

## **Weekblad voor Fiscaal Recht, De tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen**

### **Weekblad voor Fiscaal Recht, De tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen**

### **Weekblad voor Fiscaal Recht, De tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen**

Vindplaats: WFR 2011/1290 Bijgewerkt tot: 12-10-2011

Auteur: Mr. M. Sanders en prof. mr. A.J.A. Stevens[1]

De tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen

Met terugwerkende kracht tot 8 april 2011 is een wetsvoorstel ingediend om valutaresultaten op deelnemingen te doen belasten bij belastingplichtigen die in hun aangifte vennootschapsbelasting op grond van het Deutsche Shell-arrest een aftrek van valutaverliezen op deelnemingen claimen: de tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen. De auteurs gaan in deze bijdrage in op de details van deze tussenregeling en onderzoeken daarbij tevens of het risico dat het Hof van Justitie EU de Deutsche Shell-doctrine ook toe gaat passen op deelnemingen, reëel is. Ook wordt de Europeesrechtelijke houdbaarheid van de tussenregeling zelf getoetst. Om de overkill van de tussenregeling weg te nemen, worden tot slot enige verbetervoorstellen gedaan.

1 Inleiding

Op het eerste gezicht had het arrest van het Hof van Justitie EG in de zaak-Deutsche Shell[2] weinig belang voor de Nederlandse fiscale praktijk. Het ging bij Deutsche Shell om de vraag of Duitsland aftrek moest toestaan van een valutaverlies op het vermogen dat was gedoteerd aan een Italiaanse vaste inrichting van een Duitse vennootschap die zich bezighield met de exploratie en exploitatie van aardgas en olie. Het verlies ontstond doordat de Italiaanse lire in waarde was gedaald ten opzichte van de Duitse mark. Het Hof van Justitie EU oordeelde dat een valutaverlies op de Italiaanse lire naar zijn aard in Italië niet tot uiting kan komen en daarom in Duitsland aftrekbaar moest zijn. In Nederland wordt al sinds de roepia-arresten uit de jaren 60 voorkoming van dubbele belasting verleend op basis van de buitenlandse winst berekend in lokale valuta. Het probleem waarover Deutsche Shell klaagde bij het Hof van Justitie EG doet zich dus in ons land niet voor.

Al snel ontstond in de praktijk c.q. literatuur[3] echter discussie over de vraag of de redenering uit Deutsche Shell ook zou kunnen worden toegepast op deelnemingen.

Valutaresultaten — positieve en negatieve — op deelnemingen blijven in Nederland wel geheel buiten de grondslag en wellicht zou de Nederlandse fiscus met het Deutsche Shell-arrest in de hand gedwongen kunnen worden althans de negatieve valutaresultaten in aftrek te laten. Voor de valutawinsten zou een beroep op de Nederlandse wet kunnen worden gedaan en zou de deelnemingsvrijstelling gewoon van toepassing blijven. Die onbalans werd door belastingplichtigen likkebaardend en door de fiscus met afgrijzen bezien. Dat afgrijzen wordt nu in daden omgezet. Op 8 april 2011 heeft het Ministerie van Financiën een persbericht doen uitgaan, waarin wetgeving wordt aangekondigd om ondernemingen die valutaverliezen op deelnemingen in aftrek brengen te verplichten ook hun valutawinsten in hun grondslag op te nemen. Op 15 juni is daadwerkelijk een wetsvoorstel[4] ingediend dat wanneer het wordt aangenomen terugwerkende kracht zal krijgen tot de datum van het persbericht. Dat wetsvoorstel, hieronder ook wel aangeduid als het *wetsvoorstel* of de *tussenregeling*, is het onderwerp van deze bijdrage.

Het wetsvoorstel maakt duidelijk dat men op het ministerie inmiddels, ruim drie jaar na de uitspraak van het Hof van Justitie EG, de dreiging die uitgaat van het Deutsche Shell-arrest uiterst serieus neemt. Alvorens in onderdeel 3 in te gaan op de details van de tussenregeling zullen wij eerst in onderdeel 2 proberen te bepalen hoe ernstig die dreiging nu werkelijk is.

Inmiddels zijn in de fiscale literatuur[5] de eerste twijfels geuit over de Europeesrechtelijke houdbaarheid van de tussenregeling. In onderdeel 4 gaan wij nader in op deze twijfels. In onderdeel 5 sluiten wij deze bijdrage af met enige conclusies.

2 Deutsche Shell toegepast op deelnemingen

2.1 Geen discriminatie — toch een belemmering?

Het eerste aspect dat in het oog springt bij de bestudering van het Deutsche Shell-arrest is dat het, anders dan de meeste jurisprudentie over de vrijheid van vestiging en de andere verkeersvrijheden uit het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, niet is terug te voeren op een verschil in behandeling tussen binnenlands economisch handelen en een vergelijkbare grensoverschrijdende situatie. In het algemeen wordt ons geleerd[6] dat van een belemmering van de verdragsvrijheden slechts sprake is wanneer de wetgeving van een enkele lidstaat grensoverschrijdend verkeer slechter behandelt dan vergelijkbaar binnenlands verkeer. Wanneer de benadeling van het grensoverschrijdende verkeer ontstaat door de incongruente werking van de wetgeving van twee verschillende lidstaten is er geen belemmering, maar een dispariteit, die geen schending van de verdragsvrijheden oplevert. Het nadeel waarmee Deutsche Shell zich geconfronteerd ziet, ontstaat doordat de Duitse en Italiaanse wetgeving niet op elkaar aansluiten. Duitsland laat op territoriale gronden het valutaelement van het vaste-inrichtingsresultaat buiten de grondslag, terwijl dat element in Italië evenmin in aanmerking wordt genomen omdat Italië nou eenmaal in lire boekhoudt. Een dergelijk probleem kan zich in een binnenlandse situatie niet voordoen, niet zozeer omdat er geen vergelijkbare binnenlandse investering denkbaar is, maar omdat een binnenlandse situatie geheel geregeerd wordt door de wetgeving van een enkele lidstaat. Deutsche Shell had — even afgezien van de mijnbouwkundige en geologische kant van de zaak — net zo goed olie- en gasactiviteiten in Duitsland kunnen beginnen. Had zij dat gedaan, dan was er geen verlies tussen wal en schip geraakt, omdat al het resultaat in Duitsland belast zou zijn. Toch kun je naar onze mening niet zeggen dat Duitsland daarmee grensoverschrijdende vestiging discrimineert. Bij grensoverschrijdende vestiging moet het resultaat van de onderneming nu eenmaal worden verdeeld over de twee betrokken lidstaten. Wanneer de wetgeving die in de beide staten die toerekening moet regelen geen perfecte aansluiting bewerkstelligt, is dat een probleem van twee lidstaten en dus eerder een dispariteit dan een belemmering. Door toch in te grijpen en Duitsland te dwingen de aftrek van het valutaverlies te aanvaarden, offert het Hof van Justitie EU de dogmatische zuiverheid op aan wat kennelijk beschouwd wordt als een hoger doel: te voorkomen dat verliezen uiteindelijk nergens in aftrek komen.

2.2 Verliezen tussen wal en schip

Dat het Hof van Justitie EU een groot belang hecht aan het voorkomen van situaties waarbij verliezen tussen wal en schip dreigen te geraken, was al eerder duidelijk geworden met het arrest-Marks & Spencer,[7] waarin het Hof van Justitie EG oordeelde dat de noodzaak om een evenwichtige (dat wil zeggen territoriaal bepaalde) verdeling van de heffingsgrondslag te handhaven, rechtvaardigt dat het Verenigd Koninkrijk verliezen van buitenlandse dochters niet in aftrek toestaat, ondanks het feit dat verliezen van binnenlandse dochters via *group relief* wel bij de moedermaatschappij konden worden afgetrokken. Het Hof van Justitie EU formuleert echter meteen ook een uitzondering op die regel. Wanneer de mogelijkheden om het verlies van de dochter in het andere land te verrekenen zijn uitgeput, moet Engeland toch aftrek van dat verlies door de moeder toestaan. Ook hier vond het Hof van Justitie EU het kennelijk niet aanvaardbaar dat een verlies blijft hangen in het buitenland wanneer daar alle hoop op verrekening is vervlogen, zodat het uiteindelijke resultaat zou zijn dat het verlies nergens tot aftrek leidt. Er is veel kritiek op deze lijn in de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU.[8] Toch is er vanuit een perspectief van integratie veel voor te zeggen. Dat verliezen van een concern in de ene staat onverrekend blijven, terwijl de groep in andere

jurisdicties belasting betaalt, is in de praktijk een groot probleem. Het leidt ertoe dat ondernemingen die in meerdere landen actief zijn structureel met een hogere belastingdruk geconfronteerd worden dan ondernemingen die slechts in één land actief zijn. Elk concern maakt immers wel eens ergens verlies. Zodra dat gebeurt, is de optelsom van de fiscale winsten hoger dan de werkelijke geconsolideerde winst van de groep en wordt de totale belastingdruk dus hoger dan het nominale tarief, zelfs als het winstbegrip en de tarieven in alle landen hetzelfde zijn. Er valt natuurlijk te twisten over de vraag of dat een probleem is dat door het Hof van Justitie EU kan en moet worden opgelost, maar het Hof van Justitie EU zelf is kennelijk tot de conclusie gekomen dat ingrijpen geboden is wanneer dreigt dat verliezen helemaal nergens tot aftrek zullen leiden. De beslissing van het Hof van Justitie EU in Deutsche Shell kan worden begrepen als een bijzondere toepassing van het Marks & Spencer-criterium. Het valutaverlies op de lire was immers een verlies waarvan bij voorbaat vaststond dat het in Italië niet verrekend zou kunnen worden, om de eenvoudige reden dat het in een lireboekhouding onzichtbaar was. De mogelijkheden om dat verlies in Italië te verrekenen, waren als het ware bij voorbaat uitgeput. Er is echter ook een belangrijk verschil tussen beide arresten. In Marks & Spencer was het zonder meer duidelijk dat de Engelse wet onderscheid maakt tussen binnenlandse en buitenlandse vestiging. Verliezen van binnenlandse dochters konden via group relief worden overgedragen en verliezen van buitenlandse dochters niet. In Deutsche Shell was, zoals in onderdeel 2.1 hierboven uiteengezet, eigenlijk helemaal geen sprake van een belemmering. In Marks & Spencer was dat zonder enige twijfel wel het geval.

### 2.3 Hoe zou het Hof van Justitie EU oordelen?

De grote vraag is natuurlijk uiteindelijk hoe het Hof van Justitie EU om zou gaan met een prejudiciële vraag over de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op valutaverliezen. Net als bij vaste inrichtingen kan ook bij buitenlandse deelnemingen het probleem ontstaan dat — berekend in de valuta van de moedermaatschappij — verliezen worden geleden die in de lokale valuta van de dochtermaatschappij niet zichtbaar zijn. Als de moedermaatschappij in Nederland is gevestigd, vallen die verliezen hier onder de deelnemingsvrijstelling en komen die dus ook in Nederland niet tot aftrek. Economisch is er geen verschil tussen die situatie en de Deutsche Shell-casus. Je zou op basis van die analyse verwachten dat het Hof van Justitie EU ook tot hetzelfde oordeel zou komen als in Deutsche Shell. Het is echter de vraag of het Hof van Justitie EU inderdaad zou kiezen voor een dergelijke puur economische benadering die voorbijgaat aan het feit dat in de moeder-dochtersituatie sprake is van twee afzonderlijke rechtspersonen. Het gaat niet zoals bij de vaste inrichting in Deutsche Shell om het resultaat van een enkel belastingsubject dat over twee jurisdicties verdeeld moet worden, maar over twee afzonderlijk berekende resultaten van twee verschillende subjecten, die logischerwijs elk in hun eigen jurisdictie aan belasting onderworpen zijn.

De absolute territoriale afbakening die Duitsland hanteerde ten aanzien van de vaste inrichting van Deutsche Shell kon naar het oordeel van het Hof van Justitie EG niet zo ver gaan dat een verlies dat in Italië per definitie niet in aanmerking kon worden genomen ook in Duitsland buiten aftrek bleef. In het geval van een moedermaatschappij en haar buitenlandse dochter berust die afbakening echter niet alleen op een territoriale en functionele toerekening, zoals bij vaste inrichtingen het geval is, maar daarnaast ook op het juridische scherm dat staat tussen de resultaten van de moedermaatschappij en haar dochter. Het lijkt ons niet ondenkbaar dat het Hof van Justitie EU om die reden wel zou toestaan dat het resultaat van of op een buitenlandse dochter volledig buiten de Nederlandse grondslag blijft.

De deelnemingsvrijstelling maakt geen onderscheid tussen valutaverliezen op binnenlandse en buitenlandse deelnemingen. In beide gevallen is het gehele verlies van aftrek uitgesloten. In dat opzicht verschilt de situatie van een Nederlandse moeder die een valutaverlies lijdt op een buitenlandse dochter van de Marks & Spencer-casus, waar het Verenigd Koninkrijk nu

juist wel een onderscheid maakte tussen binnenlandse en buitenlandse dochters. Zelfs in het (zeldzame, maar theoretisch niet ondenkbare) geval dat een binnenlandse deelneming een andere functionele valuta zou hebben dan de moeder en zich dus hetzelfde valutaprobleem zou kunnen voordoen als bij een buitenlandse dochter, wordt het gehele resultaat op de deelneming vrijgesteld. Uit het oordeel van het Hof van Justitie EG in Marks & Spencer, kan dus niet zonder meer worden afgeleid dat Nederland de deelnemingsvrijstelling buiten toepassing zou moeten laten bij valutaverliezen op buitenlandse deelnemingen.

Al met al is het naar onze mening onzeker hoe het Hof van Justitie EU zou oordelen over valutaresultaten in de deelnemingsvrijstelling, mocht deze kwestie via prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU worden voorgelegd. Dat komt doordat uit de bestaande jurisprudentie niet kan worden opgemaakt of het Hof van Justitie EU de economische redenering uit het Deutsche Shell-arrest ook zal toepassen in moeder-dochterverhoudingen, dan wel voor een meer juridische benadering zal kiezen. Voor zover ons bekend is, zijn er op dit moment in Nederland geen lopende procedures aanhangig, waarin de aftrek van valutaverliezen op deelnemingen ter discussie wordt gesteld. Uiteraard is het ook mogelijk dat via prejudiciële vragen van een buitenlandse rechter uit een lidstaat met een vergelijkbaar regime het Hof van Justitie EU voldoende duidelijkheid schept in deze kwestie. Ook in andere lidstaten zijn ons echter geen lopende procedures op dit punt bekend.

#### 2.4 Welk valuta-element?

De essentie van het oordeel in Deutsche Shell is dat er een element in het resultaat was dat naar zijn aard niet in Italië tot uiting kon komen en daarom in Duitsland afgetrokken moest kunnen worden. Als het zo ver zou komen dat de redenering uit Deutsche Shell door het Hof van Justitie EU wordt toegepast op deelnemingsverhoudingen, moeten wij dus onderzoeken welk element in het totale deelnemingsresultaat van de moedermaatschappij naar zijn aard bij de dochter niet tot uiting kan komen. Dat is immers het element dat op basis van Deutsche Shell bij de moeder buiten de deelnemingsvrijstelling zou moeten blijven. In wezen is dit het element dat wij bij vaste inrichtingen het vertaalverschil noemen; het verschil dat ontstaat door schommelingen van de valuta van de vestigingsstaat van de moeder en die van de dochter. Een voorbeeld ter verduidelijking. Stel een Nederlandse moedermaatschappij stort op 1 januari € 100 in een Engelse dochter. De tegenwaarde van de storting is op dat moment £ 100. De dochter laat de gestorte € 100 op een eurosparrekening staan waarop 5% rente per jaar vergoed wordt. De rente vervalt op de laatste dag van het jaar en direct na die vervaldatum wordt de dochter weer geliquideerd. De koers van de pond is op dat moment € 0,80.

	In €	In £
Storting (koers 1,00)	100	100,00
Rente (koers 0,80)	5	6,25
Liquidatie uitkering (koers 0,80)	105	131,25

De vrijgestelde deelnemingswinst van € 5 die de Nederlandse moeder realiseert, kan worden ontleed in twee elementen:

- een winst van € 25 (het equivalent van £ 31,25 tegen de koers aan het einde van het jaar) die tot uiting komt in de boeken van de dochter en waarover in het Verenigd Koninkrijk belasting zal worden geheven; en
- een verlies van € 20 dat ontstaat doordat de pond in waarde is gedaald ten opzichte van de euro en dat in de boeken van de dochter niet zichtbaar is en in het Verenigd Koninkrijk dus ook niet in aftrek kan komen.

Als het Hof van Justitie EU de redenering uit Deutsche Shell in deze casus zou toepassen, zou Nederland de deelnemingsvrijstelling moeten verlenen voor het gehele resultaat dat in het Verenigd Koninkrijk tot uiting komt, dus voor € 25. Het verlies van € 20 blijft buiten de

deelnemingsvrijstelling en komt dus in Nederland in aftrek. Zo wordt de (economische) dubbele belasting volledig geëlimineerd. Het is niet van belang of het resultaat dat de moeder realiseert, werkelijk het gevolg is van valutaschommelingen. In het voorbeeld is dat niet zo, omdat de dochter het gestorte vermogen in euro op een spaarrekening heeft gezet. Toch zit er in het resultaat bij de moeder een element dat bij de dochter niet tot uiting kan komen. Dat is uitsluitend het gevolg van de beweging van de euro ten opzichte van de pond en heeft niets te maken met het werkelijke waardeverloop van de bezittingen van de dochter. Ook als de dochter haar kapitaal had belegd in ponden, dollars, of goud, was het verlies dat in het Verenigd Koninkrijk niet tot uiting kon komen € 20 geweest.

Stel dat de dochter in het bovenstaande voorbeeld ook nog £ 12,50 kosten had gemaakt. Het beeld is dan als volgt.

	In €	In £
Storting (koers 1,00)	100	100,00
Rente (koers 0,80)	5	6,25
Kosten (koers 0,80)	-/- 10	-/- 12,50
Liquidatie uitkering (koers 0,80)	95	118,75

De moeder realiseert nu een verlies van € 5 in plaats van een winst. Dat verlies is echter op dezelfde manier te ontleden in twee componenten:

- een winst van € 15 (£ 18,75 tegen de koers aan het einde van het jaar) die tot uiting komt in de boeken van de dochter; en
- hetzelfde verlies van € 20 als in het eerste voorbeeld, dat ontstaat door de koersdaling van de pond en dat in Nederland tot aftrek moet leiden.

Het Hof van Justitie EU heeft uitdrukkelijk geoordeeld dat de gehele valutacomponent in aftrek moet komen en dat het niet is toegestaan de aftrek te beperken tot het bedrag waarmee het valutaverlies de vrijgestelde winst overstijgt.[9] Met andere woorden: niet alleen het in de jaarwinst tot uiting komende verlies van € 5 moet in aftrek komen, maar de volle € 20 verlies die in het Verenigd Koninkrijk onzichtbaar zijn gebleven. Er moet dus deelnemingsvrijstelling worden verleend voor een winst van € 15.

Het Hof van Justitie EU oordeelt in Deutsche Shell verder dat:

“De verwijzende rechter dient uit te maken of de monetaire schommelingen waarvan sprake is in het hoofdgeding hebben geleid tot een wisselkoersverlies dat een werkelijk economisch verlies vormt dat de resultaten van Deutsche Shell voor het betrokken belastingjaar negatief heeft beïnvloed.”[10]

Het is de vraag wat dat betekent in de situatie dat de dochter niet na een jaar wordt geliquideerd, maar gewoon blijft voortbestaan. Het is denkbaar dat het Hof van Justitie EU zou oordelen dat een ongerealiseerd valutaverlies nog geen werkelijk economisch verlies vormt, omdat het economisch potentieel van de deelneming door die koersdaling helemaal niet hoeft te zijn aangetast en het heel goed mogelijk is dat een tegengestelde koersbeweging in het volgende jaar het papieren effect van het verlies geheel ongedaan maakt. Maar het is evenzeer denkbaar dat in Nederland goed koopmansgebruik bepalend is voor het tijdstip waarop een valutaverlies tot uiting wordt gebracht. Dat wil zeggen dat een ongerealiseerd verlies juist wel direct in aftrek kan worden gebracht.

3De tussenregeling in detail

### 3.1 Algemeen

De wetgever heeft er bij de tussenregeling voor gekozen om een voorlopige oplossing (vandaar: tussenregeling) te introduceren voor de onwenselijk geachte situatie dat krachtens toekomstige jurisprudentie van het Hof van Justitie EU valutaverliezen op deelnemingen in bepaalde situaties aftrekbaar zouden zijn, terwijl valutawinsten nog steeds vrijgesteld zouden zijn onder de deelnemingsvrijstelling. De voorgestelde regeling heeft alleen gevolgen voor

belastingplichtigen die valutaverliezen daadwerkelijk in aftrek brengen en op grond van toekomstige jurisprudentie van het Hof van Justitie EU hun claim ook gehonoreerd zien. Op advies van de Raad van State is in de memorie van toelichting[11] nader toegelicht waarom de keuze voor een dergelijke tussenregeling is uitgevallen. Als alternatieven worden in de memorie van toelichting achtereenvolgens genoemd:

- het achteraf (na een arrest van het Hof van Justitie EU) repareren van de deelnemingsvrijstelling;
- het reeds nu repareren door alle valutaresultaten uit de deelnemingsvrijstelling te laten; alsmede

-het invoeren van een optieregeling waarbij belastingplichtigen de keuze krijgen om valutaresultaten al dan niet onder het regime van de deelnemingsvrijstelling te brengen. Bij het achteraf repareren van de deelnemingsvrijstelling zou om de hiervoor uiteengezette onevenwichtigheid te herstellen een mogelijk zeer lange terugwerkende kracht moeten worden verbonden aan een reparatiewet. Hoewel de memorie van toelichting hierover verder niets zegt, heeft de wetgever de budgettaire en EU-rechtelijke risico's (denk aan het Bosal-arrest) die gepaard gaan met repareren achteraf vermoedelijk niet willen lopen. Het reeds nu repareren van de deelnemingsvrijstelling door alle valutaresultaten te gaan belasten, vond de wetgever niet opportuun omdat het nog steeds mogelijk is dat het Hof van Justitie EU de huidige regeling sauveert en dan zou een dergelijke aanpassing van de deelnemingsvrijstelling ongetwijfeld een negatieve impact hebben gehad op het fiscale vestigingsklimaat. Ook de invoering van een optieregeling wordt als voorbarig terzijde geschoven door de wetgever.

In de memorie van toelichting worden hiervoor grofweg drie redenen aangevoerd. In de eerste plaats zou de optieregeling om zekerheid te bieden alle valutaresultaten op deelnemingen moeten omvatten, ook die waarvan achteraf zou blijken dat het niet aftrekbaar zijn daarvan niet strijdig is met EU-recht. In de tweede plaats zou de regeling, volgens de memorie van toelichting, om EU-rechtelijke redenen, zo moeten worden vormgegeven dat de deelnemingsvrijstelling alleen op verzoek wordt toegepast op valutaresultaten.[12] Dat zou volgens de staatssecretaris betekenen dat vermoedelijk de meeste belastingplichtigen actief een verzoek zouden moeten doen, wat bepaald een administratieve lastenverzwaring genoemd mag worden. Ten slotte wordt in de memorie van toelichting gewezen op het aanzienlijke budgettaire risico van een optieregeling omdat vooral deelnemingen met potentieel slechte valutarisico's onder Nederland zouden worden gehangen. Deze alternatieven overziend, lijkt ons met de keuze voor een tussenregeling een op zich juiste afweging te zijn gemaakt, zij het dat de voorgestelde regeling een zekere overkill bevat, die op zichzelf weer EU-rechtelijke vragen oproept (zie hierna onder onderdeel 4.3).

Als gevolg van het claimen van een valutaverlies op één enkele deelneming kunnen de valutawinsten op alle huidige en toekomstige deelnemingen worden belast. Om deze draconische consequentie te verzachten doet de NOB in haar commentaar van 1 september 2011[13] twee voorstellen:

- de sanctie beperken tot het bij latere valutawinst terugnemen van het geclaimde valutaverlies; en
- de sanctie van het belasten van valutawinsten beperken tot de deelneming(en) waarop een valutaverlies is geclaimd.

Het eerste voorstel heeft vanuit het perspectief van de wetgever het nadeel dat procederen over valutaverliezen bij de toepassing van de deelnemingsvrijstelling niet wordt ontmoedigd. Het blijft een loterij zonder neten, zodat vele belastingplichtigen een poging zullen wagen. Voor het tweede voorstel geldt dat in mindere mate, maar toch zal ook een dergelijk voorstel leiden tot *cherry picking*, dat wil zeggen het claimen van een valutaverlies slechts op die deelnemingen waarvan verwacht mag worden dat er niet snel een valutawinst zal ontstaan.

Wij kunnen ons voorstellen dat ook dat voorstel derhalve voor de wetgever vanwege budgettaire redenen niet erg aantrekkelijk zou zijn.

Om te komen tot een tussenregeling zonder overkill, hebben wij ons afgevraagd hoe een regeling voor valutaresultaten op deelnemingen eruit zou moeten zien, mocht het Hof van Justitie EU beslissen dat valutaverliezen op deelnemingen inderdaad aftrekbaar dienen te zijn. Het buiten de deelnemingsvrijstelling houden van zowel valutaverliezen als valutawinsten<sup>[14]</sup> is uiteraard EU-rechtelijk de meest logische oplossing,<sup>[15]</sup> maar is niet in het belang van veel belastingplichtigen en derhalve ook niet goed voor de concurrentiepositie van Nederland. Belangrijkste bezwaar tegen een dergelijke regeling is dat belastingplichtigen geconfronteerd worden met een moeilijk beheersbare fiscale exposure, die in veel gevallen commercieel niet gehedged behoeft te worden. Voor zover wij konden nagaan, vallen ook in de meeste andere landen met holdingregimes valutaresultaten op deelnemingen onder de deelnemingsvrijstelling,<sup>[16]</sup> zodat het overgaan op een dergelijke regeling bepaald een verslechtering zou zijn voor de concurrentiepositie van Nederland. Bij een regeling waarbij valutaresultaten om EU-rechtelijke redenen buiten de deelnemingsvrijstelling worden gehouden zou aan belastingplichtigen naar onze mening om die reden altijd de keuzemogelijkheid moeten worden geboden om valutaresultaten (maar dan natuurlijk zowel de positieve als de negatieve) alsnog onder de deelnemingsvrijstelling te brengen.<sup>[17]</sup> Wij menen ook dat EU recht zich niet tegen een dergelijk keuzeregime zou verzetten. Idealiter zou naar onze mening een tussenregeling voor de periode dat er nog EU-rechtelijke onzekerheid bestaat over de vraag of de huidige regeling EU-proof is, een dergelijke uiteindelijke oplossing op zijn minst moeten benaderen. De voorgestelde tussenregeling benadert een dergelijke uiteindelijke oplossing al voor een groot gedeelte, doordat belastingplichtigen die geen valutaverlies claimen daarmee in feite ervoor kiezen alle valutaresultaten onder de deelnemingsvrijstelling te brengen. Waar de voorgestelde tussenregeling nog wel een overkill-element bevat, is in de timing. Valutawinsten worden zonder compartimentering belast, ook wanneer zij stammen uit de periode voordat de belastingplichtige voor het eerst een valutaverlies in aftrek bracht. Dat probleem is echter vrij eenvoudig op te lossen door alsnog een heldere compartimenteringsregeling in te voeren (zie hierna onder onderdeel 4).

De uiteindelijke vormgeving van de tussenregeling is uiterst beknopt en de toelichting ronduit summier. In het wetsvoorstel wordt een nieuw artikel 28b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 voorgesteld. Als hoofdregel wordt voorgesteld dat, indien een belastingplichtige met succes een valutaverlies op een deelneming in aftrek kan brengen, hij niet de deelnemingsvrijstelling kan toepassen op positieve valutaresultaten uit hoofde van deelnemingen waarvoor een eventueel valutaverlies aftrekbaar zou zijn. Deze hoofdregel is neergelegd in het eerste en vierde lid van het voorgestelde artikel 28b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. In het tweede lid is vervolgens een antimisbruikmaatregel opgenomen om te vermijden dat belastingplichtigen die een valutaverlies op een deelneming hebben afgetrokken, de belastingheffing over toekomstige positieve valutaresultaten kunnen ontlopen door deelnemingen over te dragen aan een verbonden lichaam. In het derde lid is een samenloopbepaling opgenomen met de liquidatieverliesregeling. Hierna worden deze leden in meer detail besproken.

### 3.2 Artikel 28b, eerste lid — hoofdregel

Op grond van de in het eerste lid van het voorgestelde artikel 28b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 neergelegde hoofdregel vindt de deelnemingsvrijstelling geen toepassing op *opgekomen* positieve valutaresultaten uit hoofde van deelnemingen, indien de belastingplichtige in een bepaald jaar een negatief valutaresultaat uit hoofde van een deelneming ten laste van de winst brengt of heeft gebracht. Het ten laste van de winst brengen van een negatief valutaresultaat op een bepaalde deelneming leidt er op grond van

deze hoofdregel toe dat alle positieve valutaresultaten op die deelneming en alle andere deelnemingen opgekomen in het jaar van verliesneming en latere jaren niet langer zijn vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling. De memorie van toelichting sluit compartimentering van die positieve valutaresultaten uitdrukkelijk uit.[18] Daardoor kan een valutawinst die opkomt en belast wordt in een bepaald jaar zijn oorsprong vinden in een koersstijging die zich vele jaren eerder heeft voorgedaan. Effectief zullen dus valutawinsten worden belast die zijn ontstaan voor de invoering van de tussenregeling en voor het jaar waarin de belastingplichtige voor het eerst een valutaverlies in aftrek heeft gebracht. De belastingplichtige zal in veel gevallen niet meer in de gelegenheid zijn eventuele negatieve valutaresultaten uit die eerdere jaren alsnog in aftrek te brengen. Ons inziens is dit een niet-acceptabele overkill van de sanctiebepaling, die vermoedelijk ook in strijd is met het EU-recht. Aanpassing van het wetsvoorstel op dit punt lijkt ons derhalve noodzakelijk. Hoewel de wettekst een ongebreidelde terugwerkende kracht suggereert voor het niet toepassen van de deelnemingsvrijstelling op positieve valutaresultaten, wordt de terugwerkende kracht bij positieve valutaresultaten als gevolg van artikel II (inwerkingtreding) van het wetsvoorstel beperkt tot het tijdstip van aankondiging (vrijdag 8 april 2011, 17.00 uur) van het wetsvoorstel door middel van het persbericht. Een voorbeeld moge deze beperking als volgt illustreren: stel dat in 2009 een belastingplichtige een negatief valutaresultaat ten laste van de winst heeft gebracht en het Hof van Justitie EU — al dan niet in samenspraak met de nationale rechter[19] — uiteindelijk tot het oordeel zou komen dat de aftrek van negatieve valutaresultaten toegestaan is, dan zal op grond van de tussenregeling de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing zijn op positieve valutaresultaten die opgekomen zijn na vrijdag 8 april 2011, 17.00 uur. Op positieve valutaresultaten die opgekomen zijn vóór vrijdag 8 april zal de deelnemingsvrijstelling nog wel toegepast kunnen worden. De wettekst spreekt niet van gerealiseerd of ongerealiseerd, maar van het onbekende en vage begrip *opkomen*. Daardoor is bijvoorbeeld onduidelijk of valutaresultaten die op grond van goed koopmansgebruik tot de jaarwinst vóór 8 april 2011, 17.00 uur, kunnen worden gerekend, wel beschouwd kunnen worden als te zijn *opgekomen* voor die datum. Terecht vraagt de NOB in zijn commentaar op het wetsvoorstel[20] om een nadere bevestiging op dit punt. Ons inziens dient bij voorkeur wel een algehele compartimentering op 8 april 2011, 17.00 uur, plaats te vinden, indien de belastingplichtige een valutaverlies op een deelneming claimt. In elk geval zullen om de tussenregeling EU-proof te maken naar onze mening ook negatieve valutaresultaten die na dit tijdstip zijn *opgekomen* ten aanzien van andere deelnemingen dan de deelneming(en) waarvoor een aftrek is c.q. wordt geclaimd, in aftrek moeten worden toegelaten.

Op basis van de wettekst lijkt[21] de sanctie van het ontnemen van de deelnemingsvrijstelling op valutaresultaten ook van toepassing op *deelnemingen* (bijvoorbeeld niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen ex art. 13 lid 9 Wet VPB 1969), waarbij valutaresultaten reeds op basis van de wettelijke regeling niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Dat is uiteraard niet de bedoeling en zal, naar wij aannemen, ook gedurende de parlementaire behandeling worden rechtgezet. Hetzelfde geldt bij de aftrek van een liquidatieverlies, dat ook nu reeds een aftrekbaar valutaverlies kan inhouden. De aftrek van een dergelijk valutaverlies zal niet mogen leiden tot het toepassen van de sanctiebepaling van het eerste lid, maar tekstueel wordt dit niet uitgesloten.[22] Wel is in het derde lid van het voorgestelde artikel 28b een samenloopregeling opgenomen voor valutaverliezen en liquidatieverliezen (zie hierna onder onderdeel 3.4).

De wettekst van het eerste lid, noch de memorie van toelichting, geeft uitdrukkelijk aan wat verstaan dient te worden onder de begrippen *negatief valutaresultaat* en *positief valutaresultaat*. Zoals hiervoor reeds is aangehaald, wordt eveneens niet aangegeven wat verstaan moet worden onder het *opkomen* van positieve valutaresultaten.[23] Hier is sprake

van een bewuste keuze van de wetgever om deze begrippen niet verder uit te werken. Omdat vooralsnog niet duidelijk is of, en op welk tijdstip, negatieve valutaresultaten op grond van een uiteindelijk oordeel van het Hof van Justitie EU c.q. de Hoge Raad[24] in aftrek kunnen worden gebracht, heeft de wetgever de tussenregeling zo opgezet dat slechts in zoverre een negatief valutaresultaat door de belastingplichtige daadwerkelijk in aftrek is gebracht en door het Hof van Justitie EU c.q. de Hoge Raad wordt gesauveerd, op gelijke voet positieve valutaresultaten van de deelnemingsvrijstelling worden uitgesloten. Bij de omvang van de aftrekbaarheid van valutaverliezen bestaat onduidelijkheid zowel op het punt van de hoogte c.q. het tijdstip van nemen van de valutaverliezen (jaarverliezen dan wel gerealiseerde verliezen bijvoorbeeld bij verkoop of liquidatie van de deelneming; zie ook het voorbeeld in onderdeel 2.4), als ten aanzien van het type deelneming (meerderheids- of minderheidsdeelneming, EU/EER- of niet-EU/EER-deelneming). Een situatie die nog niet gedekt lijkt te zijn,[25] is de situatie waarin het Hof van Justitie EU c.q. de Hoge Raad zou beslissen dat negatieve valutaresultaten uit hoofde van deelnemingen op grond van het EU-recht c.q. de wet (bijvoorbeeld gerealiseerde valutaverliezen) altijd aftrekbaar zouden zijn. Wetstechnisch gezien leidt in die gevallen een aftrek niet tot de sanctie van het onthouden van de deelnemingsvrijstelling op positieve valutaresultaten, omdat de tussenregeling slechts geldt voor die belastingplichtigen die een valutaverlies in de aangifte geclaimd hebben of bezwaar hebben gemaakt tegen een aanslag. Een tekstuele verduidelijking wat nu precies de bedoeling van de wetgever is op dit punt zou ons inziens welkom zijn.

Zoals hiervoor in onderdeel 3.1 reeds door ons is beschreven, zouden wij voorstander zijn van een systeem waarbij de belastingplichtige door een valutaverlies niet te claimen de mogelijkheid krijgt c.q. behoudt om (positieve en negatieve) valutaresultaten onder de deelnemingsvrijstelling te laten vallen.

Onder omstandigheden kan een positief valutaresultaat ook opkomen in de vorm van een dividend. Stel dat een moedermaatschappij voor £ 100 een Engelse deelneming verwerft bij een koers van 1,00. Enkele jaren later wordt een dividend uitgekeerd van £ 80. Op dat moment is de vermogenswaarde van de deelneming — voor de uitkering van het dividend — nog steeds £ 100, maar is de koers van de pond opgelopen tot € 1,50. Het is in die situatie evident dat in de dividenduitkering ter waarde van € 120 ten minste € 20 valutawinst besloten ligt. Maar de inspecteur zou met evenveel recht kunnen verdedigen dat met het dividend 80/100e van de totale € 50 valutaresultaat wordt gerealiseerd, of zelfs dat de valutawinst moet worden geacht als eerste te zijn uitgedeeld, zodat de volle € 50 wordt belast in het jaar waarin het dividend wordt uitgekeerd. Noch goed koopmansgebruik noch het wetsvoorstel geeft op dit punt uitsluitsel.

### 3.3 Artikel 28b, tweede lid — uitbreiding tot deelnemingen verkregen van verbonden lichamen

De werking van de sanctiebepaling van het eerste lid van artikel 28b zou vrij gemakkelijk ontlopen kunnen worden door het lichaam dat het valutaverlies in aftrek heeft gebracht zijn deelnemingen met te verwachten valutawinsten binnen concern te laten vervreemden aan een lichaam dat geen valutaverliezen ten laste van het resultaat heeft gebracht. Om dergelijk ongewenst gedrag tegen te werken, is in het tweede lid van het voorgestelde artikel 28b een antimisbruikbepaling opgenomen. Op grond van deze bepaling treedt de sanctiebepaling (onthouden van de deelnemingsvrijstelling bij positieve valutaresultaten) ook in werking op deelnemingen die direct of indirect zijn verkregen van een verbonden lichaam[26] dat een negatief valutaresultaat ten laste van de winst heeft gebracht en waarbij de sanctiebepaling niet op grond van artikel 28b, vierde lid, zou zijn teruggenomen, indien de deelneming niet was overgedragen.

De regeling van het tweede lid geldt niet alleen voor directe verkrijgingen van een verbonden

lichaam, maar ook voor indirecte verkrijgingen. De deelnemingen van het lichaam dat het valutaverlies in aftrek heeft gebracht, worden als het ware gevolgd bij overdrachten binnen het concern. Van belang daarbij is dat in de memorie van toelichting[27] wordt opgemerkt dat de verbondenheid wordt beoordeeld op het tijdstip dat een deelneming wordt overgedragen. Daarbij worden twee voorbeelden gegeven van wat de gevolgen van de toepassing van dit beoordelingstijdstip kunnen zijn. Het eerste voorbeeld betreft een lichaam dat een valutaverlies in aftrek heeft gebracht, een deelneming vervreemdt aan een verbonden lichaam en vervolgens zelf uit de groep wordt verkocht. Ondanks de omstandigheid dat het lichaam dat het valutaverlies in aftrek heeft gebracht niet meer verbonden is met het lichaam dat de deelneming houdt, worden bij het verkrijgende lichaam toch de positieve valutaresultaten in de heffing betrokken. Het tweede voorbeeld betreft de situatie dat een lichaam dat een valutaverlies in aftrek heeft gebracht een deelneming vervreemdt aan een in het buitenland gevestigd verbonden lichaam, die het vervolgens weer doorverkoopt aan een in Nederland gevestigd verbonden lichaam. Ook in die situatie wordt het laatst verkrijgende verbonden lichaam getroffen door de sanctieregeling, omdat het indirect verkregen heeft van een verbonden lichaam dat een aftrek heeft genomen.

De situatie die niet wordt bestreken door deze antimisbruikregeling is het geval dat de deelnemingen met latente of toekomstige valutawinsten worden verkocht aan een in het buitenland gevestigd verbonden lichaam (bij voorkeur gevestigd in een euro-land), waardoor de sanctie van de belastingheffing over valutawinsten effectief niet meer werkzaam wordt. Daarnaast is ook deze antimisbruikregeling uiterst summier uitgewerkt en toegelicht.[28] Zo bestaat er weinig houvast over de precieze reikwijdte van deze antimisbruikregeling.

Onduidelijk is bijvoorbeeld of deze regeling ook toepassing vindt, indien de deelnemingen met potentiële valutawinsten eerst worden verkocht door de belastingplichtige aan een verbonden lichaam en pas daarna, bijvoorbeeld in een later jaar, een valutaverlies op een achtergebleven deelneming wordt genomen. Daarnaast bestaat er ook geen enkele toelichting ten aanzien van de vraag of onder overdracht aan een verbonden lichaam ook de opname in een fiscale eenheid of een (al dan niet geruisloze) fusie of splitsing wordt verstaan.[29]

Wellicht dat tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel nog meer duidelijkheid komt over de reikwijdte van deze antimisbruikregeling. Vanuit het doel van deze antimisbruikregeling, te weten het tegengaan van het ontlopen van de sanctieregeling van het eerste lid, bestaat er ons inziens geen reden om deze regeling bewust vaag te houden.

#### 3.4 Artikel 28b, derde lid — verband met liquidatieverliesregeling

Het derde lid ziet op de samenloop van de aftrek van valutaverliezen op grond van het Deutsche Shell-arrest en de liquidatieverliesregeling. Zonder een dergelijke samenloopbepaling is het niet uitgesloten dat een valutaverlies op een deelneming tweemaal genomen zou kunnen worden. In het derde lid van artikel 28b is daarom vastgelegd dat een liquidatieverlies slechts in aanmerking kan worden genomen voor zover het liquidatieverlies hoger is dan het saldo van de negatieve en positieve valutaresultaten die met betrekking tot die deelneming ten laste van de winst zijn gekomen.

#### 3.5 Artikel 28b, vierde lid — terugname van de hoofdregel

De sanctie van het onthouden van de deelnemingsvrijstelling op positieve valutaresultaten (hoofdregel van het eerste lid) vindt op grond van het voorgestelde vierde lid van artikel 28b geen toepassing indien het positieve valutaresultaten betreft die, indien zij negatief waren geweest, niet ten laste van de winst gebracht zouden kunnen worden. Zoals hiervoor in onderdeel 3.2 reeds is uiteengezet, wil de wetgever de sanctie slechts toepassen indien en voor zover belastingplichtigen een negatief valutaresultaat van hun winst hebben afgetrokken en het Hof van Justitie EU c.q. de Hoge Raad deze aftrek uiteindelijk hebben gesauveerd. De reikwijdte van de sanctie is derhalve gekoppeld aan de uiteindelijke reikwijdte van de aftrekmogelijkheden, zoals het Hof van Justitie EU c.q. de Hoge Raad deze in de toekomst

zullen vastleggen. Bij deze reikwijdte kan het, hoewel de wettekst en toelichting op dit punt niet al te duidelijk zijn, ons inziens zowel gaan om de omvang c.q. het tijdstip van aftrek van de valutaresultaten, als om het type deelneming (meerderheids- of minderheidsdeelneming, EU/EER- of niet-EU/EER-deelneming) waarvoor de aftrek wordt toegestaan. De bedoeling van de wetgever is namelijk naar onze mening duidelijk, te weten de sanctie slechts toe te passen voor die valutaresultaten c.q. dat type deelnemingen waarvoor uiteindelijk een aftrek zal moeten worden toegestaan.

### 3.6 Inwerkingtreding

Het wetsvoorstel treedt in werking met ingang van de dag na uitgifte van het Staatsblad waarin zij wordt geplaatst en werkt terug tot en met het tijdstip waarop het persbericht, waarin zij is aangekondigd, is uitgebracht. Het tijdstip van aankondiging van het wetsvoorstel in het persbericht was vrijdag 8 april, 17.00 uur, zodat bij inwerkingtreding van het wetsvoorstel de tussenregeling tot dat tijdstip terugwerkt. In de memorie van toelichting[30] wordt als reden voor deze terugwerkende kracht aangevoerd dat de wetgever anticipatiegedrag van belastingplichtigen wilde voorkomen. Dit anticipatiegedrag zou erin hebben kunnen bestaan deelnemingen met latente valutawinsten voor de inwerkingtreding van de wet over te dragen aan een concernlichaam.

## 4 EU-rechtelijke houdbaarheid van de tussenregeling

### 4.1 Algemeen

Zoals hiervoor in onderdeel 1 is aangeduid, zijn er in de fiscale literatuur[31] reeds de eerste twijfels naar voren gebracht over de Europeesrechtelijke houdbaarheid van het wetsvoorstel voor de tussenregeling zelf. Als wij deze twijfels goed begrijpen, zijn er drie punten waarop de tussenregeling mogelijk in strijd zou kunnen komen met het Europese recht:

- de terugwerkende kracht;
- de vormgeving als een keuzeregeling; en
- de mogelijke overkill van de regeling.

Deze punten worden in de onderdelen 4.2-4.4 besproken.

### 4.2 Terugwerkende kracht

Ten aanzien van het eerste punt, de Europeesrechtelijke houdbaarheid van de terugwerkende kracht, is door de Raad van State[32] reeds aangedrongen op een nadere toelichting op de argumentatie van de noodzaak en Europeesrechtelijke houdbaarheid van deze regeling.[33] De discussie lijkt zich toe te spitsen op de vragen of er — zonder de terugwerkende kracht — sprake zou zijn van aanmerkelijke aankondigingseffecten en of de aangekondigde maatregel voldoende kenbaar was uit het persbericht. Ten aanzien van deze laatstgenoemde vraag werpt de Raad van State[34] op dat uit het persbericht niet kan worden afgeleid dat ook valutawinsten zullen worden belast op andere deelnemingen van de belastingplichtige dan de deelneming(en) waarvoor een valutaverlies in aftrek is gebracht. Waarschijnlijk[35] zal tijdens de parlementaire behandeling nog wel verder worden ingegaan op deze beide vraagpunten. Ons inziens kan in elk geval (ook) de Europeesrechtelijke houdbaarheid van de terugwerkende kracht worden verbeterd door een zekere compartimentering toe te staan.

### 4.3 Keuzeregeling

De Wilde en Wisman hebben in het hierboven aangehaalde artikel in het Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht gesteld dat de tussenregeling in wezen een keuzeregeling is, die op gespannen voet staat met het Europese recht. Zij baseren die stelling op het arrest-Gielen,[36] waarin het Hof van Justitie EU oordeelde dat de keuzemogelijkheid van artikel 2.5 van de Wet inkomstenbelasting 2001 de discriminatie tussen Nederlandse en buitenlandse ondernemers op het punt van het urencriterium voor de zelfstandigenaftrek niet kon wegnemen. Wij verwachten niet dat Gielen, zoals De Wilde en Wisman het verwoorden, “roet in het eten zal gooien” bij de tussenregeling. In de Gielen-procedure werd de keuzeregeling van artikel 2.5 van de Wet inkomstenbelasting 2001 gebruikt als verweer door

de Nederlandse overheid. De stelling was eenvoudig gezegd dat het urencriterium weliswaar discrimineerde tussen Nederlandse en buitenlandse ondernemers, maar dat de buitenlander toch niet slechter af was omdat artikel 2.5 hem de mogelijkheid bood aan die discriminatie te ontkomen door te opteren voor binnenlandse belastingplicht. Dat verweer werd door het Hof van Justitie EU verworpen met het oordeel dat de keuzemogelijkheid de discriminatie niet neutraliseert. In een eventuele procedure over de aftrek van valutaverliezen op deelnemingen zal de Nederlandse regering naar wij aannemen echter niet het verweer voeren dat de belastingplichtige een keuzemogelijkheid had om zich aan de belemmering te onttrekken. De enige keuze die de tussenregeling de belastingplichtige biedt, is immers zich wel of niet in rechte te verzetten tegen de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op zijn valutaverlies. Geconfronteerd met de stelling dat die toepassing van de deelnemingsvrijstelling een belemmering van de verdragsvrijheden vormt, zal Nederland — zelfs zonder Gielen - natuurlijk niet het verweer kunnen voeren dat de belastingplichtige de belemmering kan wegnemen door zich er in rechte tegen te verzetten. Aangezien de Nederlandse regering zich niet zal beroepen op de helende werking van een keuzemogelijkheid, zal naar onze verwachting ook de afwijzing van dat verweer door het Hof van Justitie EU geen rol spelen in de discussie.

Mocht de belastingplichtige uiteindelijk zijn eis het valutaresultaat te mogen aftrekken, gehonoreerd zien, dan treedt een nieuwe situatie in en zal hij mogelijk op enig moment geconfronteerd worden met de heffing van vennootschapsbelasting over positieve valutaresultaten uit deelnemingen op de voet van de tussenregeling. Het is natuurlijk mogelijk dat die belastingplichtige dan besluit ook daartegen op te komen met een beroep op Europees recht. Hij zou bijvoorbeeld kunnen stellen dat EU recht een zekere compartimentering van het positieve valutaresultaat eist (zie hierna onder onderdeel 4.4). Maar ook in die discussie valt moeilijk in te zien hoe de keuzemogelijkheid van de tussenregeling — wel of niet procederen — een rol zou kunnen spelen in het verweer van de Nederlandse fiscus.

Er zou waarschijnlijk wel sprake zijn van strijd met EU-recht indien de wetgever een regeling in zou voeren, waarbij positieve en negatieve valutaresultaten in principe onder de deelnemingsvrijstelling vallen, maar de belastingplichtige de keuze krijgt (*opting-out*) om de deelnemingsvrijstelling niet toe te passen op valutaresultaten.[37] Op grond van het Gielen-arrest zou dan de redenering zijn dat een belemmering (valutaverliezen zijn niet aftrekbaar) niet kan worden geneutraliseerd door een keuzeregeling.

#### 4.4 Overkill

De overkill van de tussenregeling bestaat er met name in dat de aftrek van een valutaverlies op een deelneming leidt tot belastbaarheid van alle positieve valutaresultaten op alle deelnemingen. Aftrek kan derhalve leiden tot een nadeligere situatie dan zonder aftrek. Wij menen dat daar op zich geen EU-rechtelijk probleem in schuilt. De valutaresultaten die Nederland zou belasten, zijn resultaten die naar hun aard in het andere land niet tot uiting komen, dus er ontstaat geen dubbele heffing. De belemmering die het Hof van Justitie EU vaststelde in *Deutsche Shell* doet zich dus niet voor wanneer de toepassing van de tussenregeling ertoe leidt dat een bepaalde belastingplichtige voor al zijn positieve en negatieve valutaresultaten op een deelneming in de heffing wordt betrokken, zelfs niet wanneer de belastingplichtige uiteindelijk slechter af is dan hij zou zijn geweest als hij nooit een valutaverlies had afgetrokken. In *Deutsche Shell* werd het verweer van Duitsland dat het weliswaar de valutaverliezen uit de vaste inrichting van aftrek uitsloot, maar ook eventuele valutawinsten niet belaste, niet aanvaard. Wij menen dat het Hof van Justitie EU ook het spiegelbeeldige argument van belastingplichtige zou moeten verwerpen.

Doordat compartimentering van de te belasten positieve valutaresultaten is uitgesloten, zullen echter in de praktijk situaties voorkomen waarin valutaresultaten worden belast die zijn

ontstaan (maar nog niet waren *opgekomen*) in jaren voordat de belastingplichtige voor het eerst een valutaresultaat op een deelneming in aftrek bracht (zie hiervoor onderdeel 3.2). Voor die jaren komt het er dus op neer dat valutawinsten op deelnemingen wel belast zijn, maar valutaverliezen niet aftrekbaar. De tussenregeling krijgt pas effect op het moment dat het Hof van Justitie EU tot het oordeel komt dat het niet in aftrek laten van valutaverlies op deelnemingen een ontoelaatbare belemmering vormt van de verdragsvrijheden. In dat geval ligt het naar ons oordeel voor de hand dat het ook op EU-rechtelijke bezwaren zal stuiten wanneer valutawinsten op deelnemingen die in een bepaald jaar zijn ontstaan worden belast (ook al vindt die heffing pas op een later tijdstip plaats), terwijl de belastingplichtige de valutaverliezen die in datzelfde jaar zijn ontstaan, niet in aftrek kan brengen. Dat probleem is overigens eenvoudig te verhelpen door compartimentering toe te passen, met als omslagpunt niet 8 april 2011, maar 1 januari van het jaar waarin de belastingplichtige voor het eerst met succes een valutaresultaat op een deelneming heeft afgetrokken.

#### 5 Conclusies en aanbevelingen

In deze bijdrage is het wetsvoorstel voor de tussenregeling nader geanalyseerd. Het doel van de tussenregeling is om de mismatch weg te nemen die zou ontstaan, indien het Hof van Justitie EU zou beslissen dat valutaverliezen op deelnemingen aftrekbaar dienen te zijn, terwijl valutawinsten op grond van de wettelijke regeling van de deelnemingsvrijstelling onbelast blijven. In de eerste plaats hebben wij onderzocht in hoeverre het risico dat de tussenregeling probeert weg te nemen, reëel is. Op grond van de huidige stand van de Europeesrechtelijke jurisprudentie kan ons inziens niet worden uitgesloten dat het Hof van Justitie EU zal beslissen dat valutaverliezen op deelnemingen aftrekbaar dienen te zijn. Het risico is naar onze mening dan ook reëel en de beslissing tot het ontwerpen c.q. indienen van het wetsvoorstel is daarmee volstrekt begrijpelijk. Bij de keuze uit de geschetste alternatieven voor een tijdelijke regeling lijkt ons met de tussenregeling een op zich juiste afweging te zijn gemaakt, ware het niet dat het wetsvoorstel een zekere overkill bevat. Om deze overkill weg te nemen hebben wij voorgesteld om de tussenregeling zodanig aan te passen, dat een volledige compartimentering wordt toegepast per 8 april 2011 of beter nog per 1 januari van het jaar waarin de belastingplichtige voor het eerst met succes een valutaresultaat op een deelneming heeft afgetrokken. In de uitwerking van de tussenregeling hebben wij vele onduidelijkheden c.q. omissies geconstateerd. In sommige gevallen is bewust gebruik gemaakt van vage begrippen, maar in de meerderheid van de gevallen lijkt in hoge mate sprake van een haastklus. Hopelijk worden deze onduidelijkheden c.q. omissies tijdens de parlementaire behandeling nog weggenomen. Op dit moment zijn ons nog geen lopende procedures in Nederland of andere EU-lidstaten bekend inzake de aftrekbaarheid van valutaverliezen bij deelnemingssituaties. Voordat er duidelijkheid gaat ontstaan als gevolg van nieuwe jurisprudentie van het Hof van Justitie EU, zullen derhalve de nodige jaren gaan verstrijken. Vanuit die optiek is het zaak om te komen tot een uitgebalanceerde en EU-houdbare tussenregeling.

#### Voetnoot

[1]

Beiden zijn als partner/belastingadviseur verbonden aan Loyens & Loeff N.V. Laatstgenoemde auteur is tevens hoogleraar internationaal belastingrecht aan de Erasmus Universiteit te Rotterdam.

[2]

HvJ EG 28 februari 2008, nr. C-293/06 (Deutsche Shell).

[3]

S. Douma, 'Valutaverlies op deelneming: aftrekbaar!', NTFR 2008/2327; M. Koerts, 'Deutsche Shell; dispariteit of belemmering van het vrije verkeer binnen de EG?', WFR 2008/725, en A.J.A. Stevens, 'Het Shell-arrest: een tussenstand', NTFR-B 2008/27.

- [4] Wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 in verband met de invoering van een tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen (Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen), Kamerstukken II 2010/11, 32 818, nr. 2 (voorstel van wet).
- [5] Aantekening Redactie Vakstudie Nieuws bij het wetsvoorstel, V-N 2011/32.14; M.F. de Wilde & C. Wisman, ‘Tussenregeling valutaresultaten; gooit Gielen roet in het eten?’, NTFR 2011/1646, alsmede het NOB-commentaar op het wetsvoorstel van 1 september 2011, punt 9.
- [6] Bijvoorbeeld B. Terra & P. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2005 (vierde druk), p. 57.
- [7] HvJ EG 13 december 2005, nr. C-446/03 (Marks & Spencer).
- [8] Zie D. Weber, *Op zoek naar een (nieuwe) balans tussen belastingsoevereiniteit en het recht op vrij verkeer binnen de EG*, Deventer: Kluwer 2006, p. 29, en de daar aangehaalde literatuur.
- [9] HvJ EG 28 februari 2008, nr. C-293/06, r.o. 46-53 (Deutsche Shell).
- [10] HvJ EG 28 februari 2008, nr. C-293/06, r.o. 25 (Deutsche Shell).
- [11] Memorie van toelichting, Inleiding, p. 2.
- [12] De Redactie Vakstudie Nieuws twijfelt in de Aantekening bij het Wetsvoorstel, V-N 2011/32.14, aan de noodzaak van deze vormgeving. Zie ook hierna onder onderdeel 4 (EU-rechtelijke houdbaarheid van de tussenregeling).
- [13] NOB-commentaar op het wetsvoorstel van 1 september 2011, de punten 1 en 2.
- [14] Zie ook M. de Wilde & C. Wisman, ‘Tussenregeling valutaresultaten; gooit Gielen roet in het eten?’, NTFR 2011/1646, p. 9.
- [15] De omgekeerde variant, waarbij alle valutaresultaten onder de deelnemingsvrijstelling vallen met een optie (“opting-out”) voor belastingplichtigen om valutaresultaten buiten de deelnemingsvrijstelling te brengen, lijkt op grond van het Gielen-arrest wel problematisch (zie hierna onder onderdeel 4.3).
- [16] De opmerking in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel, Inleiding, p. 2, dat Nederland als één van de weinige landen valutaresultaten op deelnemingen onder de deelnemingsvrijstelling heeft gebracht, kunnen wij derhalve in het geheel niet plaatsen.
- [17] Een vergelijkbare optiemogelijkheid biedt art. 13 lid 7 Wet VPB 1969 voor afdekkingsinstrumenten van valutarisico’s.
- [18] Men zou zich af kunnen vragen of een enkele opmerking in de memorie van toelichting voldoende is om het mechanisme van de compartentering buiten werking te stellen. Wij menen dat dit naar de huidige stand van de jurisprudentie van de Hoge Raad het

geval is. In HR 19 november 2004, BNB 2005/77, heeft de Hoge Raad in een vergelijkbare situatie voor de landbouwwijziging compartimentering afgewezen met het argument dat toepassing van de compartimenteringsleer afbreuk zou doen aan hetgeen de wetgever met de wetwijziging had beoogd. De opmerking in de memorie van toelichting maakt voldoende duidelijk wat in dit geval de bedoeling van de wetgever is en we moeten er dus vanuit gaan dat de rechter ook in dit geval compartimentering achterwege zou laten.

- [19] Het HvJ EU laat het aan de nationale rechter om te beoordelen of sprake is van een werkelijk economisch verlies (HvJ EG 28 februari 2008, nr. C-293/06, punt 25 (Deutsche Shell)).
- [20] NOB-commentaar op het wetsvoorstel van 1 september 2011, punt.
- [21] Zo ook de Redactie Vakstudie Nieuws in de Aantekening op de artikelsgewijze toelichting bij het wetsvoorstel, V-N 2011/32.14, en het NOB-commentaar op het wetsvoorstel van 1 september 2011, punt 4.
- [22] Zo ook de Redactie Vakstudie Nieuws in de Aantekening op de artikelsgewijze toelichting bij het wetsvoorstel, V-N 2011/32.14.
- [23] Zo ook het NOB-commentaar op het wetsvoorstel van 1 september 2011, punt 5.
- [24] Het HvJ EG laat het in zijn algemeenheid aan de nationale rechter om te beoordelen of sprake is van een werkelijk economisch verlies (HvJ EG 28 februari 2008, nr. C-293/06, punt 25 (Deutsche Shell)).
- [25] Zie ook het NOB-commentaar op het wetsvoorstel van 1 september 2011, punt 3.
- [26] De definitie van verbonden lichaam ex art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 wordt ook op het nieuwe art. 28b van toepassing verklaard. Zie art. I onderdeel A van het wetsvoorstel.
- [27] Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting op art. II, p. 5.
- [28] Zie ook de voorbeelden c.q. vraagpunten die worden opgeworpen in het NOB-commentaar op het wetsvoorstel van 1 september 2011, punten 6, 7 en 8. Het laatstgenoemde vraagpunt betreft de onduidelijkheden in de situatie dat de regeling van het vierde lid cumuleert met de regeling van het tweede lid.
- [29] Vergelijk ook de opmerkingen van de Redactie Vakstudie Nieuws in de Aantekening op de artikelsgewijze toelichting bij het wetsvoorstel, V-N 2011/32.14.
- [30] Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting op art. II, p. 5.
- [31] Aantekening Redactie Vakstudie Nieuws bij het wetsvoorstel, V-N 2011/32.14; M.F. de Wilde & C. Wisman, 'Tussenregeling valutaresultaten; gooit Gielen roet in het eten?', NTFR 2011/1646, alsmede het NOB-commentaar op het wetsvoorstel van 1 september 2011, punt 9.
- [32] Zie het advies van de RvS bij het wetsvoorstel, punt 4 (Terugwerkende kracht).

- [33] Zie ook het NOB-commentaar op het wetsvoorstel van 1 september 2011, punt 12. Naar de mening van de NOB schiet ook de nadere motivering van de staatssecretaris voor de aan het wetsvoorstel verbonden formele en materiële terugwerkende kracht te kort.
- [34] Zie ook de Aantekening van de Redactie Vakstudie Nieuws bij het persbericht opgenomen in V-N 2011/19.16, waarbij de Redactie Vakstudie Nieuws uit het persbericht meende te kunnen afleiden dat de belastbaarheid van valutawinsten beperkt zou zijn tot die deelnemingen waarvoor ook de valutaverliezen zijn afgetrokken.
- [35] Zie ook het verslag van de Vaste Commissie voor Financiën van de Tweede Kamer bij het wetsvoorstel van 8 september 2011, Kamerstukken II 2010/11, 32 818, nr. 5, dat na het inleveren van de kopij van dit artikel werd gepubliceerd.
- [36] HvJ EU 18 maart 2010, nr. C-440/08 (Gielen).
- [37] Ook de staatssecretaris voorziet EU-rechtelijke problemen met een dergelijke regeling. Zie de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel, Inleiding, p. 2.

Copyright © Kluwer 2012  
Kluwer Online Research

Dit document is gegenereerd op 17-01-2012

Op dit document zijn de algemene leveringsvoorwaarden van Kluwer van toepassing.