijke, fiscaal neutrale behandeling juridisch afdwingbaar zou zijn? Nu ligt dat in Nederland niet zo gemakkelijk met die juridische afdwingbaarheid van het gelijkheidsbeginsel vanwege het verbod op grondwettelijke toetsing⁷. Echter, in Duitsland bestaat deze mogelijkheid, zoals bekend, wel en gegeven het langjarige streven in Duitsland naar een rechtsvormneutrale belastingheffing van ondernemingen⁸ leek het mij interessant om eens een kijkje te nemen over de grens bij onze Oosterburen met name naar de jurisprudentie van het Duitse Bundesverfassungsgericht ten aanzien van het beginsel van de rechtsvormneutraliteit. Met een dergelijke rechtsvergelijking met het Duitse belastingsysteem sta ik eveneens in een lange traditie van het FIT.

⁵ Zie bijvoorbeeld J.L.M. Gribnau, Rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving, in: A.C. Rijkers/H. Vording (red.), Vijf jaar Wet IB 2001, Kluwer (Deventer, 2006), p. 53/54.

⁶ Een speling van het lot dat ik als fiscaal jurist juist werkzaam ben binnen TISEM, de economische faculteit?

⁷ Ik laat toetsing aan het EU-recht en internationale mensenrechtenverdragen, hoe interessant ook, in het kader van deze inaugurele rede verder buiten beschouwing.

⁸ Zie over dit streven o.a. F.J. Elsweyer, Een rechtsvergelijking tussen de Nederlandse en Duitse winstbelasting van lichamen, ac. proefschrift 2018, p. 89 – 91, en A.C. Breuer/A.J.A. Stevens, De Duitse Thesaurieringsbegünstigung voor IB ondernemingen: model voor Nederland?, in: Rijkersbundel, Tilburg University (Tilburg, 2013), p. 371 – 381.

2.2.2. *Rechtsvormneutraliteit – rechtsvergelijking met Duitsland*

In de jurisprudentie van het Duitse Bundesverfassungsgericht⁹ wordt rechtsvormneutraliteit getoetst als onderdeel van het gelijkheidspostulaat van artikel 3, lid 1 van het Duitse Grundgesetz. Qua uitkomst kan een opvallend verschil worden geconstateerd tussen de arresten op het terrein van de directe en de indirecte belastingen. Voor de heffing van indirecte belastingen wordt het grondwettelijk gebod van rechtsvormneutraliteit volmondig bevestigd in het bekende Schwarzwaldklinik-arrest¹⁰: “Die Rechtsform ist kein hinreichender Differenzierungsgrund für eine umsatzsteuerliche Befreiung.” Voor de heffing van directe belastingen accepteert het Verfassungsgericht tot op heden echter een rechtsvormafhankelijke belastingheffing van ondernemingen, mits de totale belastingdruk (Einkommensteuer, Körperschaftsteuer en Gewerbesteuer) tussen de verschillende rechtsvormen maar niet teveel uit de pas loopt. Een grondwettelijk postulaat van een globaal evenwicht zo zou men dit kunnen samenvatten.

Twee kernarresten over het onderscheid tussen fiscaal transparante personenvennootschappen en vennootschapsbelastingplichtige kapitaalvennootschappen verdienen hierbij nader aandacht. Daarbij is het goed zich te realiseren dat in Duitsland de scheidslijn tussen fiscaal transparante en vennootschapsbelastingplichtige lichamen anders wordt getrokken dan in Nederland¹¹, namelijk uitsluitend aan de hand van de juridische verschijningsvorm: alle niet-rechtspersoonlijkheid hebbende personenvennootschappen zijn fiscaal transparant (Transparenzprinzip) en alle rechtspersonen (o.a. alle kapitaalvennootschappen) zijn vennootschapsbelastingplichtig (Trennungsprinzip: belastingheffing op twee niveau's, te weten Körperschaftsteuer op het niveau van de vennootschap en Einkommensteuer op het niveau van de aandeelhouders/natuurlijke personen).

⁹ Voor een overzicht verwijs ik naar U. Palm, *Person im Ertragsteuerrecht*, Mohr Siebeck (Tübingen, 2013), *Jus Publicum* nr. 224, p. 8 – 28.

¹⁰ BVerfGE 101, 151. Het neutraliteitsbeginsel ligt reeds verankerd in de BTW-richtlijnen, zodat de beslissing van het Bundesverfassungsgericht op het terrein van de indirecte belastingen op zich niet verbaast. Zie over het neutraliteitsbeginsel in de BTW-richtlijnen o.a. A.J. van Doesum, *Contractuele samenwerkingsverbanden in de BTW*, ac. proefschrift, Kluwer (Deventer, 2009), p. 31 – 34, en M.E. van Hilten, *Over de neutraliteit van de omzetbelasting en het hellend vlak van de uitzonderingen*, inaugurele rede, Kluwer (Deventer, 2010), paragraaf 2.3, p. 13 – 15.

¹¹ Zie o.a. F.J. Elswier, *Een rechtsvergelijking tussen de Nederlandse en Duitse winstbelasting van lichamen*, t.a.p., p. 114 – 116.

Schematisch kan dit als volgt worden weergegeven:

EZ/PV	RP
Transparenzprinzip	Trennungsprinzip

In een oud arrest van het Bundesverfassungsgericht¹³ ging het om de niet-af-trekbaarheid van salarissen voor de directeur-groootaandeelhouder (hierna: DGA) van een GmbH in de Gewerbesteuer. De Gewerbesteuer is een winstbe-lasting die aanknoopt bij de onderneming als zodanig. Deze niet-afrekbaarheid (hierna: korting) gold zowel voor de onttrekkingen bij de eenmanszaak en de personenvennootschap als voor de DGA van een GmbH, echter niet voor de directeur van een GmbH die geen aanmerkelijk belang had in een GmbH. Het Bundesverfassungsgericht oordeelde het verschil tussen de korting bij de DGA en het ontbreken van een dergelijke korting bij de niet-DGA in strijd met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel. Een vergelijking derhalve tussen aandeel-houders van kapitaalvennootschappen. In een schema kan dat als volgt worden verduidelijkt:

EZ/PV	RP DGA	RP NDGA
Korting	Korting	Geen korting



Het wezen van de juridische persoon zou in de weg staan aan het maken van een dergelijk onderscheid. De vergelijking tussen de personenvennootschap en de "persoonsgebonden" kapitaalvennootschap (rechtsvormneutraliteit) was in de visie van het Bundesverfassungsgericht niet opportuun. Hoewel latere juris-prudentie, zeker het hiervoor genoemde arrest inzake de indirecte belastingen,

¹³ BVerfGE 13, 331.

een andere richting opwijst, herhaalt het Bundesverfassungsgericht zijn opvatting in een arrest van latere datum, waarin juist het onderscheid tussen fiscaal transparante personenvennootschappen en vennootschapsbelastingplichtige lichamen in het geding was.

Het arrest betrof de vraag of een tariefmaximering in de inkomstenbelasting (dus voor de eenmanszaak en de vennoot/natuurlijke persoon van een fiscaal transparante personenvennootschap) vanwege een voorbelasting van de winst met Gewerbesteuer ook zou moeten gelden voor de aandeelhouder in een kapitaalvennootschap. Schematisch kan de vergelijking in dit arrest als volgt worden weergegeven:

EZ/PV	RP
Tariefmaximering	Geen tariefmaximering



Daarbij is het van belang op te merken dat ten tijde van dit arrest in Duitsland nog het zogenaamde Anrechnungsverfahren gold, waardoor de aandeelhouder van een kapitaalvennootschap de Körperschaftsteuer kon verrekenen met de Einkommensteuer. Op grond van een "materïële Betrachtungsweise" kwam het Bundesfinanzhof (hierna: BFH) die de vraag had voorgelegd aan het Bundesverfassungsgericht tot de conclusie dat een dergelijke gelijkstelling op grond van het gelijkheidsbeginsel noodzakelijk was, omdat daarmee de economische draagkracht onafhankelijk belast zou worden van de rechtsvorm. Het Bundesverfassungsgericht komt echter tot een tegenovergestelde conclusie (geen gelijkstelling) op grond van een meer formelere, rechtsvormafhankelijke zienswijze: een kapitaalvennootschap is, anders dan een personenvennootschap, juridisch zelfstandig en staat als rechtspersoon los van de achterliggende aandeelhouders. Op zich constateert het Bundesverfassungsgericht in de voorgelegde maatregel wel een verschil in behandeling (discriminatie), maar onderkent een rechtvaardigingsgrond in de juridische zelfstandigheid van de kapitaalvennootschap. Door de rechtspersoonlijkheid is de vermogenssfeer van de kapitaalvennootschap afgeschermd van het vermogen van de aandeelhouder, waar-

door bij de rechtspersonen sprake zou zijn van een zelfstandige en objectieve draagkracht die bij niet-rechtspersonen (o.a. personenvennootschappen) zou ontbreken. De conclusie die in zijn algemeenheid uit dit arrest wordt getrokken is tweeledig: het Bundesverfassungsgericht sanctioneert het Duitse dualisme dat vasthoudt aan het juridische onderscheid rechtspersonen en niet-rechtspersonen, mits de totale belastingheffing over de ondernemingswinst maar niet teveel uit de pas loopt (globale evenwicht).

Op de motivering¹³ en de uitkomst van dit arrest is in de Duitse literatuur veel kritiek gekomen. In een recente Habilitationsarbeit komt Ulrich Palm - evenals het Bundesverfassungsgericht redenerend vanuit het draagkrachtbeginsel¹⁴ - tot de conclusie dat er eigenlijk geen rechtvaardigingsgrond is om vanuit het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen fiscaal verschillend te behandelen. In zijn visie leidt dat noodzakelijkerwijs tot het opnemen van personenvennootschappen in de Körperschaftsteuer. In de visie van Palm gaat het bij het toetsen aan het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel niet om de objectieve draagkracht maar om de subjectieve draagkracht¹⁵ die slechts natuurlijke personen bezitten. Qua subjectieve draagkracht zit er in zijn visie geen verschil tussen de natuurlijke persoon die vennoot is in een personenvennootschap en de natuurlijke persoon die aandeelhouder is van een kapitaalvennootschap. In beide situaties staat de winst als draagkrachtverhogende factor de achterliggende natuurlijke persoon niet direct ter beschikking, zodat in beide situaties een voorheffing met Körperschaftsteuer en een bijheffing in de inkomstenbelasting bij uitkering gerechtvaardigd zou zijn. Helaas gaat Palm niet in op de situatie van de natuurlijke persoon die een eenmanszaak drijft, vermoedelijk omdat zijn Habilitationsonderwerp "slechts" de impact van rechtspersoonlijkheid op de heffing van ondernemingswinst betrof.

¹³ Voor kritiek op de motivering van het arrest verwijs ik korthedshalve naar U. Palm, Person im Ertragsteuerrecht, t.a.p., p. 20 - 28.

¹⁴ In Duitsland is de algemene opvatting dat het draagkrachtbeginsel terug te voeren is op het gelijkheidsbeginsel en daarom ook grondwettelijk te toetsen is aan het gelijkheidsbeginsel van art. 3, lid 1 GG.

¹⁵ In de invoering van het Anrechnungsverfahren waardoor de Körperschaftsteuer een voorheffing is geworden voor de Einkommensteuer ziet Palm een aanwijzing dat de wetgever ook uitgaat van de subjectieve draagkracht.

2.2.3. Tussenconclusie

Wat valt er uit deze jurisprudentie af te leiden voor de toepassing van het neutraliteitsbeginsel bij de verschillende rechtsvormen? In de eerste plaats dat het juridisch afdwingen van rechtsvormneutraliteit niet zo eenvoudig lijkt: ook bij invoering van een grondwettelijke toetsing in Nederland¹⁶, waar ik in principe¹⁷ een groot voorstander van ben, zal de rechter de wetgever vermoedelijk een ruime beoordelingsmarge toestaan. Wel lijkt het globale evenwicht tussen de belastingheffing van verschillende ondernemingsvormen uit het gelijkheidsbeginsel voort te vloeien. Uiteraard betekent het ontbreken van juridische afdwingbaarheid van rechtsvormneutraliteit niet dat de wetgever op dit punt stil kan blijven zitten: als beleidsuitgangspunt dient de rechtsvormneutraliteit mijns inziens onveranderd hoog op het prioriteitenlijstje van de wetgever te staan. In de tweede plaats kan een discussie over rechtsvormneutraliteit bij ondernemingsvormen niet losgezien worden van het draagkrachtbeginsel als dragend beginsel van de belastingheffing van ondernemers in de inkomstenbelasting. Het draagkrachtbeginsel wordt in het algemeen¹⁸ ook gezien als uitvloeisel van het gelijkheidsbeginsel, waarmee meteen de vraag opkomt naar de verhouding tussen het draagkrachtbeginsel en het (rechtsvorm)neutraliteitsbeginsel. Op het eerste gezicht lijkt er een spanning te bestaan tussen het neutraliteitsbeginsel en het draagkrachtbeginsel in die zin dat een economisch efficiënt systeem (neutraliteit) leidt tot zo min mogelijk economische verstoringen, terwijl een rechtvaardig systeem (draagkracht) altijd tot gevolg zal hebben dat er ingegrepen moet worden op dit systeem. Ook op dit punt ben ik een zoektocht gestart die bepaald nog niet is afgerond. Een mogelijke synthese tussen beide beginselen als onderdeel van het gelijkheidsbeginsel trof ik – niet onverwacht maar toch bijzonder in het kader van de geschiedenis van het FIT¹⁹ - aan bij Klaus Tipke: alle drie beginselen kunnen recht gedaan worden door economisch gelijke situaties qua draagkracht fiscaal gelijk in de zin van zo min mogelijk verstorend te behandelen. In de woorden van Tipke: "Danach lässt sich das juristische Verständnis des Leistungsfähigkeitsprinzips

¹⁶ Zie voor de nieuwe plannen over constitutionele toetsing het recente rapport van de Commissie Remkes (Staatscommissie parlementair stelsel), Tussenstand, juni 2018, p. 82 - 87. De Commissie Remkes stelt een constitutionele toetsing conform Duits model voor.

¹⁷ Ik vraag mij af of het Duitse model met zijn aparte constitutionele hof wel één op één toepasbaar is in Nederland. De Commissie Remkes komt nog met een verdere uitwerking van de voorgestane vorm van constitutionele toetsing.

¹⁸ Zie J.L.M. Gribnau, Rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving, t.a.p., p. 63/64.

¹⁹ Vanaf de oprichting van het FIT gingen vaak studiereizen naar het Institut für Steuerrecht der Universität Köln, destijds geleid door K. Tipke.

in der Formel "Gleiche Besteuerung gleicher wirtschaftlicher Sachverhalte mit gleicher Belastungswirkung" zusammenfassen. Auf diese Weise wird dem Effizienzpostulat, das Ökonomen heutzutage an die eerste Stelle zu setzten pflegen, entsprochen."³⁰ Daarmee wordt ook een mooie synthese tussen economische en juridische beginselen bereikt. Uiteraard zijn daarmee niet alle vragen ten aanzien van een rechtsvormneutrale belastingheffing van ondernemingen beantwoord, want wat zijn dan economische gelijke situaties qua draagkracht en waaraan wordt dit afgemeten? De belangrijkste vraag daarbij is mijns inziens wat we in dat verband onder draagkracht (moeten) verstaan en van welke vorm van draagkrachtverhoging we (moeten) uitgaan om daar de belastingheffing van ondernemingen aan te koppelen? Indien we de reserverings- en investeringsfunctie van ondernemingswinst serieus willen nemen, lijkt mij een getrapte belastingheffing in de zin van een lage (proportionele) winstbelasting bij winstrealisatie en een bijheffing bij winstonttrekking vanuit de draagkrachtgedachte de meest optimale vorm. In feite hebben we deze vorm van heffing al bij de aanmerkelijk-belanghouder, maar op grond van de rechtsvormneutraliteit zou deze getrapte ondernemingswinstbelasting dan ook in de inkomstenbelasting moeten worden ingevoerd. Binnen de Nederlandse fiscale context is op dit punt al veel onderzoek verricht³¹, en zijn diverse voorstellen gedaan, maar tot op heden heeft de wetgever daar nog niet al teveel mee gedaan.

Wat betekenen deze bevindingen ten aanzien van het (rechtsvorm)neutraliteitsbeginsel nu concreet voor het fiscale transparantie-beginsel in de vennootschapsbelasting? Daartoe zal ik eerst ingaan op de verschillende verschijningsvormen van fiscale transparantie in de vennootschapsbelasting en vervolgens nader ingaan op twee van de gevonden wettelijke regelingen.

³⁰ K. Tipke/J. Lang, *Steuerrecht*, Verlag Dr. Otto Schmidt (Köln, 2005), 18e druk, p. 84.

³¹ Zie voor een recent overzicht en aanzet tot verder onderzoek P.H.J. Essers, *Rechtsvormdiscriminatie in het nationale en internationale belastingrecht*, WFR 2018/109, p. 735 e.v.

3.

Fiscale transparantie in de vennootschapsbelasting

3.1. Plaatsbepaling

In de Wet op de vennootschapsbelasting 1969²² (hierna: Wet VPB 1969) komen we de fiscale transparantie op een aantal plaatsen tegen:

- Het onderscheid tussen subjectief vennootschapsbelastingplichtige en fiscaal transparante vennootschappen;
- De belastingheffing van natuurschoonlichamen;
- De belastingheffing van fiscale beleggingsinstellingen;
- De belastingheffing van coöperaties;
- Het fiscale eenheidsregime.

Onderscheid fiscaal transparante en niet-transparante vennootschappen

Het onderscheid tussen subjectief vennootschapsbelastingplichtige en fiscaal transparante vennootschappen wordt in de Wet VPB 1969²³ getrokken aan de hand van twee criteria: rechtspersoonlijkheid en vrije verhandelbaarheid van participaties. Indien sprake is van fiscale transparantie wordt op grond van de jurisprudentie²⁴ het inkomen van het samenwerkingsverband toegerekend aan de achterliggende participanten. Hoewel de wettekst van art. 9, lid 1, onderdeel e Wet VPB 1969 anders doet vermoeden, geldt deze fiscale transparantie en inkomenstoerekening op grond van de jurisprudentie (het sleutel arrest BNB 1982/268²⁵) ook voor de beheerende vennoot van een open C.V. De open C.V. is daarmee het enige lichaam dat deels vennootschapsbelastingplichtig is (het

²² Ik beperk mij in deze rede tot de bestaande wettelijke regelingen in de vennootschapsbelasting. Dit betekent dat ik bijvoorbeeld niet inga op de als gevolg van de ATAD 1 in te voeren CFC-wetgeving en de jurisprudentie ten aanzien van de fiscaal transparante stichting. Zie voor dit laatste onderwerp o.a. J.H.M. Nieuwenhuizen, *De beperkt transparante stichting*, WFR 1996/6210, p. 1200 e.v., naar aanleiding van het arrest BNB 1996/94, en J.P. Boer, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, t.a.p., p. 72/73. Ook de regeling van het APV-regime in de inkomstenbelasting (art. 2.14a Wet IB 2001) en de beperkte doorwerking naar de vennootschapsbelasting laat ik verder buiten beschouwing.

²³ Artikel 2 Wet VPB 1969 regelt de binnenlandse belastingplicht en artikel 3 Wet VPB 1969. In deze rede ga ik verder niet in op het verschil in de opsoening van subjectief vennootschapsbelastingplichtige lichamen dat bestaat tussen artikel 2 en 3 Wet VPB 1969.

²⁴ Voor een overzicht verwijst ik kortheidshalve naar mijn proefschrift A.J.A. Stevens, *Fiscale aspecten van de Commanditaire Vennootschap*, Kluwer (Deventer, 2012), FM nr. 102, p. 110 – 113. Ook de wettekst van art. 8, lid 3 Wet VPB 1969 juncto art. 3.7 Wet IB 2001 van de inmiddels ingetrokken Invoeringswet Titel 7.13 BW bevestigt deze toerekening.

²⁵ HR 7 juli 1982, BNB 1982/268. Zie over dit arrest m.n. ook mijn proefschrift A.J.A. Stevens, *Fiscale aspecten van de Commanditaire Vennootschap*, t.a.p., p. 259 – 264.

commanditaire gedeelte) en deels fiscaal transparant (het gedeelte dat de behorende vennoten toestaat).

NSW-lichamen

De fiscale transparantie van NSW-lichamen is deels in de Wet IB 1964 en deels in de Wet VPB 1969 geregeld. Op grond van art. 10.9 Wet IB 1964 worden onder bepaalde voorwaarden de werkzaamheden, rechten en verplichtingen van een NSW-lichaam⁴⁶ "beschouwd" als werkzaamheden, rechten en verplichtingen van haar gezamenlijke aandeelhouders: toerekening derhalve zoals bij "normale" fiscaal transparante samenwerkingsverbanden. Op grond van art. 5, lid 1, onderdeel a Wet VPB 1969 zijn NSW-lichamen vervolgens subjectief vrijgesteld van de vennootschapsbelasting. Omdat de voorwaarden voor de 'transparence fiscale' in de inkomstenbelasting en de subjectieve vrijstelling in de vennootschapsbelasting niet geheel met elkaar overeenkomen en er geen koppeling tussen deze beide regelingen in de wet is vastgelegd, kan het voorkomen dat een NSW-lichaam geen gebruik kan maken van de subjectieve vrijstelling in de vennootschapsbelasting, maar de aandeelhouder/natuurlijke persoon wel de inkomsten en vermogensbestanddelen in de inkomsten krijgt toegerekend (of omgekeerd). Dit lijkt niet de bedoeling van de wetgever te zijn geweest en om die reden wordt in de literatuur⁴⁷ mijns inziens terecht voorgesteld om een dergelijke koppeling tussen vrijstelling in de vennootschapsbelasting en 'transparence fiscale' in de inkomstenbelasting alsnog wettelijk te verankeren⁴⁸. Als gevolg van een dergelijke koppeling zou de fiscale transparantie bij NSW-lichamen aansluiten bij de "normale" fiscale transparantie van personenvennootschappen (zonder vrij verhandelbare participaties).

⁴⁶ Op grond van art. 10.9, lid 2 Wet IB 1964 kunnen alleen N.V.'s en B.V.'s die zich uitsluitend of hoofdzakelijk bezighouden met de exploitatie van ingevolge de Natuurschoonwet 1928 aangewezen landgoederen als NSW-lichaam kwalificeren.

⁴⁷ Zie het proefschrift van H.R. Bruggink, *Fiscale aspecten van natuurschoon in Nederland*, SDU (Amersfoort, 2006), Fiscaal wetenschappelijke reeks nr. 6, p. 205 – 207.

⁴⁸ De praktijk lijkt overigens weinig last te hebben van deze incongruentie, althans bij de laatste evaluatie van de NSW-faciliteiten is dit punt niet uit de evaluatie c.q. interviews naar voren gekomen. Zie de brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken d.d. 31 oktober 2016 en het rapport van Ecorys en de DLG d.d. 9 december 2014 inzake de evaluatie van de Natuurschoonwet 1928. Deze evaluatie was echter met name gericht op de effectiviteit van de fiscale maatregelen.

FBI's en coöperaties

Op grond van het FBI-regime van art. 28 Wet VPB 1969 geldt onder voorwaarden voor beleggingsinstellingen een 0%-tarief⁹⁹. Eén van de belangrijkste voorwaarden is dat de jaarlijkse winst voor het overgrote gedeelte binnen een periode van 8 maanden na afloop van het jaar wordt uitgedeeld aan de aandeelhouders¹⁰⁰. De combinatie van een nultarief met een uitdelingsverplichting zou men kunnen duiden als een soort van fiscale transparantie. Echter, de winst die wordt uitgekeerd behoudt niet haar fiscale karakter; denk bijvoorbeeld aan de FBI die belegt in onroerend goed. De aandeelhouders van een dergelijke FBI genieten geen inkomsten uit onroerend goed maar nog steeds een dividend (inkomsten uit aandelen). Om die reden valt de regeling van de FBI niet onder de definitie van fiscale transparantie die ik hiervoor heb ontwikkeld. In feite geldt hetzelfde voor de coöperatie. De verlengstukwinst die wordt uitgekeerd aan leden/natuurlijke personen is aftrekbaar bij de coöperatie¹⁰¹ en belast bij de leden/natuurlijke personen als winst uit onderneming. Dit betekent echter niet dat de verlengstukwinst (en de daaraan ten grondslag liggende activa/passiva van de coöperatie) aan de leden/natuurlijke personen wordt toegerekend als "eigen" winst (c.q. aandeel in de vermogensbestanddelen). Ook de regeling van de coöperatie voldoet daarmee niet aan de hiervoor ontwikkelde definitie van fiscale transparantie.

Fiscale eenheid

In 2003 is de regeling van de fiscale eenheid grondig herzien. Eén van de belangrijkste wijzigingen is dat de 'opgaan-in'-gedachte is vervangen door 'een toerekenen aan' van de vermogens- c.q. inkomensbestanddelen van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij. Hierdoor voldoet de huidige regeling van de fiscale eenheid eveneens aan de definitie van fiscale transparantie, zoals die hiervoor door mij is uiteengezet. Als gevolg van het aangaan van de fiscale eenheid vindt immers een volledige vermogens- en winstconsolidatie tussen moeder- en dochtermaatschappij plaats. Er is echter wel een belangrijk verschil tussen de fiscale transparantie van de fiscale eenheidsdochter en de "normale" fiscale transparantie zoals die hiervoor is beschreven bij fiscaal transparante personenvennootschappen (en NSW-lichamen). Bij de fiscale eenheidsdochter blijft namelijk de subjectieve vennootschapsbelastingplicht bestaan, wat uiter-

⁹⁹ Art. 9 Besluit Beleggingsinstellingen.

¹⁰⁰ Art. 28, lid 2, onderdeel b Wet VPB 1969 juncto art. 2 BBI.

¹⁰¹ Art. 9, lid 1, onderdeel g, juncto lid 2 Wet VPB 1969.

aard met name van belang is voor internationale verhoudingen, te weten de verdragsgerechtigdheid. De fiscale eenheidsdochter blijft verdragsgerechtigd, terwijl de "normale" fiscaal transparante personenvennootschappen dat niet zijn³².

Uit het vorengaande leid ik af dat zowel de regeling van de FBI als van de coöperatie niet voldoet aan de door mij ontwikkelde definitie van fiscale transparantie. Uiteraard stelt zich bij deze beide regelingen, die beiden dringend een revisie nodig hebben³³, de vraag of het doorvoeren van een vorm van volledige fiscale transparantie conform die hiervoor ontwikkelde definitie niet zinvol zou zijn. Het antwoord op deze vraag wil ik vandaag nog even parkeren en bewaren voor later onderzoek. De overige drie regelingen (het onderscheid tussen fiscaal transparante en niet-transparante vennootschappen, NSW-lichamen en de fiscale eenheid) voldoen wel aan deze definitie. Het onderscheid tussen fiscaal transparante en niet-transparante vennootschappen alsmede het fiscale eenheidsregime staan op dit moment in het brandpunt van de maatschappelijke belangstelling. Om die reden worden deze beide vormen van fiscale transparantie hierna verder uitgewerkt.

³² Voor NSW-lichamen kan men twijfelen of de subjectieve vrijstelling wel leidt tot het vervallen van verdragsgerechtigdheid. Vergelijk de discussie omtrent de VBI die ook subjectief is vrijgesteld. Als uitgangspunt van het verdragsbeleid wil Nederland zowel de FBI als de VBI als verdragsinwoner aanmerken (zie paragraaf 2.2.1 van de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011), maar deze opvatting wordt niet door alle bronstaten gevolgd zodat Nederland op dat punt een speciale verdragsbepaling nastreeft.

³³ Voor de FBI kan gewezen worden op de inaugurele rede van H. Vermeulen, *Gelijke behandeling van het ongelijke. Belastingheffing van individuele en collectieve belegging*, SDU (Den Haag, 2014). Bij de vormgeving van een nieuw fiscaal stelsel voor fiscale beleggingsinstellingen wijst Vermeulen ook het neutraliteitsbeginsel tussen collectieve en individuele beleggingen aan als grond- c.q. toetsingsbeginsel. Voor de coöperatie verwijs ik graag naar J.A.G. van der Geld, *De belastingheffing van coöperaties in Nederland*, in: R.C.J. Galle (red.), *Handboek Coöperatie*, Convoy (Dordrecht, 2010), Hoofdstuk 6, p. 691 – 704.

3.2 Het onderscheid tussen fiscaal transparante en niet-transparante vennootschappen

3.2.1 Algemeen

Recent is de nodige commotie ontstaan over het gebruik van de open C.V. in privacy-structuren¹⁴. De open C.V. is een vreemde eend in de bijt van de subjectieve vennootschapsbelastingplicht, omdat zij zowel vennootschapsbelastingplichtig is (voor het commanditaire gedeelte) als fiscaal transparant (voor het gedeelte dat de beherende venno(o)t(en) toestaat). De besloten C.V. daarentegen is volledig fiscaal transparant. Het onderscheid tussen een open en besloten C.V. wordt getrokken op basis van de vraag of de commanditaire participaties in de C.V. vrij overdraagbaar zijn (art. 2, lid 3, onderdeel c AWR). Met dit criterium van de vrije verhandelbaarheid heeft de wetgever beoogd een grens te trekken tussen vennoten/beleggers en vennoten/ondernemers. Het criterium van de vrije verhandelbaarheid is echter niet het enige criterium dat de wetgever hanteert om een onderscheid te maken tussen fiscaal transparante en niet-transparante (subjectief vennootschapsbelastingplichtige) vennootschappen.

Indien men de structuur van de subjectieve vennootschapsbelastingplicht¹⁵ bekijkt, dan valt op dat grofweg alle rechtspersonen (N.V., B.V., coöperatie, stichting en vereniging) vennootschapsbelastingplichtig zijn en daarnaast de niet-rechtspersonen met vrij verhandelbare participaties (de open C.V., het 'open' FGR, en "andere vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal"). Zowel op het criterium van rechtspersoonlijkheid als op het criterium van vrije verhandelbaarheid als grondslag voor de vennootschapsbelastingplicht van vennootschappen is in de fiscale literatuur veel kritiek geuit. Hierna ga ik op beide punten en de kritiek afzonderlijk in.

¹⁴ Het FD, 28 mei 2018, 'Belastingclaim dreigt voor vermogende particulieren' (voorpagina). Het FD-artikel haakt in op een WFR-artikel van W.R. Kooiman/F.M. Witpeerd, Anonimisering door de CV: een leeuwenvennootschap, WFR 2018/7236, p. 540 e.v. Een kritische reactie van collega-leerstoelhouder Stan Stevens is te vinden op Taxlive. Voor de relatie tussen transparantie en privacy verwijs ik graag naar paragraaf 7, Transparantie door vermogende particulieren, van de inaugurele rede van collega Stan Stevens.

¹⁵ De subjectieve belastingplicht is geregeld in de artikelen 2 en 3 van de Wet VPB 1969. De opsomming van lichamen die in de buitenlandse vennootschapsbelastingplicht (art. 3 Wet VPB 1969) komt niet overeen met de opsomming van art. 2 Wet VPB 1969 (binnenlandse belastingplicht). De verschillen en mogelijke oplossingen om deze verschillen op te heffen vallen buiten het bestek van deze inaugurele rede.

3.2.2. *Het criterium van de vrije verhandelbaarheid*

In het kader van de ophef over het gebruik van de open C.V. in privacy-structuren, kopt de fiscale vakpers³⁶ "Open CV? Niks mis meel". Dat mag wellicht kloppen voor de fiscale opzet van de open C.V. in de gesignaleerde privacy-structuren³⁷, echter met het opnemen van de open C.V. in de subjectieve vennootschapsbelastingplicht op basis van het criterium van de vrije verhandelbaarheid is mijns inziens heel veel mis. In mijn proefschrift³⁸ en latere publicaties³⁹ heb ik – juist vanwege de gesignaleerde knelpunten – een lans gebroken om het criterium van de vrije verhandelbaarheid af te schaffen. Met de invoering van dit criterium bij de totstandkoming van de huidige Wet op de vennootschapsbelasting in 1969 heeft de wetgever beoogd om vennootschappen te treffen waarin de deelgerechtigden in hoofdzaak kapitaalverschaffers zijn. Dit in tegenstelling tot vennootschappen waarin de op onderlinge samenwerking gerichte persoonlijke relaties tussen de vennoten het kenmerkende element vormen: bij deze vennootschappen worden de vennoten rechtstreeks als ondernemers in de belastingheffing betrokken. Mijns inziens⁴⁰ is de wetgever volledig mislukt in zijn streven om met behulp van het criterium van de vrije overdraagbaarheid invulling te geven aan het onderscheid tussen vennootschappen met in hoofdzaak kapitaalverschaffers (vennootschapsbelastingplicht) en vennootschappen met in hoofdzaak ondernemers (fiscale transparantie). Het formele criterium van art. 2, lid 3, onderdeel c AWR is daarvoor exemplarisch. Vele beleggings-C.V.'s met soms honderden commanditaire vennoten kwalificeren op grond van de definitie van art. 2, lid 3, onderdeel c AWR als 'besloten'. De commanditaire vennoten in deze C.V.'s zullen elkaar veelal niet kennen en hun positie zal in eerste instantie die van kapitaalverschaffer zijn. Daartegenover kan een DGA met behulp van een stichting, waarin hijzelf deel uitmaakt van het bestuur, een open C.V. opzetten waarin hij zijn ondernemingsstructuur inbrengt en zelf commanditair vennoot wordt (privacy-structuur). Een geslotene structure kan men zich nauwelijks voorstellen. Daar komt bij dat Neder-

³⁶ X.G.R. Auerbach/J.J.C. Peters, Open CV? Niks mis meel, Vakblad Estate Planning 2018/51, p. 5 e.v.

³⁷ In elk geval is er mijns inziens geen risico op het ontgaan van Box 2-heffing. Deze mening is ook de Staatssecretaris toegedaan. Zie zijn antwoord d.d. 13 juli 2018 op kamervragen over privacy-structuren met open C.V.'s, Tweede Kamer, vergaderjaar 2017 – 2018, Aanhangsel van de Handelingen, nr. 2800.

³⁸ A.J.A. Stevens, Fiscale aspecten van de Commanditaire Vennootschap, t.a.p., p. 305 – 309.

³⁹ A.J.A. Stevens, De tien geboden tot afschaffing van de open CV, NTFR 2006/1727.

⁴⁰ Zo ook M.L.M. van Kempen, Rechtspersoonlijkheid en belastingplicht van vennootschappen, ac. proefschrift, Schoordijk Instituut/CCL (Tilburg, 1999), p. 38.

land met het aanmerken van personenvennootschappen als fiscaal transparant dan wel niet-transparant op basis van de vrije overdraagbaarheid zoals geregeld in het vennootschapscontract in feite uniek in de wereld is. Daarmee wordt het opzetten van hybride structuren, die vaak worden gebruikt voor belastingontwijking binnen internationale concerns, via Nederland wel heel erg gemakkelijk gemaakt. Mijn concrete voorstel in dit kader laat zich daarmee kort samenvatten in de volgende aanbeveling: "Open CV? Weg er mee!" Met het afschaffen van de open C.V. zou eveneens het gebruik van de open C.V. in privacy-structuren onmogelijk worden gemaakt, maar dat terzijde. Uiteraard betekent mijn voorstel niet alleen het afschaffen van de open C.V., maar het algehele afschaffen van het criterium van de vrije verhandelbaarheid als medebepalend criterium voor de subjectieve vennootschapsbelastingplicht van lichamen⁴¹.

Het schrappen van het criterium van de vrije verhandelbaarheid zou betekenen dat in principe alle rechtspersonen (waaronder alle kapitaalvennootschappen) vennootschapsbelastingplichtig zouden blijven, maar alle niet-rechtspersonen (waaronder alle personenvennootschappen) fiscaal transparant zouden worden. Er ontstaan daarmee derhalve meer fiscaal transparante entiteiten dan onder de huidige wettelijke regeling het geval is. Een situatie overigens die overeenkomt met de tweedeling die ook door een aantal van de ons omringende landen (bijvoorbeeld Duitsland en Groot-Brittannië) wordt gehanteerd. Echter, ook op het gebruik van het criterium van rechtspersoonlijkheid als grondslag voor de subjectieve vennootschapsbelastingplicht is in het verleden forse kritiek geuit.

3.2.3. *Het criterium van rechtspersoonlijkheid*

Deze kritiek wordt met name door Thil van Kempen naar voren gebracht in haar proefschrift inzake de rechtspersoonlijkheid en belastingplicht van vennootschappen. In dit proefschrift⁴² noemt zij naast het hiervoor reeds genoemde uitgangspunt van het onderscheid tussen vennoten/kapitaalverschaffers en vennoten/ondernemers nog twee uitgangspunten van de wetgever bij de introductie van de scheidslijn tussen eenmanszaken/personenvennootschappen

⁴¹ Zie ook F.J. Elsweyer, Een rechtsvergelijking tussen de Nederlandse en Duitse winstbelasting van lichamen, t.a.p., p. 123, die op grond van een rechtsvergelijking met het Duitse systeem tot eenzelfde aanbeveling komt.

⁴² M.L.M. van Kempen, Rechtspersoonlijkheid en belastingplicht van vennootschappen, t.a.p., p. 33 - 37.

(belastingheffing in de inkomstenbelasting; fiscale transparantie) en kapitaalvennootschappen (belastingheffing in de vennootschapsbelasting):

1. Het vennootschapsresultaat 'valt' rechtstreeks 'toe' aan vennoten in een fiscaal transparante personenvennootschap, terwijl bij deelnemers in een zelfstandig belastingplichtige vennootschap daarvoor eerst een uitdrukkelijke daad van een bevoegd 'vennootschapsorgaan' nodig is;
2. Zelfstandig belastingplichtige vennootschappen zijn in het algemeen verschijningsvorm van juridisch en economisch zelfstandige ondernemingen, die hun bestaan leiden los van de persoon van de individuele deelnemers. Dit is niet het geval bij fiscaal transparante personenvennootschappen.

De achtergrond van met name het eerste uitgangspunt zoekt Van Kempen⁴³ in de aan de inkomstenbelasting ten grondslag liggende draagkrachtgedachte. De winst van een kapitaalvennootschap verhoogt nog niet onmiddellijk de draagkracht van de individuele aandeelhouders (pas na uitkering door middel van een dividendbesluit), terwijl dit bij een eenmanszaak c.q. personenvennootschap wel het geval zou zijn. Met het rechtstreeks 'toevallen' van het vennootschapsresultaat vanuit de draagkrachtgedachte wordt dan bedoeld aan te geven dat een rechtstreeks opvorderbaar recht van de afzonderlijke deelnemers moet bestaan op uitkering van hun winstaandeel. Draagkracht als directe beschikkingsmacht, wat overigens bijna naadloos overeenkomt met de hiervoor behandelde jurisprudentie van het Duitse Bundesverfassungsgericht⁴⁴ over het Duitse, in de Duitse grondwet verankerde draagkrachtbeginsel. Hoewel tegen de uitleg van draagkracht als directe beschikkingsmacht (als zijnde de bedoeling van de wetgever)⁴⁵ het nodige in te brengen valt⁴⁶, concludeert Van Kempen mijns inziens terecht dat ten aanzien van de rechtstreekse gerechtigdheid (de directe beschikkingsmacht) tot de winst er niet of nauwelijks verschil zit tussen personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen. Om die reden en met het draagkrachtbeginsel als dragend uitgangspunt komt Van Kempen tot haar eindconclusie dat er geen goede argumenten zijn om personen-

⁴³ M.L.M. van Kempen, *Rechtspersoonlijkheid en belastingplicht van vennootschappen*, t.a.p., p. 46.

⁴⁴ Zie hiervoor onder paragraaf 2.

⁴⁵ Zie mijn bijdrage aan de Juch-bundel: A.J.A. Stevens, *De mythe van het uitdelingsbesluit*, in: *Over de grenzen van de vennootschapsbelasting*, Juch-bundel, Kluwer (Deventer, 2002), p. 32 – 34.

⁴⁶ Voor de uitwerking van een nieuw inkomensbegrip op basis van de draagkrachtgedachte verwijst ik graag naar de afscheidsrede van A.C. Rijkers, *Een inkomensbegrip voor de 21e eeuw*, Tilburg University (Tilburg, 2013).

vennootschappen als fiscaal transparant te behandelen en stelt zij voor om zowel personenvennootschappen als kapitaalvennootschappen op te nemen in de subjectieve vennootschapsbelastingplicht. Dit komt eveneens wonderwel overeen met de hiervoor besproken kritiek in de Duitse literatuur⁴⁷ op het door het Duitse Bundesverfassungsgericht in stand gelaten onderscheid tussen de belastingheffing van personenvennootschappen (Transparenzprinzip) en kapitaalvennootschappen (Trennungsprinzip). Ik kan mij op zich vinden in de visie van Van Kempen, maar het lijkt mij op dit moment geen goede zaak om alle personenvennootschappen in de subjectieve vennootschapsbelastingplicht te gaan betrekken. Ik wil hiervoor de volgende argumenten aandragen:

- Ook de eenmanszaak kan feitelijk niet de gehele winst voor consumptieve uitgaven gebruiken. Dit vanwege de investerings- en bufferfunctie van ondernemingswinst. Zoals hiervoor reeds is aangegeven (paragraaf 2), zou de belastingheffing van ondernemers in box 1 idealiter dienen te worden omgebouwd tot een tweetrapsraket: een laag (proportioneel) tarief in het jaar van realisatie en bijheffen in het geval van onttrekking (vergelijkbaar met de systematiek van de aanmerkelijkbelanghouder). Het lijkt mij niet verstandig om de fiscale transparantie van personenvennootschappen af te schaffen alvorens in de inkomstenbelasting een dergelijke systeemwijziging is doorgevoerd;
- Hierbij speelt een belangrijke rol dat met name het MKB veel gebruik maakt van (fiscaal transparante) personenvennootschappen. Bij het huidige globale evenwicht en het daaraan gekoppelde omslagpunt prefereren veel kleine ondernemers (MKB) de inkomstenbelasting omdat ze daar lager belast worden vanwege de toepassing van de ondernemersfaciliteiten. Deze kleine ondernemer kun je mijns inziens vooralsnog⁴⁸ niet opzadelen met de hogere belastingdruk van de aanmerkelijkbelanghouder (gecombineerde belastingdruk van vennootschapsbelasting en het box 2 – inkomstenbelastingtarief);
- Een derde argument wordt gevormd door de bedreigingen die er binnen de vennootschapsbelasting bestaan voor de verrekening van verliezen. Deze

⁴⁷ Zie hiervoor onder paragraaf 2.

⁴⁸ Zie voor de kritiek op de plannen van het kabinet-Rutte III ten aanzien van het omslagpunt tussen IB-onderneming en B.V. (aanmerkelijkbelanghouder) P.H.J. Essers, Rechtsvormdiscriminatie in het nationale en internationale belastingrecht, t.a.p., p. 736, die ook verwijst naar de gezamenlijke brief van 14 maart 2018 van de NOB, NOAB, het RB en SRA aan de Minister en Staatssecretaris van Financiën, en naar E.J.W. Heithuis, Kabinet laat MKB in de kou staan! (Opinie), NTFR 2018/971.

bedreigingen zien deels op de mogelijke versoering van het fiscale eenheidsregime (zie mijn betoog hierna) en deels op de in het regeerakkoord van het kabinet-Rutte III aangekondigde verdere beperking (tot zes jaar) van de voorwaartse verliesverrekening. Bij joint ventures is het aangaan van een (fiscaal transparante) personenvennootschap sowieso de enige mogelijkheid om winsten en verliezen rechtstreeks te verrekenen met overige winsten/verliezen van de joint-venture partners. Door het invoeren van vennootschapsbelastingplicht voor personenvennootschappen worden zowel ondernemers/natuurlijke personen als ondernemers/lichamen verder beperkt in hun mogelijkheden om winsten/verliezen te kunnen poolen, wat zowel vanuit de draagkrachtgedachte als het totaalwinstbegrip mij geen goede zaak lijkt.

3.2.4. *Op weg naar een ondernemingswinstbelasting?*

Al met al is het op dit moment te prefereren model naar mijn mening het Duitse duale systeem op basis van het onderscheid tussen kapitaalvennootschappen (zelfstandig vennootschapsbelastingplichtig) en personenvennootschappen (fiscaal transparant). Het globale evenwicht moet dan vooralsnog de rechtsvormneutraliteit waarborgen. Dit in afwachting van een meer rechtsvormneutralere vorm van ondernemingswinstbelasting. De afschaffing van het criterium van de vrije verhandelbaarheid leidt mijns inziens tot meer fiscale transparantie en meer rechtsvormneutraliteit (alle personenvennootschappen worden fiscaal op eenzelfde manier behandeld). Mogelijk is deze afschaffing minder in overeenstemming met het draagkrachtbeginsel, maar uit de praktijk zijn tot op heden weinig signalen naar voren gekomen dat de fiscale transparantie van personenvennootschappen tot grote problemen op dit punt leidt⁴⁹. De lage belastingdruk in Box 1 voor ondernemers vanwege de ondernemersfaciliteiten (zelfstandigenaftrek en mkb-winstvrijstelling) zal daar ongetwijfeld behulpzaam bij zijn geweest.

Zoals hiervoor reeds is aangestipt, is er voor een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting al veel onderzoek verricht en de nodige, meer of minder uitgewerkte voorstellen gedaan⁵⁰. Het huidige tijdsgewricht, met een aantrekkelijke economie en een kabinet dat plannen heeft voor tariefsverlagingen in

⁴⁹ Bijvoorbeeld doordat de vennoten van een VOF de verschuldigde inkomstenbelasting niet uit de personenvennootschap kunnen onttrekken, omdat de liquiditeiten benodigd zijn voor ondernemingsinvesteringen.

⁵⁰ Zie voor een overzicht P.H.J. Essers, *Rechtsvormdiscriminatie in het nationale en internationale belastingrecht*, t.a.p., p. 737-739.

de inkomsten- en vennootschapsbelasting, lijkt mij het ideale tijdstip om deze plannen om te zetten in daden. In de verschillende voorstellen over een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting lijkt grotendeels consensus te bestaan over de hiervoor beschreven, getrapte tariefstructuur met een laag proportioneel tarief voor de gerealiseerde winst en een bijheffing bij onttrekking. De ideeën lopen echter uiteen over de wijze waarop de voor de ondernemingswinstbelasting relevante winst zou moeten worden bepaald. In een recente WFR-bijdrage onderscheidt Peter Essers⁵¹ in dat verband twee modellen, het 'separate entity'-model en het 'dependent entity'-model. In het 'separate entity'-model wordt de huidige vennootschapsbelastingssystematiek (niet-afrekbare dividenden, maar wel afrekbare loon-, huur- en rentebetalingen) doorgetrokken naar de IB-onderneming, zodat de gebruikelijkloonregeling en transfer pricing-problemen ook binnen de IB-onderneming gaan spelen. In het 'dependent entity'-model wordt de huidige IB-systematiek (alle vergoedingen, zowel dividend, als loon-, huur- en rentebetalingen niet-afrekbaar) doorgetrokken naar de ondernemingswinstbelasting van de B.V. met aanmerkelijkbelanghouder/DGA (alsof de B.V. als fiscaal transparant wordt aangemerkt). Hoewel het mij noodzakelijk lijkt om beide varianten verder uit te werken en de voor- en nadelen af te wegen, heb ik vooralsnog een lichte voorkeur voor het 'dependent entity'-model, omdat dit model mijns inziens meer recht doet aan de economische realiteit van de vereenzelving tussen ondernemer en onderneming die er zowel bij de IB-ondernemer als bij de aanmerkelijkbelanghouder/DGA op eenzelfde wijze bestaat⁵². In de economische realiteit zijn gebruikelijk loon, tbs-regeling en 'arm's length'-vergoedingen slechts hinderlijke, fiscale "spel"-regels: als we een systeem kunnen bedenken waarbinnen we dergelijke fiscale "spel"-regels kunnen vermijden, dan zou daar bepaald mijn voorkeur naar uitgaan.

Samenvattend is mijn voorstel ter verbetering van de statische rechtsvormneutraliteit om als stap 1 het criterium van de overdraagbaarheid voor de zelfstandige vennootschapsbelastingplicht te schrappen, waardoor alle personenven-

⁵¹ P.H.J. Essers, Rechtsvormdiscriminatie in het nationale en internationale belastingrecht, WFR 2018/73.

⁵² Arie Rijkers, die ook een aantal malen de fiscaal transparante B.V. voor de DGA heeft bepleit, omschrijft het in zijn afscheidsrede als volgt: "De oplossing ligt toch voor de hand: substance over form, laat de materiële werkelijkheid boven de vorm gaan. Behandel de groot-aandeelhouder van een bv als een firmant van een vol." Zie A.C. Rijkers, Een inkomensbegrip voor de 21e eeuw, afscheidsrede, t.a.p., p. 30, en ook zijn aantekening over de transparante B.V. in het bijzondere nummer van V-N aangeboden aan Leo Stevens, 2014/27, p. 77 - 80.

nootschappen fiscaal transparant worden. Dit zou de eerste stap zijn naar de invoering van een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting (stap 2) die naar mijn mening het beste via het 'dependent entity'-model kan worden vormgegeven. Als gevolg van beide stappen zal de fiscale transparantie in de vennootschapsbelasting toenemen. Stap 1 kan vrijwel meteen worden ingevoerd⁵¹, maar de invoering van stap 2 zal nog het nodige denkwerk⁵² en ook een zekere overgangperiode⁵³ vergen.

3.2.5. Een optiemodel als 'third best solution'?

Ik heb mij afgevraagd of voor de tussenliggende periode tot aan de invoering van een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting (dus tussen stap 1 en 2) niet een maatregel kan worden bedacht om de (statische en/of dynamische) rechtsvormneutraliteit⁵⁴ te bevorderen en meen die te hebben gevonden in de introductie van een optiemodel⁵⁵. Wat mij betreft zou een dergelijk optiemodel beide kanten op kunnen werken, in die zin dat het aan vennootschapsbelastingplichtige lichamen de mogelijkheid biedt om te opteren voor fiscale transparantie en aan fiscaal transparante personenvennootschappen de mogelijkheid biedt om te opteren voor vennootschapsbelastingplicht. Het grote voordeel van een dergelijke aanvulling is dat ondernemers de civielrechtelijke rechtsvorm kunnen kiezen die het beste bij hen past zonder de fiscale nadelige gevolgen van die keuze te hoeven accepteren. Indien de ondernemer de B.V.-vorm bijvoorbeeld

⁵¹ Uiteraard dient nog een passende overgangsmaatregel te worden ontworpen voor de bestaande "open" personenvennootschappen, zoals de open C.V.'s. Saillant detail hierbij is dat de ATAD 2 Nederland juist dwingt om C.V.'s die gebruikt worden in reverse hybrid-structuren onder omstandigheden als vennootschapsbelastingplichtig lichaam aan te merken.

⁵² Te denken valt o.a. aan de problematiek van beleggingen die in de onderneming c.q. B.V. worden aangehouden en de positie van de buitenlandse ondernemer c.q. aanmerkelijkbelanghouder. Ook zal er een oplossing moeten worden bedacht voor de aandeelhouders zonder aanmerkelijk belang.

⁵³ De omzetting in een getrappt tariefstelsel zal alleen mogelijk zijn via afbouw van de ondernemingsfaciliteiten (zelfstandigafbrek en MKB-winstvrijstelling, ook wel de 'gouden kooi' genaamd) en dat zal niet van de een op de andere dag kunnen worden doorgevoerd. Zie ook P.H.J. Essers, *Rechtsvormdiscriminatie in het nationale en internationale belastingrecht*, t.a.p., p. 737 – 739.

⁵⁴ In de CPB Policy Brief, *Fiscaliteit en de rechtsvorm van ondernemingen*, 2017/12, wordt op basis van gegevens uit de periode 2007 – 2014 geconcludeerd dat de eerste keuze voor een rechtsvorm vaak de definitieve keuze blijkt te zijn. Mijns inziens ten onrechte wordt uit deze vaststelling over deze periode de conclusie getrokken dat het ontbreken van fiscale rechtsvormneutraliteit niet zo'n een probleem voor ondernemers en daarmee voor beleidsmakers behoeft te zijn. Ook Essers is kritisch ten aanzien van deze conclusie: zie P.H.J. Essers, *Rechtsvormdiscriminatie in het nationale en internationale belastingrecht*, t.a.p., p. 737.

⁵⁵ Ook dit idee is niet nieuw, maar in het verleden wel vaker voorgesteld. Zie voor een recent pleidooi voor de invoering van een optiestelsel A.C. Bobeldijk, *De transparante BV (Column)*, WFR 2017/115, p. 728/729.

het meest geschikt acht, maar het gezien zijn winstniveau nog aantrekkelijker is om in de inkomstenbelasting belast te worden, kan hij de B.V.-vorm combineren met belastingheffing in de inkomstenbelasting. Ook de overgang van het ene fiscale regime (IB-ondernemer) naar het andere (dubbele belastingdruk van vennootschapsbelasting en aanmerkelijkbelangheffing in Box 2) kan eenvoudigweg plaatsvinden via een herziene keuze²⁸ maar zonder de rechtsvorm te hoeven wisselen. Bij joint-ventures kan de beperkte aansprakelijkheid van de B.V.-vorm worden gecombineerd met fiscale transparantie, zodat winsten c.q. verliezen van de joint-venture rechtstreeks gepooled kunnen worden met de eigen resultaten van de joint-venture partners. Als nadelen van een optiestelsel werden in het verleden vaak de complexiteit van een dergelijk systeem genoemd, alsmede de misbruikgevoeligheid, met name in internationaal verband. Indien een optiestelsel alleen als aanvulling op de bestaande systematiek (na invoering van stap 1 is dat het door mij voorgestelde duale systeem, waarin alle kapitaalvennootschappen vennootschapsbelastingplichtig en alle personenvennootschappen fiscaal transparant zijn) wordt ingezet, lijkt mij de complexiteit (en daardoor ook de uitvoerbaarheid door de Belastingdienst) mee te vallen. In dat geval worden slechts de belastingplichtigen die het optiestelsel willen gebruiken met de complexiteit geconfronteerd. Daarbij komt dat we voor de herziening van een keuze al (ook complexe) fiscale faciliteiten kennen (geruisloze inbreng en geruisloze terugkeer²⁹) die kunnen worden gebruikt. Er hoeft derhalve geen geheel nieuw systeem ontwikkeld te worden. De misbruikgevoeligheid van een optiestelsel in de handen van het internationaal opererende concern is een terecht punt van zorg. Echter, op dit gebied valt een aantal veranderingen te signaleren die de grootste zorgen op dit punt naar mijn mening wegnemen. In de eerste plaats is met ingang van 1 januari 2012 de objectvrijstelling van art. 15e Wet VPB 1969 ingevoerd, zodat de import van buitenlandse vaste inrichtingsverliezen, zo men hier al kan spreken van misbruik, niet langer mogelijk is. Daarnaast kan Action 2 van het BEPS-project worden genoemd op grond waarvan een set van regels is ontworpen waarmee het oneigenlijk gebruik (grondslaguitholling) van hybride entiteiten c.q. andere hybride structuren grotendeels kan worden ondervangen. Zoals bekend is Nederland als EU-lidstaat als gevolg van de ATAD 2 gehouden deze set van regels op korte termijn in de Nederlandse wetgeving te implementeren. Afhankelijk van de

²⁸ Die dan uiteraard fiscaal neutraal moet kunnen plaatsvinden.

²⁹ De geruisloze terugkeer kan slechts worden toegepast bij natuurlijke personen/aandeelhouders, maar deze ommissie kan dan meteen worden hersteld.

implementatie van deze regels door Nederland lijkt mij dat het oneigenlijke gebruik van hybride entiteiten, wat zeker door een optiestelsel gefaciliteerd wordt, tot een minimum beperkt kan worden. Al met al lijkt mij na implementatie van de BEPS- en ATAD 2-regelgeving het invoeren van een (ondersteunend) optiestelsel het overwegen waard, omdat de voordelen (hogere rechtsvormneutraliteit) mijns inziens vele malen groter zijn dan de inmiddels beperkte nadelen (complexiteit en beperkte misbruikgevoeligheid). Daar komt bij⁶⁰ dat via een dergelijk optiestelsel alvast (op vrijwillige basis) proef kan worden gedraaid voor de overgang naar een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting via het 'dependent entity'-model (stap 2). Of de invoering van een optiestelsel tot meer fiscale transparantie in de vennootschapsbelasting zal leiden, dient te worden afgewacht. Indien het huidige omslagpunt in de belastingheffing van ondernemingen niet dramatisch wijzigt⁶¹ en de mogelijkheden tot verliesverrekening verder worden beperkt, verwacht ik dat de optie voor fiscale transparantie door vennootschapsbelastingplichtige lichamen vele malen vaker zal worden gebruikt dan omgekeerd (optie voor vennootschapsbelastingplicht door fiscaal transparante personenvennootschappen). In dat geval zal derhalve de invoering van een optiestelsel niet alleen tot meer rechtsvormneutraliteit leiden, maar ook tot meer fiscale transparantie in de vennootschapsbelasting.

3.3 Het fiscale eenheidsregime

3.3.1 Algemeen

Ook het fiscale eenheidsregime staat in het brandpunt van de maatschappelijke belangstelling. Vanwege recente jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) wordt in de literatuur zelfs het einde van de huidige fiscale eenheidsregeling aangekondigd⁶². In 2003 is de wettelijke regeling van de fiscale eenheid op een aantal punten grondig aangepast. Binnen het kader van deze inaugurele rede vragen met name twee aanpassingen nader aandacht. In de eerste plaats is, zoals hiervoor reeds is aangestipt, de zogenaamde 'opgaan-in' gedachte vervangen door een 'toerekening aan'- benadering. Daar-

⁶⁰ Het optiestelsel kan mogelijk ook goede diensten verrichten bij de hiervoor (paragraaf 3.1) gesignaleerde problematiek van de fiscale transparantie van NSW-lichamen en de ontwikkeling van een nieuw systeem voor fiscale beleggingsinstellingen.

⁶¹ Dat wil zeggen dat bij lage winstniveaus de IB-onderneming aantrekkelijker blijft.

⁶² E.J.W. Heithuis, Het einde van de fiscale eenheid VPB in zicht?, WFR 2015/1136.

door voldoet ook het fiscale eenheidsregime aan de door mij gehanteerde uitgangsfinitie van fiscale transparantie. In de tweede plaats is de mogelijkheid tot het aangaan van een grensoverschrijdende fiscale eenheid, dat wil zeggen een fiscale eenheid tussen een in het buitenland gevestigd lichaam (moeder- of dochtermaatschappij)⁶⁵ met een in Nederland gevestigd lichaam per 1 januari 2003 afgeschaft. Deze tweede wijziging is de aanleiding geweest tot inmiddels een reeks van arresten van de Hoge Raad en het Hof van Justitie.

3.3.2 *Het neutraliteitsbeginsel als grondslag voor de fiscale eenheid*

Ook bij de fiscale eenheidsregeling (als vorm van fiscale transparantie) wordt in de literatuur⁶⁴ gewezen op de neutraliteitsgedachte, in het bijzonder de rechtsvormneutraliteit, als dragend beginsel. Ook hier kan de link met het gelijkheidsbeginsel worden gelegd in die zin dat economisch gelijke situaties (een concern) op eenzelfde wijze (neutraal: zo min mogelijk verstorend) worden behandeld. In zijn proefschrift⁶⁵ omschrijft Reinout Kok deze neutraliteitsgedachte als volgt: "De belastingwetgever moet zoveel mogelijk neutraal staan tegenover de wijze waarop belastingplichtigen 'hun zaakjes' organiseren, dus ook ten opzichte van de keuze om de onderneming over meerdere entiteiten te verdelen of te concentreren in één entiteit. Zonder de regeling van de fiscale eenheid zou concentratie in één juridische eenheid in de hand worden gewerkt, waardoor niet zou kunnen worden geprofiteerd van de voordelen⁶⁶ die concernvorming biedt."⁶⁷ Afgezet tegen het neutraliteitsbeginsel scoort de Nederlandse fiscale eenheidsregeling hoog, omdat niet alleen verliezen en winsten van de fiscale eenheidsmaatschappijen met elkaar verrekend kunnen worden, maar de fiscale eenheid een volledige winst- en vermogensconsolidatie betekent (vergelijkbaar met de fiscale transparantie) zodat er fiscaal inderdaad in beginsel geen verschil

⁶⁴ In het vervolg van deze rede zal ik het in het buitenland gevestigde lichaam korthedshalve aanduiden als buitenlandse moeder- of dochtermaatschappij.

⁶⁵ Q.W.J.C.H. Kok, De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, ac, proefschrift, SDU (Amersfoort, 2005), Fiscaal wetenschappelijke reeks nr. 5, p. 64 – 65.

⁶⁶ Q.W.J.C.H. Kok, De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, t.a.p., p. 64.

⁶⁷ Voor de motieven en voordelen voor c.q. van concernvorming verwijs ik korthedshalve eveneens naar Q.W. J. C.H. Kok, De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, t.a.p., p. 26 – 28.

⁶⁸ In een latere gezamenlijke publicatie wordt de neutraliteitsgedachte als volgt verwoord: "Indien er bedrijfseconomische, organisatorische en/of juridische motieven zijn om een onderneming casu quo ondernemingen te verdelen over meerdere lichamen in plaats van de onderneming(en) in één lichaam uit te oefenen, dient de belastingheffing daar zo min mogelijk obstakels tegen op te werpen." Q.W.J.C.H. Kok/R.J. de Vries, Blauwdruk voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, WFR 2018/37, p. 241.

bestaat tussen de situatie dat een concern zijn onderneming(en) door middel van één juridische entiteit of meerdere juridische entiteiten drijft. Daar komt bij dat deze volledige consolidatie ook veel administratieve voordelen⁶⁸ kent (voor zowel belastingplichtigen als de Belastingdienst!) in de vorm van het slechts hoeven opstellen van één aangifte vennootschapsbelasting en het zich fiscaal niet hoeven te bekreunen over interne vermogensverhoudingen c.q. vermogenstransacties tussen fiscale eenheidsmaatschappijen. Al met al lijkt de Nederlandse fiscale eenheidsregeling vanuit het neutraliteitsbeginsel de optimale regeling, geen behoefte derhalve aan meer fiscale transparantie, hoewel er nog wel twee minpunten te constateren vallen. In de eerste plaats kent de fiscale eenheidsregeling als eigendomsgrens sinds 1 januari 2003 een percentage van 95% (voorheen: 100%, de facto 99%) wat betekent dat er mogelijk dochtermaatschappijen die tot een concern behoren (afhankelijk van de definitie van concern die wordt gehanteerd) niet tot de fiscale eenheid kunnen behoren⁶⁹. Vanuit de volledige vermogensconsolidatie is echter een beperking tot 100%-eigendomssituaties goed verdedigbaar; het 95%-percentage is daarvan dan een praktische uitwerking⁷⁰. In de tweede plaats is vanuit de neutraliteitsgedachte niet goed verklaarbaar waarom in het buitenland gevestigde (moeder- of dochter) maatschappijen die tot eenzelfde concern behoren, uitgesloten zouden moeten zijn van de fiscale eenheidsregeling.

3.3.3. *Europeesrechtelijke ontwikkelingen en reparatiewetgeving*

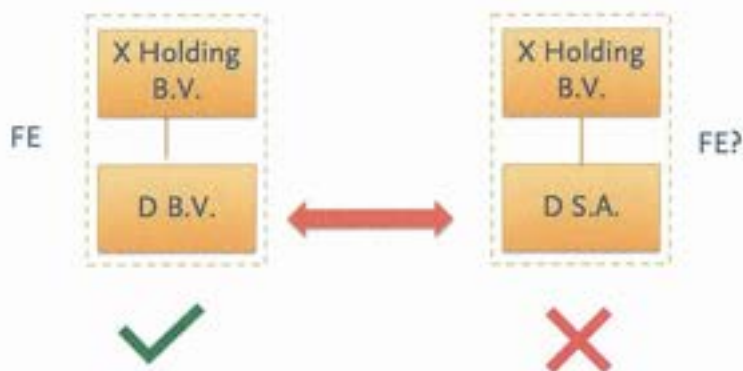
Juist deze uitsluiting van in het buitenland gevestigde groepsmaatschappijen is aanleiding geweest voor de recente jurisprudentie van Hoge Raad en Hof van Justitie en de als gevolg daarvan aangekondigde reparatiewetgeving. Het verwondert niet dat de eerste procedure over de grensoverschrijdende fiscale eenheid ging over één van de grote voordelen van de fiscale eenheid, te weten rechtstreekse winst- en verliespooling. Een buitenlandse groepsvennootschap die verliezen lijdt, kan niet worden opgenomen in een fiscale eenheid, terwijl

⁶⁸ Voor een volledig overzicht van voordelen verwijs ik korthedshalve naar Q.W.J.C.H. Kok/R.J. de Vries, *Blauwdruk voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, t.a.p., p. 241 – 242.

⁶⁹ Zie Q.W.J.C.H. Kok, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, t.a.p., p. 82 – 85, voor een overzicht en discussie rondom de verschillende voorstellen voor een lager eigendomsvereiste.

⁷⁰ Zo ook Q.W.J.C.H. Kok, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, t.a.p., p. 83.

dat wel mogelijk is bij een binnenlandse groepsvennootschap. Schematisch kan dit onderscheid als volgt worden weergegeven:



Een strijdigheid met het primaire EU-recht lijkt voor de hand te liggen. Daarbij dient bedacht te worden dat in de periode 2003 tot en met 2011⁷⁵ verliezen van een buitenlandse vaste inrichting (met inhaalregeling) aftrekbaar waren van de wereldwinst van het Nederlandse hoofdhuis en dat op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad over de wettelijke regeling tot en met 2002 een buitenlandse fiscale eenheidsdochtermaatschappij “converteerde” in een vaste inrichting. Met andere woorden, strijd met het primaire EU-recht zou leiden tot een aftrekbaar vaste inrichtingsverlies bij de Nederlandse moedermaatschappij van de grensoverschrijdende fiscale eenheid. In het X Holding-arrest⁷⁶ heeft het HvJ EU echter dit beroep op de vrijheid van vestiging afgewezen op grond van de rechtvaardigheidsgrond van het fiscale territorialiteitsbeginsel c.q. de evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheden tussen EU-lidstaten.

Leek de rust op het fiscale eenheidsfront met het X Holding-arrest voorlopig te zijn teruggekeerd, als gevolg van latere jurisprudentie van het Hof van Justitie (over niet-Nederlandse zaken, met name het Groupe Steria-arrest⁷⁷), leek het HvJ EU een grensoverschrijdende fiscale eenheid niet geheel af te wijzen, maar

⁷⁵ Met ingang van 1 januari 2012 is de objectvrijstelling van art. 15e Wet VPB 1969 ingevoerd en zijn buitenlandse vaste inrichtingsverliezen evenals -winsten vrijgesteld.

⁷⁶ HvJ EU 25 februari 2010, C-337/08 (X Holding B.V.), BNB 2010/166.

⁷⁷ HvJ EU 2 september 2015, C-386/14 (Groupe Steria), BNB 2015/223.

dient "per element" bekeken te worden of sprake is van een discriminatie en of die eventueel te rechtvaardigen valt. Niet geheel onverwacht zijn daarop twee nieuwe zaken (X B.V. en X N.V.) voorgelegd door de Hoge Raad aan het Hof van Justitie, juist op twee punten ("cherry-picking") waar een grensoverschrijdende fiscale eenheid voordeel zou kunnen hebben voor vennootschapsbelastingplichtige concerns: de renteaftrekkingsregeling van art. 10a Wet VPB 1969 en de mogelijkheid om koersverliezen geleden op een buitenlandse vaste inrichting ten laste van de wereldwinst van het hoofdhuis te brengen. Op 22 februari 2018 heeft het HvJ EU uitspraak gedaan in de voornoemde zaken X B.V. en X N.V.⁷⁴ en daarbij het beroep op de grensoverschrijdende fiscale eenheid ten aanzien van art. 10a Wet VPB 1969 toegewezen en het beroep ten aanzien van de aftrek van valutaresultaten afgewezen, daarmee de conclusie van A-G Campos Sánchez-Bordona van 25 oktober 2017⁷⁵ in deze beide zaken volgend. Op het tijdstip van afronden van dit manuscript⁷⁶ heeft de Hoge Raad nog geen eindarrest gegeven in deze beide zaken en gezien de kritiek in zowel de literatuur als in de nadere conclusie van A-G Wattel⁷⁷ op c.q. bij de X B.V.-zaak (de samenloop van de fiscale eenheidsregeling en de anti-misbruikbepaling van art. 10a Wet VPB 1969) is het nog niet duidelijk of de Hoge Raad de uitspraak van het HvJ EU in deze zaak⁷⁸ wel gaat volgen. De Staatssecretaris heeft de arresten van het Hof van Justitie niet afgewacht (en dus de einduitspraak van de Hoge Raad al helemaal niet) en op de dag van verschijnen van de conclusie van de A-G HvJ EU (25 oktober 2017) noodmaatregelen aangekondigd om de ongewenste effecten van het arrest van het HvJ EU met terugwerkende kracht tot die datum te

⁷⁴ HvJ EU 22 februari 2018 in de gevoegde zaken X B.V. (C-398/16) en X N.V. (C-399/16) tegen Staatssecretaris van Financiën, BNB 2018/92.

⁷⁵ A-G HvJ EU 25 oktober 2017, nr. C-398/16 (X B.V. en X N.V.), V-N 2017/52.12.

⁷⁶ Het manuscript is bijgewerkt tot 1 augustus 2018. Op 1 augustus 2018 is het Verslag bij het Wetsvoorstel spoedreparatie fiscale eenheid vastgesteld (Tweede Kamer, vergaderjaar 2017 – 2018, kst 34 959, nr. 5), waarin een groot aantal vragen door verschillende fracties zijn gesteld.

⁷⁷ Conclusie A-G 8 juni 2018, nr. 15/00194.

⁷⁸ Ook in de X N.V.-zaak heeft A-G Wattel een nadere conclusie d.d. 12 juni 2018, nr. 15/00878bis, het licht laten zien, waarin hij de motivering niet geheel juist acht, maar wel de beslissing van het HvJ EU (geen strijd met het EU-recht) onderschrijft. Ik laat deze conclusie in het kader van deze inaugurele rede verder onbesproken, omdat ik verwacht dat de Hoge Raad de beslissing van het HvJ EU (en daarmee de conclusie van A-G Wattel) gaat volgen. In het arrest in de X N.V.-zaak herhaalt het HvJ EU zijn eerdere uitspraak (o.a. uit het X Holding-arrest) dat de lidstaat van oorsprong niet verplicht is om niet-ingezeten ondernemingen en in een andere EU-lidstaat gevestigde vaste inrichtingen (outbound-situaties) fiscaal gelijk te behandelen. Vanuit het vrije recht van vestiging en het rechtsvormneutraliteitsbeginsel blijft mij dat bevreemden.

repareren. Op 6 juni 2018 (dus twee dagen voor de nadere conclusie van A-G Wattel⁷⁹) is het wetsvoorstel⁸⁰ bij de Tweede Kamer ingediend, waarin de Staatssecretaris de route kiest om het fiscale eenheidsregime te beperken voor een aantal elementen (waaronder de regeling van art. 10a Wet VPB 1969) waarvoor mogelijk strijdigheid met het primaire EU-recht bestaat. Reeds voor het verschijnen van de nadere conclusie van A-G Wattel is van diverse kanten (wetenschap, bedrijfsleven, advieswezen, Raad van State en de Belastingdienst) kritiek geuit op de aankondigde noodmaatregelen. Deze kritiek laat zich als volgt samenvatten: de noodmaatregelen bevatten aanzienlijke overkill⁸¹, kennen een ongerechtvaardigde terugwerkende kracht⁸², en zijn (deels) onuitvoerbaar zowel door belastingplichtigen als door de Belastingdienst⁸³. Het grote probleem van deze overgangsmaatregelen is dat ze niet alleen "cherry-picking" door het internationale bedrijfsleven tegengaan, maar dat de resulterende versobering en toegenomen complexiteit van het fiscale eenheidsregime juist ook het nationale bedrijfsleven treft die veelal geen profijt zullen hebben van het "cherry-picking". Als gevolg van de nadere conclusie van A-G Wattel is de kritiek alleen maar toegenomen en is daar nog de voorvraag bijgekomen of de spoedreparatie überhaupt wel noodzakelijk is, omdat de uitspraak van het HvJ EU niet juist zou zijn (het verkeerde antwoord op een onzorgvuldig geformuleerde vraag). In de visie van A-G Wattel zou het fiscale eenheidsregime ten aanzien van de toepassing van de antimisbruikbepaling van art. 10a Wet VPB 1969 wel in overeenstemming zijn met het Europese vrije vestigingsrecht.

Alvorens nader in te gaan op de mogelijke oplossingsrichtingen voor de door de wetgevende en (Europees)rechterlijke macht geschapen chaos, lijkt het mij goed om nader in te gaan op de uitgangssituatie en de visies van het HvJ EU en A-G

⁷⁹ De conclusie van A-G Wattel is pas op 25 juni gepubliceerd.

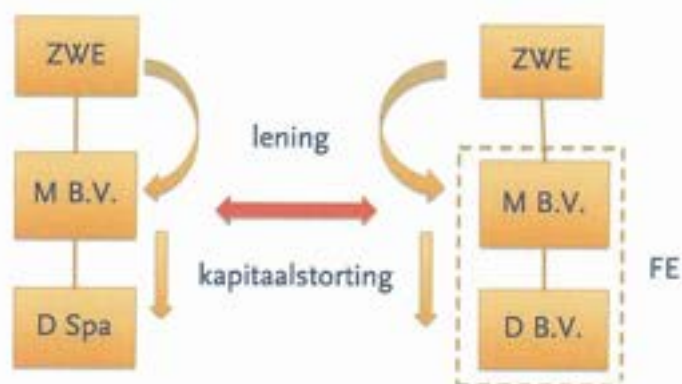
⁸⁰ Wetsvoorstel wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en de Wet op de dividendbelasting 1965 in verband met enkele spoedreparaties inzake de fiscale eenheid en inzake het herstel van een ommissie in de innovatiebox, kamerstuk 34 959 (hierna: Wetsvoorstel spoedreparatie fiscale eenheid).

⁸¹ Zie o.a. het NOB-commentaar op het Wetsvoorstel spoedreparatie fiscale eenheid d.d. 6 juli 2018.

⁸² Zie P.H.M. Simonis, *Fiscale eenheid en spoedreparatiemaatregelen*, MBB 2018/3, p. 81 – 97. Ten aanzien van de al dan niet gerechtvaardigde terugwerkende kracht van deze spoedreparatie zou een constitutionele toetsingsmogelijkheid zeer welkom zijn.

⁸³ Zie o.a. het commentaar van VNO-NCW en MKB-Nederland op het Wetsvoorstel spoedreparatie fiscale eenheid d.d. 9 juli 2018.

Wattel. De uitgangssituatie laat zich, sterk vereenvoudigd, als volgt samenvatten:



De Zweedse concernmoeder verstrekt een lening aan een Nederlandse houdstervennootschap die de verkregen gelden gebruikt voor een kapitaalstorting in een Italiaanse dochtervennootschap. Deze situatie valt in principe onder de regeling van art. 10a Wet VPB 1969, zodat in het geval de Nederlandse B.V. het tegenbewijs van art. 10a, lid 3 Wet VPB 1969 niet kan brengen, de rente op de concernlening niet aftrekbaar is van de Nederlandse winst. Indien (vergelijksituatie) B.V. de kapitaalstorting niet zou doen in een buitenlandse dochtervennootschap maar in een Nederlandse dochtervennootschap, zou de toepassing van art. 10a kunnen worden voorkomen door deze dochtervennootschap op te nemen in een fiscale eenheid. Door de Italiaanse dochtervennootschap uit te sluiten van het fiscale eenheidsregime is de regeling van art. 10a Wet VPB 1969 in strijd met het Europese recht van vrije vestiging en kan de renteaftrekbeperking niet worden toegepast. A-G Wattel brengt hiertegen in dat deze beslissing van het HvJ EU slechts juist zou zijn, indien het risico op grondslaguitholling als gevolg van intra-groep financiering (het misbruik waarvoor art. 10a Wet VPB 1969 in het leven is geroepen) in een binnenlandse situatie even groot zou zijn als in een grensoverschrijdende situatie. Dat is in de visie van A-G Wattel echter niet zo, zeker niet in de situatie van kapitaalstortingen, en daar is het HvJ EU mogelijk door de Hoge Raad op het verkeerde been gezet. In een binnenlandse situatie wordt de winst die de dochtervennootschap met de ontvangen kapitaalstorting genereert, gewoon belast met Nederlandse vennootschaps-

belasting, terwijl de winst die de buitenlandse vennootschap met de ontvangen kapitaalstorting realiseert buiten de Nederlandse heffingsjurisdictie valt. Het risico van grondslaguitholling is daardoor in een grensoverschrijdende situatie vele malen hoger dan in de binnenlandse situatie. Op grond van recente jurisprudentie van het HvJ EU (met name de Hornbach-Baumarkt zaak⁸⁴) concludeert A-G Wattel dat in het geval van antimisbruikbepalingen een EU-lidstaat wel een verschil mag maken tussen binnenlandse en grensoverschrijdende situaties, mits dat verschil voldoende gerechtvaardigd wordt bijvoorbeeld door het territorialiteitsbeginsel c.q. de evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheden of misbruikbestrijding⁸⁵. A-G Wattel acht in de X B.V.-zaak het verschil voldoende gerechtvaardigd op grond van het territorialiteitsbeginsel c.q. de evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheden. Daarmee zou de regeling van art. 10a Wet VPB 1969 EU-conform zijn en de noodmaatregelen (aanpassing van het fiscale eenheidsregime) overbodig zijn.

Welke alternatieven staan de wetgever nu open om bovenstaande chaotische situatie op te lossen? Hierbij dient – nu de Staatssecretaris zijn wetsvoorstel inzake spoedmaatregelen (met terugwerkende kracht) reeds heeft ingediend – zowel de korte als de wat langere termijn in de gaten gehouden te worden. In de literatuur worden de volgende voorstellen gedaan:

1. Aanpassing van de regeling van art. 10a Wet VPB 1969;
2. Aanpassing van de fiscale eenheidsregeling met de voorgestelde noodmaatregelen;
3. Vervanging van de huidige fiscale eenheidsregeling door een alternatieve regeling, bijvoorbeeld de Engelse group relief-regeling;
4. Introductie van een grensoverschrijdende fiscale eenheid.

Vanuit het hiervoor geformuleerde uitgangspunt van de rechtsvormneutraliteit en het gegeven dat de huidige fiscale eenheidsregeling in hoge mate aan dit uitgangspunt voldoet, lijkt mij dat het streven zou moeten zijn om de huidige fiscale eenheidsregeling zoveel mogelijk te behouden. Bezien vanuit het beginsel van rechtsvormneutraliteit handhaaft het eerste alternatief de status quo.

⁸⁴ HvJ EU 31 mei 2018, zaak C-382/16 (Hornbach-Baumarkt).

⁸⁵ Bij misbruikbestrijding twijfelt A-G Wattel aan de proportionaliteit. Zie punt 1.21 van zijn nadere conclusie van 8 juni 2018.

Het tweede en derde alternatief leiden tot een vermindering van rechtsvormneutraliteit en het vierde leidt (potentieel) tot een vergroting van de rechtsvormneutraliteit. Vanuit het uitgangspunt van de rechtsvormneutraliteit is derhalve alternatief i. acceptabel en zou alternatief iv. de voorkeur hebben. Echter, naast het uitgangspunt van rechtsvormneutraliteit dienen mijns inziens nog andere criteria in de afweging te worden betrokken⁸⁶, zoals de EU-rechtelijke houdbaarheid, de impact op het staatsbudget⁸⁷ en de impact op de uitvoerbaarheid (zowel door belastingplichtigen als door de Belastingdienst). Belangrijk uitgangspunt lijkt mij daarbij dat het zuiver binnenlands opererend bedrijfsleven, dat veel baat heeft bij de huidige regeling van de fiscale eenheid en weinig voordeel van het "cherry-picking" van de per-element benadering, door de noodzakelijke wetsaanpassingen zo min mogelijk wordt getroffen. Hierna zal ik de voorgestelde alternatieven elk afzonderlijk in meer detail bespreken en komen tot een afweging.

Ad i. Aanpassing van de regeling van art. 10a Wet VPB 1969

Dit alternatief volgt in feite de nadere conclusie van A-G Wattel dat de regeling van art. 10a Wet VPB 1969 als anti-misbruikregeling wel een verschil mag maken tussen buitenland- en binnenlandsituaties en deze regeling derhalve wel EU-proof is. Een aanpassing van de fiscale eenheidsregeling zou dan niet nodig zijn en de voorgestelde noodmaatregelen zouden kunnen komen te vervallen. In de literatuur⁸⁸ wordt daarbij dan wel voorgesteld om het onderscheid tussen buitenland- en binnenlandsituaties beter (en uiteraard EU-conform) te verankeren in art. 10a Wet VPB 1969. Dit alternatief spreekt mij op zich erg aan, omdat de fiscale eenheidsregeling ongemoeid wordt gelaten en de impact voor het na-

⁸⁶ Zie ook de factsheet van D.S. Smit d.d. 6 juli 2018 aan de Kamercommissie voor Financiën, p. 5. Smit onderscheidt zes beoordelingscriteria en laat alternatief i. weg uit de beschouwing. Bij de introductie van een grensoverschrijdende fiscale eenheid onderscheidt hij tussen de variant van Kok & De Vries en de door hem ontwikkelde "light" variant. Ik bespreek beide varianten als alternatief iv.

⁸⁷ Bij dergelijke spoedreparaties wordt meestal meteen "gedreigd" met budgettaire risico's van "vele honderden miljoenen Euro's" zonder dat daarvoor een nadere onderbouwing wordt gegeven. De afweging van budgettaire risico's ten opzichte van andere beslissingsfactoren wordt daarmee wel erg moeilijk. In dat verband kan de CPB-certificering van budgettaire ramingen bij wetsvoorstellen, ook ten aanzien van het onderhavige wetsvoorstel Spoedreparatie fiscale eenheid, als een positieve ontwikkeling worden gezien. Voor de wens naar meer transparantie van budgettaire en andere fiscale informatie in zijn algemeenheid verwijs ik graag naar paragraaf 6.3 (Maatregel 3: Publicatie van aangiftegegevens) van de rede van collega Stan Stevens.

⁸⁸ Zie o.a. de factsheet Spoedreparatie fiscale eenheid (wv. 34.959) d.d. 5 juli 2018 van J.W. Bellingwout.

tionale bedrijfsleven zeer gering zal zijn. Een aanpassing van art. 10a Wet VPB 1969 kan verder worden aangegrepen om – zeker in het licht van de aanstaande invoering van een earningsstripping maatregel als gevolg van ATAD 1 – nader te bezien of deze regeling niet verder kan worden gestroomlijnd: de laatste jaren is de regeling van art. 10a Wet VPB 1969 als gevolg van reacties van de wetgever op jurisprudentie van de Hoge Raad mijns inziens steeds verder afgeraakt van het oorspronkelijke doel, te weten het tegengaan van grondslaguitholling door “financieringstrucjes” binnen het internationale concern⁸⁹. Echter, het grote nadeel van dit alternatief is uiteraard de EU-rechtelijke houdbaarheid en daarmee het budgettaire risico. Hoewel A-G Wattel, zoals gewoonlijk, erg zeker van zijn zaak is, valt het mijns inziens niet uit te sluiten dat het HvJ EU zijn visie niet (geheel) volgt. Om zekerheid te verkrijgen zou de Hoge Raad⁹⁰ aanvullende prejudiciële vragen dienen te stellen en het is nog maar de vraag of de Hoge Raad daartoe genegen zal zijn. Zonder duidelijkheid omtrent de EU-rechtelijke houdbaarheid lijkt mij het budgettaire risico van dit alternatief te hoog om door te voeren.

Ad ii. Aanpassing van de fiscale eenheidsregeling met de voorgestelde noodmaatregelen

Uitgaande van de juistheid van het arrest van het HvJ EU zijn er theoretisch twee wegen om deze strijd met het primaire EU-recht op te lossen. Enerzijds kan men de anti-misbruikregeling van art. 10a Wet VPB 1969 ook gaan toepassen op (binnenlandse) fiscale eenheidssituaties of anderzijds kan men de fiscale eenheidsregeling gaan toepassen op buitenlandsituaties. De Staatssecretaris kiest bij de voorgestelde noodmaatregelen voor de eerste route⁹¹. Door deze

⁸⁹ Te denken valt aan de uitbreiding van art. 10a met acquisities van derden en de recente wijziging van de tegenbewijsregeling in het geval van indirecte, externe leningen. Zie voor een vergelijking van de regeling van art. 10 en de *fraus legis*-jurisprudentie van de Hoge Raad S.A. Stevens, De toekomst van de renteaftrek in de vennootschapsbelasting, TFO 2017/150, m.n. paragraaf 5 en 6. Voor een kritische beschouwing van de per 1 januari 2018 aangepaste tegenbewijsregeling voor indirecte, externe leningen verwijs ik graag naar R.J. de Vries, Winstdrainagebepaling in de vennootschapsbelasting op de schop, WFR 2017/209.

⁹⁰ Zoals hiervoor reeds is aangegeven, was op het tijdstip van afronden van dit manuscript het eindarrest van de Hoge Raad nog niet gepubliceerd.

⁹¹ Door A-G Geelhoed eerder aangeduid als de gruwel van de interne markt (*‘anathema to the internal market’*; zaak C-524/04, *Thin Cap*): het uitsluiten van EU-rechtelijke risico's door antimisbruikregelingen die eigenlijk alleen voor buitenlandsituaties zijn bedoeld, ook uit te breiden tot binnenlandsituaties. Zie ook de column over dit onderwerp van P.J. Wattel, *Cherry picking en de gruwel van de interne markt*, NJB 2017/41, p. 2180.

noodmaatregelen te continueren in de toekomstige fiscale eenheidsregeling kan in principe het "cherry-picking" van de per-element benadering van het HvJ EU worden opgelost en budgettaire risico's worden ingeperkt. De nadelen van deze benadering zijn echter groot. In de eerste plaats gaat dit alternatief ervan uit dat de wetgever alle elementen waarvoor "cherry-picking" mogelijk is, geheel overziet en deze in de wetgeving incorporeert. Voor zover elementen over het hoofd worden gezien, blijven er budgettaire risico's bestaan. In de tweede plaats is de invoering van dergelijke noodmaatregelen, het wetsvoorstel illustreert dat al, slechts mogelijk via zeer complexe wetgeving die ook tot veel uitvoeringsproblemen (zowel voor het bedrijfsleven als voor de Belastingdienst) kan leiden. Belangrijkste bezwaar dat ik tegen dit alternatief heb, is dat het eigenlijk de oplossing aan de foute kant zoekt, namelijk aanpassing van de fiscale eenheidsregeling in plaats van aanpassing van de (vermeend EU-strijdige) anti-misbruikregeling van art. 10a Wet VPB 1969. Door de fiscale eenheidsregeling op te zadelen met complexe anti-misbruikbepalingen ("alsof geen fiscale eenheid") wordt een groot deel van de attractiviteit van de fiscale eenheidsregeling (vermindering van de rechtsvormneutraliteit) weggenomen bij juist het nationale bedrijfsleven dat in feite geen gebruik kan maken van het "cherry-picking" van de per elementbenadering. Mijn voorkeur gaat derhalve niet uit naar het doorvoeren van dit alternatief op de langere termijn. Op de korte termijn ligt er echter het wetsvoorstel voor de spoedreparatie van de fiscale eenheid (de noodmaatregelen) waarvan hiervoor al is geconstateerd dat het door "vriend en vijand" wordt gekarakteriseerd als aanzienlijke overkill en ongerechtvaardigde terugwerkende kracht bevattend, en (deels) onuitvoerbaar te zijn zowel door belastingplichtigen als de Belastingdienst. Zowel voor de korte termijn als voor de lange termijn lijkt het mij niet verstandig om dit wetsvoorstel door te voeren⁹². De terugwerkende kracht is met name ingevoerd vanwege het budgettaire risico op een eventuele strijdigheid met het EU-recht van de regeling van art. 10a Wet VPB 1969 als gevolg van de per elementbenadering. Het lijkt mij dan ook niet meer dan logisch om de terugwerkende kracht tot deze regeling te beperken. De overkill die in het wetsvoorstel is geconstateerd ziet deels op de uitwerking van de spoedmaatregel voor de regeling van art. 10a Wet VPB 1969 en deels op het opnemen van andere regelingen waarvoor de per elementbenadering zou kunnen worden toegepast. Ten aanzien van de regeling van art. 10a Wet VPB

⁹² Zie ook het uitvoerige NOB-commentaar d.d. 6 juli 2018 op het wetsvoorstel spoedreparatie fiscale eenheid (34 959).

1969 geldt de overgangsmaatregel ook voor leningen binnen fiscale eenheid. Voor dergelijke leningen kan zich echter geen EU-rechtelijke strijdigheid voordoen⁹³, zodat de overkill op dit punt vrij eenvoudig weg te nemen is door de reparatie van art. 10a Wet VPB 1969 te beperken tot leningen die verschuldigd zijn aan verbonden lichamen buiten de fiscale eenheid. Daarnaast zit er een overkill in het wetsvoorstel doordat een aantal noodmaatregelen zijn opgenomen waarvoor het zeer de vraag is of een per elementbenadering daar wel tot een voordelige situatie leidt. Frappant is in dit verband dat zowel in de aankondiging als in het uiteindelijke wetsvoorstel de Staatssecretaris niet in staat is gebleken om bij twee regelingen (de toepassing van bepaalde onderdelen van de deelnemingsvrijstelling en de toepassing van de herwaarderingsverplichting voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen) een voorbeeld te geven waaruit het voordeel van de per elementbenadering dan wel zou bestaan⁹⁴. Daar komt bij dat een van de getroffen regelingen (art. 131 Wet VPB 1969) vermoedelijk per 1 januari 2019 wordt vervangen door de earnings stripping-maatregel uit de ATAD, zodat het opnemen van deze regeling in het wetsvoorstel (met terugwerkende kracht) mij niet nodig lijkt, zeker niet gegeven het feit dat zowel de Belastingdienst als het bedrijfsleven hebben aangegeven dat deze regeling ten aanzien van art. 131 Wet VPB 1969 de facto niet uitvoerbaar is. Ook voor de overige maatregelen, zo er al een "per element"-risico zou zijn, lijken de budgettaire risico's zeer beperkt te zijn en door het aankondigingseffect in combinatie met de lange periode tussen aankondiging en indienen van het wetsvoorstel ondertussen achterhaald te zijn. Om die reden zou mijn voorstel zijn om de noodmaatregelen te beperken tot de (van overkill ontdane) aanpassing van art. 10a Wet VPB 1969.

Mocht de Staatssecretaris voor de toekomst nog EU-rechtelijke en budgettaire risico's zien voor andere elementen van het wetsvoorstel dan zou ik deze liever oplossen door een in de literatuur⁹⁵ voorgestelde tussenregeling waardoor per

⁹³ Zie o.a. G.J. van Eijk, De spoedreparatiemaatregelen in de VPB over 10a Wet Vpb 1969 en "interne leningen", WFR 2018/88, en I.M. de Groot/M.J.A.M. van Gijlswijk, De renteaftrekbeperkingen in spoedreparatieperspectief, WFR 2018/144.

⁹⁴ De door de praktijk aangedragen voorbeelden wijzen in elk geval op een aanzienlijke overkill. Zie voor de problematiek van fiscale eenheden die de tonnageregeling toepassen o.a. C. Roozen/J.W.F. Bevers/W.V. Boldewijn, 't Schip ingaan met de deelnemingsvrijstelling, WFR 2018/145.

⁹⁵ Zie Q.W.J.C.H. Kok, De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting in EU-rechtelijk perspectief, TFO 2016/146, p. 142/143 en D.S. Smit, Kwade wolk boven het fiscale-eenhedsregime: valt het tij nog te keren?, MBB 2018/1, p. 17 - 19.

element de belastingplichtige die een voordeel inroept ook de grensoverschrijdende fiscale eenheid met de daaraan verbonden consequenties ('package deal') heeft te accepteren.

Ad iii. Vervanging van de huidige fiscale eenheidsregeling door een alternatieve regeling

Een variant van de eerstgenoemde route om de misbruikregelingen ook voor binnenlandsituaties toe te passen, zou zijn om de fiscale eenheidsregeling nog verder uit te kleden zodat zij beperkt blijft tot die elementen (denk aan grensoverschrijdende verliesverrekening) die al EU-proof zijn. Het 'fiscale eenheid'-argument kan dan niet meer gebruikt worden bij de elementen die mogelijk aangetast worden door de per elementbenadering. In de literatuur⁶⁶ is daarvoor o.a. de UK Group Relief regeling, die slechts winst- en verliespooling toestaat, voorgesteld. Vanuit de eis van rechtsvormneutraliteit scoort dit alternatief bepaald slecht, zodat dit alternatief mijns inziens niet dient te worden gevolgd. Daar komt bij dat de overgang van het huidige systeem naar een nieuw systeem ongetwijfeld tot complexe overgangsmaatregelen⁶⁷ zal leiden, waardoor juist ook het nationale bedrijfsleven getroffen zal worden.

Ad iv. Introductie van een grensoverschrijdende fiscale eenheid

De hiervoor als tweede genoemde route bestaat uit de introductie van een grensoverschrijdende fiscale eenheid. Bij het bestaan van een grensoverschrijdende fiscale eenheid ontvalt het 'fiscale eenheid'-argument (binnenland-situaties worden bevoordeeld ten opzichte van buitenland-situaties) uit de per elementbenadering en zal de antimisbruikbepaling van art. 10a Wet VPB 1969 niet langer in strijd zijn met het EU-recht. Grote voordelen van deze variant zijn dat het probleem aan de juiste kant wordt aangepakt, de variant budgettair weinig risico's lijkt te kennen, en dat deze wellicht zelfs leidt tot een hoger niveau van rechtsvormneutraliteit. Hoewel de invoering van een grensoverschrijdende fiscale eenheid zeker zal leiden tot complexe regelgeving, worden slechts die

⁶⁶ Zie E.J.W. Heithuis, Het einde van de fiscale eenheid VPB in zicht?, WFR 2015/1136.

⁶⁷ De beperking van de fiscale eenheid tot winst- en verliespooling zal in elk geval ook gecombineerd moeten worden met een onderzoek of de bestaande faciliteiten voor interne reorganisaties wel toereikend zijn om het verlies van de fiscale eenheid als reorganisatiemogelijkheid op te vangen. Zo ook J.A.G. van der Geld, De toekomst van de Nederlandse vennootschapsbelasting, afscheidsrede, Tilburg University (Tilburg, 2016), p. 12. Van der Geld is eveneens voorstander van een grensoverschrijdende fiscale eenheid als oplossing voor een eventuele positieve beslissing van het HvJ EU ten aanzien van de 'per element'-benadering bij de Nederlandse fiscale eenheid.

belastingplichtigen die gebruik maken van de grensoverschrijdende fiscale eenheid getroffen door deze complexiteit. Dat betekent dat de toegevoegde complexiteit vooralsnog aan het nationale bedrijfsleven voorbij lijkt te gaan. Om deze redenen lijkt mij op de langere termijn de introductie van een grensoverschrijdende fiscale eenheid het te prefereren alternatief. In de literatuur zijn inmiddels al twee varianten voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid voorgesteld en deels in detail uitgewerkt: een 'overall' grensoverschrijdende fiscale eenheid door Reinout Kok en Rudolf de Vries⁹⁸ en een 'light' variant door Daniel Smit⁹⁹. In de 'light' variant wordt een grensoverschrijdende fiscale eenheid verplicht opgelegd¹⁰⁰ voor die voordelen die op grond van de per elementbenadering uiteindelijk door het HvJ EU als discriminerend worden aangemerkt. Een vorm van maatwerk derhalve met een ingebouwd ontmoedigings-effect. In zijn algemeenheid heb ik niet veel met 'light'-producten (ook buiten het fiscale) en hoewel de 'light' variant van Smit mijns inziens de perfecte oplossing was geweest voor een noodmaatregel (in plaats van de nu voorgestelde aanpassingen), gaat mijn voorkeur voor de langere termijn toch uit naar de 'overall' variant conform de blauwdruk van Kok en De Vries. Mijn redenering daarbij luidt als volgt. Hoewel de 'light'-variant van Smit de charme van de eenvoud lijkt te hebben, schijnt mij de uitwerking van deze maatregel nog niet zo eenvoudig. Bij deze uitwerking zullen toch de elementen die mogelijk discriminerend zijn op grond van de per elementbenadering nader geïdentificeerd dienen te worden en lastiger nog, de consequenties van het (verplicht) toepassen van de grensoverschrijdende fiscale eenheid op deze elementen goed uitgewerkt moeten worden. Voorkomen moet immers worden dat het toepassen van de grensoverschrijdende fiscale eenheid tot onbedoelde voordelige effecten leidt voor de (gedwongen) toepassende belastingplichtigen. Een eenvoudig voorbeeld moge dit verduidelijken: ik begrijp de 'light'-variant van Smit zo dat indien de hiervoor geschetste 'storting'-casus van de X B.V.-zaak de belastingplichtige het 'fiscale eenheid'-argument inroept om buiten de renteaftrekbeperking van art. 10a te blijven, hij verplicht het fiscale eenheidsregime krijgt opgelegd ten aanzien van de Italiaanse dochtervennootschap. Indien wij de onderneming van de Italiaanse dochtervennootschap kunnen kwalificeren als een vaste inrichting en de bin-

⁹⁸ Q.W.J.C.H. Kok /R.J. de Vries, Blauwdruk voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, WFR 2018/37, p. 240 e.v.

⁹⁹ D.S. Smit, Kwade wolk boven het fiscale-eenheidsregime: valt het tij nog te keren?, MBB 2018/1, p. 13 e.v.

¹⁰⁰ Vergelijk de 'Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen' van artikel 28b Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

nen concern opgenomen lening aan deze vaste inrichting kunnen alloceren, zal de op de groepslening betaalde rente de facto niet tot aftrek van de Nederlandse winst leiden. Echter, de activiteiten van de Italiaanse dochtervennootschap zullen wellicht niet in alle gevallen tot een vaste inrichting leiden en op grond van de nieuwe OESO-regels (de zogenaamde Authorised OECD Approach, hierna: AOA) zal mogelijk niet in alle gevallen¹⁰⁰ de groepsschuld aan de vaste inrichting kunnen worden gealloceerd, zodat toch flankerende maatregelen moeten worden bedacht en ingevoerd. Een dergelijke exercitie zal dientengevolge toch deels overeenkomen met de exercitie die gemaakt moet worden bij het ontwerpen van een 'overall' grensoverschrijdende fiscale eenheid. Dan kunnen we mijns inziens maar beter meteen doorpakken en een sluitende, misbruik proof 'overall' grensoverschrijdende fiscale eenheid ontwerpen. Temeer, daar er inmiddels al een goed uitgewerkte blauwdruk ligt van de hand van de heren Kok en De Vries, waaruit mijns inziens naar voren komt dat de complexiteit van een dergelijke grensoverschrijdende fiscale eenheid op zich te overzien is. Dit komt deels door het feit dat de ATAD 2 Nederland al dwingt tot het invoeren van complexe anti-misbruikwetgeving en deels doordat we tot 2003 al een grensoverschrijdende fiscale eenheid hebben gekend, waardoor er al ervaring en relatief veel jurisprudentie bestaat op dit gebied. In feite dient bij het ontwerpen van een grensoverschrijdende fiscale eenheid een beslissing genomen te worden op een aantal hoofdelementen¹⁰²:

1. het aanmerken van de buitenlandse fiscale eenheidsmaatschappij als vaste inrichting¹⁰³, waarop de objectvrijstelling kan worden toegepast;
2. het alloceren van activa/passiva aan de als vaste inrichting "geconverteerde" buitenlandse fiscale eenheidsmaatschappij, waarbij – om mismatches te voorkomen – de in de ATAD 1 en 2 vastgelegde anti-misbruikregels kunnen

¹⁰⁰ De Staatssecretaris kiest in het besluit van 15 januari 2011, nr. IFZ2010/457M, BNB 2011/91, voor de fungibility approach in plaats van de in de jurisprudentie gehanteerde tracing approach (historische methode). Voor de allocatieverschillen die daardoor als gevolg van een grensoverschrijdende fiscale eenheid kunnen ontstaan, verwijs ik kortheidshalve naar Q.W.J.C.H. Kok/R.J. de Vries, Blauwdruk voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, t.a.p., p. 252/253.

¹⁰¹ Ik beperk mij hierbij tot de situatie van een buitenlandse dochtermaatschappij. Voor de situatie van een buitenlandse moedermaatschappij kan worden verwezen naar het artikel van Q.W.J.C.H. Kok/R.J. de Vries, Blauwdruk voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, t.a.p., p. 262 – 267.

¹⁰² Indien de activiteiten van de buitenlandse dochtermaatschappij niet voldoen aan de gebruikelijke vaste inrichting-definitie van art. 5 OESO-modelverdrag c.q. art. 15f Wet VPB 1969, kunnen de activiteiten per fictie als vaste inrichting worden aangemerkt.

- worden toegepast¹⁰⁴;
3. het toepassen van uitstel van winstneming bij de overdracht van bedrijfsmiddelen aan de buitenlandse fiscale eenheidsmaatschappij, waarbij in hoofdzaak kan worden aangesloten bij de regeling die nu reeds geldt voor de objectvrijstelling (de zogenaamde Hopperzuiger-leer)¹⁰⁵;
 4. het al dan niet elimineren van valutaresultaten bij de winstbepaling van de als vaste inrichting "geconverteerde" buitenlandse fiscale eenheidsmaatschappij, waarbij op grond van de beslissing van het HvJ EU in de X N.V.-zaak de bestaande systematiek van de objectvrijstelling (valutaresultaten belast bij het hoofdhuis) ook bij de buitenlandse fiscale eenheidsmaatschappij kan worden toegepast¹⁰⁶;
 5. het aanpassen van de bestaande regelingen voor voeging en ontvoeging.

Op al deze (hoofd) elementen worden door Kok en De Vries oplossingsvarianten¹⁰⁷ aangedragen, die op mij acceptabel en relatief eenvoudig uitvoerbaar overkomen, zodat de Staatssecretaris deze blauwdruk mijns inziens zonder meer als basis voor een uit te werken wetsvoorstel kan gebruiken.

Ik heb niet de illusie dat met de introductie van een grensoverschrijdende fiscale eenheid de rechtsvormneutraliteit c.q. de fiscale transparantie drastisch gaat toenemen. Vermoedelijk zal deze grensoverschrijdende fiscale eenheid door zijn complexiteit en met name de geringe fiscale voordelen niet veel

¹⁰⁴ Hierbij kan de fictieve toerekening van schulden die zijn aangegaan door de Nederlandse fiscale eenheidsmoeder en causaal verband houden met de buitenlandse dochtermaatschappij, aan de "geconverteerde" buitenlandse vaste inrichting mijns inziens ook als oplossing dienstdoen.

¹⁰⁵ HR 12 februari 1964, BNB 1964/95. Ook onder ATAD 1 kan Nederland de Hopperzuiger-benadering blijven toepassen, wat ook bevestigd wordt in het Consultatiedocument ATAD 1 d.d. 10 juli 2017. Zie ook Q.W.J.C.H. Kok/R.J. de Vries, Blauwdruk voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, t.a.p., p. 253.

¹⁰⁶ Kok en De Vries stellen op dit punt voor om valutaresultaten van de buitenlandse fiscale eenheidsmaatschappij conform de regeling van de deelnemingsvrijstelling vrij te stellen. Ook een dergelijke regeling is mijns inziens EU-proof.

¹⁰⁷ Kok en De Vries zoeken de oplossing m.n. in het aanpassen van de fiscale eenheidsregeling (via een apart hoofdstuk in de wettelijke regeling); als suggestie om nader te onderzoeken wil ik aandragen of het niet eenvoudiger zou zijn om de regeling van de objectvrijstelling aan te passen en die dan zowel op "echte" vaste inrichtingen en op "geconverteerde" vaste inrichtingen op eenzelfde wijze toe te passen. Bijvoorbeeld indien de wetgever valutaresultaten van buitenlandse fiscale eenheidsmaatschappijen wil vrijstellen (conform het voorstel van Kok en De Vries) is het wellicht eenvoudiger en systematisch zuiverder om valutaresultaten ook voor "echte" vaste inrichtingen vrij te stellen en de aangepaste objectvrijstelling synchroon op de "geconverteerde" vaste inrichtingen toe te passen.

worden gebruikt. De introductie van een grensoverschrijdende fiscale eenheid waarborgt echter de neutraliteit c.q. fiscale transparantie van de huidige fiscale eenheidsregeling voor het nationale bedrijfsleven. Ten aanzien van de rechtsvormneutraliteit in internationale situaties onderscheidt Essers in zijn recente WFR-bijdrage¹⁰⁸, evenals in nationale situaties¹⁰⁹, tussen een 'independent entity'-model en een 'dependent entity'-model om te komen tot een rechtsvormneutralere belastingheffing binnen het internationale concern (opheffen van de verschillen in fiscale behandeling tussen de buitenlandse deelneming en de buitenlandse vaste inrichting). In het 'independent entity'-model wordt de vaste inrichting fiscaal hetzelfde behandeld als een dochtervennootschap, wat betekent dat de introductie van transfer pricing-regels (zoals door de OECD ontwikkeld)¹¹⁰ en anti-mismatchregels (zoals bijvoorbeeld opgenomen in de ATAD 1 en 2)¹¹¹ ook voor buitenlandse vaste inrichtingen nodig zal zijn om fiscale winstverschuivingen tussen concernonderdelen tegen te gaan. In het 'dependent entity'-model wordt de buitenlandse dochtervennootschap als vaste inrichting aangemerkt, waarbij dan de nadruk komt te liggen op de verdeling (allocatie) van de winst tussen de verschillende bedrijfsonderdelen in verschillende staten (los van de juridische concernstructuur). Bij deze winstallocatie kan mogelijk de nieuwe AOA-benadering die door de OESO is ontwikkeld voor de winstallocatie tussen vaste inrichtingen worden gebruikt¹¹² of een vorm van 'formulary apportionment' zoals in het voorstel van de Europese Commissie om een CCCTB in te voeren¹¹³. Evenals bij de nationale situaties is mijns inziens nader onderzoek nodig om de voor- en nadelen alsmede de uitvoerbaarheid van beide modellen verder uit te werken, waarbij uiteraard een complicerende factor is

¹⁰⁸ P.H.J. Essers, *Rechtsvormdiscriminatie in het nationale en internationale belastingrecht*, t.a.p., p. 739 – 745.

¹⁰⁹ Zie paragraaf 3.2.4 van deze rede.

¹¹⁰ Het probleem van deze transfer pricing-regels is echter dat het onderliggende basisconcept – de vergelijking met onafhankelijke derden – juist bij internationale concerns veelal niet functioneert, omdat er in het algemeen geen vergelijkbare derden zijn.

¹¹¹ Het probleem van deze anti-mismatchregels is het ontbreken van een onderliggend basisconcept.

¹¹² Zie het voorstel van D.S. Smit, *International Income Allocation under EU Tax Law: Tinker, Tailor, Soldier, Sailor*, inaugurele rede, Tilburg University (Tilburg, 2016), p. 28/29.

¹¹³ Ook het voorstel van J.A.G. van der Geld in zijn afscheidsrede, *De toekomst van de Nederlandse vennootschapsbelasting*, t.a.p., p. 27 – 30, tot invoering van een Europese vennootschapsbelasting gaat uit van het 'dependent entity'-model. Zo ook het door Maarten de Wilde in zijn proefschrift ontworpen model voor de belastingheffing van multinationale ondernemingen. Zie M.F. de Wilde, *'Sharing the Pie': Taxing multinationals in a global market*, ac. proefschrift, Erasmus Universiteit (Rotterdam, 2015).

dat oplossingen voor internationale, fiscale problemen slechts kunnen werken als staten samenwerken en de gekozen oplossing ook gemeenschappelijk wordt geïmplementeerd. Ook voor de internationale situaties gaat mijn voorkeur vooralsnog uit naar het 'dependent entity'-model, omdat dat model mijns inziens beter aansluit bij de economische realiteit van het internationale concern. In deze economische realiteit wordt het internationale concern gezien als één internationaal opererende onderneming, een economische eenheid¹⁴. Indien we fiscale regels kunnen bedenken, en daar ligt inderdaad een stevige uitdaging, die aansluiten bij deze economische eenheid, dan gaat mijn voorkeur daarnaar uit. De grensoverschrijdende fiscale eenheid kan worden gezien als een eerste stap op weg naar een verdere, onvermijdelijke harmonisatie van de belastingheffing van concerns binnen de EU via het 'dependent entity'-model.

3.3.4. *Tussenconclusie*

Al met al lijkt mij – ervan uitgaande dat de Hoge Raad geen nadere prejudiciële vragen gaat stellen in de X B.V.-zaak – de beste oplossing voor de korte termijn om de voorgestelde noodmaatregelen drastisch aan te passen conform de hiervoor omschreven route (overkill er uit en terugwerkende kracht beperkt tot de antimisbruikregeling van art. 10a Wet VPB 1969) en voor de langere termijn een grensoverschrijdende fiscale eenheid te introduceren. Gezien de blauwdruk die al door Kok en De Vries is ontwikkeld en de hiervoor gesignaleerde beperkte aanpassingsnoodzaak moet het toch mogelijk zijn om deze regeling per 1 januari 2020 ingevoerd te hebben. Mocht de wetgever angst hebben voor de EU-rechtelijke houdbaarheid van de versoberde noodmaatregel dan lijkt mij een vorm van tussenregeling zoals door Smit voorgesteld (fiscale eenheid "light") een passende uitbreiding van de noodmaatregelen. Deze uitbreiding kan waarschijnlijk niet met terugwerkende kracht worden ingevoerd, maar invoering

per 1 januari 2019 zou toch mogelijk moeten zijn. Een dergelijke uitbreiding is mijns inziens voldoende om het opstarten van eventuele "per element"-procedures op andere punten dan de antimisbruikregeling van art. 10a Wet VPB 1969 in te dammen.

¹⁴ Zo ook D.S. Smit, *International Income Allocation under EU Tax Law: Tinker, Tailor, Soldier, Sailor*, t.a.p. p. 28.

3.3.5 Optiemodel als aanvullende maatregel?

Evenals bij het onderscheid tussen fiscaal transparante en niet-transparante vennootschappen kan de introductie van een optiemodel als flankerende maatregel bij de fiscale eenheidsregeling goede diensten verrichten om de (statische en/of dynamische) neutraliteit nog verder te verhogen. Door uitoefening van de optie tot fiscale transparantie kunnen zowel binnenlandse als buitenlandse concernvennootschappen die niet aan het 95% criterium voldoen fiscaal toch "meegeconsolideerd" worden. Daarmee wordt – naast het ontbreken van een grensoverschrijdende fiscale eenheid – het tweede minpunt op het gebied van rechtsvormneutraliteit gerepareerd. Ook kan er voor joint ventures die als gevolg van een laag deelnemingspercentage niet kwalificeren als concerndochtervennootschap op die manier fiscale winst- en verliespooling met de overige concernresultaten worden bereikt. Gezien de aanstaande verdere versobering van de voorwaartse verliesverrekening lijkt het optiemodel ook voor joint venture-situaties een juiste stap. Afhankelijk van de uitwerking van de grensoverschrijdende fiscale eenheidsregeling kan ook de omgekeerde variant (optie voor een deelname in een buitenlandse fiscaal transparante personenvennootschap om als niet-transparant te worden behandeld) aantrekkelijk zijn, bijvoorbeeld om de belastingheffing over valutaresultaten buiten de deur te houden. Evenals bij het onderscheid tussen (fiscaal transparante) personenvennootschappen en (vennootschapsbelastingplichtige) kapitaalvennootschappen lijken de nadelen (complexiteit en misbruikgevoeligheid) beperkt te blijven c.q. geminimaliseerd te worden als gevolg van de binnenkort te implementeren anti-misbruikbepalingen (ATAD 2). Ook bij de vennootschapsbelastingplichtige lichamen lijkt mij de optie tot fiscale transparantie – vanwege de hiervoor geschetste voordelen – vaker gebruikt te gaan worden dan de omgekeerde variant. In dat geval zal derhalve de invoering van een optiestelsel niet alleen tot meer rechtsvormneutraliteit leiden, maar ook tot meer fiscale transparantie in de vennootschapsbelasting.

4.
Conclusies

Uit het bovenstaande kunnen mijns inziens de volgende conclusies worden getrokken die tevens een antwoord geven op de hiervoor (paragraaf 1) door mij geformuleerde onderzoeksvragen:

Wat verstaan we onder het begrip 'fiscale transparantie'?

- Onder 'fiscale transparantie' verstaan wij in het algemeen de toerekening van het inkomen van een afzonderlijke entiteit niet aan de entiteit zelf maar aan de achterliggende deelgerechtigden van die entiteit. Belangrijk onderscheidend criterium daarbij is het feit dat de kwalificatie van het inkomen als gevolg van de toerekening niet verandert;
- Als oorsprong van c.q. toetsingsmaatstaf voor het begrip 'fiscale transparantie' wordt in de literatuur regelmatig gewezen op het beginsel van de rechtsvormneutraliteit, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen statische en dynamische neutraliteit. Op grond van een rechtsvergelijking met de jurisprudentie van het Duitse Verfassungsgericht is mijn conclusie dat het juridisch afdwingen van volledige rechtsvormneutraliteit – zelfs bij een hopelijk snel in te voeren constitutionele toetsingsmogelijkheid – vermoedelijk niet mogelijk is; voor het globale evenwicht ligt dat wellicht anders. Dat neemt uiteraard niet weg dat het streven naar volledige rechtsvormneutraliteit bij de belastingheffing van ondernemingen naar mijn mening hoog op het prioriteitenlijstje van de fiscale wetgever dient te staan. Bij de belastingheffing van ondernemingen gedreven door natuurlijke personen speelt niet alleen het neutraliteitsbeginsel maar ook het draagkrachtbeginsel een belangrijke rol. Beide beginselen zijn terug te voeren op of dienen in elk geval in relatie gebracht te worden met het gelijkheidsbeginsel. Een synthese tussen deze drie beginselen kan worden gevonden door economisch gelijke situaties qua draagkracht fiscaal gelijk in de zin van zo min mogelijk verstorend te behandelen. Een rechtsvormneutrale winstbelasting is mijns inziens het meest geschikte systeem om deze synthese tot stand te brengen. Indien we de reserverings- en investeringsfunctie van ondernemingswinst serieus willen nemen, lijkt mij een getrapte belastingheffing in de zin van een lage (proportionele) winstbelasting bij winstrealisatie en een bijheffing bij winstonttrekking vanuit de draagkrachtgedachte de meest optimale vorm. In feite hebben we deze vorm van heffing bij de aanmerkelijkbelanghouder, maar op grond van de rechtsvormneutraliteit zou deze getrapte winstbelasting dan ook in de inkomstenbelasting moeten worden ingevoerd;

Waar treffen we fiscale transparantie aan in de vennootschapsbelasting?

- In de Wet op de vennootschapsbelasting komt de fiscale transparantie op een aantal plaatsen voor, waarbij het onderscheid tussen fiscaal transparante en niet-transparante vennootschappen alsmede de fiscale eenheid als de meest in het oog springende verschijningsvormen van fiscale transparantie naar voren komen. Beide regelingen staan in het brandpunt van de maatschappelijke belangstelling waardoor de vraag opkomt of deze regelingen niet moeten worden aangepast (meer of minder fiscale transparantie?);

Is er behoefte aan meer fiscale transparantie in de vennootschapsbelasting?

- Als grondslag van de subjectieve vennootschapsbelastingplicht worden in het algemeen twee criteria aangewezen: rechtspersoonlijkheid en de vrije verhandelbaarheid van participaties. Op beide criteria is in het verleden terecht kritiek geuit. Het criterium van de vrije verhandelbaarheid is mijns inziens niet langer houdbaar en kan het beste zo spoedig mogelijk worden afgeschaft. Hierdoor zullen meer vennootschappen als fiscaal transparant worden aangemerkt. Het opnemen van alle personenvennootschappen als subjectief vennootschapsbelastingplichtige lichamen in de Wet op de vennootschapsbelasting is naar mijn mening vooralsnog een brug te ver. In afwachting van een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting is het Duitse duale systeem te prefereren, eventueel aangevuld met een optiemodel. Ik zie dit duale systeem slechts als een overgangssysteem naar een nog neutraler systeem in de vorm van een getrapte ondernemingswinstbelasting. De huidige periode van economische groei en kabinetsplannen voor tariefsverlagingen lijkt mij een geschikt moment om nu echt werk te maken van de invoering van een dergelijke rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting. Er lijkt consensus in de literatuur over de getrapte belastingheffing van ondernemingswinst (ook) in de inkomstenbelasting. Echter, er bestaat nog verschil van inzicht in de bepaling van de voor de ondernemingswinstbelasting relevante winst. In dat verband worden in de literatuur twee modellen onderscheiden: het 'separate entity'-model en het 'dependent entity'-model. In het 'separate entity'-model wordt de huidige vennootschapsbelastingssystematiek (niet-afrekbare dividenden, maar wel aftrekbare loon-, huur- en rentebetalingen) doorgetrokken naar de IB-onderneming, zodat de gebruikelijkloonproblematiek en transfer pricing problemen ook

binnen de IB-onderneming gaan spelen. In het 'dependent entity'-model wordt de huidige IB-systematiek (alle vergoedingen, zowel dividend, als loon-, huur- en rentebetalingen niet-aftrekbaar) doorgetrokken naar de ondernemingswinstbelasting van de B.V. met aanmerkelijkbelanghouder/DGA (alsof de B.V. als fiscaal transparant wordt aangemerkt). Hoewel het mij noodzakelijk lijkt om beide varianten verder uit te werken en de voor- en nadelen af te wegen, heb ik voornamelijk een lichte voorkeur voor het 'dependent entity'-model, omdat dit mijns inziens meer recht doet aan de economische realiteit van de vereenzelvdigde onderneming (IB-ondernemer en aanmerkelijkbelanghouder/DGA);

- In 2003 is de fiscale eenheidsregeling grondig herzien, waarbij de 'opgaan-in' gedachte is vervangen door een 'toerekening aan'-benadering. Daarmee is de fiscale eenheidsregeling nog sterker dan voorheen een vorm van fiscale transparantie zoals hiervoor gedefinieerd. Qua rechtsvormneutraliteit scoort het huidige fiscale eenheidsregime zeer hoog, omdat de fiscale eenheid leidt tot een volledige vermogens- en winstconsolidatie van de dochtermaatschappij in de moedermaatschappij. Meer fiscale transparantie lijkt in eerste instantie niet noodzakelijk, hoewel vanwege het bezitsvereiste van 95% mogelijk niet iedere concernvennootschap kwalificeert als fiscale eenheidsdochtermaatschappij en sinds 2003 een grensoverschrijdende fiscale eenheid met buitenlandse concernvennootschappen ook niet langer mogelijk is. Op grond van recente jurisprudentie van het HvJ EU dreigt de fiscale eenheidsregeling sterk versoerd te worden of mogelijk vervangen door een andere, minder vergaande regeling. Door de Staatssecretaris is inmiddels een set reparatiemaatregelen bij de Tweede Kamer ingediend die de werking van de fiscale eenheidsregeling in elk geval aanzienlijk complexer maken en daardoor ook het nationale bedrijfsleven treffen die nauwelijks baat hebben bij de (vermeende) voordelen van de 'per element'-benadering ('cherry-picking') die het HvJ EU recent heeft goedgekeurd. Mijn voorstel om de ontstane chaotische situatie op te lossen is tweeledig: voor de korte termijn aanpassing van de voorgestelde noodmaatregelen (overkill er uit en terugwerkende kracht beperkt tot de antimisbruikregeling van art. 10a Wet VPB 1969) en voor de langere termijn introductie van een grensoverschrijdende fiscale eenheid. Ik heb niet de illusie dat met de introductie van een grensoverschrijdende fiscale eenheid de rechtsvormneutraliteit c.q. de fiscale transparantie drastisch gaat toenemen. Vermoedelijk zal deze grensoverschrijdende fiscale eenheid door zijn complexiteit en met name de

geringe fiscale voordelen niet veel worden gebruikt. De introductie van een grensoverschrijdende fiscale eenheid waarborgt echter de neutraliteit c.q. fiscale transparantie van de huidige fiscale eenheidsregeling voor het nationale bedrijfsleven. Bovendien is het een eerste stap op weg naar een verdere, onvermijdelijke harmonisatie van de belastingheffing van concerns binnen de EU. Deze verdere harmonisatie dient mijns inziens – evenals in nationale situaties – bij voorkeur via het 'dependent entity'-model plaats te vinden;

- Zowel bij het onderscheid tussen fiscaal transparante en niet-transparante vennootschappen als bij de fiscale eenheidsregeling kan een optiesysteem een ondersteunende rol vervullen ter versterking van de (statische en/of dynamische) rechtsvormneutraliteit. In een door mij voorgestaan optiesysteem kunnen belastingplichtigen in aanvulling op het bestaande systeem (duale stelsel) als kapitaalvennootschap de keuze maken voor fiscale transparantie en omgekeerd personenvennootschappen de keuze maken voor vennootschapsbelastingplicht. Gegeven het huidige globale evenwicht en het daarmee samenhangende omslagpunt kunnen IB-ondernemers via dit optiesysteem ook de rechtsvorm van de B.V. kiezen zonder hun aantrekkelijkere Box I – belastingheffing (afhankelijk van het winstniveau) in de inkomstenbelasting op te geven. Ook kunnen fiscaal niet langer voordelige keuzes ongedaan worden gemaakt zonder dat de civielrechtelijke rechtsvorm hoeft te worden gewijzigd. Voor vennootschapsbelastingplichtige lichamen betekent een optiestelsel dat er ook fiscale transparantie kan worden gecreëerd voor concerndochtervennootschappen die niet voldoen aan het 95%-criterium. Voor zowel IB-ondernemers als vennootschapsbelastingplichtige lichamen betekent een optiestelsel dat voor joint-ventures ook de rechtsvorm van de B.V. kan worden gekozen zonder dat de voordelen van winst- en verliespooling behoeven te worden opgegeven (optie door joint-venture B.V. voor fiscale transparantie). Door het optiesysteem slechts als aanvulling op het bestaande systeem (duale stelsel) in te voeren lijkt mij het nadeel van een complexe regeling mee te vallen. Bovendien worden slechts de belastingplichtigen die gebruik maken van de keuzemogelijkheid geconfronteerd met de complexiteit. Als gevolg van de op korte termijn in te voeren anti-misbruikbepalingen voor hybride entiteiten (ATAD 2) kan het tweede nadeel van een optiestelsel, de misbruikgevoeligheid met name in grensoverschrijdende situaties, mijns inziens tot een minimum beperkt worden. Al met al zijn de voordelen op dit moment vele malen groter dan de (beperkte) nadelen, zodat de invoering van een dergelijk optiesysteem het

overwegen waard is. Daarbij komt dat via een dergelijk optiestelsel alvast (op vrijwillige basis) proef kan worden gedraaid voor de overgang naar een rechtsvormneutralere belastingheffing van ondernemingen via het 'dependent entity'-model (dat zowel nationaal als internationaal mijns inziens te prefereren valt boven het 'independent entity'-model). Het moet afgewacht worden of de invoering van een dergelijk optiestelsel ook tot meer fiscale transparantie zal leiden. Gezien de hiervoor geschetste voordelen lijkt het mij dat er meer behoefte bestaat aan de optie voor kapitaalvennootschappen om als fiscaal transparant behandeld te worden dan omgekeerd. In dat geval zal derhalve de invoering van een dergelijk optiestelsel niet alleen tot meer rechtsvormneutraliteit leiden, maar ook tot meer fiscale transparantie in de vennootschapsbelasting.

5.
Afsluiting

Daarmee ben ik aan het einde van deze rede gekomen en wordt het de hoogste tijd voor de Intocht der Mosselmannen.



Gelukkig velen van u waren aanwezig bij mijn eerste inaugurele rede in Rotterdam en zodoende reeds bekend met de Mosselmannen. De Mosselmannen zijn een creatie van Tjaard Hoogenraad, gepensioneerd arts en oud-universitair hoofddocent aan het UMC te Utrecht, en vormen een symbool voor de drie gedaanten van de medicus: de medicus practicus (u ziet dat hij net als een belastingadviseur af en toe in een boek moet kijken), de medisch onderzoeker (als Sherlock Holmes vormgegeven) en de medisch docent (het nut van die stok voor het geven van onderwijs moet de heer Hoogenraad zelf nog maar eens toelichten). Zoals ik al aangaf tijdens mijn eerste inaugurele rede kunnen de Mosselmannen ook prima dienstdoen als symbool voor de (fiscaal) econoom of jurist, en daarmee ook voor jou Stan en uiteraard voor mijzelf. In de schriftelijke versie van mijn vorige inaugurele rede stonden zij opgesteld zoals hiervoor afgebeeld en die volgorde kwam aardig overeen met de werkverdeling c.q. aanstelling die ik op dat moment had. Sindsdien is er veel veranderd.

Onze werkster vindt het leuk om met de Mosselmannen te spelen en tegenwoordig ziet de opstelling er vaker zo uit.



Deze opstelling komt dan wonderwel overeen met de huidige invulling van mijn werkzame leven als hoogleraar en belastingadviseur. In feite is de volgorde niet zo belangrijk: de wetenschap (zowel onderzoek als onderwijs) kan niet zonder de praktijk, en ook omgekeerd kan de praktijk niet zonder de wetenschap. Een aantal jaren geleden ben ik tot de ontdekking gekomen dat ik graag alle drie heren (onderwijs, onderzoek & praktijk) wil blijven "dienen", maar graag wel binnen een "normale" werkweek. Mooi om te zien dat ik mijn wetenschappelijke ambities binnen het FIT en Tilburg University (in deeltijd verband) verder kan nastreven; hier in Tilburg is immers – inmiddels behoorlijk wat jaren geleden – het vuur van de wetenschap voor het eerst aangewakkerd. Ik kijk er dan ook naar uit om het onderwijs en onderzoek op het gebied van de vennootschapsbelasting binnen deze universiteit samen met jou, Stan, verder vorm te geven.

Voor onze onderzoeksagenda verwijs ik graag naar de door jou reeds opgesomde kernvragen¹⁵. Mijn (en ik vermoed ook jouw) ambitie gaat dan een stuk verder dan "Understanding society"; bij voorkeur zou ik willen bijdragen aan een betere maatschappij door het (verder)ontwikkelen van rechtvaardige en efficiënte systemen voor de belastingheffing van ondernemingen. Een Tilburgs fiscaal econoom en fiscaal jurist, en dan ook nog beiden met de naam Stevens, daar moet meerwaarde kunnen ontstaan!

In de gesproken versie van deze inaugurele rede volgt nu een persoonlijk dankwoord.

Ik heb gezegd.

¹⁵ Zie paragraaf 8 (Afsluiting) van de rede van collega Stan Stevens.

Meer transparantie in
de vennootschapsbelasting?

prof. dr. Ton Stevens