

Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen; gooit *Gielen* roet in het eten?

mr. M.F. de Wilde¹ en mevr. mr. C. Wisman²

1 Inleiding

Op 20 juni 2011 heeft de Staatssecretaris van Financiën het 'Wetsvoorstel Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen' naar de Tweede Kamer gestuurd.³ Het voorstel was op 8 april 2011 om 17.00 uur aangekondigd en zal bij inwerkingtreding vanaf dat moment van kracht zijn.⁴ Gekozen is voor een "voorwaardelijke optionele regeling", een 'keuzeregeling'.⁵ Vennootschapsbelastingplichtigen die, kort gezegd, met een beroep op de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie ('HvJ') in de zaak *Deutsche Shell* succesvol valutaverliezen op deelnemingen in aftrek brengen, dienen tevens valutawinsten op deelnemingen in aanmerking te nemen. De staatssecretaris tracht hiermee een mogelijke unierechtelijke 'belemmering' – een 'obstakel' – te verhelpen.⁶ De vraag rijst echter of een keuzeregeling daartoe wel een geschikt instrument is. Dit omdat uit de eerdere beslissing van het HvJ in de zaak *Gielen* blijkt dat een unierechtelijke 'discriminatie' – ook een 'obstakel' – niet kan worden weggenomen met een keuzeregeling.⁷ Gooit *Gielen* roet in het eten?

2 Tussenregeling is 'keuzeregeling'

Volgens het persbericht waarin de tussenregeling werd aangekondigd, menen verschillende vennootschapsbelastingplichtigen dat zij behaalde valutaverliezen op deelnemingen ten laste van de winst kunnen brengen. Daartoe beroepen zij zich op de uitleg van de verkeersvrijheden door het HvJ in de zaak *Deutsche Shell*.⁸ Naar huidig positief Nederlands belastingrecht is aftrek van een valutaverlies op een deelneming onder toepassing van het deelnemingsvrijstellingsregime⁹ onmogelijk. Blijkens jurisprudentie van de Hoge Raad behoren valutavertaalresultaten behaald met investeringen in aandelenbelangen die fiscaal als deelnemingen kwalificeren tot de deelnemingsvoordelen.¹⁰ Waar de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, zijn deze resultaten van belastingheffing vrijgesteld. Valutaverliezen zijn dan niet aftrekbaar en valutawinsten onbelast.¹¹ Dit is opmerkelijk. Van economische dubbele belastingheffing is namelijk geen sprake. Deze valutavertaalresultaten komen elders niet tot uitdrukking. Conceptueel beschouwd behoort daarom geen vermindering ter voorkoming van economische dubbele belastingheffing te worden verleend.

De staatssecretaris signaleert thans een potentiële onevenwichtigheid.¹² Deze bestaat erin dat enerzijds voornoemde valutaverliezen mogelijk onder de verkeersvrijheden aftrekbaar blijken, terwijl anderzijds valutawinsten naar positief Nederlands belastingrecht in voorkomende gevallen van belastingheffing zijn vrijgesteld. Een aftrekbare 'min' zonder corresponderende belastbare 'plus' derhalve. Dit, uiteraard, omdat belastingplichtigen zich uit overwegingen van commerciële winsoptimalisatie stellen op een fiscaal standpunt dat past bij het behaalde valutavertaalresultaat. Bij een valutawinst wordt een beroep op de deelnemingsvrijstelling gedaan en bij een valutaverlies op de zaak *Deutsche Shell*.

¹ Erasmus Universiteit Rotterdam, Loyens & Loeff NV te Rotterdam. E-mail: dewilde@law.eur.nl.

² Radboud Universiteit Nijmegen, Wetenschappelijk Bureau PwC te Rotterdam. E-mail: c.wisman@jur.ru.nl.

³ *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, vergaderjaar 2010/2011, nr. 32 818, nr. 2 (voorstel van wet).

⁴ Brief Staatssecretaris van Financiën van 8 april 2011, nr. DB2011/129 U, Artikel II wetsvoorstel Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen.

⁵ Aantekening *Redactie Vakstudienieuws*, V-N 2011/32.14.

⁶ En tegelijkertijd een budgettaire derving van – naar verluidt – enkele honderden miljoenen euro's per jaar te voorkomen. Kamerstukken II, vergaderjaar 2010-2011, nr. 32 818, nr.3 (memorie van toelichting), p. 3.

⁷ HvJ 18 maart 2010, zaak C-440/08 (*Gielen*), NTFR 2010/795.

⁸ HvJ 28 februari 2008, zaak C-293/06 (*Deutsche Shell*), NTFR 2008/561.

⁹ Art. 13 e.v. Wet Vpb 1969.

¹⁰ Hoge Raad 9 juni 1982, BNB 1982/230. In zijn arrest oordeelde de Hoge Raad dat 'waardeveranderingen [van een deelneming die voortvloeien uit het koersverloop van een vreemde munteenheid waarin dit vermogensbestanddeel is uitgedrukt, MdW/CW] als hiervoor bedoeld uit het bezit van de deelneming voortvloeien en derhalve zijn aan te merken als voordelen welke uit hoofde van de deelneming worden genoten.'

¹¹ Overigens treden vergelijkbare effecten op onder toepassing van het deelnemingsverrekeningsregime. Dit blijft verder buiten beschouwing.

¹² Memorie van toelichting, t.a.p.

Deze potentiële onevenwichtigheid heeft de staatssecretaris ertoe gebracht een tegenmaatregel voor te stellen om de balans te herstellen. De keuze is gevallen op een 'voorwaardelijke optionele regeling', een 'keuzeregeling' op te nemen in een nieuw art. 28b Wet op de vennootschapsbelasting 1969 ('Wet Vpb 1969'). De maatregel werkt als volgt. Waar belastingplichtigen met een beroep op de zaak *Deutsche Shell* succesvol in rechte aftrek van een valutaverlies op een deelneming bewerkstelligen, worden voortaan behaalde valutawinsten op alle deelnemingen in de vennootschapsbelastingheffing betrokken. Anders gezegd, als vennootschapsbelastingplichtigen 'opteren' voor een aftrekbare 'min', worden alle 'plussen' belast.¹³ Indien vennootschapsbelastingplichtigen ervoor kiezen niet te strijden voor aftrek van het valutaverlies blijft alles (vooralsnog) bij het oude. Dan zijn zowel de 'min' als de 'plus' in voorkomende gevallen van belastingheffing vrijgesteld.

De uitwerking van de maatregel is afhankelijk van het feitelijk handelen van belastingplichtigen – "claim ik aftrek van mijn valutaverlies of niet?" – en de uitkomst van een procedure voor de (Europese) rechter.¹⁴ Hoewel het HvJ de reikwijdte van de nieuwe regel uiteindelijk zal moeten bepalen, laat de staatssecretaris het thans aan de belastingplichtige te beslissen of de maatregel op hem wordt toegepast. Toepassing van de deelnemingsvrijstelling op valutaresultaten is daarmee voorwaardelijk optioneel, een keuze onder de, materieel beschouwd, opschortende voorwaarde van het vinden van het HvJ aan de zijde. Bezien vanuit de optiek van de belastingplichtigen die met een beroep op de zaak *Deutsche Shell* aftrek van valutaverliezen op deelnemingen claimen, kan derhalve worden gesteld dat zij de volgens hen bestaande belemmering kunnen 'neutraliseren' door te 'opteren' voor toepassing van de voorgestelde tussenregeling. Overigens met het mogelijke resultaat dat de aftrekbaarheid van een valutaresultaat op één deelneming er toe leidt dat positieve valutaresultaten op *alle* deelnemingen zullen worden belast (zie ook par. 6).

3 *Gielen: Nederland discrimineert ondanks keuzeregeling*

Is het instrument van een keuzeregeling unierechtelijk gezien wel een geschikte? Aan deze vraag is in het wetgevingsproces (nog) geen aandacht besteed. Toch bestaat reeds enige unierechtelijke ervaring met keuzeregelingen. Zo is de 'keuzeregeling buitenlands belastingplichtigen', neergelegd in art. 2.5 Wet op de inkomstenbelasting 2001 ('Wet IB 2001'), aan de orde in de zaak *Gielen*. In deze zaak acht het HvJ de mogelijkheid voor buitenlands belastingplichtigen te kiezen voor 'binnenlandsbelastingplichtigenbehandeling' en daarmee niet te worden gediscrimineerd, onvoldoende om een discriminatoire behandeling van buitenlands belastingplichtigen weg te nemen.

De zaak *Gielen* betreft een buitenlands inkomstenbelastingplichtige ondernemer in Nederland, dhr. Gielen, die door Nederland wordt gediscrimineerd bij de uitoefening van zijn verkeersvrijheden. Zijn buiten Nederland gewerkte uren tellen niet mee voor het urencriterium van tenminste 1225 arbeidsuren als ondernemer, de te nemen horde voor toepassing van verschillende ondernemersfaciliteiten zoals de zelfstandigenaftrek en de fiscale oudedagsreserve. Dit om de enkele reden dat hij buiten Nederland woont. Buitenlandse arbeidsuren van binnenlands belastingplichtigen tellen namelijk wél mee voor het urencriterium. Daarmee komt dhr. Gielen minder snel in aanmerking voor bijvoorbeeld de zelfstandigenaftrek dan een binnenlands belastingplichtige ondernemer. In vergelijking met laatstgenoemde levert dit dhr. Gielen – die zijn arbeidsuren als ondernemer ook in Duitsland verrichtte en daarmee de hem opgeworpen verhoogde horde niet kon nemen – een zwaardere Nederlandse inkomstenbelastingdruk op. Indirecte discriminatie derhalve, aldus het HvJ.

Het argument van de Nederlandse overheid dat dhr. Gielen bij het indienen van zijn aangifte inkomstenbelasting krachtens de keuzeregeling uit art. 2.5 Wet IB 2001 eenvoudig had kunnen opteren voor 'binnenlandsbelastingplichtigenbehandeling', zodat de ondernemersfaciliteiten ook binnen zijn bereik zouden zijn gekomen,¹⁵ veegt het HvJ van tafel. Nederland mag zich volgens het HvJ niet verschuilen achter de aan belastingplichtigen geboden mogelijkheid te opteren voor een non-discriminatoire fiscale behandeling. Dit staat

¹³ De voorgestelde maatregel ziet ook op belastingplichtigen die bezwaar maken tegen een opgelegde aanslag, waarbij het bezwaar betrekking heeft op het alsnog in aftrek willen brengen van valutaverliezen op deelnemingen. Zie kamerstukken II, vergaderjaar 2010-2011, nr. 32 818, nr. 4 (advies van de Raad van State en nader rapport), p. 5.

¹⁴ De staatssecretaris gaat er van uit dat het claimen van aftrek van valutaverliezen aanleiding zal geven tot procedures en slechts een afgewikkelde procedure voor het HvJ duidelijkheid zal scheppen. Zie memorie van toelichting, t.a.p., p. 2.

¹⁵ Dan zouden alle 'arbeidsuren' meetellen, zowel die verricht in Nederland als het buitenland.

overigens los van de vraag of art. 2.5 Wet IB 2001 op zichzelf beschouwd al dan niet discriminatoire karakteristieken kent. Dit laatste vanwege de 'overkill' die toepassing van de regeling kan meebrengen (zoals de zogenoemde 'terugploegregeling' uit het derde artikellid).¹⁶ Deze kwestie is in de zaak *Gielen* niet aan de orde. Overigens verdient in dit verband opmerking dat het HvJ in de zaak *Test Claimants in the FII Group Litigation* overweegt dat ook een facultatieve regeling die de uitoefening van de verkeersvrijheden belemmert met het Unierecht onverenigbaar is.¹⁷ In de zaak *Gielen* oordeelt het HvJ dat een discriminatoire fiscale behandeling van buitenlands belastingplichtigen niet met een keuzeregeling is goed te praten. Discriminatie is, aldus het HvJ, onverenigbaar met de verkeersvrijheden en dient uit het belastingsysteem van de EU-lidstaten te worden geëlimineerd. Van rechtswege. Niet per optie of een opgelegd keuzesysteem. Overigens is het urencriterium naar aanleiding van het arrest in de zaak *Gielen* inmiddels aangepast. Thans tellen ook de buitenlandse arbeidsuren van buitenlands belastingplichtigen mee voor het urencriterium.¹⁸

Naar het ons voorkomt, is het van belang in te zien welke keuzes de fiscale wetgever dhr. Gielen feitelijk voorhoudt voorafgaand aan het wijzen van arrest door het HvJ in de zaak *Gielen*. Wel beschouwd zet de wetgever dhr. Gielen tweemaal voor een tweesprong. Dhr. Gielen staat voor twee beslismomenten. De eerste betreft de keuze al dan niet te accepteren fiscaal te worden gediscrimineerd. "Ga ik ermee akkoord dat ik word gediscrimineerd of niet? Accepteer ik een verschillende fiscale behandeling?" Het antwoord op de vraag of dhr. Gielen naar het oordeel van het HvJ daadwerkelijk wordt gediscrimineerd is op dat moment nog ongewis. Immers, het HvJ heeft dan nog geen arrest gewezen. Zou hij akkoord gaan met zijn verschillende fiscale behandeling, blijft deze in stand. Hij gaat echter niet akkoord. Daarmee staat hij voor het tweede beslismoment. "Opteer ik voor toepassing van de wettelijke keuzeregeling van art. 2.5 Wet IB 2001 ('optie a'), of opteer ik voor het starten van een gerechtelijke procedure ('optie b')?" Optie a betreft een eenvoudig bij het indienen van de aangifte uit te brengen keuze voor een onvoorwaardelijk, vooraf kenbaar, rechtsgevolg (zgn. non-discriminatoire fiscale behandeling, doch 'overkill' waarmee feitelijk weer discriminatoire behandeling). Optie b betreft een minder eenvoudig uit te brengen keuze voor een voorwaardelijk, vooraf niet-kenbaar, rechtsgevolg (non-discriminatoire fiscale behandeling onder de opschortende voorwaarde van het treffen van het HvJ aan de zijde). Optie b betekent immers een ingewikkelde procedure voor uiteindelijk de Hoge Raad met een prejudiciële beslissing van het HvJ met een ongewisse uitkomst. Opties a en b sluiten elkaar uit. Met optie b, de keuze voor een procedure voor de (belasting)rechter, wordt niet gekozen voor toepassing van de keuzeregeling, optie a. Dit laatste geschiedt enkel met het uitbrengen van de keuze bij het indienen van de aangifte. Dhr. Gielen bewandelt de moeilijke weg. Hij kiest voor optie b. Achteraf gezien wordt de opschortende voorwaarde vervuld. Hij krijgt het HvJ aan zijn zijde. De tegenwerping dat dhr. Gielen had kunnen kiezen voor de makkelijke weg, opteren voor toepassing van de keuzeregeling met het onvoorwaardelijke rechtsgevolg, optie a, verwerpt het HvJ. Nederland mag niet discrimineren. Een onvoorwaardelijke keuze bij het indienen van de aangifte neutraliseert de discriminatoire fiscale behandeling niet. Lidstaten mogen hun belastingplichtigen niet voor een tweesprong plaatsen.

4 *Deutsche Shell: Duitsland belemmert door valutaverliezen vrij te stellen*

Er bestaat tevens enige unierechtelijke ervaring met de fiscale behandeling van valutavertaalresultaten. Als gezegd, deze problematiek is aan de orde in de zaak *Deutsche Shell*. In deze zaak acht het HvJ de Duitse aftrekuitsluiting van valutavertaalresultaten behaald bij binnengrensoverschrijdende ondernemingsactiviteiten een belemmering die onverenigbaar is met de vestigingsvrijheid.

De zaak *Deutsche Shell* betreft een binnenlands vennootschapsbelastingplichtige ondernemer in Duitsland, Deutsche Shell GmbH, die door Duitsland wordt belemmerd bij de uitoefening van zijn verkeersvrijheden. Behaalde valutaverliezen uit ondernemingsactiviteiten op directe wijze verricht in een andere EU-lidstaat – in casu Italië, het betrof een fiscaal jaar vóór de introductie van de monetaire unie – die naar hun aard in Duitsland opkomen, zijn naar Duits belastingrecht niet aftrekbaar. Met deze in materiële zin objectieve vrijstelling van valutaverliezen maakt Duitsland het voor haar binnenlands belastingplichtigen minder

¹⁶ Dit blijft buiten beschouwing.

¹⁷ HvJ 12 december 2006, zaak C-446/04 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*), NTFR 2007/125.

¹⁸ Besluit van 10 juni 2010, nr. DGB2010/2574M, Stcrt. nr. 8449.

aantrekkelijk om in een andere EU-lidstaat economische activiteiten te ontplooiën. Immers, deze belastingplichtigen weten vooraf niet hoe de Duitse belastingdruk bij grensoverschrijdende economische ondernemingsactiviteiten uiteindelijk uitpakt. Dit omdat zij vooraf niet weten hoe de wisselkoers zich gaat bewegen. Wisselkoersschommelingen, een macro-economisch effect, laten zich niet door individuele belastingplichtigen beïnvloeden maar hebben economisch beschouwd wel degelijk effect op de omvang van de behaalde ondernemingswinst. De Duitse belastingdruk bij resultaten uit ondernemingsactiviteiten verricht in een andere EU-lidstaat waar een andere munteenheid wordt gehanteerd, is daarmee aan veranderingen onderhevig nu een behaald valutaverlies fiscaal niet aftrekbaar is. Met alle commerciële risico's van dien. Dit levert Duitsland het oordeel van het HvJ op dat het vrijstellen van dergelijke valutaverliezen strijdig is met het 'beginsel van vrije markttoe- en -uittrekking', het '*market access principle*', hetgeen een met de verkeersvrijheden onverenigbare belemmering meebrengt.

5 *Nederland stelt valutaverliezen vrij...*

Nederland doet onder het deelnemingsvrijstellingsregime thans in feite hetzelfde als Duitsland. Nederland belemmert vennootschapsbelastingplichtige ondernemers bij de uitoefening van hun verkeersvrijheden in gevallen waar het deelnemingsvrijstellingsregime van toepassing is. Immers, behaalde valutaverliezen uit economische activiteiten die op indirecte wijze worden verricht in het buitenland, dat wil zeggen via een in buitenlandse valuta noterende deelneming, zijn in die gevallen niet aftrekbaar. Deze valutavertaalresultaten zijn onder toepassing van het deelnemingsvrijstellingsregime van belastingheffing vrijgesteld. Dit terwijl zij naar hun aard in Nederland opkomen.¹⁹ Met de objectieve vrijstelling van valutaverliezen maakt Nederland het voor haar vennootschapsbelastingplichtigen minder aantrekkelijk in een andere lidstaat economische activiteiten te ontplooiën. Dit op gelijke wijze als Duitsland deed totdat het HvJ arrest wees in de zaak *Deutsche Shell*. Immers, Nederlandse vennootschapsbelastingplichtigen weten net als hun equivalenten in Duitsland van te voren niet hoe de Nederlandse belastingdruk bij grensoverschrijdende economische activiteiten uiteindelijk uitpakt.

Wanneer de overwegingen van het HvJ in de zaak *Deutsche Shell* op consistente wijze naar analogie in de Nederlandse fiscale context worden geplaatst, levert dit de noodzakelijke conclusie op dat Nederland met het objectief vrijstellen van valutavertaalresultaten behaald bij ondernemingsactiviteiten die op indirecte wijze worden verricht in het buitenland, in strijd handelt met het 'beginsel van vrije markttoe- en -uittrekking'. Dit brengt een met de verkeersvrijheden onverenigbare belemmering mee. Overigens geldt dit naar onze indruk in alle situaties waar het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ('VwEU') van toepassing is. De kwestie betreft dus niet alleen de vrijheid van vestiging, maar bijvoorbeeld ook de vrijheid van kapitaalverkeer.²⁰ Laatstgenoemde is aan de orde waar het minderheidsbelangen betreft in (beleggings)deelnemingen gevestigd in derdelanden, waarmee Nederland een regeling getroffen heeft die ziet op het verlenen van wederzijdse administratieve bijstand.

6 *Tussenregeling is keuzeregeling...*

De 'Tussenregeling valutavertaalresultaten op deelnemingen' moet enerzijds het belemmerende 'Deutsche Shell-effect' in de Wet Vpb 1969 wegnemen en anderzijds de geconstateerde potentiële onevenwichtigheid verhelpen. Als gezegd, laatstgenoemd effect treedt op waar valutaverliezen met een beroep op de verkeersvrijheden aftrekbaar zouden blijken, terwijl valutawinsten in voorkomende gevallen onder de deelnemingsvrijstelling van belastingheffing zijn vrijgesteld. Deze mogelijke disbalans behoort, bijvoorbeeld uit overwegingen van fiscale coherentie, uiteraard te worden hersteld. De staatssecretaris had hiertoe kunnen kiezen voor een bepaling in het deelnemingsvrijstellingsregime op basis waarvan valutavertaalresultaten integraal niet worden aangemerkt als 'voordeel uit hoofde van een deelneming'. Dit is niet gebeurd. Met het oog op het Nederlands fiscaal vestigingsklimaat acht de staatssecretaris het onwenselijk valutaresultaten op deelnemingen voor alle vennootschapsbelastingplichtigen volledig buiten het bereik van de

¹⁹ Lokaal komen deze valutavertaalresultaten naar hun aard niet tot uitdrukking nu de fiscale gevolgen aldaar in lokale valuta worden geadministreerd.

²⁰ Respectievelijk artt. 49 en 63 VwEU.

deelnemingsvrijstelling te brengen.²¹ Ook meent hij dat het onduidelijk is of en zo ja welke valutaresultaten ten laste van de winst kunnen worden gebracht, zolang het HvJ daar nog niet over heeft beslist.²²

De staatssecretaris heeft gekozen voor een voorwaardelijke keuzeregeling. Een optie. Vennootschapsbelastingplichtigen kunnen straks na inwerkingtreding van de tussenregeling er voor kiezen, of er althans in rechte voor strijden, niet te worden belemmerd. Zoals ook dhr. Gielen kon kiezen niet te worden gediscrimineerd. De keuze heeft wel een consequentie. Achter de aftrekbare 'min' rolt een belaste 'plus' aan (ook als de deelneming tussentijds wordt verhangen).²³ En een stevige 'plus' trouwens. Er zit wat 'overkill' in de tussenregeling. De regeling is weinig proportioneel. Namelijk niet alleen de behaalde 'plus' op de betrokken deelneming waarop het valutaverlies is geclaimd wordt belast. *Alle* positieve valutaresultaten op *alle* deelnemingen worden in de belastingheffing betrokken (zie ook par. 2). Het herstel van de potentiële onevenwichtigheid lijkt daarmee door te slaan.

Voornoemde roept de vraag op of Nederland zich eigenlijk wel mag verschuilen achter de mogelijkheid te 'opteren' voor een non-belemmerende fiscale behandeling. Valt een belemmering met een keuzeregeling eigenlijk wel goed te praten? Dit overigens weer los van de vraag of de tussenregeling op zichzelf beschouwd al dan niet belemmerende karakteristieken kent. Dit gelet op de 'overkill' die toepassing ervan in voorkomende gevallen meebrengt.²⁴ Wederom verdient in dit verband opmerking dat, aldus het HvJ in de zaak *Test Claimants in the FII Group Litigation*, ook een facultatieve regeling die de uitoefening van de verkeersvrijheden belemmert met het Unierecht onverenigbaar is.

Als wordt aangenomen dat discrimineren en belemmeren op gelijke wijze unierechtelijk niet is toegestaan en de benadering van het HvJ in de zaak *Gielen* op consistente wijze naar analogie wordt geplaatst in een fiscale omgeving als hier aan de orde, levert dit de noodzakelijke gevolgtrekking op dat Nederland met de tussenregeling / keuzeregeling unierechtelijk 'fout' zit. Nederland mag zich blijkens de zaak *Gielen* niet achter een keuzeregeling verschuilen daar waar het een *discriminatoire* fiscale behandeling van belastingplichtigen betreft. Het is dan moeilijk in te zien waarom Nederland zich wél achter een keuzeregeling zou mogen verschuilen waar het om een *belemmerende* fiscale behandeling van belastingplichtigen gaat. Het HvJ zou de tussenregeling desgevraagd, wijzend op zijn overwegingen in de zaak *Gielen*, logischerwijze van tafel moeten vegen. Te meer nu de geboden 'keuzemogelijkheid' onder de tussenregeling van belastingplichtigen heel wat meer vergt dan het eenvoudig uitbrengen van een keuze bij het indienen van de belastingaangifte zoals in de zaak *Gielen* aan de orde was. Wanneer Nederland onder de verkeersvrijheden verplicht is een valutaverlies in aftrek toe te laten, kunnen daaraan geen additionele beperkende voorwaarden worden verbonden op een wijze als onder de tussenregeling het geval is. Aftrek van het valutaverlies vloeit dan rechtstreeks voort uit de verkeersvrijheden. Deze gevolgtrekking is valide tenzij er verschil zou bestaan in de unierechtelijke benadering van 'belemmeringen' en 'discriminaties'. Dat lijkt ons echter niet het geval. Althans, wij hebben hiervoor in de jurisprudentie van het HvJ geen aanwijzingen gevonden. Naar het ons voorkomt, zijn zowel belemmeringen als discriminaties 'obstakels' die op gelijke wijze op hun unierechtelijke merites worden beoordeeld en verworpen.

Voor een juist begrip van de getrokken parallel met de zaak *Gielen*, is het van belang in te zien tot welke beslissing een betrokken vennootschapsbelastingplichtige thans wordt gedwongen. Deze is dezelfde als die waartoe de fiscale wetgever dhr. Gielen dwong. Ook hier plaatst de wetgever belastingplichtigen voor een tweesprong. De te nemen beslissing is ditmaal zelfs een moeilijker. Onze vennootschapsbelastingplichtige staat voor de volgende keuze: "Ga ik ermee akkoord dat ik word belemmerd of niet? Accepteer ik een verschillende fiscale behandeling?" Het antwoord op de vraag of belastingplichtige naar het oordeel van het HvJ daadwerkelijk wordt belemmerd, is op dit moment ongewis. Immers, het HvJ heeft zich hierover (nog) niet uitgelaten. Dit is niet anders dan destijds bij dhr. Gielen aan de orde. Hij

²¹ Brief van 8 april 2011, t.a.p., waarin de staatssecretaris stelt dat de deelnemingsvrijstelling onverkort van toepassing is op valutaresultaten. Daarbij erkent hij dat de voorliggende problematiek in belangrijke mate is veroorzaakt door de werking van het Nederlandse deelnemingsvrijstellingsregime: "De problematiek van de niet aftrekbare valutaverliezen op deelnemingen is in het buitenland niet of nauwelijks aan de orde, omdat Nederland een van de weinige landen is waar valutaresultaten op deelnemingen zijn vrijgesteld. In het licht daarvan heb ik in de memorie van toelichting geen aandacht besteed aan de behandeling van die problematiek in het buitenland." Zie advies van de Raad van State en nader rapport, t.a.p., p. 4.

²² Memorie van toelichting, t.a.p., p. 5.

²³ Zie het voorgestelde art. 28b, lid 2, Wet Vpb.

²⁴ *Test Claimants in the FII Group Litigation*, t.a.p.

had ook geen weet van de uitkomst van een procedure voor het HvJ. Zou onze belastingplichtige akkoord gaan met zijn verschillende fiscale behandeling, blijft deze in stand. Gaat hij niet akkoord, staat onze belastingplichtige – anders dan dhr. Gielen, die hier twee opties had – slechts één weg open: een procedure voor de (belasting)rechter. Een optie derhalve gelijk aan optie b als in het bovenstaande uiteengezet: een minder eenvoudig uit te brengen keuze voor een voorwaardelijk vooraf niet-kenbaar rechtsgevolg (non-belemmerende fiscale behandeling onder de opschortende voorwaarde van het treffen van het HvJ aan de zijde). Onze vennootschapsbelastingplichtige staat voor een complexe procedure met een ongewisse uitkomst. Uiteraard zal belastingplichtige niet krijgen tegengeworpen dat hij een optie had zoals dhr. Gielen die (tevens) mocht opteren voor toepassing van art. 2.5 Wet IB 2001 (optie a). Deze tweede keuzemogelijkheid heeft onze vennootschapsbelastingplichtige niet. Hem staat niet het alternatief ter beschikking van het uitbrengen van een keuze met een onvoorwaardelijk, vooraf kenbaar, rechtsgevolg, optie a, zoals dhr. Gielen had. Had onze vennootschapsbelastingplichtige die maar. Dat had een verbetering van zijn rechtspositie gebracht. Nee, het uitbrengen van de keuze onder de tussenregeling leidt noodzakelijk een gerechtelijke procedure in. Opties a en b vallen samen. Opteren betekent procederen. Procederen betekent opteren. Onze vennootschapsbelastingplichtige is zelfs slechter af dan dhr. Gielen was. Dhr. Gielen had kunnen kiezen voor de eenvoudige weg, maar verkoos de moeilijke met de ongewisse uitkomst: een procedure voor de (belasting)rechter. Als de optie voor een eenvoudige weg met een onvoorwaardelijk, vooraf kenbaar, rechtsgevolg een obstakel niet neutraliseert, komt het ons voor dat, *a fortiori*, de optie voor een moeilijke weg met een voorwaardelijk, vooraf niet-kenbaar, rechtsgevolg een obstakel eveneens niet neutraliseert. Ook hier mogen lidstaten hun belastingplichtigen niet voor zo een tweesprong plaatsen.

7 Afsluiting

Het valt te betwijfelen of de 'keuzeregeling' in de voorgestelde 'Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen' een adequate oplossing biedt voor de belemmerende fiscale behandeling van behaalde valutavertaalresultaten op deelnemingen. Oordeelt het HvJ op enig moment dat het VwEU Nederland verplicht valutaverliezen in aftrek toe te laten, is dit de unierechtelijke uitleg die van meet af aan geldt. Mocht het HvJ straks onverhoopt oordelen dat Nederland niet gehouden is valutaverliezen in aftrek toe te laten, een uitkomst die wij ons moeilijk kunnen voorstellen, blijft alles bij het oude. Hoe dan ook, de tussenregeling sorteert uiteindelijk geen effect. Het heeft wat ons betreft daarom weinig zin deze in te voeren. Het verdient eerder overweging toch te kiezen voor het alternatief dat eenvoudigweg regelt dat een valutavertaalresultaat op een deelneming – positief dan wel negatief – niet wordt aangemerkt als een 'voordeel uit hoofde van een deelneming'.²⁵ Dat zou het evenwicht van rechtswege naar evenredigheid herstellen.

²⁵ Flankerend kan als overbodig worden geschrapt de regeling waarmee kan worden geopteerd om tegengestelde voordelen uit valutarisico-afdekkingsinstrumenten van belastingheffing vrij te stellen, artikel 13, lid 7, Wet Vpb.