

Aan:  GO Internationaal  
Van: Kennisgroep Bijzondere Winstbepaling VPB  
Betreft: Houdsterverliesregeling en (Nederlandse) vaste inrichting  
Datum: 8 april 2019

**1. VRAAG**

Welke werkzaamheden worden voor de activiteitentoets van artikel 20, lid 4 meegenomen in het geval van een buitenlands belastingplichtige met een vaste inrichting in Nederland. Meer specifiek: duidt de term belastingplichtige in de zin van artikel 20, lid 4 Wet Vpb in dat geval slechts op de werkzaamheden van de vaste inrichting.

**2. ANTWOORD**

Ja, voor de activiteitentoets van artikel 20, lid 4 Wet Vpb worden in het geval van een buitenlands belastingplichtige met een vaste inrichting in Nederland slechts de werkzaamheden van de vaste inrichting meegenomen.

**3. TOELICHTING**

a. FEITEN

67 Awr

Belastingplichtige neemt in  het standpunt in dat, als zij had kunnen voegen met haar buitenlandse moedermaatschappij, haar resultaat zou moeten worden aangemerkt als houdsterresultaat. In dat geval kan zij de (omvangrijke) houdsterwerkzaamheden van haar (buitenlandse) moeder meenemen voor de activiteitentoets van artikel 20, lid 4. Dit standpunt wordt met meerdere argumenten bestreden, maar voor wat betreft de vergelijkbaarheidsvraag is een vraag opgekomen die is voorgelegd aan de kennisgroep bijzondere winstbepalingen Vpb.

Voor de vergelijkbaarheidsvraag wordt aangesloten bij de situatie van een buitenlands belastingplichtige met een vaste inrichting in Nederland. De vraag die in dat kader opkomt, is welke activiteiten in dat geval worden meegenomen voor de (activiteiten)toets van artikel 20, lid 4 Wet Vpb. Worden bij de activiteitentoets alleen de werkzaamheden van de vaste inrichting meegenomen of worden ook de werkzaamheden van het (buitenlandse) hoofdhuis bij deze toets meegenomen? Het betreft een situatie die nog valt onder de tekst zoals deze gold tot en met 31 december 2018.

b. BESCHOUWING

De wettekst van artikel 20, lid 4 Wet Vpb (tekst tot en met 31 december 2018) luidt als volgt:

Indien de feitelijke werkzaamheid van een belastingplichtige gedurende het gehele of nagenoeg gehele boekjaar uitsluitend bestaat uit het houden van een deelneming of het direct of indirect financieren van met hem verbonden lichamen, is in afwijking van het tweede lid het verlies van dat jaar slechts verrekenbaar met de belastbare winsten, onderscheidenlijk de Nederlandse inkomens van jaren waarin:

- a. de feitelijke werkzaamheid van belastingplichtige eveneens gedurende het gehele of nagenoeg het gehele jaar uitsluitend of nagenoeg uitsluitend bestaat uit het houden van deelnemingen of het direct of indirect financieren van met hem verbonden lichamen, en
- b. (...)

De tekst van artikel 20, lid 4 verwijst naar de term belastingplichtige. In het geval van een buitenlands belastingplichtige rijst de vraag of voor de activiteitentoets van artikel 20, lid 4 Wet Vpb gekeken moet worden naar alle werkzaamheden van de buitenlands belastingplichtige (de werkzaamheden van het hoofdhuis en de vaste inrichting) of alleen naar de werkzaamheden waarvoor de buitenlands belastingplichtige in Nederland belastingplichtig is (in casu: de activiteiten van de vaste inrichting).

Het buitenlands lichaam wordt op grond van artikel 3, lid 1, letter a Wet Vpb belastingplichtig in Nederland als zij Nederlands inkomen geniet. Op basis van artikel 17, lid 3, letter a Wet Vpb vormt de winst van de vaste inrichting Nederlands inkomen. Het buitenlandse lichaam dat in Nederland een onderneming drijft met behulp van een vaste inrichting wordt aldus buitenlands belastingplichtig en de winst uit de vaste inrichting kan in Nederland in de heffing worden betrokken. Voor het vaststellen van het Nederlands belastbaar bedrag (het bedrag waarover de belasting wordt berekend) mag rekening worden gehouden met openstaande verliezen uit Nederlands inkomen. Via artikel 17, lid 2 Wet Vpb is regeling van artikel 20, lid 4 Wet Vpb aldus eveneens van toepassing op de winst die een buitenlands belastingplichtige haalt uit een in Nederland gedreven vaste inrichting.

Voor de activiteitentoets sluit de tekst van artikel 20, lid 4 aan bij de term "belastingplichtige". De vraag is wat er is te verstaan onder de term "belastingplichtige" in een situatie met een buitenlands hoofdhuis met een Nederlandse vaste inrichting.

In een eerdere casus heeft de kennisgroep zich uitgelaten over de omgekeerde situatie (een binnenlands belastingplichtige dreef een onderneming met behulp van een buitenlandse vaste inrichting). In dat geval was de conclusie dat ook de werkzaamheden van de (buitenlandse) vaste inrichting mee moeten tellen voor de werkzaamhedentoets. De resultaten van de vaste inrichting behoren immers tot de Nederlandse (wereld-)winst. Dat op dat gedeelte van de winst vervolgens voorkoming van dubbele belasting dan wel objectvrijstelling van toepassing is, doet niet ter zake. Dat komt onder meer voort uit de oude wijze van voorkoming van dubbele belastingheffing (voorafgaande aan de invoering van de objectvrijstelling). Verliesverrekening gaat voor op vrijstelling. Artikel 20, lid 4 Wet Vpb behoort tot de verliesverrekeningsbepalingen.

Vanuit dit principe redenerend, is het logisch om in de situatie van een buitenlands hoofdhuis met een Nederlandse vaste inrichting puur te kijken naar werkzaamheden van de vaste inrichting zelf. Het zijn de winsten van de laatstgenoemde die behoren tot de Nederlandse grondslag. Weliswaar is het buitenlandse hoofdhuis in dit geval de belastingplichtige, maar op grond van artikel 17 Wet Vpb wordt dit hoofdhuis alleen belastingplichtig voor de Nederlandse inkomensbestanddelen genoemd in artikel 17 en 17a Wet Vpb. Ook voor de activiteitentoets van artikel 20, lid 4 kijken we dan naar de werkzaamheden die onderdeel uitmaken van de Nederlandse grondslag; zijnde de werkzaamheden van de vaste inrichting.

In het kader van artikel 10d Wet Vpb (oud) vond een vergelijkbare discussie plaats. Tijdens de parlementaire behandeling gaf de wetgever aan dat de balans van de vaste inrichting de maatstaf vormt voor artikel 10d Wet Vpb (oud).

"Naar aanleiding van een vraag van deze leden over de toepassing van de thincap-regeling bij buitenlandse belastingplichtigen en hoe de toepassing van de thincap-regeling in die gevallen zich verhoudt tot afgesloten belastingverdragen merken wij op dat de thincap-regeling ook wordt toegepast op buitenlandse belastingplichtigen als gevolg van de werking van artikel 18, eerste lid, van de Wet Vpb. Bij de toepassing van de thincap-regeling vormt de balans van de

vaste inrichting het uitgangspunt. Op basis van die balans zal moeten worden beoordeeld of er eventueel rente van aftrek wordt uitgesloten. Het door de leden van de fractie van het CDA geschetste voorbeeld dat er rente van aftrek zou kunnen worden uitgesloten indien de vermogensverhouding van de vaste inrichting binnen de ratio's blijft maar de vermogensverhouding van het lichaam in zijn geheel (i.e. hoofdhuis plus vaste inrichting) er buiten komt, doet zich derhalve niet voor. Als de vermogensverhouding van de vaste inrichting zich binnen de ratio's bevindt, zal er geen rente in aftrek worden beperkt. Het is wel mogelijk dat er rente in aftrek wordt beperkt indien de vermogensverhouding van de vaste inrichting buiten de ratio's komt maar de vermogensverhouding van het lichaam in zijn geheel er binnen blijft. Dit is het gevolg van de zelfstandige toepassing van de thincap-regeling op de buitenlandse belastingplichtige.

Belastingverdragen beperken niet de toepassing van de thincap-regeling op buitenlandse belastingplichtigen. Een van toepassing zijnd belastingverdrag wijst aan de staat waar de vaste inrichting is gevestigd het heffingsrecht toe over de winsten die toerekenbaar zijn aan die vaste inrichting. De staat van de vaste inrichting kan vervolgens zijn eigen winstbepalingsregels toepassen, inclusief een eventuele thincap-regeling. Het belastingverdrag verbiedt dit niet." (NV, Kamerstukken I 2003/2004, 29210, C, p. 21.)

Bij artikel 20a Wet Vpb speelt deze kwestie uiteraard ook. Daar is uiteindelijk een keuze gemaakt, waarbij de wetgever ook koos voor beperking tot heffingsbestanddelen die aan Nederland zijn toegewezen.

Op basis van het voorgaande is de conclusie dat de belastingplichtige in de zin van 20, lid 4 Wet Vpb in de bovengenoemde situatie de Nederlandse vaste inrichting is. Voor de activiteitentoets van artikel 20, lid 4 Wet Vpb (oud) worden in het geval van een buitenlands belastingplichtige met een Nederlandse vaste inrichting dan ook alleen de werkzaamheden van de vaste inrichting in aanmerking genomen.