

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM NADRUK VERBODEN

Faculteit der Economische Wetenschappen

Masterscriptie

5

**Valutaresultaten uit hoofde van deelnemingen,
nu aftrekbaar en belast?**

10

15

20

Naam: M.C. van Leeuwen

Begeleider: mr. drs. M.G.H. van der Kroon

Meelezer: mr. D.E. van Sprundel

25 Studentnummer: 289653

Rotterdam, 31 juli 2012

Voorwoord

Ik wil enkele mensen in het bijzonder bedanken voor hun hulp bij het schrijven van dit sluitstuk van mijn studie.

5

Mijn begeleiders voor hun gedegen adviezen en commentaren (en geduld).

Mijn collega's die altijd hulp boden waar het nodig was.

10 Mijn ouders die me al die jaren hebben gesteund, en mijn moeder die bij deze laatste etappe een extra duwtje gaf.

Mijn oma, trouwe lezeres van mijn scripties en nog altijd messcherp.

15 En mijn vriendin die me aan het werk zette als het nodig was en me liet werken als het moest.

Inhoudsopgave

	VOORWOORD	I
	INHOUDSOPGAVE	II
5	AFKORTINGENLIJST	V
	1 INLEIDING	1
	1.1 AANLEIDING.....	1
	1.2 RELEVANTIE.....	2
	1.3 PROBLEEMSTELLING	2
10	1.4 AANPAK	3
	1.5 DEELVRAGEN	4
	1.6 HOOFDSTUKINDELING.....	5
	2 BEHANDELING VALUTARESULTATEN OP DEELNEMINGEN	7
	2.1 INLEIDING.....	7
15	2.2 KLASSIEKE STELSEL.....	8
	2.2.1 <i>Algemeen</i>	8
	2.2.2 <i>Dubbele heffing in het klassieke stelsel</i>	10
	2.2.3 <i>Heffing over valutaresultaten</i>	10
	2.2.4 <i>Dubbele heffing in internationaal perspectief</i>	11
20	2.3 VOORKOMING DUBBELE BELASTING IN DEELNEMINGSITUATIES	13
	2.3.1 <i>Deelnemingsvrijstelling</i>	13
	2.3.2 <i>Doel en strekking deelnemingsvrijstelling</i>	14
	2.3.3 <i>Deelnemingsverrekening</i>	16
	2.3.4 <i>Liquidatieverliesregeling</i>	17
25	2.4 RECHT VAN DE EUROPESE UNIE.....	18
	2.5 POSITIEVE INTEGRATIE EN VALUTARESULTATEN IN DE DEELNEMINGSVRIJSTELLING.....	20
	2.5.1 <i>Moeder-dochterrichtlijn</i>	20
	2.6 NEGATIEVE INTEGRATIE EN VALUTARESULTATEN IN DE DEELNEMINGSVRIJSTELLING	22
	2.6.1 <i>Deutsche Shell GmbH</i>	22
30	2.6.2 <i>Andere rechtvaardigingsgronden en proportionaliteit</i>	26
	2.6.3 <i>Toepasbaarheid Deutsche Shell-arrest op deelnemingssituaties</i>	29
	2.6.4 <i>Definitieve of niet-definitieve valutaverliezen</i>	31

	2.6.5 <i>Vrijheid van kapitaal vs. vrijheid van vestiging</i>	35
	2.7 HOGE RAAD EN VALUTARESULTATEN IN DE DEELNEMINGSVRIJSTELLING	38
	2.7.1 <i>Hoge Raad 19 juni 1982</i>	38
	2.7.2 <i>Hoge Raad 26 september 2008</i>	40
5	2.8 CONCLUSIE	42
	3 TUSSENREGELING	45
	3.1 INLEIDING.....	45
	3.2 NOODZAAK TUSSENREGELING	47
	3.3 WERKING TUSSENREGELING.....	48
10	3.3.1 <i>Algemeen</i>	48
	3.3.2 <i>Voorwaarden toepassing Tussenregeling</i>	49
	3.3.3 <i>Belasten positieve valutaresultaten</i>	51
	3.3.4 <i>Overdracht besmette deelneming</i>	52
	3.3.5 <i>Tussenregeling bij liquidatie deelneming</i>	54
15	3.3.6 <i>Voorbehoud Tussenregeling</i>	54
	3.3.7 <i>Samenloop Tussenregeling en fiscale faciliteiten</i>	55
	3.3.8 <i>Terugwerkende kracht</i>	58
	3.3.9 <i>Compartimentering en Tussenregeling</i>	65
	3.3.10 <i>Slot</i>	68
20	3.4 TUSSENREGELING EN EUROPESE VERDRAGEN	70
	3.4.1 <i>Tussenregeling is keuzeregeling?</i>	71
	3.4.2 <i>Overkill?</i>	73
	3.4.3 <i>Terugwerkende kracht</i>	74
	3.5 ONTGAANSMOGELIJKHEDEN	80
25	3.5.1 <i>Anticipatiegedrag</i>	80
	3.5.2 <i>Ontwijken Tussenregeling</i>	81
	3.6 TUSSENCONCLUSIE: RUIMERE OF SMALLERE WERKING?	83
	3.7 BUDGETTAIRE ASPECTEN	84
	3.8 RECHTSZEKERHEID.....	87
30	3.8.1 <i>Inleiding</i>	87
	3.8.2 <i>Wetgeving via persbericht</i>	88
	3.8.3 <i>Toekomst Tussenregeling</i>	90
	3.9 CONCLUSIE	91
	4 CONCLUSIE.....	94
35	4.1 INLEIDING.....	94

	4.2 DEELVRAAG ÉÉN.....	94
	4.3 DEELVRAAG TWEE	95
	4.4 DEELVRAAG DRIE	96
	4.5 TOETSING PROBLEEMSTELLING.....	99
5	LITERATUURLIJST	101
	JURISPRUDENTIE	101
	<i>Hoge Raad</i>	101
	<i>Europese Hof voor de Rechten van de Mens</i>	101
	<i>Europese Hof van Justitie</i>	101
10	ARTIKELEN	102
	NASLAGWERKEN	103
	KAMERSTUKKEN.....	104
	BIJLAGE	105
	LIJST MET EU LIDSTATEN EN VALUTA	105
15		

Afkortingenlijst

Afkorting	Voluit
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BAVT	Besluit ambtshalve verminderingen of teruggeven
BNB	Beslissingen in Belastingzaken, Nederlandse Belastingrechtspraak
BW	Burgerlijk Wetboek
EVRM	Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
HIR	Herinvesteringsreserve
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
lidstaten	lidstaten van de Europese Unie
MDRL	Moeder Dochter Richtlijn
r.o.	rechtsoverweging
staatssecretaris	staatssecretaris van Financiën
TIEA	Tax Information Exchange Agreement
t.a.p.	ter aangehaalde plaatse
Tussenregeling	Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen
V-N	Vakstudie Nieuws
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wet IB 2001	Wet op de inkomstenbelasting 2001
Wet vpb 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969

1 Inleiding

1.1 Aanleiding

Enkele belastingplichtigen blijken erg scherp aan de wind te varen als het gaat om de fiscale verwerking van valutaverliezen uit hoofde van deelnemingen.¹ Op basis van oude
5 jurisprudentie van de Hoge Raad (hierna: HR), gewezen op 9 juni 1982², was er geen twijfel over de vraag hoe omgegaan diende te worden met valutaresultaten uit hoofde van deelnemingen gehouden door in Nederland gevestigde vennootschappen. Indien voldaan werd aan de overige voorwaarden gesteld in artikel 13 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet vpb 1969), behoren ook valutaresultaten tot de vrij te stellen voordelen met
10 toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Dat betekent geen aftrek van valutaverliezen en ook geen heffing over valutawinsten.

De gedachte dat valutaverliezen uit hoofde van deelnemingen niet aftrekbaar zijn, is aan het wankelen gebracht door een uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie³ (hierna: HvJ EU). In de zaak Deutsche Shell GmbH⁴ (hierna: Deutsche Shell) heeft het HvJ EU geoordeeld dat valutaverliezen geleden uit een vaste inrichting onder voorwaarden aftrekbaar zijn voor het hoofdhuis.

Om een uitspraak van het HvJ EU ten aanzien van valutaverliezen in deelnemingsituaties
20 niet af te wachten is op 20 juni 2011 het wetsvoorstel ‘Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen’⁵ (hierna: Tussenregeling) gepubliceerd. Het effect van de Tussenregeling is dat indien een in Nederland gevestigde vennootschap valutaverliezen uit hoofde van een deelneming in aftrek brengt, alle valutawinsten die opkomen bij diezelfde vennootschap uit hoofde van deelnemingen, dan wel gaan opkomen, in de winst betrokken gaan worden. Deze
25 regeling heeft daarmee het doel om te voorkomen dat een situatie ontstaat waarin valutaverliezen aftrekbaar zijn, maar valutawinsten zijn vrijgesteld op grond van de

¹ Staatssecretaris van Financiën, 8 april 2011, nr. DB2011/129 U, V-N 2011/19.16, p. 1.

² HR 9 juni 1982, nr. 21.142, BNB 1982/230.

³ Met inwerkingtreding van het verdrag van Lissabon per 1 december 2009 wordt het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen aangeduid met het Hof van Justitie van de Europese Unie. Voor de eenvoud zal in deze scriptie slechts de afkorting HvJ EU gebruikt worden.

⁴ HvJ EU 28 februari 2008, C-293/06, Deutsche Shell GmbH.

⁵ *Kamerstukken II* 2010/11, nr. 32 818, nr. 2.

deelnemingsvrijstelling. Deze situatie is in de ogen van de staatssecretaris van Financiën (hierna: staatssecretaris) onevenwichtig en ook budgettair onwenselijk.⁶

1.2 Relevantie

Al lange tijd wordt Nederland door beleidsmakers als aantrekkelijk vestigingsland op de kaart
5 gezet. Potentiële investeerders zullen bij het zoeken naar een vestigingsland, of een land om
vanuit te investeren, op meerdere aspecten selecteren, waaronder het fiscale klimaat.⁷

Als een investeerder besluit activiteiten over de landgrenzen te ontplooiën zal deze in de regel
10 tegen grotere risico's aanlopen dan het geval is in het thuisland. Behalve een andere cultuur,
bedrijfseconomische risico's en een ander juridisch stelsel, kunnen ook
wisselkoersverschillen de risico's vergroten. Immers, de moedermaatschappij bepaalt haar
winst in de regel in valuta van het land waarin zij is gevestigd. De in het buitenland
15 gevestigde dochter zal dit in de regel doen in haar eigen valuta. Dit kan betekenen dat een
forse valutadaling van de buitenlandse munt een goed resultaat bij de dochter negatief
beïnvloedt gezien vanuit de moedermaatschappij. Uiteraard kan ook het omgekeerde
voorkomen.

Zoals aangegeven heeft de HR in 1982 bepaald dat valutaresultaten onder de reikwijdte van
20 de deelnemingsvrijstelling vallen. Hij oordeelde toen dat valutaresultaten voortkomen uit het
houden van de deelneming en als zodanig als voordelen uit hoofde van de deelneming
behandeld moeten worden.⁸

Indien inderdaad op basis van jurisprudentie van het HvJ EU valutaverliezen uit hoofde van
25 deelnemingen ten laste van de winst gebracht kunnen worden, maar valutawinsten vrijgesteld
zijn, ontstaat een loterij zonder neten. De vraag is hoe de Tussenregeling, die dit tegen moet
gaan, uitwerkt.

1.3 Probleemstelling

Naar aanleiding van het bovenstaande wordt onderzocht of een aantal belastingplichtigen
terecht het standpunt hebben ingenomen dat valutaverliezen uit hoofde van deelnemingen

⁶ *Kamerstukken II* 2010/11, nr. 32 818, nr. 2, p. 1, in de aanhef is verklaard dat de regeling een gecombineerd doel heeft: budgettair en het herstellen van evenwicht in de behandeling van valutaresultaten.

⁷ Er zijn meerdere onderzoeken waarin landen op basis de aantrekkelijkheid van hun fiscale klimaat worden onderzocht, bijvoorbeeld KPMG, 'Competitive Alternatives 2010, Special Report: Focus on Tax' <http://www.competitivealternatives.com/download>.

⁸ HR 9 juni 1982, t.a.p., p. 5.

afteikbaar zijn (en de wetgever juist heeft geanticipeerd door al maatregelen te nemen). Oftewel, kan inderdaad gesteld worden dat valutaverliezen uit hoofde van deelnemingen afteikbaar zijn, zelfs wanneer valutawinsten vrijgesteld zijn met toepassing van de deelnemingsvrijstelling.

5

Tevens wordt onderzocht wat de implicaties zijn van de inwerkingtreding van de Tussenregeling. Er wordt gekeken naar het beoogde doel en de werking, vervolgens of er verwacht kan worden dat de regeling dat beoogde doel bereikt. Voorts wordt aandacht besteed aan het Nederlandse vestigingsklimaat en dan met name het effect dat de Tussenregeling heeft op budgettaire aspecten en de rechts(on)zekerheid van belastingplichtigen na materiële inwerkingtreding hiervan.

10

Naar aanleiding van het bovenstaande formuleer ik de volgende probleemstelling die op juistheid zal worden onderzocht:

15

De Tussenregeling is een passende maatregel op de jurisprudentie van het HvJ EU waardoor valutaverliezen uit hoofde van deelnemingen afteikbaar zijn.

1.4 Aanpak

In de probleemstelling is de term passend opgenomen, hiermee wordt bedoeld dat er sprake is van een noodzakelijke maatregel die effectief is, zijn doel bereikt en geen negatieve gevolgen heeft voor het Nederlandse vestigingsklimaat.

20

Deze stelling wordt gefaseerd onderzocht door een aantal deelvragen te formuleren en te beantwoorden. De deelvragen worden onderzocht vanuit het perspectief van de belastingplichtige die wenst te opereren vanuit een geschikt vestigingsland en het perspectief van de wetgever die deugdelijk fiscale wetten wil opstellen die in overeenstemming zijn met het beoogde doel, het Unierecht en die bovendien het vestigingsklimaat voor investeerders niet negatief wenst te beïnvloeden.

25

Het onderzoek van deze scriptie wordt verricht door gebruik te maken van gepubliceerde wet- en regelgeving, Unierecht, het (commentaar op het) OECD Model Convention, parlementaire geschiedenis, jurisprudentie en literatuur.

30

1.5 Deelvragen

Met de eerste deelvraag wordt de huidige stand van de Nederlandse wetgeving en (Unierechtelijke) jurisprudentie inzake de fiscale behandeling van valutaresultaten in deelnemingssituaties onderzocht:

5

Kan op basis van nationale en/of EU rechterlijke jurisprudentie gesteld worden dat valutaverliezen uit hoofde van deelnemingen, gehouden door in Nederland gevestigde moedermaatschappijen waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, aftrekbaar zijn voor de moedermaatschappij?

10

Om deze vraag te beantwoorden wordt allereerst de ontstaansgeschiedenis en het doel van de deelnemingsvrijstelling onderzocht, in het bijzonder met betrekking op valutaresultaten die ontstaan uit hoofde van deelnemingen. Vervolgens wordt de invloed van het Unierecht hierop in ogenschouw genomen. Tot slot wordt onderzocht hoe de Nederlandse rechters beoordelen dat valutaresultaten in deelnemingssituaties fiscaal behandeld dienen te worden. Er wordt afgesloten met een conclusie waarmee de eerste deelvraag wordt beantwoord.

15

Hierna wordt met de tweede deelvraag de noodzaak en de werking van de Tussenregeling onderzocht:

20

Is de Tussenregeling noodzakelijk en heeft deze maatregel een doeltreffende werking in lijn met het doel en strekking?

Door de parlementaire geschiedenis te bestuderen stel wordt het beoogde doel van de Tussenregeling vastgesteld. Vervolgens wordt onderzocht hoe de Tussenregeling werkt en of die de werking mogelijk beperkt wordt door strijdigheid met het Unierecht. Tot slot wordt de tweede deelvraag beantwoord door vast te stellen of de Tussenregeling ruimere of smallere werking heeft ten opzichte van het beoogde doel.

25

30 Met de derde deelvraag wordt het effect van de Tussenregeling op het Nederlandse vestigingsklimaat nader onderzocht:

Wat zijn de gevolgen van de inwerkingtreding van de Tussenregeling voor de vestigingsklimaat van Nederland?

35

Nu de werking van de Tussenregeling reeds is bestudeerd, worden de gevolgen van de invoering en inwerkingtreding van de Tussenregeling op het Nederlandse vestigingsklimaat onderzocht. Er wordt met name aandacht besteedt aan de rechts(on)zekerheid en budgettaire effecten van belastingplichtigen.

5 **1.6 Hoofdstukindeling**

In hoofdstuk 2 (Behandeling valutaresultaten op deelnemingen) wordt eerst de fiscale behandeling van valutaresultaten uit hoofde van deelnemingen van in Nederland gevestigde moedermaatschappijen onderzocht. Hiervoor wordt eerst globaal de behandeling van deelnemingssituaties in de Nederlandse fiscale wetgeving onderzocht. Ook wordt gefocust op
10 doel en strekking van de deelnemingsvrijstelling, deze zijn later relevant in het kader van het Unierecht. Vervolgens wordt de invloed van het Unierecht met betrekking tot de behandeling van valutaresultaten in deelnemingsituaties behandeld, waarbij de positieve – en negatieve integratie aan de orde komen. Daarna wordt de aandacht gevestigd op arresten van Nederlandse rechters en het HvJ EU zodat kan worden afgeleid hoe valutaresultaten uit
15 hoofde van deelnemingen gehouden door Nederlandse moedermaatschappijen fiscaal behandeld dienen te worden. Tot slot wordt de eerste deelvraag beantwoord en geconcludeerd of valutaverliezen uit hoofde van deelnemingen waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, fiscaal aftrekbaar zijn.

20 In hoofdstuk 3 (Tussenregeling) komen de tweede en derde deelvragen aan bod. Ten eerste wordt noodzaak van de Tussenregeling uit de parlementaire geschiedenis afgeleid. Vervolgens wordt de werking van de Tussenregeling onderzocht, waarbij ook de invloed van het Unierecht en het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna EVRM) wordt onderzocht. Ook wordt onderzocht of er
25 eventuele ontgaansmogelijkheden aanwezig zijn. Uit het voorgaande wordt de tweede deelvraag beantwoord door een tussenconclusie te trekken.

Vervolgens wordt naar het Nederlandse vestigingsklimaat gekeken en onderzocht of er na inwerkingtreding van de Tussenregeling eventuele wijziging in de effectieve belastingdruk,
30 maar ook de geboden rechtszekerheid van belastingplichtigen zijn te constateren. Tot slot van dit hoofdstuk kan de conclusie worden getrokken, waarna ook de derde deelvraag beantwoord wordt.

Met hoofdstuk 4 wordt ten slotte afgesloten met een algehele conclusie. Hierin wordt de beantwoording van de deelvragen samengevat, waarna tot slot de juistheid van de probleemstelling wordt getoetst.

2 Behandeling valutaresultaten op deelnemingen

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de eerste deelvraag centraal:

5 *Kan op basis van nationale en/of EU rechterlijke jurisprudentie gesteld worden dat valutaverliezen uit hoofde van deelnemingen, gehouden door in Nederland gevestigde moedermaatschappijen waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, aftrekbaar zijn voor de moedermaatschappij?*

10 Om de eerste deelvraag te beantwoorden wordt onderzocht wat de fiscale behandeling is van valutaresultaten die ontstaan bij deelnemingen van in Nederland gevestigde moedermaatschappijen naar de huidige stand van de wet en jurisprudentie, zonder toepassing van de Tussenregeling.

15 De deelvraag zal gefaseerd worden onderzocht. Ten eerste wordt de plaats en behandeling van deelnemingssituaties in de Nederlandse fiscale wetgeving onderzocht. Hierbij wordt specifiek aandacht besteed aan de behandeling van valutaresultaten op deelnemingen.

20 Ten tweede wordt de fiscale behandeling van deelnemingssituaties, waarvan met name de deelnemingsvrijstelling, nader geanalyseerd. Er wordt specifiek aandacht besteedt aan wat het doel en strekking van deze vrijstelling is, aangezien dit aspect later bij bijvoorbeeld de implicaties van het Unierecht op deelnemingssituaties, relevant is.

25 Ten derde wordt aandacht besteed aan de rol die het Unierecht speelt met betrekking tot de behandeling van valutaresultaten in deelnemingssituaties. Hierbij zal zowel de positieve, als negatieve integratie worden benoemd die relevant is voor de deelvraag.

30 Ten vierde wordt de aandacht gevestigd op jurisprudentie van de HR waarin specifiek de kwestie aan de orde was hoe valutaresultaten uit deelnemingen, gehouden door in Nederland gevestigde moedermaatschappijen, fiscaal behandeld dienen te worden.

Tot slot wordt de deelvraag beantwoord en geconcludeerd of, en zo ja, in hoeverre valutaverliezen uit hoofde van deelnemingen waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, tot aftrek kunnen leiden bij de moedermaatschappij.

2.2 Klassieke stelsel

2.2.1 Algemeen

In Nederland wordt het klassieke stelsel gehanteerd om lichamen⁹ en hun aandeelhouders in de heffing te betrekken. Dit houdt in dat de winst die een vennootschap behaalt zelfstandig
5 wordt belast en dat de aandeelhouders die een winstuitdeling uit een ander lichaam (in deze situatie is dus sprake van een deelneming) ontvangen, eveneens separaat in de heffing worden betrokken.¹⁰

Het zelfstandig belasten van lichamen wordt ook wel aangeduid als de ‘antropomorfe
10 zienswijze’.¹¹ Deze zienswijze houdt in dat elk lichaam als separaat lichaam beschouwd dient te worden en derhalve afzonderlijk in de belastingheffing betrokken dient te worden. Dit komt met name tot uiting door dit lichaam in de heffing te betrekken onafhankelijk van hoe het belang in de Wet Inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) wordt belast in box 2 of 3 bij de natuurlijk persoon die aandeelhouder is.

15 De zelfstandige binnenlandse belastingplicht van lichamen ontstaat op basis van artikel 1 jo. artikel 2 lid 1 Wet vpb 1969. Hierdoor zijn deze lichamen in Nederland onderworpen aan de vennootschapsbelasting, indien ze hier gevestigd zijn. Of dit het geval is dient op basis van artikel 4 Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: AWR) vastgesteld te worden. Met
20 toepassing van dit artikel wordt op basis van de feitelijke situatie bepaald waar belastingplichtigen zijn gevestigd. Deze uitleg is in jurisprudentie bevestigd, in het algemeen is voor deze bepaling doorslaggevend dat, waar het bestuur zijn leidinggevende taken uitoefent, de vennootschap is gevestigd.¹² In artikel 7 Wet vpb 1969 wordt het belastbaar bedrag van in Nederland gevestigde lichamen in de heffing betrokken. Het belastbaar bedrag
25 is de winst zoals omschreven in artikel 8 Wet vpb 1969, waarin wordt verwezen naar de winstbepalingsregels uit de Wet IB 2001. In deze winstbepalingsregels is met name paragraaf 3.2.2 van de Wet IB 2001 van belang waarin bepaald wordt wat tot de winst uit onderneming behoort, zie hierna. Tot slot wordt de winst verminderd met de te verrekenen verliezen en aftrekbare giften.

30

⁹ Met lichaam wordt bedoeld een aan de vennootschapsbelasting onderworpen lichaam gelijk aan artikel 2, lid 1 Wet vpb 1969. Hiermee wordt niet bedoeld een lichaam in de zin van artikel 2, lid 1, onderdeel b AWR. Zie meer uitgebreid: Bouwman, J.N., *Wegwijs in de vennootschapsbelasting* (Wegwijs Serie), Amersfoort: SDU Uitgevers 2009, paragraaf 2A.2.1.

¹⁰ Zie Bouwman, J.N., t.a.p., paragraaf 1.1.2.

¹¹ Zie Bouwman, J.N., t.a.p., paragraaf 6.1.2.2.

¹² Zie bijvoorbeeld HR 28 september 1992, nr. 27.293, BNB 1993/193, r.o. 3.3.3.

In aanvulling op het bovenstaande zijn twee artikelen bepalend voor de vraag wat behoort tot de te belasten winst en aan welk jaar die winst toegerekend behoort te worden, namelijk: het totaalwinstartikel in artikel 3.8 Wet IB 2001 en het jaarwinstartikel in artikel 3.25 Wet IB 2001.

5

Het totaalwinstartikel bepaalt objectief de omvang van de winst gedurende de gehele levensduur van een onderneming. Het jaarwinstartikel zorgt voor een toerekening van die winst aan bepaalde jaren.¹³ Een voor- en nadeel dat volgens het totaalwinst artikel geen deel uitmaakt van de winst, kan niet worden toegerekend aan enig jaar.

10

De toerekening van jaarwinsten wordt bepaald door het goed koopmansgebruik.¹⁴ Of in de woorden van Stevens: ‘het begrip ‘goed koopmansgebruik’ heeft als functie een hulpmiddel te zijn bij het streven naar een rechtvaardige verdeling van de belastingdruk zoals die in het systeem van de inkomstenbelasting past.’¹⁵ Het goed koopmansgebruik laat de ondernemer ruimte in de keuze voor een bepaalde methode van winstberekening. De wetgever heeft ervoor gekozen goed koopmansgebruik door de rechtspraak in te laten vullen. Dit maakt het een dynamisch begrip dat mee evolueert met veranderende maatschappelijke en economische omstandigheden.¹⁶

15

20

Door toepassing van het klassieke stelsel wordt een lichaam zelfstandig in de heffing betrokken. Op het moment dat een vennootschap voldoende winst heeft behaald zou deze kunnen besluiten (een deel van) de winst uit te keren aan zijn aandeelhouder als dividend. Indien de aandeelhouder eveneens een vennootschap is, behoort die dividenduitkering tot de winst. Als die dividenduitkering belast wordt zou deze situatie bij opeenvolgende dividenduitkeringen ertoe leiden dat van de oorspronkelijke netto winst weinig overblijft. Hier wordt meer uitgebreid in paragraaf 2.2.3 op ingegaan.

25

Indien de aandeelhouder een natuurlijke persoon betreft, welke binnenlands belastingplichtig is, wordt deze in de inkomstenbelasting belast over voordelen uit een of meerdere deelnemingen. Dit gebeurt op basis van hoofdstuk 4, dan wel 5 van de Wet IB 2001; afhankelijk van de grootte van het belang.

30

¹³ Zie ook Sillevius, L.W., Kempen, van, M.L.M., Essers, P., *Inkomstenbelasting* (Cursus Belastingrecht), Deventer: Kluwer 2011, paragraaf IB.3.2.6.A.

¹⁴ De ondernemer dient voorts op basis van artikel 3.25 Wet IB 2001 met inachtneming van de bestendige gedragslijn de jaarwinst te bepalen.

¹⁵ Zie Stevens, L.G.M., *‘Inkomstenbelasting 2001’*, Deventer: Kluwer 2001, paragraaf 5.4.2.

¹⁶ Voor een uitgebreide beschouwing van het goed koopmansgebruik verwijs ik naar Lubbers, A.O., *Goed koopmansgebruik*, Amersfoort: SDU Uitgevers 2005.

2.2.2 Dubbele heffing in het klassieke stelsel

Zoals hiervoor is aangegeven ontstaat in beginsel dubbele heffing, namelijk als een moedermaatschappij een deelneming heeft en deze een winstuitdeling doet in de vorm van dividenden.

5

De dubbele heffing ontstaat indien de winst van de dochter onderworpen wordt aan een winstbelasting en een dividenduitkering vervolgens ook bij de moedermaatschappij belast wordt. Als een deelneming meer waard wordt doordat die vennootschap winst maakt en niet uitkeert kan die waardeaan groei ook tot dubbele heffing leiden voor de moedermaatschappij

10 indien die waardeaan groei tot uiting komt in de balans voor die moedermaatschappij volgens een vermogensvergelijk. De winst zoals die bij de dochter in eerste instantie ontstaat, wordt derhalve eenmaal in die hoedanigheid belast en een tweede maal als dividenduitkering, dan wel als waardeaan groei belast bij de houdster van de deelneming.

Deze dubbele heffing werd door de wetgever niet wenselijk geacht, daar deze in strijd is met

15 de ‘ne bis in idem’ gedachte. Dit beginsel houdt in dat een bestanddeel niet tweemaal in de heffing betrokken mag worden. Deze situatie is ook in strijd met de verlengstukgedachte, volgens dit uitgangspunt wordt een dochtervennootschap gezien als partiële voortzetting van de moedermaatschappij.¹⁷ Het zou in strijd zijn met die verlengstukgedachte “diezelfde vennootschap” (dus de dochtervennootschap en de moedermaatschappij) dubbel te belasten

20 voor dezelfde winst. Daarom heeft de wetgever voor deze situatie de deelnemingsvrijstelling geïntroduceerd, waarover in paragraaf 2.3 meer.

2.2.3 Heffing over valutaresultaten

Er kunnen in beginsel valutaresultaten ontstaan in een grensoverschrijdende deelnemings situatie, waarbij de moedermaatschappij in Nederland is gevestigd en de

25 buitenlandse deelneming in een land met een andere valuta.¹⁸ Valutaresultaten kunnen zowel voordelen als nadelen opleveren.

Het resultaat wordt in beginsel op basis van het totaalwinstartikel in de heffing betrokken, hetzij als winst, dan wel als verlies. Voorts worden resultaten, waaronder het resultaat door

30 schommelingen van de valuta van het land waarin de deelneming is gevestigd, op basis van het jaarwinstartikel toegerekend aan een bepaald jaar door middel van een

¹⁷ Zie Noot D. Juch onder HR 15 maart 1995, nr. 29.745, BNB 1995/177.

¹⁸ Belastingplichtigen hebben bijvoorbeeld de mogelijkheid om te opteren voor de functionele valutaregeling op grond van artikel 7 lid 5 Wet vpb 1969 en de regeling van de staatssecretaris van Financiën van 21 augustus 1997, nr. WDB97/348M, zoals laatstelijk gewijzigd bij Ministeriele regeling van 23 december 2010, nr. DB2010/281M, Stcrt. 2010, 21.111. Hiermee heeft de belastingplichtige de mogelijkheid de aangifte te doen in een andere valuta dan de euro zodanig dat geen valutaresultaten kunnen ontstaan. Deze regeling wordt in hoofdstuk 4 nader onderzocht.

vermogensvergelijking.¹⁹ Omdat de vermogensvergelijking in de valuta van de moedermaatschappij gedaan wordt en daarbij de positie van de deelneming naar die valuta wordt geconverteerd, komt het valutaresultaat tot uiting.

- 5 Hoe de vermogensvergelijking uitwerkt is afhankelijk van de wijze waarop een deelneming door de belastingplichtige wordt gewaardeerd. Volgens oude jurisprudentie is waardering op kostprijs of lagere bedrijfswaarde in overeenstemming met het goedkoopmansgebruik.²⁰ Ook de waardering op intrinsieke waarde is volgens de Hoge Raad in overeenstemming met goedkoopmansgebruik.²¹ Dit betekent dat de belastingplichtige doordat deze de keuze heeft
- 10 over de te hanteren waarderingwijze invloed kan uitoefenen op de waardering en ook de vermogensvergelijking van zijn onderneming. Conform goedkoopmansgebruik is de belastingplichtige is niet vrij om stelselwijzigingen in de waardering door te voeren in strijd met de bestendige gedragslijn, hij kan niet naar willekeur zijn waarderingssysteem wijzigen.²²

2.2.4 Dubbele heffing in internationaal perspectief

- 15 Dubbele heffing heeft in internationaal perspectief twee verschijningsvormen, juridische en economische dubbele belasting. Een situatie waarin economische dubbele heffing ontstaat is reeds besproken, namelijk in paragraaf 2.2.2.

- Economische dubbele heffing houdt in dat hetzelfde object tweemaal bij verschillende
- 20 subjecten in de heffing wordt betrokken.²³ Die twee subjecten worden in hun vestigingsland in beginsel onbeperkt in de heffing betrokken, gelijk aan de Nederlandse behandeling. Het sluiten van verdragen biedt geen oplossing voor deze situatie, omdat die niet geschikt zijn om economische dubbele heffing te voorkomen.²⁴ Voor economische dubbele belasting is namelijk het oplossen van kwalificatieverschillen of het verdelen van heffingsbevoegdheid
- 25 niet voldoende omdat sprake is van twee subjecten. Economisch dubbele belasting is in de praktijk niet minder ongewenst dan juridische dubbele heffing. Zij ontmoedigt ondernemingen evengoed grensoverschrijdend te investeren. Daarom worden landen vrij

¹⁹Zie Sillevius, L.W., et al., t.a.p., paragraaf IB.3.2.17.A.a.

²⁰ Zie HR 10 maart 1943, B. 7621 en Streek, van de, J.L., Strik, S.A.W.J., *Vennootschapsbelasting* (Cursus Belastingrecht), Deventer: Kluwer 2011, paragraaf Vpb.2.4.6.D.

²¹ HR 14 juni 1978, nr. 18.405, *BNB* 1979/181

²² Zie ook Sillevius, L.W., et al., t.a.p. paragraaf IB.3.2.16.C.

²³ Zie de Graaf, A.C.G.A.C., Kavelaars, P., Stevens, A.J.A., *Internationaal Belastingrecht* (FED Fiscale Studiereserie), Deventer: Kluwer 2011, paragraaf 1.2.5.

²⁴ Zie ook het commentaar in paragraaf 2, punt 51 bij artikel 23A en 23B van het OECD Model Convention. Hierin is aangegeven dat veel landen er de voorkeur aan geven dergelijke kwalificatieverschillen wel in het verdrag op te nemen, maar dit op te veel moeilijkheden stuitte.

gelaten zelf maatregelen te nemen om economische dubbele heffing tegen te gaan, zoals Nederland bijvoorbeeld heeft gedaan door het incorporeren van de deelnemingsvrijstelling.²⁵

Er zijn meerdere verschijningsvormen van economische dubbele heffing²⁶:

5

1. aanbrengen van een correctie op een grensoverschrijdende transactie door een land die niet leidt tot een aanpassing van de transactie in een ander land;
2. uitgaven gedaan door een belastingplichtige die niet aftrekbaar zijn aldaar en waarvoor de ontvangende partij belast wordt bij ontvangst;
- 10 3. toerekening van een bestandsdeel door een land aan een belastingplichtige, terwijl een ander land deze toerekent aan een andere belastingplichtige;
4. een belastingplichtige waarvan een inkomensbestanddeel in de heffing wordt betrokken waarna dit wordt overgedragen en nogmaals belast bij de ontvangende partij.

15

Voor deze scriptie is slechts de onder 4 omschreven situatie relevant. Deze betreft de dubbele heffing die kan ontstaan voor een moedermaatschappij met een deelneming. Deze problematiek speelt in het bijzonder bij grensoverschrijdende situaties waarin wisselkoersverschillen optreden.

20

Juridische dubbele heffing houdt in dat één subject belast wordt in twee landen over hetzelfde object. Juridisch dubbele heffing wordt zoveel mogelijk voorkomen door het sluiten van belastingverdragen. Verdragen trachten deze problematiek te voorkomen door een verdeling in de heffing aan te brengen, waarin één van de verdragssluitende staten terugtreedt in zijn heffingsbevoegdheid.²⁷ Juridische dubbele heffing kan ontstaan indien een kwalificatieverschil bestaat met betrekking tot het object in beide landen. Dit kan ondermeer door in het verdrag af te spreken dat voor de kwalificatie van het object het begrip van het bronland bepalend is. Indien sprake is van een kwalificatieverschil van het subject waarbij dit niet in een belastingverdrag gesloten door beide landen is gedefinieerd, wordt bijvoorbeeld afgesproken dat het begrip van het woonland wordt gevolgd.²⁸

30

²⁵ Zie ook het commentaar in paragraaf 2, punt 52 bij artikelen 23A en 23B van het OECD Model Convention.

²⁶ Zie de Graaf, A.C.G.A.C. et. al., t.a.p. paragraaf 1.2.5.

²⁷ Zie artikel 23A en 23B van het OECD Model Convention.

²⁸ Zie hiervoor in het algemeen artikel 3, en voor niet gedefinieerde kwalificatieverschillen artikel 3, lid 2 van het OECD Model Convention.

2.3 Voorkoming dubbele belasting in deelnemingsituaties

2.3.1 Deelnemingsvrijstelling

De wetgever heeft zich al lang geleden gerealiseerd dat de economische dubbele heffing in deelnemingsituaties die optreedt bij opeenvolgende winstuitkeringen een negatief effect heeft op lichamen die hiermee geconfronteerd worden. Bij de invoering van de Bedrijfsbelasting in 1893 is de eerste versie van de deelnemingsvrijstelling opgenomen.²⁹

Artikel 13 Wet vpb 1969 zorgt vanuit het perspectief van de houdster voor een objectvrijstelling indien sprake is van een kwalificerende deelneming. Er is in beginsel een hard 5%-criterium ingesteld voor toegang tot de deelnemingsvrijstelling.³⁰ Dit is niet het geval voor het lidmaatschap van een coöperatie, hiervoor is het lidmaatschap an sich reeds voldoende voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Hoe de coöperatie in de deelnemingsvrijstelling wordt betrokken komt verder echter niet aan bod mede met het oog op de beperkte omvang van deze scriptie. Daarenboven valt dit onderwerp buiten het bestek van de relevantie van dit onderzoek. Van de deelnemingsvrijstelling zijn kleinere belangen, maar ook niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen uitgezonderd.³¹ In het vervolg van deze scriptie wordt aangenomen dat in deelnemingsituaties de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, behalve indien expliciet anders vermeld.

De huidige versie van de deelnemingsvrijstelling is opgenomen in artikel 13 Wet vpb 1969. Door dit artikel worden alle voordelen uit hoofde van deelnemingen vrijgesteld. Het begrip ‘alle voordelen’ omvat dividend, maar ook vermogensmutaties van de deelneming. Deze vrijstelling geldt zowel in puur binnenlandse, als grensoverschrijdende situaties. Deze vrijstelling heeft daardoor een grote impact op de Nederlandse vennootschapsbelasting in het kader van deelnemingsituaties door het verlenen van deze objectieve ruime vrijstelling.

Dat het begrip ‘alle voordelen’ in artikel 13 Wet vpb 1969 ruim opgevat moet worden is ook in jurisprudentie van de HR bevestigd. Zo is in het arrest van de HR op 19 juni 1982 besloten dat ook valutaresultaten onder de vrij te stellen voordelen vallen. Later in dit hoofdstuk wordt dit arrest verder uitgewerkt.

²⁹ Martens, W.C.M., *De deelnemingsvrijstelling in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969* (FED Fiscale Brochure Serie), Deventer: Kluwer 2011, paragraaf 1.1.

³⁰ Zie voor een beschouwing omtrent het 5%-criterium: Martens, W.C.M., t.a.p., paragraaf 3.3.2.

³¹ Zie voor het 5%-belangscriterium en de uitzondering voor beleggingsdeelnemingen artikel 13 lid 2 respectievelijk lid 8 van de Wet vpb 1969.

2.3.2 Doel en strekking deelnemingsvrijstelling

In paragraaf 2.5 en verder wordt aandacht besteed aan de invloed van het Unierecht op de behandeling van valutaresultaten in deelnemingssituaties. Uit jurisprudentie van het HvJ EU is gebleken dat het doel en de achtergrond van een regeling die ter discussie staan relevant is.³² Derhalve wordt in deze paragraaf aandacht besteed aan het doel en vooral de rechtsgrond van de deelnemingsvrijstelling.

Het doel van de deelnemingsvrijstelling is, zoals in paragraaf 2.3.1 beschreven, de economische dubbele heffing die optreedt bij winstuitdeling in deelnemingssituaties objectief vrij te stellen.

In de literatuur is discussie ontstaan omtrent welke rechtsgrond leidend is voor de deelnemingsvrijstelling. De deelnemingsvrijstelling is zowel bij binnenlandse, als in het buitenland gevestigde deelnemingen van toepassing. Bouwman en de auteurs van de Cursus Belastingrecht hebben, zoals verderop nader wordt uitgewerkt, verschillende argumenten aangedragen in de discussie welke rechtsgrond leidend is. Hierbij wordt verschil gemaakt in zuiver binnenlandse en grensoverschrijdende situaties. Omdat het onderwerp van mijn scriptie gaat over de behandeling van valutaresultaten in deelnemingssituaties is het niet zinvol om de rechtsgrond te onderzoeken van binnenlandse situaties, aangezien geen wisselkoersverschil kan ontstaan bij de waardering van de deelneming door de moedermaatschappij. De functionele valutaregeling is evenmin van toepassing in deze paragraaf, immers hiermee worden valutaverschillen eveneens weggenomen.³³

Zoals reeds aangegeven is het ne bis in idem beginsel een rechtsgrond voor de deelnemingsvrijstelling.³⁴ Omdat de winst ook in internationale deelnemingsverhoudingen in het land van vestiging van de deelneming in de winstbelasting betrokken wordt, zou met het heffen over voordelen uit die deelneming bij de moedermaatschappij hetzelfde winstobject belast worden.

De deelnemingsvrijstelling kan ook onderbouwd worden op grond van het soevereiniteitsbeginsel.³⁵ Dit beginsel haakt aan bij de gedachte dat winst die opkomt bij de deelneming in het land waar het gevestigd is in de heffing moet worden betrokken. Het land waar de moeder gevestigd is moet afzien van heffing om dubbele belasting te voorkomen.

³² Zie bijvoorbeeld het arrest HvJ EU 25 februari 2010, C-337/08, X Holding BV, r.o. 22.

³³ Zie voetnoot 10 voor verwijzingen naar deze regeling.

³⁴ Zie Bouwman, t.a.p., paragraaf 6.1.2.2.

³⁵ Zie Bouwman, t.a.p., paragraaf 6.1.2.2.

Mijns inziens is deze zienswijze meer in overeenstemming met het territorialiteitsbeginsel.³⁶ Het territorialiteitsbeginsel houdt in dat voor de heffing alleen wordt aangeknoopt bij het uit die staat verkregen inkomen, dan wel het aldaar gelegen vermogen.³⁷ Omdat Nederland in wezen een eenzijdige voorkoming van dubbele belasting verleent voor winst die opkomt uit een dochter door middel van de deelnemingsvrijstelling, is dit beginsel mijns inziens in
5 overeenstemming met de deelnemingsvrijstelling.

Ook is de verlengstukgedachte aangevoerd ter onderbouwing van de deelnemingsvrijstelling. De verlengstukgedachte houdt in dat een dochteronderneming wordt gezien als een partiële
10 voortzetting van de moedermaatschappij. Economisch bezien zijn voordelen ontvangen uit een dochter daarmee voor de moeder 'eigen' winst. Elders belaste winst dient daarom niet nogmaals belast te worden.

Volgens Bouwman heeft de verlengstukgedachte als rechtsgrond voor de
15 deelnemingsvrijstelling de laatste jaren meer gewicht gekregen ten opzichte van het ne bis in idem beginsel. Hij komt tot dit standpunt door te redeneren dat de deelnemingsvrijstelling ook wordt verleend voor niet-belaste deelnemingen mits deze zich niet kwalificeren als beleggingsdeelneming.³⁸ Voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling is, zolang deze niet kwalificeert als beleggingsdeelneming, niet relevant of de deelneming laag, dan wel in
20 het geheel niet belast wordt.³⁹ Deze uitkomst zou daarmee niet in overeenstemming zijn met het ne bis en idem-beginsel. Er wordt in een dergelijke situatie immers geen dubbele heffing voorkomen als de dochter niet belast wordt in het land waar deze is gevestigd.

Als tweede argument wijst Bouwman op het feit dat niet alle deelnemingen kwalificeren voor
25 de deelnemingsvrijstelling. Indien het ne bis in idem beginsel strikt gevolgd zou worden, zouden ook kleinere belangen onder de deelnemingsvrijstelling vallen en aldus vrijgesteld worden van dubbele heffing.

De auteurs van de Cursus Belastingrecht zijn van mening dat het ne bis in idem beginsel de
30 enige dragende rechtsgrond kan zijn.⁴⁰ Zij zijn van mening dat de verlengstukgedachte slechts betekenis heeft in het kader van het resultaat van de vrijstelling, namelijk geen dubbele heffing over hetzelfde object. Zij voeren ter onderbouwing aan dat op basis van de

³⁶ Zie de Graaf, A.C.G.A.C., et. al., t.a.p., paragraaf 1.2.1.

³⁷ Ook wel aangemerkt als het oorsprongs- of situsbeginsel, zie de Graaf, A.C.G.A.C., et. al., t.a.p., paragraaf 1.2.1.

³⁸ Zie Bouwman, paragraaf 6.1.2.2.

³⁹ Zie Streek, van de, J.L., et. al., t.a.p., paragraaf Vpb.2.4.3.B.a.

⁴⁰ Zie Streek, van de, J.L., et. al., t.a.p., paragraaf Vpb.2.4.0.B.f2.

verlengstukgedachte niet de dochter belast zou moeten worden, maar slechts de moeder omdat de dochter alleen maar een verlengstuk is. Binnen de verlengstukgedachte zou de zelfstandigheid van de dochter verloren moeten gaan. Dit betekent dat de dochter als een transparante entiteit behandeld zou moeten worden, dan wel dat transacties tussen moedermaatschappij en de deelneming niet langer ‘at arm’s length’ behoeven te zijn. Zo redenerend is er geen reden om een deelnemingsvrijstelling in de Wet vpb 1969 op te nemen.

De fiscale behandeling van de coöperatie pleit tevens tegen de verlengstukgedachte als de meest leidende rechtsgrond van de deelnemingsvrijstelling. De verlengstukgedachte komt nadrukkelijk aan de orde bij de behandeling van de coöperatie in de vennootschapsbelasting. Deze fungeert in de ogen van de wetgever⁴¹ als verlengstuk van de (ondernemingen van) de leden, zodat (een deel) van de winst behaald door de coöperatie aangemerkt wordt als verlengstukwinst en aldus door de coöperatie op grond van artikel 9, lid 1, onderdeel g van de Wet vpb 1969 als aftrekbare kosten aangemerkt kan worden, ofwel onzelfstandig in de heffing worden betrokken. Daarmee kan een coöperatie, in tegenstelling tot besloten en nameloze vennootschappen, voor een gedeelte onzelfstandig worden belast. In vergelijking met de fiscale behandeling van besloten en nameloze vennootschappen gaat de verlengstukgedachte dus veel verder. Dit doet vermoeden dat de verlengstukgedachte voor vennootschappen in mindere mate aanwezig is, die worden immers altijd zelfstandig in de heffing betrokken.

Op basis van het bovenstaande concludeer ik dat het territorialiteitsbeginsel en het ne bis in idem-beginsel de meest dragende rechtsgronden zijn. De deelnemingsvrijstelling stelt voordelen uit hoofde van een deelneming vrij, deze voordelen zijn in eerste instantie opgekomen bij die dochter en aldus in overeenstemming met dit beginsel. Daarnaast zou, als de verlengstukgedachte de meest leidende rechtsgrond zou zijn, de deelneming als transparante entiteit behandeld moeten worden. Derhalve is mijns inziens het ne bis in idem beginsel een sterkere rechtsgrond dan de verlengstukgedachte, dit tezamen met het territorialiteitsbeginsel.

30 **2.3.3 Deelnemingsverrekening**

Door het opnemen van de deelnemingsverrekening moet Nederland in mindere mate geschikt worden als tussenstation voor belastingparadijzen. Voorheen was het mogelijk om beleggingswinsten van een deelneming die aldaar onbelast, dan wel laagbelast, werden genoten via een moedermaatschappij, gevestigd in Nederland, onbelast te genieten en

⁴¹ Zie ook Streek, van de, J.L., et al., t.a.p., paragraaf Vpb.2.2.0.I.d.

vervolgens door te sluiten naar jurisdicties die zich aan het oog van buitenlandse fiscus onttrekken.⁴² Derhalve is ingevoerd dat, als sprake is van een beleggingsdeelneming,⁴³ niet zijnde een kwalificerende beleggingsdeelneming⁴⁴, niet de deelnemingsvrijstelling, maar de deelnemingsverrekening van toepassing is.

5

Bij beleggingsdeelnemingen komt de reeds besproken economisch dubbele belasting bij dooruitdeling van de winst ook voor. Echter, nu is geen sprake van een vrijstelling, maar (grof gezegd) een verrekening van de reeds geheven belasting.⁴⁵ Op grond van deze regeling bestaat er een recht op verrekening, inclusief valutaresultaten. In tegenstelling tot de
10 deelnemingsvrijstelling wordt derhalve wel rekening gehouden met valutaresultaten, een beroep op jurisprudentie is daarvoor niet nodig.

Er kan ook geen onevenwichtige behandeling van valutaresultaten ontstaan, zoals bij de deelnemingsvrijstelling mogelijk is, als de deelnemingsverrekening van toepassing is.⁴⁶ De
15 problematiek die de Tussenregeling dient op te lossen is derhalve niet aanwezig in het geval van een beleggingsdeelneming. Zoals uit het volgende hoofdstuk zal blijken, vindt de Tussenregeling geen toepassing indien de deelnemingsverrekening van toepassing is. In het vervolg van deze scriptie wordt – zoals eerder aangegeven – met een deelneming bedoeld, een deelneming waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is.

20

2.3.4 Liquidatieverliesregeling

In deze paragraaf wordt voorts onderzocht hoe valutaresultaten worden behandeld binnen de liquidatieverliesregeling. Op grond van deze regeling mag de houdster van een deelneming conform artikel 13d Wet vpb 1969 een verlies in aanmerking nemen, indien een deelneming, waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing was, is ontbonden en vereffend. Zou deze
25 regeling niet zijn opgenomen in de wet, dan kan een verlies onverrekend blijven door toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Deze uitwerking werd niet wenselijk geacht en om dit te voorkomen wordt het liquidatieverlies geacht niet onder het bereik van de deelnemingsvrijstelling gerealiseerd te zijn.

30

Op grond van artikel 13d, lid 2 Wet vpb 1969 vormt het liquidatieverlies het verschil tussen het opgeofferde bedrag en de liquidatie-uitkeringen. Het opgeofferde bedrag wordt

⁴² Zie ook Streek, van de, J.L., et al., t.a.p., paragraaf Vpb.2.4.3.A.

⁴³ Zie artikel 13, lid 9, Wet vpb 1969.

⁴⁴ Zie artikel 13, lid 11, Wet vpb 1969.

⁴⁵ Hoe de deelnemingsverrekening fiscaal uitwerkt is opgenomen in artikel 13aa jo. 23c Wet vpb 1969. Zie voor een uitwerking Streek, van de, J.L. et. al., t.a.p., paragraaf Vpb.2.4.3.D.

⁴⁶ Zie meer uitgebreid Martens, W.C.M., t.a.p., paragraaf 4.3.

extracomptabel vastgesteld en vormt in principe het bedrag dat bij verkrijging van de aandelen is verkregen.⁴⁷ Het opgeofferde bedrag kan door de jaren heen aan wijzigingen onderhevig zijn, bijvoorbeeld indien de deelnemingsvrijstelling niet langer, of juist weer wel, van toepassing is. Op die momenten dient de compartimenteringsleer toegepast te worden, 5 zou bijvoorbeeld de deelnemingsvrijstelling weer toepassing vinden, dan moet het opgeofferde bedrag gecorrigeerd worden voor de dan geldende waarde in het economisch verkeer.⁴⁸ Wisselkoersschommelingen hebben echter geen effect op het opgeofferde bedrag, wat logisch is aangezien het opgeofferde bedrag een historische grootheid is.⁴⁹

10 Om het aftrekbare liquidatieverlies te berekenen wordt het opgeofferde bedrag verminderd met de genoten liquidatie-uitkeringen. De liquidatie-uitkeringen bestaan uit voordelen genoten rond het moment van ontbinding van de op dat moment ontbonden deelneming. Op grond van artikel 13d, lid 3 Wet vpb 1969 worden positieve voordelen aangemerkt als liquidatie-uitkeringen indien deze voordelen zijn gerealiseerd in het jaar waarop de 15 vennootschap zijn onderneming geheel of nagenoeg geheel heeft gestaakt en de vijf daaraan voorafgaande en volgende jaren. Indien de vennootschap volgens de regels van titel 9, boek 2 van het BW verlies heeft geleden geldt een termijn van tien jaar voorafgaand aan het moment dat de onderneming geheel of nagenoeg geheel is gestaakt.

20 Hoewel hetgeen een deelneming kan uitkeren mede afhangt van valutaresultaten, kan verder niet betoogd worden dat de liquidatieverliesregeling rekening houdt met valutaverliezen die optreden in de levensloop van de deelnemingssituatie. Immers, het opgeofferde bedrag wordt hierop niet aangepast en liquidatie-uitkeringen worden niet aangepast op basis van wisselkoersverschillen. Derhalve biedt de liquidatieverliesregeling geen mogelijkheid 25 valutaverliezen af te trekken.

2.4 Recht van de Europese Unie

Nederland hanteert op grond van artikel 94 van de Grondwet de monistische visie. Dit houdt in dat verdragen onderdeel zijn van de nationale wet en daarmee directe werking hebben. Dit betekent onder meer dat op Nederland het Unierecht⁵⁰ van toepassing is. Het Unierecht omvat 30 twee verdragen, namelijk het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: VEU) en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU). Zoals blijkt uit het

⁴⁷ HR 24 september 1975, nr. 17.612, BNB 1976/184.

⁴⁸ Zie Bouwman, J.N., t.a.p., paragraaf 6.7.4.2.

⁴⁹ Zie Bouwman, J.N., t.a.p., paragraaf 6.7.4.2.

⁵⁰ Voorheen sprak men van het Gemeenschapsrecht. Vanaf de inwerkingtreding van het verdrag van Lissabon per 1 december 2009 is dit gewijzigd in 'het recht van de Europese Unie', of Unierecht.

VEU en VwEU heeft de Europese Unie zich onder andere tot doel gesteld een interne markt tot stand te brengen en de werking hiervan te verzekeren.⁵¹ Nederland is lid van de Europese Unie, dit brengt met zich mee dat in beginsel het Unierecht op Nederland van toepassing is en ook dat Nederland zich heeft geconformeerd aan het doel een interne markt tot stand te brengen. Om een functionerende interne markt na te streven integreren lidstaten hun fiscale systemen zoveel mogelijk, zodanig dat belemmeringen op de interne markt worden weggenomen.⁵²

In het Unierecht zijn twee vormen van integratie te onderscheiden, namelijk positieve en negatieve integratie. Positieve integratie, in de vorm van de primaire, secundaire en soft law bronnen die lidstaten ‘nader tot elkaar moeten brengen’. Negatieve integratie door middel van verbod op beperkende nationaal (fiscale) wetgeving in het geval het HvJ EU de wetgeving als onverenigbaar met het Unierecht heeft verklaard. Het HvJ EU is verantwoordelijk voor het juist uitleggen van onder andere het VwEU.⁵³ Het is vooral deze integratie in de vorm van arresten die relevant is voor deze scriptie, dit komt in de volgende paragraaf nader aan bod.

Primaire bronnen zijn onder andere de oprichtings-, wijzigings- en toetredingsverdragen. Voor deze scriptie is wat betreft de primaire bronnen met name het VEU en het VwEU relevant. Het VEU was onderdeel van het Verdrag van Maastricht, laatstelijk gewijzigd in het Verdrag van Lissabon met ingang van 1 december 2009.⁵⁴

Om binnen de Europese Unie een interne markt tot stand te kunnen brengen en werking ervan te verzekeren worden binnen de bepalingen van het verdrag zes vrije verkeersbepalingen gewaarborgd, te weten:

- het vrije verkeer van de burgers van de Unie (artikel 21 VWEU);
- het vrije verkeer van goederen (artikel 28 t/m 32 VWEU);
- het vrije verkeer van personen (werknemers: artikel 45 t/m 48 VWEU en recht van vestiging: artikel 49 t/m 55 VWEU);
- het vrije verkeer van diensten (artikel 56 t/m 62 VWEU);
- het vrije verkeer van kapitaal (artikel 63 t/m 66 VWEU);

⁵¹ Zie artikel 3, lid 3 VEU en artikel 26 VwEU.

⁵² Zie bijvoorbeeld het voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende een gemeenschappelijke geconsolideerde belastinggrondslag voor de vennootschapsbelasting binnen de Europese Unie (CCCTB), COM(2011) 121/3.

⁵³ Zie ook Braun, K.M., Brandsma, R.P.C.W.M., *Europees belastingrecht* (Cursus Belastingrecht), Deventer: Kluwer 2011, paragraaf EBR 2.0.3, onder ‘Het Hof van Justitie van de Europese Unie’.

⁵⁴ Zie ook voetnoot 34.

- het vrije verkeer van betalingen (artikel 63 t/m 65 VWEU).

In het kader van deze scriptie zijn met name de vrijheid van vestiging en kapitaal van belang. Op grond van artikel 49 VwEU mogen onderdanen in beginsel door lidstaten niet beperkt worden om zich in een andere lidstaat te vestigen. Daarnaast is in artikel 63 van het VwEU de
5 vrijheid van kapitaal opgenomen, dit artikel geeft onderdanen van de Europese Unie de vrijheid om binnen *en* buiten de Europese Unie door lidstaten niet beperkt te worden in de uitoefening van kapitaalverkeer.⁵⁵

10 Daarnaast hebben de Raad⁵⁶, het Europese Parlement⁵⁷ en de Europese Commissie⁵⁸ op basis van artikel 288 VwEU de mogelijkheid om bepaalde besluiten te nemen. Deze besluiten worden genomen in de vorm van verordeningen, richtlijnen en beschikkingen.

Tot slot hebben de Raad, het Europese Parlement en de Europese Commissie de mogelijkheid aanbevelingen te doen, dan wel adviezen uit te brengen. Dit wordt ook wel soft law genoemd.

15 Soft law is niet juridisch bindend, zie wederom artikel 288 VwEU, echter soft law kan wel rechtsgevolgen hebben.

2.5 Positieve integratie en valutaresultaten in de deelnemingsvrijstelling

2.5.1 Moeder-dochterrichtlijn

20 Ook de Raad van de Europese Gemeenschappen acht het niet wenselijk dat dividenden en andere winstuitkeringen belast worden met bronbelasting, dan wel dat dubbele belastingheffing kan ontstaan op het niveau van de moedermaatschappij. Om deze fiscale belemmering weg te nemen en de werking van de interne markt te waarborgen is de Richtlijn 90/435/EEG⁵⁹ ingevoerd, ook wel bekend als de moeder-dochterrichtlijn (hierna: MDRL). In
25 het kader van deze scriptie is de MDRL slechts relevant indien valutaresultaten onder de reikwijdte van deze richtlijn vallen, dit wordt hieronder nader onderzocht.

⁵⁵ Zie bijvoorbeeld het arrest HvJ EU 17 september 2009, C-182/08, Glaxo Welcome, r.o. 40. Hierin is het begrip uitgewerkt wanneer sprake is van kapitaalverkeer. Dit begrip komt nader aan de orde in paragraaf 2.6.5

⁵⁶ Zie artikel 16 VEU.

⁵⁷ Zie artikel 223 e.v. VwEU.

⁵⁸ Zie artikel 244 e.v. VwEU.

⁵⁹ De moeder-dochterrichtlijn is later verruimd door de wijzigingen die zijn doorgevoerd in de Richtlijn 2003/123/EG, de Richtlijn 2006/98/EG en herschikt op 30 november 2011, 2011/96/EU in werking getreden op 18 januari 2012. De strekking van de richtlijn wordt nader omschreven in punt 2 in de preambule bij de tekst van 2003.

Om het bovengeschetste doel te bereiken wordt onder voorwaarden een tweeledige vrijstelling verleend. Voor toepassing van de MDRL moet er sprake zijn van een ‘vennootschap van een lidstaat’ zoals is beschreven in artikel 2 van de Richtlijn. Voorts dient op grond van artikel 3 van de Richtlijn de moedermaatschappij, geheel of gedeeltelijk via een
5 vaste inrichting, tenminste 10% bezit in het kapitaal of bezit van stemrechten van een vennootschap te bezitten.

Met toepassing van de MDRL wordt slechts heffing beperkt ten aanzien van bronbelasting. Wat bronbelasting inhoudt is niet aangegeven in de Richtlijn, hoewel hiervoor wel een
10 beperking is aangebracht in artikel 7. Het begrip ‘bronbelasting’ is in jurisprudentie door het HvJ EU ingevuld: hiervoor moet materieel bezien ‘belasting over en ter gelegenheid van een winstuitkering worden geheven van de aandeelhouder’.⁶⁰

Indien voldaan is aan de bovenstaande voorwaarden dient de uitgekeerde winst van de
15 dochteronderneming aan de moedermaatschappij te worden vrijgesteld van bronbelasting op basis van artikel 5 van de MDRL. Dit houdt in dat het land waar de dochter gevestigd is geen bronbelasting mag inhouden op het uitgekeerde dividend.

Daarnaast mag de lidstaat waar de moeder is gevestigd op grond van artikel 6 van de MDRL,
20 geen belasting aan de bron inhouden op de ontvangen winstuitkering van de dochter. Voor relevantie van de MDRL binnen deze scriptie, moet de term ‘bronbelasting’ zover gaan dat dividenden en vermogenswinsten hieronder vallen.

De richtlijn doet echter geen uitspraak over hoe omgegaan dient te worden met
25 (on)gerealiseerde vermogenswinsten dan wel vermogensverliezen uit deelnemingen.⁶¹ Op grond van artikel 1 van de MDRL heeft deze alleen effect op de winstuitkeringen, of: ‘covering any shift of value to the parent company at the expense of the economic potential of the subsidiary in connection with the parent’s provision of equity to the subsidiary, including constructive equity, such as funding which is formally designated as a ‘loan’, but which
30 reasonably cannot be expected ever to be repaid by the subsidiary.’⁶²

Hoewel valutaresultaten kunnen optreden in deelnemingssituaties, vallen die niet binnen de reikwijdte van de MDRL. Immers, valutaschommelingen beïnvloeden de hoogte van de

⁶⁰ Zie Braun, K.M., et. al., t.a.p. paragraaf EBR.7.1.9 op basis van bijvoorbeeld HvJ EU 25 september 2003, C-58/01, Océ van der Grinten.

⁶¹ Sommige auteurs zien dit als een gemiste kans, zie bijvoorbeeld Terra, B.J.M., Wattel, P.J., *European Tax Law* (FED Fiscale Studiereserie), Kluwer: Deventer 2008, paragraaf 8.2 en 8.5.1.

⁶² Zie Terra, B.J.M., et. al, t.a.p., paragraaf 8.5.1.

uitgekeerde dividenden en waardeangroei van deelnemingen. Omdat slechts sprake is van bronbelasting ter gelegenheid van de dividenduitkering en niet bij heffing van de winst van de moedermaatschappij over dividenduitkeringen en waardeangroei, is de MDRL niet van belang voor het verdere onder onderzoek van deze scriptie.

5 **2.6 Negatieve integratie en valutaresultaten in de deelnemingsvrijstelling**

2.6.1 Deutsche Shell GmbH

In het arrest Deutsche Shell GmbH⁶³ is de aanleiding te vinden dat belastingplichtigen verwachten valutaverliezen uit vrijgestelde deelnemingen af te kunnen trekken van de winst.

10

Het HvJ EU beantwoordt in dit arrest twee vragen van het Finanzgericht.⁶⁴ De eerste vraag is of het in strijd is met de vrijheid van vestiging om de behandeling van een wisselkoersverlies, dat van oorsprong behoort bij een Duitse moederonderneming, wordt behandeld als resultaat van de vaste inrichting in Italië en op grond van een vrijstelling wordt uitgesloten van de berekeningsgrondslag voor de Duitse belastingheffing en daarmee nergens wordt meegenomen. De tweede vraag is, als de eerste vraag positief wordt beantwoord, of het in strijd is met de vrijheid van vestiging om een wisselkoersverlies slechts in aanmerking te nemen voor zover belaste winst wordt verkregen uit de in Italië gevestigde vaste inrichting.

15

20

Ter beantwoording van de eerste vraag stelt het HvJ EU eerst vast dat er in het algemeen een vergroot economisch risico aanwezig is, indien een vennootschap grensoverschrijdend wil investeren door middel van een andere entiteit doordat er een wisselkoersverschil ontstaat. In de zaak wordt vastgesteld dat een vennootschap die is gevestigd in Duitsland, in de tijd dat de Duitse Mark de valuta was, en investeert door middel van een vaste inrichting in Italië, waar de Italiaanse Lire nog de valuta was, een bijkomend fiscaal risico loopt wanneer kapitaal verstrekt wordt aan een entiteit in de andere staat.

25

30

Op enig moment wordt de vaste inrichting in Italië omgezet in een rechtspersoon. Op dat moment ontstaat een valutaverlies dat niet in Duitsland bij de vaststelling van de grondslag in aanmerking wordt genomen en evenmin kan worden verrekend in de belastinggrondslag van Italië. Op basis hiervan concludeert het HvJ EU dat de aan de orde zijnde belastingregeling een belemmering van de vrijheid van vestiging vormt.⁶⁵

⁶³ Zie Deutsche Shell GmbH, t.a.p.

⁶⁴ Zie Deutsche Shell GmbH, t.a.p., r.o. 22.

⁶⁵ Zie Deutsche Shell GmbH, t.a.p., r.o. 31 en 32.

In de literatuur is de constatering van het HvJ EU dat sprake is van een belemmering met enige scepsis ontvangen.⁶⁶ Zo beargumenteert Koerts dat geen sprake is van een belemmering, maar dat de uitwerking het gevolg is van twee verschillende lidstaten met elk hun belastingwetgeving. Daarmee zou de aan de orde zijnde behandeling een (toegestane) 5 dispariteit zijn. Het HvJ EU heeft mijns inziens geoordeeld dat sprake is van een belemmering van de verkeersvrijheden in plaats van een dispariteit. Dit omdat wisselkoersverschillen op het geïnvesteerde vermogen in een dochtervennootschap alleen voor de moedermaatschappij 10 zichtbaar zijn. Daarmee wordt een zuiver binnenlandse situatie anders behandeld dan een buitenlandse deelnemings situatie, die loopt immers geen wisselkoersrisico. Het is derhalve mijns inziens geen botsing van twee belastingssystemen die deze situatie veroorzaakt, maar slechts de wetgeving van één lidstaat die het ontstaan, dan wel bestaan, van een wisselkoersverschil bevordert.⁶⁷

Voorts stelt Koerts dat in het kader van de Nederlandse deelnemingsvrijstelling de situatie 15 zoals in de Deutsche Shell-arrest niet vergelijkbaar is. Dit omdat voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling sprake is van zelfstandig belaste entiteiten, terwijl er in de Deutsche Shell-arrest sprake is van een vaste inrichting die onderdeel uitmaakt van de grondslag van het hoofdhuis.⁶⁸ Zij concludeert dat dit juridische verschil een objectief verschil betreft, waardoor beide situaties niet vergelijkbaar zijn. In paragraaf 2.3.3 wordt nader op deze 20 stelling ingegaan.

Tegen de geconstateerde belemmering worden twee rechtvaardigingen ingebracht, namelijk (1) de samenhang van het belastingstelsel⁶⁹ en (2) de verdeling van heffingsbevoegdheid 25 tussen twee lidstaten⁷⁰.

(1) Het rechtvaardigen van de aan de orde zijnde belemmering op grond van samenhang van 30 belastingstelsel wordt onderbouwd met het argument dat, indien rekening gehouden wordt met het valutaverlies in Duitsland, een onsamenvattend belastingstelsel zou ontstaan. Dit omdat evenmin rekening wordt gehouden met een in een vergelijkbare situatie verkregen wisselkoerswinst. Het nadeel dat ontstaat is daarmee een logisch gevolg van het gekozen stelsel. Van deze rechtvaardiging is sprake als aangetoond wordt dat er een rechtstreeks

⁶⁶ Zie bijvoorbeeld Koerts, M., Deutsche Shell: dispariteit of belemmering van het vrije verkeer binnen de EG?, *WFR* 2008/725.

⁶⁷ Zie ook Braun, K.M., et. al., t.a.p. paragraaf EBR.5.0.6.

⁶⁸ Zie Koerts, M., t.a.p., paragraaf 6.

⁶⁹ Samenhang van belastingstelsel als rechtvaardigingsgrond is onder andere ook aan de orde geweest in arrest van HvJ EU 28 januari 1992, C-204/90, Bachmann, r.o. 28.

⁷⁰ Verdeling van heffingsbevoegdheid als rechtvaardigingsgrond is o.a. ook aan de orde geweest in arrest van HvJ EU 18 juli 2007, C-231/05, Oy AA, r.o. 52.

verband bestaat tussen een door de moedermaatschappij geleden belastingnadeel en bij diezelfde moedermaatschappij aanwezig compenserend belastingvoordeel. Deze compensatie zou aanwezig zijn doordat valutawinst bij die onderneming niet belast zou worden. Om de rechtvaardiging aan te tonen is deze redenering echter niet voldoende. Immers, tegenover het
5 valutaverlies wordt geen compensatie geboden in die zin dat er geen rechtstreeks verband bestaat tussen het valutaverlies en een eventueel later aanwezige valutawinst. Daarmee wordt deze rechtvaardiging door het HvJ EU afgewezen.⁷¹

Het bovenstaande kan voor de Nederlandse deelnemingsvrijstelling betekenen dat, hoewel
10 valutawinsten vrijgesteld zijn, het niet in aftrek mogen brengen van valutaverliezen een beperking is die niet gerechtvaardigd kan worden op basis van de samenhang van belastingstelsels. Immers, met toepassing van de deelnemingsvrijstelling wordt, gelijk aan de regeling in Deutsche Shell, op het niveau van de belastingplichtige moedermaatschappij geen compenserend belastingvoordeel toegekend indien valutaverliezen niet in aftrek worden
15 toegelaten. Dat op een later tijdstip valutawinsten bij die moedermaatschappij onbelast worden genoten wordt door het HvJ EU niet geaccepteerd, zo is tenslotte geoordeeld dat een potentieel vrijgestelde valutawinst niet hetzelfde is als het toekennen van een belastingvoordeel, omdat de een rechtstreekse correlatie tussen beide ontbreekt.⁷²

20 (2) Daarnaast wordt de verdeling van heffingsbevoegdheid door het HvJ EU evenmin aanvaard als rechtvaardigingsgrond van de belemmering van de vrijheid van vestiging. Deze rechtvaardigingsgrond houdt in dat een lidstaat niet verplicht kan worden om in haar belastingwetten rekening te houden met een (in casu aanwezig) valutaverlies van een vaste inrichting in een andere lidstaat. Deze rechtvaardiging kan niet geaccepteerd worden omdat
25 een valutaresultaat per definitie niet kan opkomen bij de vaste inrichting. Slechts de lidstaat waar de hoofdinrichting is gelegen kan hiermee in de belastinggrondslag rekening houden. Daarmee is ook deze rechtvaardiging door het HvJ EU afgewezen.

De eerste vraag van het Finanzgericht, namelijk of sprake is van een belemmering van de
30 vrijheid van vestiging door geen aftrek van een valutaverlies toe te staan in het hoofdhuis, wordt daarmee bevestigend beantwoord.⁷³ Omdat de eerste vraag positief wordt beantwoord dient het HvJ EU ook de tweede vraag van het Finanzgericht te beantwoorden. Namelijk, of het in strijd is met de vrijheid van vestiging om een wisselkoersverlies slechts in aanmerking te nemen voor zover belaste winst wordt verkregen uit de in Italië gevestigde vaste inrichting.

⁷¹ Zie Deutsche Shell GmbH, t.a.p., r.o. 37 tot en met 40.

⁷² Zie de reeds aangehaalde rechtsoverwegingen van het Deutsche Shell-arrest.

⁷³ Zie Deutsche Shell GmbH, t.a.p., r.o. 41 tot en met 45.

Ter beantwoording wordt nogmaals door het HvJ EU overwogen dat, indien een entiteit wordt beperkt in haar grensoverschrijdende activiteiten doordat een valutaverlies niet in aftrek wordt toegelaten, deze beperking ook aanwezig is als een valutaverlies slechts beperkt in aftrek wordt toegelaten.⁷⁴

5

Voorts wordt nogmaals beargumenteerd dat de samenhang van belastingregels en de verdeling van de heffingsbevoegdheden deze belemmering kan rechtvaardigen. Echter, met verwijzing naar de beantwoording van de eerste vraag waarin ditzelfde aan de orde was worden deze rechtvaardigingen door het HvJ EU afgewezen.⁷⁵

10

Vervolgens wordt een andere rechtvaardigingsgrond voor de belemmering ingebracht. Er wordt betoogd dat het belastingstelsel beoogt te voorkomen dat een verlies tweemaal in aanmerking wordt genomen. Er wordt gesteld dat de valutaverliezen niet als kosten in de belastinggrondslag in Duitsland in aanmerking moeten worden genomen omdat de inkomsten uit de vaste inrichting worden vrijgesteld op grond van het belastingverdrag, dit zou leiden tot dubbele aftrek en dus een dubbel voordeel voor de belastingplichtige.⁷⁶

15

Het HvJ EU oordeelt dat het feit dat een lidstaat die afstand heeft gedaan van de heffingsbevoegdheid ten aanzien van de vaste inrichting, de belemmering niet kan rechtvaardigen doordat een aldaar gevestigde lidstaat kostenaftrek wordt geweigerd. Ook wordt geoordeeld dat het feit dat winst wordt verkregen uit de vaste inrichting, en dus op grond van het belastingverdrag in Italië belast wordt, irrelevant is voor het recht op aftrek van het valutaverlies in Duitsland omdat het valutaverlies alleen in Duitsland zichtbaar is. Dit zou ertoe leiden dat het niet toelaten van de aftrek in Duitsland en de onzichtbaarheid hiervan in Italië het valutaverlies nergens aftrekbaar is.⁷⁷ In deze overweging speelt ook mee dat het valutaverlies inmiddels definitief is en dus bij weigering van aftrek nimmer in aftrek gebracht kan worden. Hoe dit element een rol speelt in de overweging, en ook voor de behandeling van valutaresultaten met toepassing van de deelnemingsvrijstelling, wordt in paragraaf 2.6.4 nader onderzocht.

20

25

30

Als gevolg heeft het HvJ EU in dit arrest geconcludeerd dat de aan de orde zijnde regeling niet in overeenstemming is met het Unierecht, in het bijzonder de vrijheid van vestiging.

⁷⁴ Zie Deutsche Shell GmbH, t.a.p., r.o. 47.

⁷⁵ Zie Deutsche Shell GmbH, t.a.p., r.o. 50.

⁷⁶ Zie Deutsche Shell GmbH, t.a.p., r.o. 49 en 50.

⁷⁷ Zie Deutsche Shell GmbH, t.a.p., r.o. 51 en 52.

Aftrek van een valutaverlies dient in een dergelijke situatie in de lidstaat waar het hoofdhuis is gevestigd mogelijk te zijn.

2.6.2 Andere rechtvaardigingsgronden en proportionaliteit

5 In andere arresten van het HvJ EU zijn ook verschillende rechtvaardigingsgronden tegen strijdigheid met verkeersvrijheden in stelling gebracht. Buiten de in paragraaf 2.6.1 behandelde rechtvaardigingsgronden zijn deze in het arrest Deutsche Shell GmbH niet aan de orde geweest. In deze paragraaf wordt onderzocht welke rechtvaardigingsgronden dit zijn en hoe deze in verhouding staan tot het Deutsche Shell-arrest.

- 10
1. Doeltreffendheid van fiscale controles⁷⁸
 2. Misbruik van recht⁷⁹

Ad. 1. Een lidstaat kan een fiscale belemmering van de vrijheid van vestiging zoals aan de orde was in het Deutsche Shell-arrest mogelijk rechtvaardigen door te beargumenteren dat die
15 belemmering noodzakelijk is om de doeltreffendheid van fiscale controles te waarborgen. In het arrest Deutsche Shell is door het HvJ EU geconstateerd dat de belemmering ontstaat in het land waar het hoofdhuis is gevestigd. Het wordt niet toegestaan het valutaverlies dat zij lijdt uit hoofde van de vaste inrichting, in aftrek toe te staan.

20 Dat deze belemmering kan worden gerechtvaardigd op basis van het argument dat fiscale controles daardoor in gevaar zouden komen, is mijns inziens niet mogelijk. Immers, zou de lidstaat waar het hoofdhuis gevestigd is wel rekening houden met valutaverliezen, dan ontstaat geen situatie die een gevaar vormt voor fiscale controles.

Hierbij speelt mee in hoeverre het voor lidstaten mogelijk is om tijdig over juiste informatie te
25 beschikken teneinde de te belasten grondslag te bepalen. Binnen de Europese Unie kan, op grond van de Richtlijn inzake uitwisseling van inlichtingen⁸⁰, aangenomen worden dat lidstaten hierin geen tot weinig problemen zullen hebben. In internationaal perspectief is dit lastiger te bepalen aangezien het er in grote mate van afhangt hoeveel belastingverdragen⁸¹, dan wel Tax Information Exchange Agreements (TIEA's), een lidstaat heeft afgesloten.⁸²

⁷⁸ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 15 mei 1997, C-250/95, Futura en HvJ EU 10 maart 2005, C-39/04, Laboratories Fournier.

⁷⁹ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 16 juli 1998, C-264/96, ICI, HvJ EU 8 maart 2001, C-397/98, Metallgesellschaft en HvJ EU 12 september 2006, C-196/04, Cadbury Schweppes.

⁸⁰ Richtlijn 2011/16/EU van de Raad van 15 februari 2011 betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen en tot intrekking van Richtlijn 77/799/EEG.

⁸¹ In artikel 26 van het OECD-modelverdrag is een bepaling opgenomen betreffende de uitwisseling van informatie tussen de verdragspartners.

⁸² Zie het Verdragenoverzicht, opgesteld door het Ministerie van Financiën waarin alle belastingverdragen en TIEA's waarin Nederland verdragspartner is:

Afgaand op de grote hoeveelheid verdragen die Nederland heeft afgesloten kan de
voorzichtige conclusie getrokken worden dat het voor de Nederlandse Belastingdienst over
het algemeen weinig problemen zal opleveren om in internationale gevallen over de juiste
gegevens te beschikken, met enige zekerheid kan dit gesteld worden voor situaties die zich
5 binnen de Europese Unie afspelen.

Daarnaast zijn in Nederland vele concerns gevestigd die grensoverschrijdende activiteiten
ontplooiën buiten de grenzen van de Europese Unie. De valutaverschillen die optreden bij de
waardering van deelnemingen zijn op basis van de gevoerde boekhouding en de beschikbare
10 wisselkoersen duidelijk en nauwkeurig te toetsen. Derhalve moet het geen probleem zijn om
de belastbare inkomsten te bepalen zolang de gegevens van de belastingplichtigen
voorhanden zijn.⁸³ Ik zie derhalve geen basis om te stellen dat de beperkende maatregel op
grond van controle van fiscale systemen gerechtvaardigd kan worden.

15 Ad. 2. Tot slot kan het argument dat de belemmering bestaat om misbruik van recht tegen te
gaan als rechtvaardigingsgrond worden ingebracht. Op basis van eerdere jurisprudentie is
sprake van misbruik van recht, indien een onderdaan gedragingen vertoont die erin bestaan
volstrekt kunstmatige constructies op te zetten, die geen verband houden met de economische
realiteit en bedoeld zijn om belasting te ontwijken die normaal verschuldigd is over winsten
20 uit activiteiten op het nationale grondgebied.⁸⁴

De vastgestelde belemmering uit het Deutsche Shell-arrest heeft haar oorsprong in niet
aftrekbare valutaverliezen die ontstaan bij het hoofdhuis, waarbij vaststaat dat in de lidstaat
waar de vaste inrichting is gelegen dergelijke valutaverliezen onzichtbaar zijn. Het niet in
25 aftrek toelaten van valutaverliezen is in beginsel geen maatregel die volstrekt kunstmatige
constructies tegengaat. Immers, investeren via een vaste inrichting in een andere lidstaat
vloeit voort uit de wens van de belastingplichtige om over de grens te ondernemen. Al doende
loopt die ondernemer tegen een vergroot economisch risico aan, doordat
wisselkoersverschillen optreden, dat niet aanwezig is in een binnenlandse situatie. In mijn
30 optiek zijn er geen kunstmatige aspecten te constateren in bovenstaande situatie, er is slechts
sprake van een ondernemer die grensoverschrijdende activiteiten ontplooit. Mijns inziens kan
in beginsel de geconstateerde belemmering van het Deutsche Shell-arrest niet gerechtvaardigd

<http://www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/circulaires/2011/07/01/verdragenoverzicht-minfin/verdragenoverzicht-minfin-nl-per-1-april-2012.pdf>

⁸³ Zie Futura, t.a.p., r.o. 27 tot en met 35.

⁸⁴ Zie Cadbury Schweppes, t.a.p., r.o. 55.

worden doordat misbruik van recht wordt tegengegaan door valutaverliezen niet in aftrek te brengen.

5 Dit zou anders zijn indien er kunstmatige valutaresultaten worden gecreëerd, bijvoorbeeld door in één lidstaat activiteiten te ontplooien door middel van een moedermaatschappij en een kleindochter, waarbij de tussenhoudster gevestigd is in bijvoorbeeld Zwitserland. Deze situatie leidt ertoe dat de deelneming in Zwitserland gewaardeerd wordt in Zwitserse Franken, waarbij de tussenhoudster door de moedermaatschappij wordt gewaardeerd in Euro's. Indien een valutawinst bij de tussenhoudster ontstaat uit de deelneming en deze wordt vrijgesteld, 10 moet er tegelijkertijd een valutaverlies ontstaan bij de moedermaatschappij in Nederland aangezien er sprake is van een spiegelbeeldsituatie. Deze situatie is kunstmatig en had ook zonder tussenkomst van een Zwitserse vennootschap opgezet kunnen worden. Daarmee is deze structuur gericht op het forceren van een wisselkoersresultaat welke tot een fiscaal voordeel leidt. Bovendien ontstaat economisch gezien geen werkelijk valutaresultaat, de facto 15 wordt een valutaverlies van de ene vennootschap opgeheven met een valutawinst van de andere vennootschap.

In dit voorbeeld verwacht ik niet dat het HvJ EU zal oordelen dat het niet in aftrek toelaten van valutaverliezen een belemmering is van de vrijheid van vestiging. In het Deutsche Shell- 20 arrest werd namelijk geoordeeld dat er sprake moet zijn van een 'werkelijk economisch verlies'.⁸⁵ Hoewel in Nederland en Zwitserland een valutaverschil uit een deelneming ontstaat, is in het geheel gezien geen sprake van een wisselkoersverschil omdat de verschillen elkaar opheffen, hierdoor leidt de belastingplichtige over het geheel geen werkelijk economisch verlies. Een van de doelstellingen opgenomen in het Unierecht is om een 25 gemeenschappelijke markt tot stand te brengen zonder belemmeringen. Het is derhalve logisch dat er geen belemmering wordt geconstateerd, deze is namelijk niet aanwezig. Dit betekent dat het HvJ EU in een dergelijke situatie niet toe zou komen aan rechtvaardigingsgronden, er is immers geen sprake van een belemmering.

30 Derhalve lijkt het mij onwaarschijnlijk dat het HvJ EU de belemmering van niet toelaten van aftrek van valutaverliezen zal rechtvaardigen omdat sprake zou zijn van misbruik van recht, aannemend dat die belemmering geconstateerd kan worden. Ditzelfde geldt voor de doeltreffendheid van fiscale controles.

⁸⁵ Zie Deutsche Shell GmbH, t.a.p., r.o. 25.

2.6.3 Toepasbaarheid Deutsche Shell-arrest op deelnemingsituaties

Uit arresten gewezen in het verleden werd in het algemeen aangenomen dat het HvJ EU een rechtsvorm neutrale behandeling van de vaste inrichting en deelneming aanhield.⁸⁶ Daarmee bevonden ze zich in een gelijke situatie en zou een verschillende behandeling leiden tot een discriminatie tussen beide die mogelijk niet in overeenkomst zou zijn met het Unierecht. Dergelijke zienswijze zou het Deutsche Shell-arrest, waarin het ging om een vaste inrichting, ook toepasbaar maken op deelnemingsituaties en dus ook indien de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Heden ten dage is het vaste rechtspraak dat een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting en niet-ingezeten dochter zich wat de verdeling van de heffingsbevoegdheid aangaat niet in een vergelijkbare situatie bevinden. Vergelijkbare vestigingsvormen mogen onderling echter niet worden gediscrimineerd.⁸⁷ Ten aanzien van de toepasbaarheid van de conclusie uit het Deutsche Shell-arrest kan derhalve niet worden aangenomen dat dit arrest ook direct toepasbaar is in deelnemingsituaties.

Omdat het HvJ EU in een procedure gebonden is uitspraak te doen over hetgeen aanhangig is, kan geen duidelijke overweging uit het Deutsche Shell-arrest gehaald worden die directe toepassing van dit arrest op deelnemingsituaties rechtvaardigt. Bovendien is tot op heden geen procedure aanhangig geweest waarvan het onderwerp een niet aftrekbaar valutaverlies in een deelnemingsituatie was. In het National Grid Indus-arrest⁸⁸ is wel een procedure aanhangig geweest waarin onderwerp de heffing over latente valutawinsten was. Het HvJ EU heeft hierin geoordeeld dat valutawinsten belast behoren te zijn in de lidstaat waar deze zijn ontstaan in de periode dat de vennootschap aldaar is gevestigd. Dat geeft aanleiding om te vermoeden dat, spiegelbeeldig aan National Grid Indus, het HvJ EU een valutaverlies uit hoofde van een deelneming toerekent aan de vennootschap die de aandelen van de deelneming houdt op grond van het territorialiteitsbeginsel, ter grootte van de latente resultaten die in die bezitsperiode zijn ontstaan.⁸⁹

In National Grid Indus kan echter geen direct aanwijzing voor het bovenstaande worden gevonden, derhalve dient vastgesteld te worden of, en zo ja, in hoeverre een vergelijking tussen hoofdhuis en vaste inrichting met houdster en dochtermaatschappij gemaakt mag worden in het kader van de toepassing van het Deutsche Shell-arrest door nogmaals naar de rechtsoverwegingen uit het Deutsche Shell-arrest te kijken.

⁸⁶ Zie Kroon, van der, M.G.H., Verslag van het EFS-seminar 'Vaste inrichting versus deelneming', *WFR* 2011/1592, paragraaf 3.2. Afgeleid uit bijvoorbeeld HvJ EU 21 september 1999, C-307/97, Saint-Gobain, r.o. 53.

⁸⁷ Zie X Holding BV, t.a.p., r.o. 38 t/m 40.

⁸⁸ HvJ EU 29 november 2011, C-371/10, National Grid Indus BV, r.o. 60, 64.

⁸⁹ National Grid Indus, r.o. 43 en 46.

De bewoording van het HvJ EU in de Deutsche Shell-zaak geeft mijns inziens een richting aan de beantwoording van deze kwestie. Het HvJ EU stelt vast dat er sprake kan zijn van een belemmering met name wanneer ‘een vennootschap wegens een belastingregeling ervan kan worden afgehouden, in andere lidstaten afhankelijke entiteiten, zoals een vaste inrichting, op te richting of via dergelijke entiteiten haar activiteiten uit te oefenen.’⁹⁰ Omdat het HvJ EU expliciet de termen ‘zoals’ en ‘via dergelijke entiteiten’ gebruikt, maakt ze mijns inziens geen voorbehoud voor toepassing van dit arrest op alleen vaste inrichtingen.

Wel maakt het HvJ EU expliciet onderscheid in de passage ‘voor een in de lidstaat gevestigde vennootschap die in een andere lidstaat een entiteit wil oprichten’.⁹¹ De vraag is wat het HvJ EU verstaat onder ‘een entiteit’. In het Deutsche Shell-arrest kan aangenomen worden dat het HvJ EU met een entiteit een vaste inrichting bedoelt. Het HvJ EU heeft in andere arresten ook de term entiteiten gebruikt waarin een situatie werd beschreven waarmee alleen vennootschappen kon worden bedoeld.⁹² Oftewel, er valt niet uit te sluiten dat eenzelfde belemmering niet geconstateerd kan worden in een deelnemingssituatie.⁹³ Dit biedt ruimte voor toepassing van het Deutsche Shell-arrest in deelnemingssituaties.

Daarnaast wordt, zoals reeds aangegeven, door het HvJ EU bij het beantwoorden van prejudiciële vragen de uitlegging van het VwEU gedaan in het licht van het doel van de onderhavige regeling.⁹⁴ In een Nederlandse deelnemingssituatie waarbij een valutaverlies uit een deelneming in aftrek gebracht wenst te worden moet derhalve een uitspraak gedaan worden waarbij het doel van de deelnemingsvrijstelling in acht wordt genomen. Zoals blijkt uit paragraaf 2.3.2 denk ik dat het doel van de vrijstelling is om dubbele heffing op winsten uit deelnemingen te voorkomen en daarmee recht te doen aan het territorialiteitsbeginsel en het ne bis in idem beginsel.

Derhalve dient de vergelijking te worden gemaakt tussen een wel en niet-ingezeten vennootschap die haar activiteiten verricht namens een andere vennootschap en met toepassing van de deelnemingsvrijstelling. In deze vergelijking valt eenzelfde discriminatie te herkennen zoals geconstateerd in paragraaf 2.6.1. Namelijk dat activiteiten verrichten via een ingezeten vennootschap bevoordeeld wordt daar deze een kleiner economisch risico loopt dan de niet-ingezeten vennootschap ten aanzien van de fiscale behandeling van valutaverliezen.

⁹⁰ Zie Deutsche Shell GmbH, t.a.p., r.o. 29.

⁹¹ Zie Deutsche Shell GmbH, t.a.p., r.o. 30.

⁹² Zie HvJ EU 13 december 2005, C-466/03, Marks & Spencer II, r.o. 29 en 30.

⁹³ Zie voor eenzelfde standpunt ook Weber, D.M., da Silva, B., From Marks & Spencer to X Holding: ‘the future of cross-border group taxation’, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2011, paragraaf 4.3.3.

⁹⁴ Zie bijvoorbeeld X Holding BV, t.a.p. r.o. 22.

Daarom lijkt mij dat de feiten die ten grondslag liggen aan het Deutsche Shell-arrest toepasbaar zijn voor deelnemingssituaties waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is.

2.6.4 Definitieve of niet-definitieve valutaverliezen

5 Het is interessant om onderscheid aan te brengen in definitieve en niet-definitieve valutaverliezen. Immers, in het Deutsche Shell-arrest ging het om definitief niet aftrekbare valutaverliezen. Dit type verliezen zijn in de jurisprudentie van het HvJ EU aan de orde geweest in bijvoorbeeld het arrest Marks & Spencer.⁹⁵ Met invoering van de objectvrijstelling voor vaste inrichtingen, opgenomen in artikel 15i Wet vpb 1969, heeft de wetgever deze
10 zodanig ingericht dat slechts rekening wordt gehouden met definitief niet verrekenbare verliezen.⁹⁶ De vraag is hoe zich dit verhoudt indien een valutaverlies vaststaat, maar nog verrekenbaar is, dan wel gecompenseerd kan worden. Dit zal ik onderzoeken in jurisprudentie van het HvJ EU. Definitief niet verrekenbaar houdt in deze context in dat er geen mogelijkheid meer zou bestaan valutaverliezen later nog in aftrek te brengen of te
15 compenseren door de betrokken deelneming en moedermaatschappij.

Uit het arrest Marks & Spencer⁹⁷ is gebleken dat het niet toestaan van verrekening van verliezen van een niet-ingezetene dochtervennootschap bij de moedervennootschap in beginsel een gerechtvaardigde belemmering is en daarmee niet strijdig met het Unierecht.
20 Echter, de beperkende maatregel ging verder dan nodig en was daarmee niet in overeenstemming met het Unierecht. Het HvJ EU bepaalde dat deze verliezen toch afgetrokken mogen worden door de moedervennootschap indien: ‘de niet-ingezetene dochtervennootschap de in haar vestigingsstaat bestaande mogelijkheden van verliesverrekening heeft uitgeput voor het belastingjaar waarvoor het verzoek om een
25 belastingaftrek is ingediend, evenals voor vroegere belastingjaren, en er geen mogelijkheid bestaat dat het verlies van de buitenlandse dochtervennootschap in toekomstige belastingjaren in de vestigingsstaat wordt verrekend, hetzij door de dochtervennootschap zelf, hetzij door een derde, met name ingeval de dochtervennootschap aan een derde is verkocht.’

30 Wattel destilleerde uit (onder andere) het Marks & Spencer II-arrest een mogelijke reden waarom het HvJ EU oordeelde dat een verlies uit een lidstaat, in een andere lidstaat verrekend moest worden en aldus het territorialiteitsbeginsel opzij zet.⁹⁸ Hij noemt dit het ‘*altijd-ergens-*

⁹⁵ Zie Marks & Spencer II, t.a.p.

⁹⁶ *Kamerstukken II* 2011/12, nr. 33.003, nr. 3, p. 15.

⁹⁷ Zie Marks & Spencer II, t.a.p., r.o. 53-56 en 59.

⁹⁸ Zie ook Braun, K.M., et. al., t.a.p., paragraaf EBR 5.0.6.

beginsel.⁹⁹ Dit beginsel houdt in dat binnen de Europese Unie verrekenbare verliezen altijd ergens in aanmerking genomen moeten worden. Als dit principe wordt toegepast op de Deutsche Shell-zaak is dit een extra argument die het uiteindelijke oordeel van het HvJ EU kan onderbouwen, hoewel dit niet als zodanig was verwoord. In het arrest stond namelijk vast dat het ging om een verlies dat niet meer afgetrokken kon worden door de vaste inrichting, deze was tenslotte niet meer aanwezig, en evenmin door de moedermaatschappij want de vaste inrichting, die inmiddels was omgezet in een deelneming, was op dat moment reeds verkocht. Het verlies zou verloren zijn gegaan, ware het niet dat het HvJ EU oordeelde dat de moedermaatschappij het verlies in aftrek mocht brengen en aldus het ‘altijd-ergens-beginsel’ indirect bevestigde.

In het arrest Lidl Belgium¹⁰⁰ heeft het HvJ EU een uitspraak gedaan over de fiscale behandeling van verliezen geleden door een vaste inrichting die gevestigd is in een andere lidstaat dan het hoofdhuis. De verliezen van de vaste inrichting in Luxemburg waren op grond van het belastingverdrag niet aftrekbaar van de winst van het hoofdhuis gevestigd in Duitsland, waarbij bovendien de verliezen van de vaste inrichting ten tijde van het arrest inmiddels waren verrekend met latere winsten van die vaste inrichting. Het HvJ EU oordeelt dat in een andere lidstaat gevestigde vaste inrichting minder gunstig wordt behandeld dan een vaste inrichting gevestigd in dezelfde lidstaat als waar het hoofdhuis is gevestigd. Deze belemmering kan echter worden gerechtvaardigd op grond van de verdeling van de heffingsbevoegdheid en het voorkomen van het gevaar voor dubbele verliesverrekening. Omdat Lidl Belgium de mogelijkheid heeft, en ook daadwerkelijk benut, om verliezen van de vaste inrichting in Luxemburg te verrekenen, gaat de belastingmaatregel niet verder dan nodig om het doel te bereiken. Uit het arrest blijkt verder dat de uitkomst anders zou zijn geweest als het hoofdhuis kan aantonen dat de verliezen definitief niet verrekenbaar zouden zijn.

In het arrest Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt GmbH¹⁰¹ (hierna: Krankenhaus) was eveneens de vraag aan de orde of de behandeling van een verlies van een vaste inrichting in overeenstemming was met het Unierecht. De vaste inrichting, gelegen in Oostenrijk, had verliezen geleden welke op grond van het belastingverdrag waren verrekend met de winst van het in Duitsland gevestigde hoofdhuis. Toen de vaste inrichting winst produceerde heeft Duitsland die verliezen hiermee verrekend. Omdat door een beperkte periode van verliesverrekening deze waren verdampt in Oostenrijk, ging deze over tot heffen over de latere winst van de vaste inrichting. Het HvJ EU oordeelde dat de behandeling van de

⁹⁹ Zie Marks & Spencer II, noot P.J. Wattel in BNB 2006/72.

¹⁰⁰ HvJ EU 15 mei 2008, C-414/06, Lidl Belgium GmbH & Co. KG.

¹⁰¹ HvJ EU 23 oktober 2008, C-157/07, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt GmbH.

vaste inrichting in Oostenrijk minder gunstig was dan die van een vaste inrichting als die gelegen zou zijn geweest in Duitsland. Deze belemmering werd gerechtvaardigd op grond door de noodzaak om de samenhang van de Duitse fiscale regelgeving te garanderen. Dat in deze casus een definitief niet verrekenbaar verlies is ontstaan, was niet voldoende relevant om strijdig te zijn met het Unierecht. Het HvJ EU oordeelde dat deze situatie is ontstaan door een dispariteit tussen beide belastingstelsels die uitsluitend te wijten was aan de regelgeving van Oostenrijk. Hiermee is een nuance aangebracht in het ‘altijd-ergens-beginsel’, de lidstaat waar het hoofdhuis is gevestigd hoeft zijn wetgeving niet aan te passen aan de wetgeving van de lidstaat waar een vaste inrichting is gevestigd om de verdamping van een definitief verlies te voorkomen.

Uit bovenstaande arresten blijkt dat het HvJ EU het niet in aftrek toelaten van definitieve en niet-definitieve verliezen onder omstandigheden in overeenstemming met Unierecht acht. Wat betreft de omstandigheden en overwegingen van het arrest Lidl Belgium verschillen die dermate met de behandeling van valutaverliezen uit een deelnemingssituatie dat ik verwacht dat het HvJ EU tot een ander oordeel kan komen. Ten eerste omdat valutaresultaten niet door middel van een belastingverdrag zijn toegewezen aan het land waar de deelneming is gevestigd. Ten tweede gaan de rechtvaardigingsgronden van dit arrest niet op, zoals reeds in paragraaf 2.6.1 en 2.6.2 is uiteengezet.

Wat betreft het effect van het arrest Krankenheim op valutaverliezen uit deelnemingen, is in mijn ogen het meest in het oog springende verschil dat de oorsprong van het valutaresultaat ontstaat in de lidstaat van de moedermaatschappij. Het HvJ EU oordeelde in dit arrest dat het verlies is ontstaan in de staat van de vaste inrichting en dat hier het probleem is gelegen. De wetgeving van de staat waar het hoofdhuis is gevestigd houdt rekening met verliezen uit de vaste inrichting, echter op andere wijze dan de wetgeving waar de vaste inrichting is gelegen. Het vaststaande verlies dat uiteindelijk verdampt komt voort uit de verschillende behandeling van dit verlies en is daarmee een dispariteit. Valutaresultaten verschillen in die zin dat deze niet voortkomen uit een dispariteit. Immers de wetgeving van de lidstaat waar de moedermaatschappij is gevestigd moet, zoals ook blijkt uit het Deutsche Shell-arrest, een valutaresultaat in aanmerking nemen. Bovendien is de samenhang van fiscale regelgeving als rechtvaardigingsgrond in Deutsche Shell-arrest aan de orde geweest. Deze kon, zoals is gebleken uit paragraaf 2.6.1, niet stand houden. Ik verwacht niet dat het HvJ EU anders zou oordelen indien bepaald moet worden of het in overeenstemming is met het Unierecht om een valutaverlies uit een deelnemingssituatie niet in aftrek toe te laten.

Tot slot kan uit deze arresten geconstateerd worden dat het HvJ EU voor de aanwezigheid van een belemmering van de vrijheid van vestiging geen onderscheid maakt tussen het wel of niet definitief zijn van een verlies. De constatering dat een vaste inrichting in de lidstaat waar het hoofdhuis is gevestigd gunstiger wordt behandeld dan een vaste inrichting gevestigd in een andere lidstaat is voldoende in deze. Mijns inziens geldt ditzelfde voor grensoverschrijdende deelnemingssituaties waarin een valutaverlies ontstaat.

Uitgaande van de voorgestelde Tussenregeling blijkt dat ook de wetgever vreest dat niet-definitieve valutaverliezen mogelijk aftrekbaar zijn. De Tussenregeling is in de wet opgenomen om rekening te houden met de mogelijkheid dat valutaresultaten uit (eenzelfde) deelneming op een later tijdstip tot belaste baten kunnen leiden. Indien slechts definitieve valutaverliezen aftrekbaar zouden zijn, heeft het weinig zin om de wet zodanig te ontwerpen dat die ten aanzien van die deelneming in de toekomst effect heeft. Immers, een moedermaatschappij heeft de mogelijkheid deze verliezen nooit definitief te maken. Er is ook geen fictie opgenomen die anders regelt.

In geen van de rechtsoverwegingen in het Deutsche Shell-arrest was af te leiden of het wel of niet definitief zijn van de verliezen relevant was voor het oordeel van het HvJ EU. Uit rechtsoverweging 31 kan slechts worden afgeleid dat ‘in het hoofdgeding Deutsche Shell wegens de uitoefening van de vrijheid van vestiging een financieel verlies heeft *geleden* dat de nationale belastingautoriteiten niet in aanmerking hebben genomen ...’. Een en ander hangt daarmee af van de betekenis van het woord ‘geleden’, wat grammaticaal inhoudt dat het verlies ontstaan is. Dit doet vermoeden dat het HvJ EU bedoelt dat het verlies in aanmerking genomen dient te worden. Of vertaald naar de Nederlandse winstbepalingsregels, of deze op basis van de regels van goed koopmansgebruik in een bepaald jaar gerealiseerd is.¹⁰² Dit betekent dat ook niet-definitieve valutaverliezen mogelijk in aftrek toegelaten dienen te worden.

Op basis van het bovenstaande kan geconcludeerd worden dat, zoals bij Deutsche Shell aan de orde was, definitieve valutaverliezen op deelnemingen in aanmerking genomen moeten worden bij de moedermaatschappij. Uit de bewoording van het HvJ EU valt niet af te leiden of dit anders zou zijn voor niet-definitieve valutaverliezen. Echter, voorzichtig geïnterpreteerd zou dit mogelijk moeten zijn. Uit voorzichtigheid gaat de wetgever in de voorgestelde Tussenregeling in ieder geval uit van dit scenario.

¹⁰² Zie Lubbers, A.O., t.a.p., paragraaf 5.2.3.

2.6.5 Vrijheid van kapitaal vs. vrijheid van vestiging

Onderdanen van de Unie kunnen zich op meerdere vrijheden beroepen op basis van het VwEU. In deelnemingssituaties zijn dit onder meer de vrijheid van kapitaal en de vrijheid van vestiging. Een belastingplichtige kan zich in beginsel in grensoverschrijdende
5 deelnemingssituatie op beide vrijheden beroepen. Op basis van beide vrijheden staat vast dat een onderdaan niet beperkt mag worden in de uitoefening hiervan. Er bestaan twee verschillen in de uitwerking tussen beide verdragsvrijheden. Ten eerste heeft de vrijheid van kapitaal ook werking naar derde landen, oftewel landen buiten de Europese Unie. Aangezien 63% van lidstaten de Euro als valuta hebben is dit onderscheid zeer relevant.¹⁰³Ten tweede,
10 kan een beperking van de vrijheid van kapitaal behouden worden indien die voldoet aan de eisen opgenomen in de ‘grandfathering clause’, dit wordt verderop nader onderzocht. Voorts wordt onderzocht welke verdragsvrijheid in welke situaties van toepassing kan zijn ten aanzien van de wetgeving die ten grondslag ligt aan de behandeling van valutaverliezen in deelnemingssituaties. Mocht blijken dat er sprake kan zijn van een beperking van de vrijheid
15 van kapitaal verkeer dan wordt onderzocht of deze beperking opgeheven kan worden door de grandfathering clause.

Om te bepalen welke vrije verkeersbepaling van toepassing dat heeft het HvJ EU een beslissingsschema ontwikkeld. De beslisboom die het HvJ EU gebruikt is in de literatuur
20 meerdere malen beschreven.¹⁰⁴ Ten eerste dient beoordeeld te worden of het doel van een regeling voornamelijk één van beide vrijheden treft. Is dit het geval dan wordt niet toegekomen aan de volgende toets.¹⁰⁵ De vrijheid van vestiging is van toepassing indien wetgeving ziet op situaties waarin sprake is van doorslaggevende zeggenschap, zoals het Nederlandse fiscale eenheidsregime.¹⁰⁶ De vrijheid kapitaalverkeer is van toepassing op
25 wetgeving die gericht is op kapitaaltransacties zonder dat sprake is van beslissende invloed, zoals bijvoorbeeld de dividendstripping regels.¹⁰⁷ Er is sprake van een kapitaaltransactie indien: ‘met name directe investeringen in de vorm van deelneming in een onderneming door aandeelhouderschap die de mogelijkheid biedt om daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over een vennootschap ("directe" investeringen) en de verwerving van
30 effecten op de kapitaalmarkt met uitsluitend doel te beleggen zonder invloed op het bestuur

¹⁰³ Zie de bijlage voor een overzicht van de lidstaten hun valuta.

¹⁰⁴ Zie bijvoorbeeld Hemels, S.J.C. en Rompen, J.W., Vestiging of kapitaalverkeer: welke vrijheid heeft prioriteit?, *WFR* 2010/1058, paragraaf 3.1 en Kroon, van der, M.G.H., Verslag van het EFS-seminar ‘Bronbelasting: waar begint en eindigt de EU’, *WFR* 2012/898, paragraaf 2.1.1.

¹⁰⁵ Zie bijvoorbeeld Glaxo Welcome, t.a.p., r.o. 37.

¹⁰⁶ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 10 mei 2007, C-492/04, Lasertec, r.o. 22-24.

¹⁰⁷ Zie Glaxo Welcome, t.a.p., r.o. 40.

van en de zeggenschap over de onderneming te willen uitoefenen ("portefeuillebeleggingen").¹⁰⁸

5 Blijkt het niet mogelijk om een van de vrijheden te onderscheiden dan is sprake van een generieke wetgeving die op beide vrijheden kan zien. Vervolgens dient aan de hand van de feitelijke situatie bepaald te worden of er wel of niet sprake is van doorslaggevende zeggenschap. Het criterium beslissende invloed dient vanuit de zeggenschap benaderd te worden, oftewel een stemgerechtigdheid die doorslaggevend is. In de praktijk is hier over het algemeen sprake van bij een aandelenbezit groter dan 50%. Echter, andere omstandigheden, 10 zoals stemrecht, kunnen de invulling van dit criterium beïnvloeden.¹⁰⁹ Als er geen sprake is van doorslaggevende zeggenschap is de vrijheid van kapitaalverkeer van toepassing, mocht hiervan wel sprake zijn dan is naar mijn mening de vrijheid van vestiging van toepassing.

Momenteel heerst er twijfel of het klopt dat de jurisprudentie van het HvJ EU zodanig geïnterpreteerd moet worden dat, als sprake is van een generieke maatregel die ziet op een 15 situatie waarin sprake is van doorslaggevende zeggenschap, de vrijheid van vestiging van toepassing is en daarmee de vrijheid van kapitaalverkeer niet van toepassing kan zijn.¹¹⁰ Zo is in sommige arresten een parallelle toets uitgevoerd op zowel de vrijheid van vestiging als die van kapitaalverkeer¹¹¹, terwijl in sommige arresten slechts op de vrijheid van vestiging wordt getoetst.¹¹² Deze twijfel wordt verder gevoed door prejudiciële vragen van de HR omtrent 20 bovenstaande interpretatie.¹¹³ Smit¹¹⁴ is echter van mening dat het HvJ EU slechts een parallelle toets aanlegt indien niet goed uit het feitencomplex valt af te leiden af sprake is van doorslaggevende zeggenschap, zo leidt hij af uit het *Accor*-arrest¹¹⁵. Deze interpretatie hing de HR ook aan in bijvoorbeeld de twee arresten gewezen op 26 september 2008.¹¹⁶ Elk van deze arresten werd namelijk getoetst aan één van de verkeersvrijheden. Zoals ook aangegeven 25 door Smit bleek hieruit dat, indien er sprake is van een deelneming met beslissende invloed, de vrijheid van vestiging van toepassing is en zo niet, dat de vrijheid van kapitaal van toepassing is.

¹⁰⁸ Zie voor achtergrondinformatie ten aanzien van portfoliobeleggingen Sprundel, van, D.E., *Het naderende einde van de dividendbelasting - een analyse*, *WFR* 2009/511, paragraaf 4.6.

¹⁰⁹ Zie meer uitgebreid Kroon, van der, M.G.H., *Het Baarscriterium krijgt invulling*, *WFR* 2010/229.

¹¹⁰ Zie bijvoorbeeld Hemels en Rompen, t.a.p.

¹¹¹ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 25 mei 2007, C-157/05, *Holböck*.

¹¹² Zie bijvoorbeeld HvJ EU 18 juni 2009, C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha*.

¹¹³ Zie HR 23 december 2011, nr. 11/00483, V-N 2011/67.13.

¹¹⁴ Zie Smit in paragraaf 2.1.1 van het verslag van het EFS-seminar 'Bronbelasting: waar begint en eindigt de EU' door Kroon, van der, M.G.H., t.a.p.

¹¹⁵ Zie HvJ EU 15 september 2011, C-310/09, *Accor*.

¹¹⁶ Zie HR 26 september 2008, nr. 43.338, NTFR 2008/1868 en nr. 43.339, NTFR 2008/169.

Uit eerder onderzoek in deze scriptie blijkt dat de deelnemingsvrijstelling beoogt te voorkomen dat economisch dubbele heffing ontstaat over voordelen uit een deelneming. Er is, kort gezegd, sprake van een deelneming indien een vennootschap een belang houdt dat groter is dan 5%. Dit maakt de deelnemingsvrijstelling een generieke maatregel waardoor
5 afhankelijk van de feitelijke situatie bepaald moet worden of er sprake is van doorslaggevende zeggenschap.

Het is maar de vraag of het HvJ EU de reikwijdte van het oordeel in Deutsche Shell zodanig oprekt dat ook de ten aanzien van derde landen aftrek van valutaresultaten uit deelnemingen
10 als een beperking van de vrijheid van kapitaalverkeer beoordeelt.¹¹⁷ De casus in het Deutsche Shell arrest speelde zich af binnen de Europese Unie waarbij de vrijheid van vestiging werd toegepast. Als het HvJ EU een dergelijke beperking zou constateren waarbij sprake is van een deelneming in een derde land is de geografische en financiële reikwijdte vele malen groter.

15 Zoals blijkt uit paragraaf 2.6.4 weerklinkt mogelijk het ‘altijd-ergens-beginsel’ in het Deutsche Shell-arrest. Het beginsel beschreven door Wattel is slechts van toepassing binnen de Europese Unie, wat het geval was in deze casus. De vraag is of het HvJ EU een valutaverlies dat ontstaat uit een derde staat gelijk zal behandelen als een valutaverlies dat ontstaat binnen de Europese Unie en deze ook als belemmerend zou aanmerken.

20

Het bovenstaand in ogenschouw nemend kan mijns inziens het HvJ EU ten aanzien van een valutaverlies dat ontstaat in relatie tot een deelneming, gelegen in een derde land, niet tot een zelfde oordeel komen. Mede omdat een van de doelstellingen van het Unierecht, dat is opgenomen in artikel 2 van het VEU, is om een stabiele interne markt tot stand te brengen.

25 Deze doelstelling wordt in artikel 26 van het VwEU verder uitgewerkt, waarin is opgenomen dat de interne markt wordt gewaarborgd door de vrije verkeersbepalingen. Met dien verstande is de behandeling van een valutaresultaat, dat ontstaat in relatie tot een land, gelegen buiten de Europese Unie verschillend, immers dit is niet verstorend voor de interne markt van de Europese Unie als geheel. Ik verwacht dat dit meeweegt in een oordeel van het HvJ EU met
30 betrekking tot de vrijheid van kapitaal, omdat daarmee voorbij wordt gegaan aan de doelstelling van de Europese Unie, namelijk het tot stand brengen en waarborgen van een interne markt.

¹¹⁷ Zie Kiekebeld in paragraaf 3.2.2 van het verslag van het EFS-seminar ‘Vaste inrichting versus deelneming’, door Kroon, van der, M.G.H., t.a.p.

Tot slot dient ten aanzien van de vrijheid van kapitaalverkeer artikel 64 VwEU in ogenschouw te worden genomen. In dit artikel is de grandfathering clause, ook wel de standstill-bepaling, opgenomen. In relatie tot derde landen mogen maatregelen behouden worden die de vrijheid van kapitaal beperken en zijn ontstaan voor 31 december 1993.¹¹⁸

5

Een vorm van de deelnemingsvrijstelling is reeds in 1893 in de Wet bedrijfsbelasting opgenomen.¹¹⁹ Hoewel de deelnemingsvrijstelling sinds die tijd meerdere malen is gewijzigd, is het doel en strekking van de regeling onveranderd gebleven. Voorts is reeds in 1982 door de HR bepaald dat valutaresultaten uit deelnemingen aan te merken zijn als voordelen uit de deelneming en vallen onder de deelnemingsvrijstelling.¹²⁰ De beperking ten aanzien van het niet toekennen van aftrek van valutaresultaten uit deelnemingen is derhalve reeds enige tijd aanwezig.

10

Dit houdt in dat een mogelijke beperking van de vrijheid van kapitaalverkeer in relatie tot de aftrek van valutaresultaten uit deelnemingen die zijn gevestigd in derde landen in stand gehouden mag worden. De economische gevolgen van een dergelijk arrest zijn hiermee danig beperkt.

15

Uit het bovenstaande concludeer ik dat ook in deelnemingssituaties zowel de vrijheid van vestiging, als de vrijheid van kapitaalverkeer mogelijk beperkt wordt indien valutaresultaten uit deelnemingen niet in aftrek worden toegelaten. Hoewel een beperking van de vrijheid van kapitaalverkeer de mogelijkheid openstelt om valutaverliezen uit derde landen te importeren, verwacht ik niet dat het HvJ EU een dergelijk oordeel zal vellen. Dit omdat dit de doelstellingen van de Europese Unie ten aanzien van het tot stand brengen en waarborgen van een interne markt te buiten zou gaan en tevens omdat in casu de grandfathering clause een beperking van kapitaal verkeer in relatie tot derde landen in stand zal laten.

20

25

2.7 Hoge Raad en valutaresultaten in de deelnemingsvrijstelling

2.7.1 Hoge Raad 19 juni 1982

In 1982 is door de HR de knoop doorgehakt of valutaresultaten betreffende een deelneming onder de reikwijdte van de deelnemingsvrijstelling vallen.¹²¹ In deze zaak was door de belanghebbende het standpunt ingenomen dat valutaverliezen niet zijn te scharen onder de

30

¹¹⁸ Zie ook Braun, K.M., et. al., t.a.p., paragraaf EBR 3.2.6.2.

¹¹⁹ Streek, van de, J.L., et. al., t.a.p., paragraaf Vpb.2.4.0.A.b.

¹²⁰ Zie HR 9 juni 1982, t.a.p.

¹²¹ Zie HR 9 juni 1982, t.a.p.

‘voordelen uit hoofde van een deelneming’ en derhalve aftrekbaar zijn voor de moeder. Uiteraard had de Belastingdienst een tegenovergesteld standpunt ingenomen.

De overwegingen van de belanghebbende bestaan uit de volgende punten:

- 5 1) Op basis van de parlementaire geschiedenis stelt de belanghebbende dat de strekking van de deelnemingsvrijstelling is dat voorkomen wordt dat voordelen van de dochter ook bij de moeder belast worden. Het valutaresultaat op de deelneming komt niet op als voordeel bij de dochter, het kan daarom per definitie niet bij de dochter tot heffing leiden, dus hoeft het niet vrijgesteld te worden. Het valutaresultaat zou niet uit
10 hoofde, maar in verband met de deelneming opkomen en hiermee buiten de reikwijdte van de deelnemingsvrijstelling vallen.
- 2) De belanghebbende is voorts van mening dat de deelnemingsvrijstelling op basis van de memorie van toelichting¹²² ten tijde van uitbreiding van de deelnemingsvrijstelling een ‘sluitend systeem’ is, dat ervoor zorgt dat winst en verliezen slechts eenmaal in
15 de heffing betrokken worden. Omdat valutaresultaten niet tot de winstgrondslag van de dochter behoren, passen ze niet in een sluitend systeem.
- 3) In diezelfde memorie van toelichting wijst de belanghebbende op de aldaar genoemde fiscale neutraliteit ten aanzien van de gekozen juridische vorm. Hierin was opgenomen dat “daarmee tevens bereikt wordt dat een Nederlandse onderneming,
20 welke in het buitenland een bedrijf uitoefent in de vorm van een dochtermaatschappij te dier zake in beginsel dezelfde tegemoetkoming geniet als wanneer zij dit bedrijf aldaar uitoefende in de vorm van een vaste inrichting.”¹²³ Uit de bewoording van de staatssecretaris van Financiën destijds blijkt dat het uitoefenen van een bedrijf in het buitenland in de vorm van een vennootschap of een vaste inrichting gedaan moet
25 kunnen worden. Beide dienen fiscaal hetzelfde behandeld te worden. Ten aanzien van valutaresultaten wordt bij een vaste inrichting geen vermindering ter voorkoming van dubbele belasting verleend. Zij komen tot uiting in de generale winst van het hoofdhuis, oftewel aftrekbaar indien er sprake is van een verlies en belast indien sprake is van een winst. De belanghebbende overweegt dan ook dat in de
30 deelnemingssituatie eveneens valutaresultaten van deelnemingen bij de moeder in de heffing betrokken dienen te worden, zonder hiervoor een tegemoetkoming te verlenen in de vorm van een deelnemingsvrijstelling.

¹²² Zie *Kamerstukken II* 1959/60, nr. 6 000, nr. 3, p. 14.

¹²³ HR 9 juni 1982, t.a.p., p. 4.

De inspecteur brengt in verweer tegen de belanghebbende dat, hoewel hij de strekking van de deelnemingsvrijstelling juist acht, de strekking van dit artikel niet volledig met de uitwerking in overeenstemming hoeft te zijn. Ter ondersteuning wordt gewezen op enkele aspecten in de deelnemingsvrijstelling die ook niet volledig met de strekking in overeenstemming zijn.

5

De HR concludeert dat de opvatting van de belanghebbende niet aanvaard kan worden. Hij overweegt, vrij summier¹²⁴, dat valutaresultaten voortvloeien uit het bezit van de deelneming en als zodanig zijn aan te merken als voordelen uit hoofde van die deelneming worden genoten. Het streven van de deelnemingsvrijstelling is dubbele heffing van belastingen naar de winst van de dochter te voorkomen, ‘dat het echter in strijd met de bewoording van de deelnemingsvrijstelling zou zijn om waardeveranderingen die niet in de winst van de dochtermaatschappij tot uitdrukking komen van de vrijstelling uit te zonderen’.¹²⁵ Een dergelijke uitzondering is op basis van de wetsgeschiedenis volgens de HR ook niet beoogd.

10

15

Uit dit arrest blijkt dat ‘voordelen uit hoofde van een deelneming’ breed geïnterpreteerd dienen te worden. Voordelen die voortvloeien uit de deelneming dienen niet van de vrijstelling uitgezonderd te worden indien een bestanddeel van de moeder niet in de winst van de dochter in aanmerking genomen wordt, maar wel bij de moeder. Hoewel de conclusie van dit arrest volgens de letterlijke bewoording van de HR gebaseerd is op het ne bis in idem beginsel, wordt mijns inziens enigszins gewicht gegeven aan de verlengstukgedachte. Valutaresultaten kunnen namelijk in een moeder-dochter-situatie niet leiden tot dubbele heffing, aangezien deze resultaten niet bij de dochter kunnen opkomen, maar slechts bij de moeder. In het kader van de verlengstukgedachte is het vrijstellen van valutaresultaten een logische conclusie, immers de dochter en moeder worden als een geheel gezien waarbij het valutaresultaat tot aanvullende economische heffing bij de moeder zou leiden. Derhalve is het te verklaren vanuit de verlengstukgedachte om ook valutaresultaten onder de deelnemingsvrijstelling te scharen.

20

25

2.7.2 Hoge Raad 26 september 2008

De HR heeft op 26 september 2008 twee belangrijke arresten gewezen¹²⁶ waarin met name de toepassing van de vrijheid van vestiging, danwel de vrijheid van kapitaal, het al dan niet definitief zijn van het valutaverlies en het uiteindelijke oordeel van de HR voor deze scriptie van belang zijn. Nederlandse auteurs zijn met name door dit arrest steeds meer de mening

30

¹²⁴ Zie HR 9 juni 1982, p. 5 en de annotatie van A. Nooteboom bij dit arrest vanaf p. 5.

¹²⁵ Zie het arrest HR 9 juni 1982, t.a.p., p. 5.

¹²⁶ Zie HR 26 september 2008, nr. 43.338 en nr. 43.339, t.a.p.

toegedaan dat valutaverliezen ontstaan uit deelnemingen waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, evengoed aftrekbaar kunnen zijn.¹²⁷

5 In de arresten gaat het om eenzelfde belanghebbende die deelnemingen had in Tsjechië. De deelnemingen varieerden in het belang dat de moedermaatschappij in hun had, namelijk 12,03%, 64,3%, 99,9% en 100%. De belanghebbende is een financiering aangegaan die samenhangt met de deelnemingen. Uit de financiering zijn valutaverliezen ontstaan, uit het arrest blijkt niet of deze al dan niet definitief niet meer kunnen worden verrekend. In de arresten staat de aftrek van deze valutaresultaten ter discussie. In het arrest met nummer 10 43.338 wordt het valutaverlies uit de minderheidsdeelneming behandeld en in het arrest met nummer 43.339 de andere (meerderheids)belangen.

De belanghebbende is van mening dat het valutaverlies uit de financiering die samenhangt met de deelneming in aftrek dient te komen van haar belastbare winst en aldus niet onder de 15 deelnemingsvrijstelling vrijgesteld genoten kan worden. Op grond van de toenmalige tekst van artikel 13 Wet vpb 1969 en het Bosalbesluit¹²⁸ zijn valutaresultaten die samenhangen met de financiering van de deelneming te scharen onder het begrip ‘voordelen uit hoofde van een deelneming’. Het zou volgens belanghebbende in strijd zijn met het Unierecht dat valutaverliezen niet aftrekbaar zijn, omdat vennootschappen die slechts actief zijn binnen de 20 landsgrenzen worden begunstigd ten opzichte van de vennootschap die over de landsgrenzen actief is, daarmee is sprake van een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer.

Voor de meerderheidsdeelnemingen oordeelt de HR in arrest 43.339 dat de moedermaatschappij een beslissende invloed heeft op besluiten van de betrokken 25 vennootschappen en dat aldus sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging. Daarmee wordt de vrijheid van kapitaal buiten werking gesteld en komt de HR niet toe aan een beoordeling van een eventuele beperking van de vrijheid van kapitaalverkeer. Het moge duidelijk zijn dat omdat de vrijheid van vestiging geen werking heeft naar derde landen, het weigeren van aftrek van valutaverliezen derhalve in casu niet strijdig is met het Unierecht.¹²⁹ 30 Er vindt in dit arrest geen parallele toets plaats op beide vestigingsvrijheden zoals uiteengezet in paragraaf 2.6.5. Derhalve kan inmiddels een kanttekening worden geplaatst omtrent de conclusie van de HR inzake de toepassing van de verdragsvrijheden.

¹²⁷ Zie ook Douma, S.C.W., Valutaverlies op deelneming: aftrekbaar!, *NtFR* 2008/2327.

¹²⁸ Zie Besluit staatssecretaris van Financiën, 2 oktober 2003, nr. DGB 2003/5149M, BNB 2004/26.

¹²⁹ Zie HR, nr. 43.339, t.a.p., r.o. 3.2.2., 3.2.4. en 3.3.

De conclusie van de HR is anders in arrest 43.338 waarin diezelfde problematiek wordt behandeld als arrest 43.339, maar voor een deelneming waarin belanghebbende een belang van 12,03% heeft. Door de grootte van dit belang is geen sprake van beslissende invloed, waardoor getoetst kan worden aan de vrijheid van kapitaal. De HR oordeelt dan ook met verwijzing naar het Deutsche Shell-arrest dat er sprake was van een beperking van de vrijheid van kapitaalverkeer waarvoor geen rechtvaardigingsgrond geaccepteerd kan worden.¹³⁰

Uit deze twee arresten blijkt dat zowel de vrijheid van vestiging, als de vrijheid van kapitaal van toepassing kunnen zijn in deelnemingsituaties. In derde land situaties blijkt hoe belangrijk de toepassing van beide verdragsvrijheden aan de orde geweest, immers in 43.338 is het verlies aftrekbaar, in 43.339 niet.. Voorts is opmerkelijk dat uit dit arrest niet blijkt of valutaverliezen definitief zijn, in die zin dat het op grond van dit arrest mogelijk is, dat in één jaar valutaverliezen in aftrek worden gebracht, waarbij in het jaar daarna valutawinsten vrijgesteld worden genoten met de toepassing van de deelnemingsvrijstelling.

2.8 Conclusie

Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een korte samenvatting van de voorgaande paragrafen om vervolgens de eerste deelvraag te beantwoorden, welke luidt:

Kan op basis van nationale en/of EU rechterlijke jurisprudentie gesteld worden dat valutaverliezen op deelnemingen, gehouden door in Nederland gevestigde moedermaatschappijen waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, aftrekbaar zijn voor de moedermaatschappij?

Doordat in de Nederlandse fiscale wetgeving het klassieke stelsel wordt gehanteerd, ontstaat in beginsel cumulatie van belasting over de winst in een deelnemings situatie (ook wel omschreven als economisch dubbele belasting). Door het opnemen van de deelnemingsvrijstelling kan de in Nederland gevestigde moedermaatschappij ‘voordelen uit hoofde van een deelneming’ vrijgesteld genieten, zodanig dat de economische dubbele heffing wordt voorkomen. Daarmee geeft de deelnemingsvrijstelling invulling aan het ne bis in idem beginsel. Uit oude jurisprudentie van de HR blijkt dat valutaresultaten onder de noemer ‘voordelen uit hoofde van een deelneming’ vallen en daarmee in beginsel ook vrijgesteld zijn.

¹³⁰ Zie HR, nr. 43.338, t.a.p., r.o. 3.4., 3.10. en 3.11.

Nederland hangt op grond van artikel 94 van de Grondwet een monistische visie aan. Dit houdt in dat verdragen, waaronder het VwEU en VEU, opgenomen zijn in de nationale wetgeving en aldus directe werking hebben. Daarmee is Nederland als lidstaat van de Europese Unie onderworpen aan het Unierecht. Binnen de Europese Unie is het doel een interne markt tot stand te brengen en te waarborgen. Om dit te bereiken worden onder meer de belastingsystemen van de lidstaten geïntegreerd. Dit gebeurt in positieve zin door harmoniserende wet- en regelgeving. Echter, er is geen regelgeving uitgevaardigd die ziet op de behandeling van valutaresultaten in deelnemingssituaties.

Ook sprake van harmonisatie door middel van negatieve integratie, namelijk door arresten van het HvJ EU die bindend uitleg geven over de invloed van het Unierecht op nationale wetgeving van lidstaten. Uit het Deutsche Shell-arrest van het HvJ EU kan geconcludeerd worden dat het niet in aftrek toelaten van valutaverliezen uit een deelneming waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, in strijd kan zijn met de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaalverkeer. Opgemerkt dient te worden dat op grond van de grandfathering clause die beperking wordt geëerbiedigd ten aanzien van een beperking van de vrijheid van kapitaalverkeer. Voorts zou een beslissing van het HvJ EU om strijdigheid met het Unierecht te constateren ten aanzien van valutaresultaten uit deelnemingen door beperking van de vrijheid van kapitaalverkeer niet in lijn zijn met de doelstellingen van de Europese Unie. Dit omdat de vrijheid van kapitaalverkeer openstaat voor derde landen, een dergelijke conclusie van het HvJ EU zou leiden tot aftrek van valutaverliezen uit hoofde van deelnemingen gevestigd in derde landen, hetgeen niet leidt tot het tot stand brengen en waarborgen van een interne markt.

Voorts kan uit de bewoording van het Deutsche Shell-arrest worden geconcludeerd dat het arrest niet alleen van toepassing is op hoofdhuizen en de vaste inrichting, maar ook op deelnemingssituaties waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is.

Hoewel op basis van bewoording uit het Deutsche Shell-arrest alleen ten aanzien van definitieve valutaverliezen gesteld kan worden dat deze aftrekbaar zouden moeten zijn, kan ditzelfde (zij het voorzichtig) worden aangenomen voor niet-definitieve valutaverliezen. De wetgever gaat bij het ontwerp van de Tussenregeling in ieder geval uit van dit scenario.

Valutawinsten uit hoofde van deelnemingen worden zonder wetsaanpassing onverkort onder de deelnemingsvrijstelling gerealiseerd. Er ontstaat hierdoor een onevenwichtige situatie, wat ook de aanleiding was voor de wetgever om te komen met de Tussenregeling die in het volgende hoofdstuk nader onderzocht wordt.

Daarmee blijkt dat op grond van Unierechtelijke jurisprudentie gesteld kan worden dat valutaverliezen uit hoofde van deelnemingen door in Nederland gevestigde moedermaatschappijen ten laste van de winst kunnen worden gebracht. Concluderend wordt

5 de eerste deelvraag bevestigend beantwoord, zij het voor valutaverliezen die ontstaan binnen de Europese Unie.

3 Tussenregeling

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is door de eerste deelvraag te beantwoorden vastgesteld dat valutaverliezen in deelnemingssituaties op basis van jurisprudentie mogelijk aftrekbaar zijn.

5 Omdat valutawinsten vrijgesteld zijn, zou dit leiden tot een onevenwichtige behandeling van valutaresultaten. Als gevolg hiervan is de Tussenregeling in werking getreden bij wetswijziging van 1 december 2011¹³¹ en opgenomen in artikel 28b van de Wet vpb 1969. De Tussenregeling heeft formeel terugwerkende kracht tot het moment van aankondiging, dit betreft 8 april 2011 om 17.00 uur.¹³²

10

In dit hoofdstuk wordt onderzocht in hoeverre de Tussenregeling een passende maatregel is. Met passend wordt bedoeld dat er sprake is van een noodzakelijke maatregel die effectief is, zijn doel bereikt en dat deze geen negatieve gevolgen heeft voor het Nederlandse vestigingsklimaat. Ten behoeve van het overzicht wordt het onderzoek in hoeverre de Tussenregeling passend is opgesplitst in twee deelvragen. Omdat beide deelvragen betrekking hebben op de Tussenregeling behandel ik ze allebei in dit hoofdstuk. Hiermee wil ik alle relevante aspecten binnen deze scriptie met betrekking tot de Tussenregeling hier plaatsen.

15

De tweede deelvraag luidt:

20

Is de Tussenregeling noodzakelijk en heeft deze maatregel een doeltreffende werking in lijn met doel en strekking?

Om antwoord te geven op de deelvraag wordt eerst onderzocht of er noodzaak aanwezig is voor het opnemen van de Tussenregeling in de Wet vpb 1969 en voorts wat doel en strekking van de Tussenregeling zijn. Hiervoor worden de parlementaire geschiedenis en de literatuur onderzocht.

25

Ten tweede wordt de doeltreffendheid van de Tussenregeling onderzocht. Hiervoor is de precieze werking van het wetsartikel onderzocht, ondersteund met eventuele uitleg uit de parlementaire geschiedenis. Ook wordt aandacht besteed aan het formele en materiële bereik van de Tussenregeling en of er eventuele ontgaansmogelijkheden aanwezig zijn. Ook wordt

30

¹³¹ Staatsblad 2011/585, nr. 32.818, Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen.

¹³² Brief staatssecretaris van Financiën, 8 april 2011, t.a.p.

onderzocht of de Europese verdragen invloed hebben op de werking van de Tussenregeling, zodanig dat de werking, inclusief de terugwerkende kracht, mogelijk beperkt wordt. Dat Europese verdragen mogelijk de werking of de terugwerkende kracht beperken is in de literatuur door meerdere auteurs als standpunt ingenomen.¹³³ Van de Europese verdragen wordt met name aandacht besteed aan de invloed van het Unierecht en het EVRM.

Ten derde wordt onderzocht of de Tussenregeling in verhouding tot het beoogde doel een te ruime of te beperkte werking heeft. Op basis hiervan kan een tussenconclusie getrokken worden waarmee de tweede deelvraag wordt beantwoord.

10

Vervolgens wordt vanuit het perspectief van het Nederlandse vestigingsklimaat de Tussenregeling nader onderzocht. Hiervoor luidt de derde deelvraag:

‘Wat zijn de praktische gevolgen van de inwerkingtreding van de Tussenregeling voor het vestigingsklimaat van Nederland?’

15

Ter beantwoording van deze vraag wordt onderzocht of de Tussenregeling een verandering kan bewerkstelligen van het vestigingsklimaat van Nederland.

De keuze om een onderneming in een bepaald land te vestigen is voornamelijk een kosten/baten afweging, het land waar het netto resultaat het hoogst is, is het meest aantrekkelijke vestigingsland.¹³⁴

20

Het voorkomen van dubbele economische heffing is hierin een belangrijk aspect. Omdat de deelnemingsvrijstelling een maatregel is die als doel heeft om op generieke wijze economisch dubbele heffing te voorkomen,¹³⁵ heeft deze direct invloed op het vestigingsklimaat. Het kan zijn dat door de inwerkingtreding van de Tussenregeling een verandering plaatsvindt in het vestigingsklimaat. Daarom onderzoek ik aan de hand van twee factoren of er een verandering te verwachten is ten aanzien van het vestigingsklimaat nu de Tussenregeling in werking is getreden.

25

30

¹³³ Wisman, C., Tussenregeling valutaresultaten; gooit Gielen roet in het eten?, *NtFR* 2011/1464. en het commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het wetsvoorstel Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen, 1 september 2011, www.nob.net/system/files/NOB+wetscommentaar+tussenregeling+valutaresultaten+op+deelnemingen+pdf.pdf punt 9.

¹³⁴ Er zijn verscheidene onderzoeken waarin landen op basis van hun fiscale klimaat worden ingedeeld, bijvoorbeeld <http://www.competitivealternatives.com/download>.

¹³⁵ Streek, van de, J.L., et. al., t.a.p., paragraaf Vpb.2.4.0.A.

Hiervoor onderzoek ik ten eerste of er eventuele budgettaire effecten aanwezig zijn, nu belastingplichtigen mogelijk geconfronteerd worden met een vernieuwde behandeling van valutaresultaten.

5 Ten tweede verwacht ik dat belastingplichtigen hun rechtszekerheid een zeer belangrijke factor vinden bij het bepalen van hun vestigingsplaats. In de huidige tijden draait het voor belastingplichtigen om ‘in control’ zijn, tevens ten aanzien van hun fiscale aspecten. Een afbreuk aan rechtszekerheid leidt tot meer onzekerheid ten aanzien van de fiscale positie, daarom onderzoek ik of dit aspect invloed heeft op de concurrentiepositie van Nederland door de inwerkingtreding van de Tussenregeling..

10

Als slot van dit hoofdstuk kan een conclusie worden getrokken, waarmee ook de derde deelvraag wordt beantwoord.

3.2 Noodzaak Tussenregeling

15 In deze paragraaf wordt de noodzaak van het opnemen van de Tussenregeling in de Wet vpb 1969 behandeld. Of met andere woorden: waarom was het nodig deze regeling in de wet op te nemen? Om dit te onderzoeken wordt in de parlementaire behandeling van de wet gezocht naar het doel van de wetswijziging.

20 Uit het Voorstel van wet¹³⁶ valt te lezen dat de Wet vpb 1969 is gewijzigd ‘omwille van een *evenwichtige belastingheffing* en mede om *budgettaire redenen*’. Beide gecursiveerde aanleidingen worden in de memorie van toelichting¹³⁷ verder uitgewerkt.

25 Hierin wordt gesteld dat enkele belastingplichtigen, op grond van het Deutsche Shell¹³⁸ arrest, het standpunt innemen dat valutaverliezen op deelnemingen aftrekbaar zijn. Echter, op basis van de reeds aangehaalde jurisprudentie uit 1982 van de Hoge Raad zijn valutawinsten wel vrijgesteld door toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Indien dit standpunt in de rechtspraak stand zal houden, zou dit leiden tot een *onevenwichtige* en asymmetrische situatie. Die situatie moet door de Tussenregeling worden opgeheven.

¹³⁶ *Kamerstukken II* 2010/11, nr. 32 818, nr. 2, p. 1.

¹³⁷ *Kamerstukken II* 2010/11, nr. 32 818, nr. 3, p. 1.

¹³⁸ HvJ EU 28 februari 2008, Deutsche Shell GmbH, t.a.p.

Zou uit de rechtspraak blijken dat valutaverliezen aftrekbaar zijn, terwijl niet geheven wordt over valutawinsten, heeft dit aanzienlijke *budgettaire gevolgen*¹³⁹ (in de parlementaire behandeling wordt slechts uitgegaan van de directe gevolgen, de aanzuigende werking van deze ‘loterij zonder nieten’ wordt niet meegenomen). Daarom wordt tevens beargumenteerd dat de Tussenregeling om budgettaire redenen in de wet wordt opgenomen.

De Tussenregeling kan door de sanctiewerking die optreedt bij het in aftrek brengen van valutaverliezen, worden gekenmerkt als een antimisbruik-regeling. Ware het niet dat er eigenlijk geen sprake is van antimisbruik, want de basis dat de belastingplichtige mogelijk valutaverliezen in aftrek kan brengen, is gelegen in jurisprudentie van het HvJ EU. Het zou onjuist zijn gevolgen van jurisprudentie als misbruik te betitelen. Wel ontstaat bij aftrek van valutaverliezen een onevenwichtige behandeling van valutaresultaten, belastingplichtigen zouden te ver gaan door te proberen dit in stand te houden, de evenwichtige situatie an sich is ontstaan door afwachtend gedrag van de Nederlandse wetgever, niet uit misbruik.

Tot slot dient opgemerkt te worden dat, zoals de naam doet vermoeden, de Tussenregeling mogelijk een tijdelijke regeling is. Zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis dat de regeling geëvalueerd zal worden zodra jurisprudentie meer zekerheid geeft omtrent de behandeling van valutaresultaten uit hoofde van deelnemingen.¹⁴⁰ Dit doet echter niet af aan de noodzaak van de implementatie van een maatregel die de evenwichtige behandeling van valutaresultaten bewerkstelligt.

3.3 Werking Tussenregeling

3.3.1 Algemeen

In de inleiding heb ik aangenomen dat in dit hoofdstuk door het HvJ EU is bevestigd dat valutaverliezen op deelnemingen aftrekbaar zijn, terwijl valutawinsten met toepassing van de deelnemingsvrijstelling onbelast worden genoten. Met invoering van de Tussenregeling wordt geprobeerd valutaresultaten weer symmetrisch in de heffing te betrekken, evenals het geval was toen zowel de negatieve -, als positieve resultaten onder de deelnemingsvrijstelling vrijgesteld werden. Ook waren budgettaire redenen aanwezig om deze maatregel in de Wet vpb 1969 op te nemen.

¹³⁹ De budgettaire derving wordt ingeschat op enkele honderden miljoenen euro's per jaar. Er is helaas geen onderbouwing van de berekening beschikbaar, de juistheid hiervan kan derhalve niet onderzocht worden. Zie de memorie van toelichting van de Tussenregeling, paragraaf 2.

¹⁴⁰ *Kamerstukken II 2011/12*, nr. 32 818, nr. 6, p. 2.

De Tussenregeling is in de parlementaire geschiedenis weergegeven als een keuzeregeling.¹⁴¹ De keuze voor toepassing van de Tussenregeling hangt af van de beslissing van de belastingplichtige of deze valutaverliezen ten laste brengt van de winst.

5 In het vervolg van deze paragrafen wordt de werking van de Tussenregeling beschreven zoals de wetgever die voor ogen heeft, later wordt mogelijk effect van andere regelingen zoals het Unierecht op de Tussenregeling onderzocht. De beschrijving van de werking wordt opgedeeld in:

- 10
- voorwaarden toepassing Tussenregeling;
 - belasten positieve valutaresultaten;
 - samenloop Tussenregeling met fiscale faciliteiten;
 - overdracht besmette deelneming;
 - Tussenregeling bij liquidatie deelneming;
- 15
- voorbehoud Tussenregeling;
 - terugwerkende kracht.

3.3.2 Voorwaarden toepassing Tussenregeling

De voorwaarden voor de toepassing van de Tussenregeling zijn opgenomen in het eerste lid van de Tussenregeling. Uit dit artikellid ontleed ik drie aspecten, namelijk dat een
20 belastingplichtige (1) een negatief valutaresultaat uit hoofde van een deelneming (2) ten laste van de winst brengt en dit negatieve valutaresultaat (3) daadwerkelijk ten laste van de winst komt.

Het eerste aspect houdt in dat sprake moet zijn van een negatief valutaresultaat uit hoofde van
25 een deelneming. De passage ‘uit hoofde van een deelneming’ is ook terug te vinden in lid 1 van artikel 13 Wet vpb 1969, waarin is opgenomen dat voordelen uit hoofde van een deelneming zijn vrijgesteld.

De NOB constateert echter een probleem door een potentieel bredere uitleg van het begrip
30 deelnemingen die het bereik van de Tussenregeling vergroot.¹⁴² In paragraaf 2.3.2 is uiteen gezet dat valutaverliezen uit hoofde van een deelneming waarop de deelnemingsverrekening van toepassing is, deze valutaverliezen in aftrek kan brengen op grond van artikel 13aa jo. 32c Wet vpb 1969. De voorwaarde om onder het toepassingsbereik van de Tussenregeling te vallen is een valutaverlies uit een deelneming succesvol in aftrek brengen. Dit zou ertoe

¹⁴¹ *Kamerstukken II* 2011/12, nr. 32 818, nr. 6, p. 3.

¹⁴² Zie commentaar NOB op het wetsvoorstel Tussenregeling, t.a.p., punt 4.

kunnen leiden dat een belastingplichtige die een valutaverlies op een deelneming waarop de deelnemingsverrekening in aftrek brengt, op grond van de wettekst belast kan worden voor valutawinsten op deelnemingen waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Zelfs indien die belastingplichtige geen valutaverliezen uit die andere deelnemingen in aftrek heeft gebracht.

Echter, de aard van de Tussenregeling is het terugbrengen van evenwicht in de fiscale behandeling van valutaresultaten. Hoewel de NOB in zoverre gelijk heeft dat in die regeling ook sprake is van ‘deelnemingen’, is het niet in overeenstemming met de geest van de Tussenregeling om die van toepassing te laten zijn indien valutaverliezen op grond van andere wetsartikelen aftrekbaar zijn.¹⁴³ De Tussenregeling brengt dan namelijk geen evenwicht, eerder het omgekeerde. In de parlementaire geschiedenis wordt deze zienswijze ook bevestigd.¹⁴⁴ Het was, zoals de NOB voorstelt, de duidelijkheid van de regeling wel ten goede gekomen als dit ook uit de wettekst zou blijken. Op basis van het bovenstaande concludeer ik dat de Tussenregeling alleen van toepassing kan zijn op deelnemingen die onder het bereik van de deelnemingsvrijstelling vallen.

De tweede voorwaarde houdt in dat een belastingplichtige in zijn aangifte een valutaverlies uit hoofde van een deelneming in aftrek brengt van zijn winst. Ten slotte dient volgens de derde voorwaarde een negatief valutaresultaat daadwerkelijk ten laste van de winst worden gebracht, zodat dat vaststaat dat de belastingplichtige in een jaar de winst verlaagt met een valutaverlies. Dit is pas het geval indien uit de procedure van de belastingplichtige blijkt dat een valutaverlies aftrekbaar is, of dat inmiddels in jurisprudentie bevestigd wordt dat valutaverliezen uit hoofde van een deelneming aftrekbaar zijn. Tot slot kan het zo zijn dat de aangifte van een belastingplichtige die een valutaverlies uit hoofde van een deelneming aftrekt onopgemerkt goedkeurt.

Zoals blijkt uit de memorie van toelichting van de Tussenregeling heeft de wetgever liever dat valutaresultaten worden genoten onder de deelnemingsvrijstelling. Hij heeft expliciet het alternatief afgewezen om de deelnemingsvrijstelling ten aanzien van valutaresultaten geheel te wijzigen.¹⁴⁵ Bovendien is eveneens in die memorie van toelichting aangegeven dat een belastingplichtige die een valutaverlies van de winst af zou willen trekken een gerechtelijke procedure aan dient te spannen. Een belastingplichtige die een aangifte

¹⁴³ Wetsvoorstel Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen, *NTFR* 2011/1430, commentaar M.H.C. Ruijschop.

¹⁴⁴ *Kamerstukken II* 2010/11, nr. 32.818, nr. 6, p. 3.

¹⁴⁵ *Kamerstukken II* 2010/11, nr. 32.818, nr. 3, p. 2.

vennootschapsbelasting indient waarin hij een valutaverlies uit hoofde van een deelneming ten laste van de winst brengt, wordt niet zomaar geaccepteerd. Dit betekent dat de belastingplichtige eerst succesvol zal moeten procederen of aanspraak kan maken op jurisprudentie waarin bevestigd is dat aftrek van valutaverliezen uit hoofde van een deelneming mogelijk is. Het maakt hierbij niet uit of de belastingplichtige aanspraak maakt op Nederlandse of Unierechtelijke jurisprudentie. Het is niet zo dat de Tussenregeling in werking treedt indien de belastingplichtige dit standpunt inneemt en probeert valutaverliezen in aftrek te nemen, maar dit na procederen niet is toegestaan. Zou een belastingplichtige op enig moment zijn aangifte vrijwillig verbeteren en de aftrek van een valutaverlies uit hoofde van een deelneming terugnemen, dan treedt de Tussenregeling niet in werking.¹⁴⁶

3.3.3 Belasten positieve valutaresultaten

Indien voldaan is aan de voorwaarden zoals uiteengezet in de vorige paragraaf is de Tussenregeling van toepassing op de belastingplichtige. In het eerste lid zijn twee relevante aanknopingspunten aanwezig ten aanzien van de heffing over positieve valutaresultaten. Voor de belastingplichtige waarop de Tussenregeling van toepassing is vindt de deelnemingsvrijstelling in zoverre geen toepassing op positieve valutaresultaten die (1) “opkomen” (2) uit hoofde van deelnemingen.

Op basis van de parlementaire geschiedenis wordt met de term “opkomen” bedoeld: ‘naar voren komen ‘...’ bijvoorbeeld door verkoop van een deelneming.’¹⁴⁷ Dit is van gelijke strekking als de beschrijving die de Dikke van Dale voorschrijft: ‘oprijzen, tevoorschijn komen’.¹⁴⁸

Het begrip “opkomen” is ook gebruikt in artikel 5.9 Wet IB 2001, waarin is vastgelegd dat rechten op roerende zaken die krachtens erfrecht bij belastingplichtige zijn opgekomen onder voorwaarden niet tot de bezittingen behoren. Uit het Besluit van 12 december 2003 blijkt dat met opkomen bedoeld is dat de rechten krachtens erfrecht zijn *ontstaan*.¹⁴⁹ Oftewel, hiermee wordt een bron aangeduid.

Diezelfde betekenis geldt niet geheel voor de Tussenregeling. Met gebruik van deze term wenst de staatssecretaris te voorkomen dat compartimentering kan plaatsvinden.¹⁵⁰ Dit leidt

¹⁴⁶ *Kamerstukken II 2010/11*, nr. 32 818, nr. 4, paragraaf 3, sub b.

¹⁴⁷ *Kamerstukken II 2010/11*, nr. 32.818, nr. 6, p. 6.

¹⁴⁸ Zie Dikke van Dale 14^e druk, 2005.

¹⁴⁹ Zie Staatssecretaris van Financiën, 12 december 2003, nr. CPP2003/2145M, BNB 2004/94, antwoord op vraag 5.2.

¹⁵⁰ *Kamerstukken II 2010/11*, nr. 32 818, nr. 3, artikelsgewijze toelichting.

ertoe dat de Tussenregeling materieel terugwerkende kracht heeft, voorafgaand aan de formele inwerkingtreding. Hierover wordt meer uitgeweid in paragraaf 3.4.3.

5 Ten aanzien van het tweede aspect blijkt dat de wetgever expliciet en bewust de heffing van positieve valutaresultaten heeft laten ontstaan voor alle deelnemingen van de belastingplichtige. De Commissie wetsvoorstellen van de NOB die het wetsvoorstel van de Tussenregeling heeft becommentarieerd oordeelt dat hierdoor de Tussenregeling leidt tot disproportionele heffing en het bereik van het artikel mogelijk te groot is.¹⁵¹ Zij illustreren dit met een voorbeeld waarin een belastingplichtige slechts € 100.000 aan valutaverliezen in
10 aftrek brengt, maar met toepassing van de Tussenregeling zich geconfronteerd ziet met heffing over € 1.000.000 aan valutawinsten uit alle deelnemingen, waardoor de aftrek volledig overschaduwd wordt door het heffingsbereik van de Tussenregeling.

15 Stevens legt meer de nadruk op het rechtsgevoel en het evenwicht van de behandeling van valutaresultaten in ons belastingsysteem. Dat wetgeving als de Tussenregeling wordt geïmplementeerd om evenwicht terug te brengen in de behandeling van valutaresultaten is volgens hem zwaarwegender dan enkele fiscale details die nadelige gevolgen hebben voor belastingplichtigen.¹⁵²

20 De Tussenregeling is in de parlementaire geschiedenis aangekondigd als een maatregel die het evenwicht in de behandeling van valutaresultaten moet herstellen. Doordat de Tussenregeling in potentie bredere werking heeft dan het doel dat de regeling heeft, kan deze regeling afschrikkende werking niet ontzegd worden. Daarom stelt de NOB ook voor om de heffing over valutawinsten te beperken tot het bedrag dat aan valutaverliezen uit hoofde van
25 deelnemingen in aftrek is gebracht.

3.3.4 Overdracht besmette deelneming

Het tweede lid is gericht tegen het ontgaan van de Tussenregeling door vennootschappen binnen het concern te verhangen. Door dit lid wordt de werking van de Tussenregeling uitgebreid naar vennootschappen die zelf geen valutaverlies uit hoofde van een deelneming in
30 aftrek hebben gebracht, maar die een deelneming heeft verkregen van een verbonden lichaam, waarbij de deelneming een valutaverlies uit hoofde van een deelneming heeft afgetrokken.¹⁵³ Dit is alleen het geval als bij de verkopende vennootschap valutawinsten uit hoofde van die verkochte deelneming bij de verkopende vennootschap belast zouden zijn geweest.

¹⁵¹ Zie commentaar NOB op het wetsvoorstel Tussenregeling, t.a.p., punt 2.

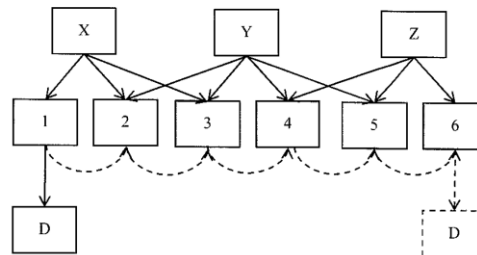
¹⁵² Zie Stevens, L.G.M., Fiscale beleidsnotities, *WFR* 2011/1200, paragraaf 8.7.

¹⁵³ Zie hiervoor artikel 10a, lid 4 Wet vpb 1969.

Derhalve is er binnen een concern een groot besmettingsgevaar als eenmaal voldaan is aan de voorwaarde voor toepassing van de Tussenregeling. Net als in het eerste lid, is er geen temporele beperking op de toepassing van de Tussenregeling door besmette deelnemingen te verhangen. Dit betekent ook dat opeenvolgende verhangingen binnen de kring van verbonden lichamen binnen de werkingsfeer van de Tussenregeling kunnen vallen. Zou de verbonden persoon geen valutaverliezen uit andere deelnemingen in aftrek brengen, of hebben gebracht, worden positieve valutaresultaten slechts belast voor zover die opkomen uit de overgedragen deelnemingen. Op het moment dat die verbonden persoon die besmette deelneming vervreemd houdt de werking van de Tussenregeling derhalve op.

Ik verwacht niet dat er kruislingse besmetting kan plaatsvinden, of anders gezegd: valutawinsten uit een besmette deelneming verkregen van een verbonden lichaam worden bij de verkrijgende vennootschap belast, maar valutawinsten uit reeds gehouden onbesmette deelnemingen worden bij die verkrijgende vennootschap onverminderd vrijgesteld op grond van de deelnemingsvrijstelling. In dit voorbeeld ontstaat ook geen heffing op grond van het eerste lid, omdat die belastingplichtige geen valutaverliezen in aftrek heeft gebracht.

In het kader van kruislingse besmetting heeft de NOB in zijn commentaar een vraag opgeworpen hoe lid 2 uitwerkt. De NOB schets hiervoor een casus waarin drie vennootschappen elk drie deelnemingen hebben waarin zij telkens een derde belang houden, waarna een besmette deelneming telkens wordt verkocht door de deelneming, zie ook de illustratie hiernaast.



De vraag van de NOB is of de besmetting van lid 2 zo ver gaat dat deze ook van toepassing op deelneming 6. Ik verwacht niet dat dit het geval is omdat vennootschap Z geen valutaverlies in aftrek heeft gebracht. Mijns inziens is dit een voorwaarde is voor de toepassing is van dit lid, zoals blijkt uit de slotzin ‘voor zover bij dat lichaam de deelnemingsvrijstelling geen toepassing zou hebben gevonden.’ Voorts zou het in strijd zijn met het doel van de Tussenregeling, om een evenwichtige behandeling van valutaresultaten tot stand te brengen, hetgeen in deze situatie overbodig zou zijn.

De werking van dit lid kan ook niet worden tegengegaan door eerst de deelneming te verkopen aan een in het buitenland gevestigde dochter of een onafhankelijke derde, waarna de belastingplichtige de deelneming vervolgens terugkoopt. In dat geval is de deelneming

namelijk indirect verkregen van dit verbonden lichaam. Het besmettingsgevaar bij indirecte overdracht aan een verbonden lichaam vervalt niet, noch is die beperkt door tijd.

3.3.5 Tussenregeling bij liquidatie deelneming

5 Het derde lid van de Tussenregeling voorkomt dat valutaverliezen tweemaal ten laste worden gebracht van de winst als de betreffende deelneming wordt geliquideerd. Daarom wordt, als een valutaverlies in aftrek is gebracht, slechts een liquidatieverlies in aanmerking genomen voor zover deze het saldo valutaverliezen en valutawinsten te boven gaat.

10 Zoals blijkt uit paragraaf 2.3.4 kan op grond van de liquidatieverliesregeling geen valutaverlies in aftrek worden gebracht. Het is derhalve vreemd dat dit lid met dergelijke argumentatie in de Tussenregeling is opgenomen, aangezien het überhaupt niet mogelijk is een valutaverlies uit hoofde van een deelneming tweemaal in aanmerking te nemen.

15 Ik vermoed dat dit lid is opgenomen om belastingplichtigen er zoveel mogelijk van te weerhouden om valutaverliezen uit hoofde van een deelneming af te trekken. In geval de belastingplichtige erin slaagt een valutaverlies ten laste van de winst te brengen, heeft dit bij eventuele liquidatie van de vennootschap het gevolg dat een lager liquidatieverlies in aanmerking genomen wordt.

3.3.6 Voorbehoud Tussenregeling

20 Het vierde lid is opgenomen om overkill van de Tussenregeling te voorkomen. In dit lid staat dat indien negatieve valutaresultaten niet ten laste van de winst kunnen worden gebracht, ook niet wordt geheven over valutawinsten. Volgens de memorie van toelichting is dit opgenomen zodat rekening gehouden kan worden met een uitspraak van het HvJ EU die een verschillende uitkomst kan hebben door de van toepassing zijnde verkeersvrijheden zoals opgenomen in het VwEU.¹⁵⁴

30 Wanneer, en of de vrijheid van vestiging, dan wel de vrijheid van kapitaalverkeer, kan leiden tot aftrek van een valutaverlies uit hoofde van een deelneming heb ik behandeld in paragraaf 2.6.5. Zoals bleek kan het zo zijn dat het HvJ EU oordeelt dat alleen met toepassing van de vrijheid van vestiging aftrek van een valutaverlies wordt toegestaan.

Doordat het van toepassing zijn van een van de verkeersvrijheden afhankelijk is van het belang dat de belastingplichtige heeft in de deelneming, kan het zo zijn dat als het belang wijzigt, de toepasselijke vrijheid ook wijzigt. Dit kan ertoe leiden dat de belastingplichtige op

¹⁵⁴Kamerstukken II 2010/11, nr. 32.818, nr. 3, p. 3.

een bepaald moment door de wijziging van de toepasselijke vrijheid niet langer, of juist wel, de mogelijkheid heeft om een valutaverlies in aftrek te brengen. Zou de belastingplichtige op enig moment niet langer die mogelijkheid hebben, terwijl dit daarvoor wel zo was, zorgt het vierde lid ervoor dat de valutawinst dan onbelast is.

5

De NOB heeft om meer duidelijkheid verzocht ten aanzien van de werking van dit lid.¹⁵⁵ De NOB vraagt zich af hoe dit lid uitwerkt als het HvJ EU oordeelt dat met toepassing van de vrijheid van kapitaalverkeer en de vrijheid van vestiging valutaverliezen uit hoofde van een deelneming aftrekbaar is, waarbij met toepassing van de vrijheid van kapitaalverkeer die aftrekmogelijkheid ook in relatie tot derde landen mogelijk is. Vervolgens is sprake van de volgende situatie, een belastingplichtige trekt valutaverliezen uit hoofde van een deelneming die is gevestigd in een derde land af met toepassing van de vrijheid van kapitaalverkeer. Vervolgens draagt de belastingplichtige deze deelneming over aan een verbonden lichaam die reeds een belang in deze deelneming houdt. Door cumulatie van beide belangen is niet langer de vrijheid van kapitaal, maar de vrijheid van vestiging van toepassing.¹⁵⁶ De NOB vraagt zich vervolgens af of de Tussenregeling van toepassing is op grond van het tweede lid op dit verbonden lichaam, of dat deze door de werking van het vierde lid niet aanwezig is.

10

15

20

Zoals blijkt uit de bewoording, heeft het vierde lid slechts werking naar het eerste lid, dus ten aanzien van de vennootschap die zelf valutaverliezen uit hoofde van een deelneming in aftrek heeft gebracht. In bovenstaande voorbeeld is derhalve op grond van het tweede lid de Tussenregeling van toepassing op dit verbonden lichaam.

3.3.7 Samenloop Tussenregeling en fiscale faciliteiten

25

In de parlementaire geschiedenis zijn meerdere voorbeelden uitgewerkt die illustreren hoe de Tussenregeling uitwerkt indien fiscale faciliteiten, waaronder de fiscale eenheid en de juridische splitsing, worden toegepast.¹⁵⁷ Hoewel dit niet aan de orde is geweest in de parlementaire geschiedenis, zal deze paragraaf worden afgesloten met het effect van de juridische fusie en de aandelen fusie op de toepassing van de Tussenregeling.

30

Indien de Tussenregeling van toepassing is op een belastingplichtige en vervolgens afsplitst is volgens de staatssecretaris de Tussenregeling na afsplitsing van toepassing op zowel de splitsende, als de verkrijgende vennootschap.¹⁵⁸ Er is niet aangegeven of er onderscheid wordt gemaakt tussen de fiscaal geruisloze, en/of ruisende afsplitsing. Ik neem aan dat de

¹⁵⁵Zie commentaar NOB op het wetsvoorstel Tussenregeling, t.a.p., punt 8.

¹⁵⁶Omtrent deze gevolgtrekking bestaat enige onzekerheid, zie hiervoor paragraaf 2.6.5.

¹⁵⁷*Kamerstukken II 2010/11, nr. 32.818, nr. 6.*

¹⁵⁸*Kamerstukken II 2010/11, nr. 32.818, nr. 6, p. 3.*

staatssecretaris daarmee tussen de fiscaal ruisende en geruisloze afsplitsing geen onderscheid wenst te maken en de gevolgen derhalve voor beide hetzelfde zijn ten aanzien van de toepassing van de Tussenregeling. De motivatie of uitleg achter deze standpuntbepaling is helaas niet opgenomen in de parlementaire geschiedenis. Wel blijkt dat de staatssecretaris een zo breed mogelijke toepassing van de Tussenregeling wenst te bereiken.

In geval van een juridische afsplitsing treedt de verkrijgende rechtspersoon ten aanzien van de overgedragen vermogensbestanddelen fiscaal in de plaats van de splitsende vennootschap. Dat in die situatie de Tussenregeling dan ook van toepassing is op de verkrijgende vennootschap is in die zin een logisch gevolg.¹⁵⁹ Het is evenwel mogelijk dat de verkrijgende rechtspersoon geen besmette deelneming conform het tweede lid van de Tussenregeling verkrijgt. Het gebruik van de juridische afsplitsing leidt derhalve tot een breed toepassingsbereik van de Tussenregeling. Immers, ook dan is de Tussenregeling van toepassing, terwijl de nieuwe vennootschap niet betrokken is geweest bij het in aftrek brengen van valutaverliezen. Toch kan deze vennootschap op geen moment van haar bestaan de deelnemingsvrijstelling toepassen ten aanzien van positieve valutaresultaten. Dit doet enigszins onredelijk aan, maar vanuit de geest van het splitsen en het ‘fiscaal in de plaats treden’ zou ik het vreemd vinden als de werking van de Tussenregeling hierdoor beperkt kan worden.

Voorts is de vraag hoe groot het bereik van de Tussenregeling is indien die gecombineerd wordt met het fiscale eenheidsregime ex artikel 15 Wet vpb 1969. Bijvoorbeeld in de situatie van een in Nederland gevestigde moeder en dochter die samen zijn gevoegd in een fiscale eenheid en een in het buitenland gevestigde kleindochter. Vervolgens brengt de fiscale eenheid valutaverliezen uit hoofde van de deelneming ten laste van de winst.

Op basis van het fiscale eenheid regime wordt belasting geheven alsof er sprake is van één belastingplichtige, namelijk de moeder.¹⁶⁰ De werkzaamheden en het vermogen van de dochter worden toegerekend aan de moeder, hiermee blijft de dochter subjectief belastingplichtig.¹⁶¹ Als de dochter een valutaverlies uit hoofde van een deelneming in aftrek brengt is de Tussenregeling vervolgens op die dochter van toepassing. Vervolgens wordt het vermogen en het resultaat conform het fiscale eenheidsregime toegerekend aan de moeder.

¹⁵⁹ Zie artikel 14a, lid 3 Wet vpb 1969. De toepassing van de Tussenregeling is eveneens aan de orde volgens artikel 28b, lid 2 Wet vpb 1969, indien de verkrijgende rechtspersoon ten tijde van de afsplitsing een besmette deelneming verkrijgt.

¹⁶⁰ Zie artikel 15, lid 1, Wet vpb 1969.

¹⁶¹ Zie Bouwman, J.N., t.a.p., paragraaf 8A.2.1.

Daarmee is de Tussenregeling uiteindelijk materieel van toepassing op de fiscale eenheid als geheel.

5 Als de fiscale eenheid wordt verbroken kan de Tussenregeling niet langer op de fiscale eenheid toegepast worden, deze bestaat immers niet meer. Vervolgens is de vraag of de Tussenregeling van toepassing is op de moeder, de dochter, of beide vennootschappen. De staatssecretaris heeft aangegeven dat het de laatste optie is, dus zowel de moeder als de dochter.¹⁶²

10 Strikt genomen is op grond van de wettekst de Tussenregeling alleen van toepassing op de belastingplichtige die negatieve valutaresultaten daadwerkelijk ten laste van de winst brengt, of heeft gebracht. In bovenstaande voorbeeld heeft de moeder feitelijk geen dergelijk valutaverlies in aftrek gebracht. Door het uitgangspunt van de staatssecretaris ontstaat daarmee een breder toepassingsbereik van de Tussenregeling.

15

Andere sanctiebepalingen in de Wet vpb 1969 hebben geen dergelijk besmettingsgevaar bij verbreking van de fiscale eenheid of juridisch afsplitsen. Zo volgt de besmette rechtshandeling inzake de rente aftrekbeperking van artikel 10a Wet vpb 1969 slechts de belastingplichtige die betrokken is bij die rechtshandeling. Bij de rente aftrekbeperking van 20 artikel 10d Wet vpb 1969 kan eveneens geen besmetting optreden bij andere lichamen dan degene aan wie getoetst wordt, ditzelfde geldt niet bij verbreking van de fiscale eenheid, noch bij een juridische splitsing.

De met de Tussenregeling meest vergelijkbare sanctiebepaling is mijns inziens de 25 herinvesteringsreserve (hierna: HIR) zoals opgenomen in artikel 3.54 Wet IB 2001 jo. artikel 15aj Wet vpb 1969. Een voorwaarde voor de toepassing en het behoud van de HIR is het voornemen tot herinvesteren. Indien het voornemen tot herinvesteren en de feitelijke reserve van die dochter is opgenomen in een fiscale eenheid, wordt de HIR conform artikel 15aj Wet vpb 1969 bij verbreken van de fiscale eenheid toegerekend aan die dochter als zou die de HIR 30 als zelfstandig belaste entiteit hebben gevormd. Ditzelfde is het geval bij een juridische splitsing: met beroep op het Besluit van de staatssecretaris van 5 december 2006¹⁶³ kunnen één of meerdere herinvesteringsreserves worden verdeeld over de verschillende rechtspersonen mits die rechtspersonen een relevant herinvesteringsvoornemen hebben. Vergeleken met de Tussenregeling is het vreemd dat het bereik van de Tussenregeling zonder

¹⁶² *Kamerstukken II* 2010/11, nr. 32.818, nr. 6, p. 3.

¹⁶³ Zie Besluit Staatssecretaris van Financiën van 5 december 2006, nr. CPP2006/1173M, Stcrt. 2006, 43, V-N 2007/5.8, paragraaf 6.2.

nuance wordt uitgebreid bij verbreken van de fiscale eenheid en het juridisch fuseren van een vennootschap.

5 Zoals vermeld geeft de staatssecretaris geen onderbouwing waarom de besmetting bij het verbreken van de fiscale eenheid en het juridisch splitsen van moedermaatschappij voor de toepassing van de Tussenregeling zo groot is. Wel is het door dit grotere besmettingsgevaar minder aantrekkelijk om valutaverliezen uit hoofde van een deelneming in aftrek te brengen. Dit kan er immers toe leiden dat een grote hoeveelheid positieve valutaresultaten uit hoofde van andere deelnemingen belast worden, maar zoals uit de volgende paragraaf zal blijken heeft dit voor de toepassing van de Tussenregeling ook gevolgen als een deelneming wordt verkocht aan een verbonden lichaam.

15 Met toepassing van de bedrijfsfusie, opgenomen in artikel 14 Wet vpb 1969, is het mogelijk om tegen uitreiking van aandelen een deel, of een gehele onderneming over te dragen. Ten aanzien van de overgedragen vermogensbestanddelen treedt de overnemer fiscaal in de plaats van de overdrager. Zou (een gedeelte van) de over te dragen onderneming bestaan uit een of meerdere deelnemingen waaruit een valutaverlies in aftrek is gebracht, dan geldt hetgeen is opgenomen artikel 28b, lid 1 Wet vpb 1969, gelijk aan de uitlatingen van de staatssecretaris omtrent de gevolgen van de Tussenregeling bij een fiscale splitsing, onverminderd voor de overnemer.

25 Ten aanzien van de juridische fusie, opgenomen in artikel 14b Wet vpb 1969, geldt mijns inziens dezelfde gevolgtrekking als de bedrijfsfusie. Bij een juridische fusie gaat het vermogen van de verdwijnende rechtspersoon onder algemene titel over naar de verkrijgende rechtspersoon. Bij overgang onder algemene titel treedt de verkrijgende rechtspersoon als het ware in de plaats van de verdwijnende rechtspersoon, die rechten en verplichtingen die voortvloeien uit hetgeen is verkregen gaan daarmee ook over. Derhalve zal, indien de verdwijnende rechtspersoon een valutaverlies uit hoofde van een deelneming in aftrek heeft gebracht, de Tussenregeling na juridische fusie van toepassing zijn op de verkrijgende rechtspersoon.

3.3.8 Terugwerkende kracht

De Tussenregeling is op 1 december 2011 gepubliceerd in het staatsblad en treedt in werking per 10 december 2011. De Tussenregeling heeft formeel terugwerkende kracht tot het moment van aankondiging van het wetsvoorstel op 8 april 2011 om 17.00 uur.¹⁶⁴ Deze

¹⁶⁴Staatsblad 2011/585, nr. 32.818, artikel II, Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen.

formeel terugwerkende kracht is volgens de staatssecretaris gerechtvaardigd met het oog op het “aankondigingseffect” en “rechtvaardige belastingheffing.”¹⁶⁵ De Commissie wetsvoorstellen van de NOB is echter van mening dat er niet voldoende zwaarwegende redenen zijn om terugwerkende kracht mee te geven.¹⁶⁶

5

Omdat terugbrengen van evenwichtige belastingheffing en bijkomende budgettaire aspecten in de behandeling van valutaresultaten de doelen zijn van de Tussenregeling, is de keuze van de wetgever om formeel terugwerkende kracht mee te geven niet vreemd. Als het HvJ EU oordeelt dat het niet in aftrek toelaten van valutaverliezen van deelnemingen in strijd is met het Unierecht, hebben belastingplichtigen de mogelijkheid aftrek van valutaverliezen te claimen in alle jaren waarin dat formeel nog mogelijk is.

De belastingplichtige heeft hiervoor twee mogelijkheden. Ten eerste om de aangifte van openstaande jaren te wijzigen, dit is mogelijk als de aanslag nog niet definitief vaststaat. De tweede mogelijkheid betreft een ambtshalve vermindering of teruggave als de aanslag inmiddels definitief vaststaat op grond van artikel 65 AWR.¹⁶⁷ Dit is mogelijk als de aanslag voor een te hoog bedrag is vastgesteld, of het verlenen van een in de belastingwet opgenomen vermindering, ontheffing of teruggaaf. Zoals blijkt uit het Besluit ambtshalve verminderen of teruggeven (hierna: BAVT), kan een ambtshalve vermindering plaatsvinden uit eigen beweging van de inspecteur en op verzoek van de belastingplichtige,¹⁶⁸ dit verzoek dient wel te worden ingediend voor het verstrijken van vijf jaar sinds het einde van het aanslagjaar. In beginsel is een vermindering of teruggave slechts mogelijk op grond van jurisprudentie die aanleiding geeft tot een gunstigere uitkomst indien het arrest waar de belastingplichtige zich op beroept is uitgesproken nadat de aanslag definitief is opgelegd. Omdat belastingplichtigen met beroep op het Deutsche Shell-arrest kunnen verzoeken tot vermindering of teruggave van hun niet afgetrokken valutaverliezen, is dit verzoek derhalve mogelijk voor definitieve aanslagen die zijn opgelegd na de datum van uitspraak van het HvJ EU op 28 februari 2008. Een verzoek tot vermindering of teruggaaf op aanslagen die zijn opgelegd voordat het Deutsche Shell-arrest is geweest, is op grond van het BAVT en jurisprudentie van het HvJ

¹⁶⁵Brief staatssecretaris van Financiën, 8 april 2011, t.a.p.

¹⁶⁶Zie commentaar NOB op het wetsvoorstel Tussenregeling, t.a.p., punt 1.

¹⁶⁷Zie Niessen-Cobben, R.M.P.G., *Wegwijs in de Algemene wet inzake rijksbelastingen* (Wegwijs Reeks), Amersfoort: SDU 2011, paragraaf 16.6

¹⁶⁸Zie Besluit Staatssecretaris van Financiën van 16 december 2010, nr. DGB2010/6799M, Stcrt. 2010, 20999, V-N 2011/2.5, paragraaf 2.

EU ¹⁶⁹ eveneens mogelijk indien dit tot een gunstiger resultaat zou leiden voor de belastingplichtige. Hiervoor dient aan enkele voorwaarden te worden voldaan¹⁷⁰:

- 5 1. het bestuursorgaan moet naar nationaal recht bevoegd zijn om op dat besluit terug te komen;
2. het in geding zijnde besluit moet definitief zijn geworden ten gevolge van een uitspraak van een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep;
- 10 3. voormelde uitspraak, gelet op latere rechtspraak van het Hof, berust op een onjuiste uitlegging van het gemeenschapsrecht, gegeven zonder dat het Hof is verzocht om een prejudiciële beslissing, en
4. de betrokkene zich tot het bestuursorgaan heeft gewend onmiddellijk na van die rechtspraak kennis te hebben genomen.

15 Concluderend heeft een belastingplichtige de mogelijkheid met enige “terugwerkende kracht” valutaverliezen uit hoofde van deelnemingen af te trekken. Dit geldt met name voor definitieve aanslagen die zijn opgelegd na de datum van uitspraak van het HvJ EU in het Deutsche Shell-arrest op 28 februari 2008. Belastingplichtigen komen slechts in aanmerking voor vermindering en teruggave ten aanzien van definitieve aanslagen die zijn opgelegd voor
20 die datum indien voldaan is aan bovenstaande voorwaarden.

De Tussenregeling treedt in werking op het moment dat valutaverliezen uit een deelneming waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, daadwerkelijk worden afgetrokken. Deze werking gaat formeel in vanaf 8 april 2011, om 17.00 uur. Zowel de belastingplichtige,
25 als de Belastingdienst heeft daarmee de mogelijkheid de belastinggrondslag van jaren in het verleden te wijzigen. De meegegeven formeel terugwerkende kracht helpt om het doel van de Tussenregeling, namelijk evenwichtige heffing valutaresultaten, te bereiken.

De NOB heeft in zijn commentaar reeds aangegeven niet blij te zijn met de terugwerkende
30 kracht ‘omdat de overheid zich niet houdt aan het rechtsbeginsel van rechtszekerheid.’¹⁷¹ Het aspect van terugwerkende kracht is volgens Pauwels sterk verankerd in het rechtszekerheidsbeginsel. Derhalve zal hieronder worden onderzocht of de terugwerkende kracht van de Tussenregeling inbreuk maakt op het rechtszekerheidsbeginsel.

¹⁶⁹ Zie BAVT, t.a.p., paragraaf 5.2. Dit is gebaseerd op het arrest HvJ EU 13 januari 2004, C-453/00, Kühne & Heitz.

¹⁷⁰ Zie Kühne & Heitz, r.o. 28.

¹⁷¹ Zie commentaar NOB op het wetsvoorstel Tussenregeling, t.a.p., punt 13.

In de parlementaire geschiedenis heeft de Raad van State reeds geadviseerd nader in te gaan op diverse aspecten van de formeel terugwerkende kracht.¹⁷² Uit het hierna volgende blijkt dat de Raad van State niet gelukkig is met de meegegeven formeel terugwerkende kracht. De Raad van State heeft in dezen slechts een adviserende rol waardoor onderstaande
5 uiteenzetting in beginsel slechts van informatieve aard is. Echter, omdat op sommige aspecten die de Raad van State opmerkt, wordt ingegaan door de staatssecretaris, kan de belastingplichtige zich hierop beroepen omdat dit onderdeel uitmaakt van de parlementaire geschiedenis. Bovendien weegt de parlementaire behandeling van de Tussenregeling ook mee indien de terugwerkende kracht wordt getoetst in het kader van het Unierecht en het
10 EVRM.¹⁷³

Volgens de Raad van State is terugwerkende kracht gerechtvaardigd indien zonder die terugwerkende kracht cumulatief sprake is van:

- 15
1. omvangrijk oneigenlijk gebruik of misbruik;
 2. aanmerkelijke aankondigingseffecten, anticipatiegedrag;
 3. voldoende kenbaar.

Ad 1. Ten aanzien van het eerste vereiste geeft de Raad van State aan dat van oneigenlijk
20 gebruik¹⁷⁴ of misbruik van een wettelijke voorziening in casu geen sprake zal zijn.

Uit de parlementaire geschiedenis is gebleken dat volgens de staatssecretaris misbruik of oneigenlijk gebruik aanwezig is bij sprake van gebruik dat in strijd is met doel en strekking van de wet.¹⁷⁵

25

Door de staatssecretaris wordt aangegeven dat deze omstandigheid zich juist wel zal voordoen doordat zonder de terugwerkende kracht de heffing over valutawinsten door verhangen van vennootschappen voor inwerkingtreding van de Tussenregeling kan worden voorkomen.

30

¹⁷² *Kamerstuk II* 2010/11, nr. 32.818, nr. 4, paragraaf 4.

¹⁷³ Zie meer uitgebreid paragraaf 3.4.3 waarin de formeel en materiële terugwerkende kracht wordt getoetst aan de hand van artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM, artikel 6 EVRM en beschikbare jurisprudentie met name ten aanzien van artikel 19 VwEU.

¹⁷⁴ Over het algemeen worden misbruik en oneigenlijk gebruik in een adem genoemd, bijvoorbeeld in de parlementaire behandeling van de Tussenregeling. Zie ook meerdere malen in *Kamerstukken II* 1996/97, nr. 25 212, nr. 3.

¹⁷⁵ Zie *Kamerstukken II* 1996/97, nr. 25 212, nr. 3, p. 7.

Ik kan me vinden in het argument van de staatssecretaris dat het voorkomen van heffing door belastingplichtigen gelijk staat aan oneigenlijk gebruik en misbruik van een wettelijke voorziening. Immers, er is sprake van oneigenlijk gebruik of misbruik indien gebruik in strijd met doel en strekking van de wet. Omdat door verhangning voor formele inwerkingtreding heffing kan worden voorkomen worden valutaresultaten onevenwichtig in heffing betrokken, hetgeen een doel van de Tussenregeling is. Bovendien moet sprake zijn van *omvangrijk* oneigenlijk gebruik. Omvangrijk gebruik kan ingevuld worden door het aantal belastingplichtigen te onderzoeken die dergelijk gedrag vertonen of om te onderzoeken hoe groot het budgettaire belang van dergelijk gedrag is. Afgaand op de genoemde cijfers in de parlementaire geschiedenis zijn er drie belastingplichtigen die zich bevinden in de bezwaarfase en negen in de aangiftefase, voorts betreft het een geclaimde grondslag van vier miljard.¹⁷⁶ Echter, of in deze groep belastingplichtigen aanwezig zijn die misbruik of oneigenlijk gedrag vertonen en om welk bedrag dit zou gaan, is niet vermeld. Volgens de staatssecretaris valt dit ook niet te onderzoeken, omdat door het meegeven van dergelijke terugwerkende kracht dit gedrag zich niet zal voordoen. Of voldaan is aan dit criterium, is daarom moeilijk te controleren aan de hand van de beschikbare informatie.

Ad 2. De Raad van State geeft aan dat de wetgever bevreesd is voor anticipatiegedrag zonder het meegeven van de terugwerkende kracht. Echter, het is volgens de Raad van State niet voldoende duidelijk hoeveel belastingplichtigen anticipatiegedrag zullen vertonen. Er zou derhalve geen sprake kunnen zijn van *aanmerkelijke* aankondigingseffecten, zo valt in ieder geval niet te concluderen uit de parlementaire geschiedenis.

De staatssecretaris behandelt dit aspect tezamen met het hiervoor besproken oneigenlijke gebruik of misbruik. Nogmaals, de staatssecretaris stelt dat het onmogelijk is om na te gaan in hoeverre er sprake is van *aanmerkelijke* aankondigingseffecten omdat deze situatie zich niet voor zal doen doordat terugwerkende kracht is meegegeven. Hij interpreteert de *aanmerkelijke* aankondigingseffecten vanuit een budgettair oogpunt welke de terugwerkende kracht mede zou rechtvaardigen. Omdat onduidelijk is in hoeverre belastingplichtige zouden proberen de werking van de Tussenregeling te ontgaan voor inwerkingtreding, noch welk budgettair effect dit zou kunnen hebben, is niet na te gaan in hoeverre voldaan is aan deze voorwaarde.

Ad 3. De Raad van State geeft tot slot aan dat het voorstel voldoende kenbaar dient te zijn. 'De kenbaarheid dient zodanig te zijn dat de marktdeelnemers die economische handelingen

¹⁷⁶ *Kamerstukken II 2010/11, nr. 32.818, nr. 6, p. 3.*

waarop de wet doelt verrichten, van de komende vaststelling van deze wet en de
voorgenomen terugwerkende kracht op zodanige wijze in kennis zijn gesteld dat zij in staat
zijn te begrijpen welke gevolgen de voorgenomen wetswijziging voor hun handelingen heeft.’
Deze kenbaarheid moet reeds uit het persbericht af te leiden zijn. Uit dit persbericht valt
5 volgens de Raad van State niet af te leiden of nadat valutaverlies succesvol in aftrek wordt
gebracht, valutawinsten uit alle deelneming worden belast, of slechts deze waaruit het
valutaverlies in aftrek wordt gebracht. Voorts blijkt niet welke valutawinst belast gaat
worden, omdat nog onduidelijk is welk valutaverlies eventueel in aftrek kan worden gebracht.

10 In de nota naar aanleiding van het verslag accepteert de staatssecretaris het oordeel van de
Raad van State dat de kenbaarheid uit het persbericht moet blijken.¹⁷⁷ Hij geeft aan dat in het
persbericht staat dat valutawinsten uit alle deelnemingen belast zullen worden. Dit zou
volgens hem blijken uit het zinsdeel ‘doel van dit wetsvoorstel is om bij belastingplichtigen
die valutaverliezen ten laste van de winst brengen eveneens de valutawinsten op
15 deelnemingen in de heffing te betrekken.’ Wel onderkent hij in zijn repliek op het oordeel van
de Raad van State indirect dat de belastingplichtige gebukt gaat onder onzekerheid met
betrekking tot zijn belastingpositie. Hij is echter de mening toegedaan dat deze onzekerheid
ook aanwezig zou zijn zonder de terugwerkende kracht. Dit, omdat op dit moment ook
onduidelijkheid bestaat of, en zo ja in hoeverre, valutaverliezen uit hoofde van een
20 deelneming in aftrek kunnen worden gebracht doordat er geen zekerheid bestaat op basis van
een arrest van het HvJ EU. Wel zou de belastingplichtige voldoende zekerheid hebben door
valutare resultaten onverkort onder de deelnemingsvrijstelling te realiseren. Mijns inziens is dit
argument een drogreden, de onzekerheid met betrekking tot de behandeling van valutawinsten
wordt tenslotte veroorzaakt door de Tussenregeling, niet door de afwezigheid van een arrest
25 van het HvJ EU. Dat er onzekerheid bestaat hoe omgegaan moet worden met valutaverliezen
uit hoofde van deelnemingen is inmiddels duidelijk. Maar de wetgever heeft met het ontwerp
van de Tussenregeling een keuze gemaakt om de behandeling van valutawinsten af te laten
hangen van de aftrekbaarheid van valutaverliezen. Aannemend dat die onzekerheid omtrent
de aftrek aanwezig is, heeft de wetgever er daarmee expliciet voor gekozen om de
30 onzekerheid te vergroten. Dit maakt het echter niet juist om te stellen dat die onzekerheid is
niet ontstaan in de interpretatie van jurisprudentie van het HvJ EU.

Uit de bovenstaande blijkt dat uit de parlementaire behandeling onvoldoende blijkt dat
bijzondere omstandigheden aanwezig zijn om terugwerkende kracht mee te geven. Zo blijkt
35 niet dat sprake is van omvangrijk oneigenlijk gebruik of misbruik of aanmerkelijke

¹⁷⁷ *Kamerstukken II 2010/11, nr. 32.818, nr. 6.*

aankondigingseffecten. Hoewel het budgettaire effect van de aftrek van valutaverliezen geraamd wordt op vier miljard aan belastingclaims, betekent dit niet dat veel belastingplichtigen omvangrijk oneigenlijk gebruik of misbruik zullen toepassen. Bovendien is de kenbaarheid onvoldoende aanwezig in het voorstel van de Tussenregeling in het persbericht van 8 april 2011. Deze kenbaarheid komt onvoldoende tot uiting omdat marktdeelnemers door de voorgenomen terugwerkende kracht uit het persbericht niet kunnen weten wat de fiscale gevolgen zullen zijn van de verkoop van een deelneming met latente valutawinsten. Het voorstel vergroot de onzekerheid van belastingplichtigen omtrent hun belastingpositie door de wijze waarop de Tussenregeling is ingericht. Daarmee blijkt dat de wetgever de rechtszekerheid van belastingplichtigen met de terugwerkende kracht aantast.

Nu de wetgever de Tussenregeling met formeel terugwerkende kracht in de wet heeft opgenomen, is de vraag in hoeverre belastingplichtigen een juridische basis hebben om zich hiertegen te verweren. Immers, er is geconstateerd dat de rechtszekerheid van belastingplichtigen die onder de reikwijdte vallen van de terugwerkende kracht van de Tussenregeling wordt aangetast.

Om de mogelijkheden tot juridische bescherming te onderzoeken wordt gekeken of er mogelijk in strijd met voorschriften van hogere orde, zoals de Grondwet of verdragen, wordt gehandeld. Een voorbeeld van een verdrag is het VwEU, welke in paragraaf 3.4.4 verder zal worden onderzocht op toetsingsmogelijkheden en eventuele beperking van de terugwerkende kracht. Toetsing van wetgeving in formele zin aan de Grondwet (hierna: Gw) is op grond van artikel 120 Gw niet mogelijk. Dit artikel leest: ‘De rechter treedt niet in beoordeling van grondwettigheid van wetten en verdragen.’¹⁷⁸

Ten tweede bestaat de mogelijkheid om de Tussenregeling te toetsen aan de (ongeschreven) rechtsbeginselen zoals het rechtszekerheidsbeginsel, welke door de Tussenregeling in het gedrang kunnen komen. Uit het in 1989 gewezen Harmonisatiewetarrest¹⁷⁹ blijkt dat de Hoge Raad de onderhavige Harmonisatiewet in strijd achtte met de rechtszekerheid, maar dat het niet mogelijk was deze toets uit te voeren op grond van artikel 120 Gw. Dit was een civielrechtelijke procedure, later werd dit arrest ook door de belastingkamer van de Hoge Raad bevestigd.¹⁸⁰ Hieruit concludeer ik dat de belastingplichtige in de Nederlandse wet geen

¹⁷⁸ Zie voor uitgebreide uiteenzetting: Pauwels, M.R.T., *Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen*, Amersfoort: Sdu Uitgevers 2009, paragraaf B.3.2.

¹⁷⁹ Zie HR 14 april 1989, NJ 1989/469.

¹⁸⁰ Zie HR 23 december 1990, BNB 1990/179.

mogelijkheid heeft om de terugwerkende kracht van de Tussenregeling te bestrijden door artikel 120 Gw.

3.3.9 Compartimentering en Tussenregeling

5 In de parlementaire geschiedenis is tweemaal¹⁸¹ aangegeven dat het compartimenteringsleer geen toepassing kan vinden bij toepassing van de Tussenregeling. Dit kan leiden tot het belasten van latente valutawinsten die zijn ontstaan ver voor de formele inwerkingtreding van de Tussenregeling. Dit leidt derhalve tot materieel terugwerkende kracht. Dit tot grote onvrede van de NOB die liever had gezien dat de terugwerkende kracht beperkt was gebleven tot het moment van aankondiging in het persbericht.¹⁸² De wettelijke basis voor het opzij
10 zetten van de compartimenteringsleer is opgenomen in het eerste lid, namelijk door gebruik van de term opkomen.

Het is de vraag of de uitlatingen van de staatssecretaris rechtsgeldig zijn en dus de materieel terugwerkende kracht daadwerkelijk wettelijke kracht heeft. Immers, de term “opkomen”
15 waarmee de compartimenteringsleer niet van toepassing zou zijn, is, zoals reeds aangegeven, ook in een andere betekenis aanwezig in de belastingwet. In artikel 5.9 Wet IB 2001 heeft de term “opkomen” niet meer betekenis dan zijn synoniem “ontstaan”.

De vraag is wel in hoeverre het standpunt van de staatssecretaris overeenkomt met hetgeen in
20 het compartimenteringsarrest aan de orde was. Oftewel, kan hij wel de compartimenteringsleer opzij zetten en materieel terugwerkende kracht bewerkstelligen? Hiervoor wordt het compartimenteringsarrest nader onderzocht, met name wordt onderzocht of de uitlatingen van de staatssecretaris werkelijk de compartimenteringsleer kan mitigeren.

25 Het eerste compartimenteringsarrest is gewezen op 2 juli 1986.¹⁸³ In dit arrest hield de belanghebbende een deelneming die voor 1 januari 1975 kwalificeerde als een deelneming die viel onder de reikwijdte van de deelnemingsvrijstelling. Door een wetwijziging met ingang van 1 januari 1975 was dit niet langer het geval en kwalificeerde deze deelneming als een beleggingsinstelling. De aankoopprijs van het nominale aandelenkapitaal van fl. 100.000,-
30 bedroeg toentertijd fl.168.000,-. Op het moment dat de deelneming als beleggingsinstelling werd aangemerkt was de waarde van de deelneming fl. 1.126.777,-. Deze waarde was bij de verkoop in 1979 ongewijzigd. De vraag was of de deelnemingsvrijstelling toch van toepassing kon zijn op de gehele waardeaan groei, omdat deze was ontstaan in de periode dat de

¹⁸¹ *Kamerstukken II* 2010/11, nr. 32 818, nr. 3, p. 3 en nr. 6, p. 6.

¹⁸² Zie commentaar NOB op het wetsvoorstel Tussenregeling, t.a.p., punt 12.

¹⁸³ HR 2 juli 1986, nr. 23.444, BNB 1986/305.

deelneming wel onder het bereik van de deelnemingsvrijstelling viel. De Hoge Raad heeft in het compartimenteringsarrest onomwonden geoordeeld dat:

5 “Nu het onderwerpelijke voordeel reeds aanwezig was op een tijdstip, waarop de in artikel 13, lid 1 van de Wet geregelde vrijstelling van toepassing was, brengt een redelijke wetstoepassing met zich die vrijstelling te doen gelden ook nu het voordeel eerst is gerealiseerd in een periode waarin de vrijstelling niet meer van toepassing was.”¹⁸⁴

10 Het compartimenteringleerstuk is aan de orde indien sprake is van een sfeerovergang. In eerdere arresten motiveert de Hoge Raad zijn beslissing met beroep op de redelijke wetstoepassing. In een later arrest, waarin het belang onder de 5% was gedaald en daarom niet langer sprake was van een deelneming, motiveert de Hoge Raad zijn oordeel met beroep op de strekking van de deelnemingsvrijstelling.¹⁸⁵ Martens wijst erop dat compartimentering een vorm van overgangsrecht is. Dit zou haar grond moeten vinden in redelijke wettoepassing of doel en strekking van het betreffende overgangsrecht.¹⁸⁶ In een inmiddels ingetrokken besluit was het standpunt ingenomen dat bij sfeerovergang als gevolg van een wetwijziging de compartimenteringsleer van toepassing is.¹⁸⁷ De compartimenteringsleer beïnvloed de wijze waarop de jaarwinst wordt vastgesteld, of zoals Martens het uitlegt: ‘met toepassing van de compartimenteringsleer wordt bij sfeerovergang de totaalwinst ter bepaling van de
20 jaarwinst gesplitst in een belast en onbelast deel’.¹⁸⁸

De staatssecretaris heeft aangegeven dat de compartimenteringsleer geen toepassing vindt, oftewel er is geen sprake van overgangsrecht. Behalve de formeel terugwerkende kracht tot aan de publicatie van het persbericht, wordt daarmee onbeperkt materieel terugwerkende
25 kracht gecreëerd. Dit komt in de wetstekst tot uiting met het gebruik van de term opkomen, hiermee wenst de staatssecretaris af te wijken van het jaarwinst begrip. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt verder dat hiermee wordt bedoeld dat bijvoorbeeld bij verkoop van een deelneming, de tot op dat moment ongerealiseerde valutawinsten die besloten liggen in die deelneming ‘opkomen’ en worden belast met toepassing van de Tussenregeling. Hieruit blijkt
30 dat met ‘naar voren komen’ wordt bedoeld dat valutawinsten worden belast, als deze conform de wettelijke winstbepalingen gerealiseerd worden.

¹⁸⁴ HR 2 juli 1986, t.a.p., onderdeel 4.

¹⁸⁵ Zie bijvoorbeeld HR 19 juni 1991, nr. 26 102, *BNB* 1991/268, r.o. 4.5.

¹⁸⁶ Zie Martens, W.C.M., t.a.p., paragraaf 11.4.

¹⁸⁷ Besluit van 26 februari 2008, nr. CPP 2008/257M, *BNB* 2008/121, ingetrokken bij besluit van 12 juli 2010, nr. DGB 2010/2154M, *BNB* 2010/278.

¹⁸⁸ Zie Martens, W.C.M., t.a.p., paragraaf 11.2.

Voor de inwerkingtreding van de Tussenregeling werden gerealiseerde valutawinsten vrijgesteld met toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Met de formele inwerkingtreding van de Tussenregeling kan het zo zijn dat gerealiseerde valutawinsten belast worden. Echter, met toepassing van de compartimenteringsleer blijven gerealiseerde valutawinsten vrijgesteld
5 omdat die worden toegerekend aan de periode waarin deze met toepassing van de deelnemingsvrijstelling niet belast werden. Daarmee worden slechts de valutawinsten belast die na formele inwerkingtreding gerealiseerd worden.

De inwerkingtreding van de Tussenregeling verandert dit. Zoals blijkt uit de parlementaire
10 geschiedenis is stellig en onomwonden bepaald dat de compartimenteringsleer in het kader van de sfeerovergang van valutawinsten uit deelnemingen door toepassing van de Tussenregeling niet gecompartmenteerd kunnen worden.

Op basis van doel van de Tussenregeling kan gesteld worden dat deze slechts het evenwicht
15 in de behandeling van valutaresultaten dient te herstellen. Omdat de compartimenteringsleer is gebaseerd op het doel en strekking van aanhangige regeling, kan de stelling worden ingenomen dat het in strijd met het doel van de Tussenregeling zijn om deze met materieel terugwerkende kracht toe te passen. Immers, materieel terugwerkende kracht gaat potentieel verder dan het herstellen van dit evenwicht. De uitlating van de staatssecretaris kan derhalve
20 haaks staan op het doel van de regeling.

Dienaangaande heeft de Hoge Raad in zijn arrest gewezen op 1 februari 2008¹⁸⁹ (nogmaals) aangegeven dat de staatssecretaris bij de behandeling van een wetsvoorstel twee petten op heeft, namelijk die van een beleidsbepaler en die van een medewetgever. Aan uitlatingen
25 gedaan als beleidsbepaler kan geen wettelijk vertrouwen worden ontleend, dit is anders voor uitlatingen gedaan als medewetgever. Uit zowel het persbericht, als de kamerstukken, kan geen twijfel ontstaan of naar voren komen over de hoedanigheid waarin de staatssecretaris zijn standpunt inneemt, namelijk als medewetgever. Dit is nadrukkelijk het geval voor de wijze waarop de term “opkomen” in de Tussenregeling geïnterpreteerd dient te worden.

30 Hoewel dergelijke terugwerkende kracht afdoet aan de rechtszekerheid van belastingplichtigen, kan op grond van het bovenstaande geconcludeerd worden dat de compartimenteringsleer op grond van uitlatingen van de staatssecretaris niet van toepassing is op positieve valutaresultaten die worden belast met toepassing van de Tussenregeling.

¹⁸⁹ HR 1 februari 2008, nr. 42.584, BNB 2008/81.

3.3.10 Slot

Op basis van het bovenstaande lijkt het erop dat de wetgever met de invoering van de Tussenregeling niet alleen het evenwicht in de behandeling van valutaresultaten heeft willen herstellen, maar tevens met het wetsontwerp belastingplichtigen ertoe tracht te sturen geen
5 valutaverliezen in aftrek te brengen. Dit blijkt onder meer uit:

- Automatische heffing over positieve valutaresultaten uit hoofde van alle deelnemingen van een belastingplichtige, zonder limiet tot bijvoorbeeld het bedrag aan afgetrokken valutaverliezen.

10 • Groot besmettingsgevaar binnen een concern doordat de Tussenregeling ook geldt voor verbonden lichamen die een besmette deelneming kopen, terwijl dit verbonden lichaam evenwel geen valutaverlies in aftrek heeft gebracht.

- Eveneens groot besmettingsgevaar indien gebruik wordt gemaakt van de juridische afsplitsing of het verbreken van een fiscale eenheid.

15 • Ruime materiële en formele terugwerkende kracht die het afgetrokken bedrag aan valutaverliezen uit hoofde van een deelneming ruimschoots kunnen overstijgen.

- Voorts wordt een eventueel in aanmerking te nemen liquidatieverlies potentieel verminderd.

20 Uitgaande van een belastingplichtige die zijn belastingdruk wenst te minimaliseren, valt er wat te zeggen voor de insteek van het wetsartikel. Een dergelijke belastingplichtige zal proberen zoveel mogelijk valutaverliezen uit zoveel mogelijk deelnemingen in aftrek te brengen. Dat vervolgens met de Tussenregeling wordt geprobeerd zoveel mogelijk valutawinsten in de heffing betreft, valt in dat opzicht wat voor te zeggen.

25

Zoals ook aangegeven door de NOB is sprake van overkill indien het HvJ EU bepaalt dat valutaverliezen aftrekbaar zijn.¹⁹⁰ Als dit in een arrest wordt bevestigd, zou het in strijd met het Unierecht zijn als belastingplichtigen geen valutaverliezen in aftrek brengen, ze zouden dan immers onjuist aangifte doen.¹⁹¹ Het onjuist doen van aangifte kan op grond van artikel
30 67d AWR leiden tot een boete. In dit artikel, noch in de parlementaire geschiedenis, is aangegeven wanneer sprake is van een onjuiste aangifte. Het niet juist doen van aangifte heeft het gevolg dat een vergrijpboete opgelegd kan worden. De hoogte van de boete is afhankelijk van het hetgeen dat ten onrechte niet, dan wel tot een te laag bedrag, wordt belast. Hieraan

¹⁹⁰ Zie commentaar NOB op het wetsvoorstel Tussenregeling, t.a.p., punt 3.

¹⁹¹ Nederland hanteert op grond van artikel 94 van de Grondwet het monistische stelsel, daardoor hebben verdragen zoals het VwEU waar de verdragsvrijheden in zijn opgenomen directe werking.

kan de conclusie worden verbonden dat er slechts sprake is van een onjuiste aangifte als hierdoor te weinig belasting wordt geheven.

De vraag is hoe bovenstaande uitwerkt indien komt vast te staan dat valutaverliezen uit
5 hoofde van een deelneming aftrekbaar zijn. Er ontstaan twee scenario's, allereerst kan het zo
zijn dat een belastingplichtige meer valutaverliezen heeft dan valutawinsten, derhalve zou
geen onjuiste aangifte zijn gedaan. Ten tweede ontstaat de situatie dat de belastingplichtige
meer valutawinsten dan valutaverliezen (er moet wel sprake zijn van enig aftrekbaar
10 valutaverlies). Zou vervolgens op grond van het Unierecht het valutaverlies in aftrek te
moeten worden gebracht, waarna op grond van de Tussenregeling alle valutawinsten worden
belast? Op basis van een strikte uitleg van hetgeen een onjuiste aangifte is, ben geneigd deze
vraag bevestigend te beantwoorden. Hetgeen ertoe zou leiden dat belastingplichtigen
valutare resultaten uiteindelijk zullen realiseren zonder toepassing van de
15 deelnemingsvrijstelling, ze zouden zichzelf benadelen door ze niet in aftrek te nemen en
worden hiertoe verplicht op het moment dat valutawinsten opkomen. Echter, uit de
parlementaire geschiedenis is gebleken dat de Tussenregeling een keuzeregeling is. Een keuze
die afhangt hoe de belastingplichtige omgaat met valutaverliezen. Vervolgens wordt door de
staatssecretaris opgemerkt dat geen sprake van een onjuiste aangifte indien de
20 formeel rechtelijke uitwerking, desalniettemin mogen belastingplichtigen vertrouwen op de
uitlating van de staatssecretaris in dezen.

Hoewel de Tussenregeling is gepresenteerd als een keuzeregeling die ter beschikking staat
van belastingplichtigen zodat zij kunnen kiezen hoe valutare resultaten uit hoofde van
25 deelnemingen gerealiseerd worden. Uit het wetsontwerp blijkt echter dat de keuze zodanig
wordt gestuurd dat realisatie buiten de deelnemingsvrijstelling om zeer nadelige gevolgen kan
hebben. Zoals inmiddels is gebleken kunnen belastingplichtigen die geconfronteerd worden
met de Tussenregeling nadeliger af zijn, onder andere door de bredere werking en de formeel
en materieel terugwerkende kracht. Met name de terugwerkende kracht kan hieraan voor
30 belastingplichtigen zeer nadelige gevolgen verbinden. Dit maakt een sanctiebepaling eerder
een strafbepaling voor het voldoen aan de fiscale verplichtingen die voortkomen uit het
Unierecht.

Met name de slotzin in de nota naar aanleiding van het verslag geeft naar mijn idee de “ware
35 bedoeling” van de staatssecretaris aan, namelijk belastingplichtigen er zoveel mogelijk toe te

¹⁹² Zie *Kamerstukken II* 2011/12, nr. 32 818, nr. 6, p. 3.

bewegen valutaresultaten onder de deelnemingsvrijstelling te blijven realiseren. Zo gaat de heffing over valutawinsten door middel van de Tussenregeling mogelijk verder dan het herstellen van het budgettaire evenwicht in de behandeling van valutaresultaten. Dan zouden namelijk slechts valutawinsten belast worden ter compensatie van de afgetrokken
5 valutaverliezen, maar niet meer dan dat. Dit zou het voor belastingplichtigen wel aantrekkelijker maken om valutaresultaten zonder toepassing van de deelnemingsvrijstelling te realiseren, er is immers geen neerwaarts risico, maar de huidige werking is hierdoor niet in overeenstemming met het doel en strekking. Ook worden deelnemingen waaruit geen valutaverliezen in aftrek zijn gebracht geconfronteerd met de Tussenregeling. Dit geldt tevens
10 voor verbonden lichamen die een besmette deelneming verkrijgen.

Concluderend kan de belastingplichtige geconfronteerd worden met aanzienlijke heffing over valutawinsten, zodanig, dat belastingplichtigen die voor de keuze staan wel of niet valutaverliezen af te trekken wellicht eerder ervoor kiezen dit toch maar niet te doen. Hoewel
15 ontegenzeggelijk sprake is van een keuzeregeling, is de werking zodanig dat deze wordt beïnvloed door financiële gevolgen, oftewel de keuze is niet vrijblijvend zoals de betekenis van het woord suggereert. De Tussenregeling zorgt er niet voor dat valutaresultaten evenwichtig in de heffing worden betrokken, zoals wel in de parlementaire geschiedenis als doel van de regeling is aangegeven. Naar mijn mening doet dergelijke wetgeving afbreuk aan
20 het vertrouwen dat belastingplichtigen in de wetgever moeten kunnen hebben, zoals Stevens in het verleden ook heeft geschreven kan dit vervolgens leiden tot een verzwakking van het fiscale moraal van de belastingplichtigen.¹⁹³

3.4 Tussenregeling en Europese verdragen

Toen de Tussenregeling nog een wetsvoorstel was kwam de vraag op of deze in strijd zou
25 kunnen zijn met het Unierecht.¹⁹⁴ Ook in de literatuur is de vraag aan de orde geweest.¹⁹⁵ Uit de onderstaande punten wordt van één en twee in paragraaf 3.4.1, respectievelijk paragraaf 3.4.2, de strijdigheid van de Tussenregeling met het Unierecht onderzocht. Van punt drie wordt in paragraaf 3.4.4 eventuele strijdigheid van de Tussenregeling onderzocht met het Europese Verdrag van de Mensen en het Unierecht.

30

1. vormgeving als keuzeregeling;
2. tussenregeling en mogelijke overkill;

¹⁹³ Stevens, L.G.M., Reparatiwetgeving, *MBB* 1979/1.

¹⁹⁴ Zie commentaar NOB op het wetsvoorstel Tussenregeling, t.a.p., punt 9.

¹⁹⁵ Wisman, C., t.a.p. en ook Sanders, M., Stevens, A.J.A., De tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen, *WFR* 2011/1290, paragraaf 4.

3. terugwerkende kracht.

3.4.1 Tussenregeling is keuzeregeling?

Wisman¹⁹⁶ gaat er ook vanuit dat het niet in aftrek toelaten van valutaverliezen in strijd is met het Unierecht. Door Wisman wordt de Tussenregeling gekenmerkt als ‘een voorwaardelijke keuzeregeling, een optie’. Deze keuzeregeling moet de belastingplichtige de mogelijkheid geven ervoor te kunnen kiezen niet langer belemmerd te worden, zo valt af te leiden uit het artikel. De auteur vraagt zich af of de Tussenregeling als keuzeregeling die belemmerende werking van het niet kunnen aftrekken van valutaverliezen wel weg kan nemen. Hiervoor trekt de auteur een vergelijking met het arrest Gielen¹⁹⁷, waaruit is gebleken dat de keuzeregeling van artikel 2.5 Wet IB 2001 een Unierechtelijke discriminatie niet weg kan nemen. De auteur concludeert dat de Tussenregeling door strijdigheid met het Unierecht feitelijk geen werking heeft, omdat deze gelijk aan het arrest Gielen, de beperking niet weg kan nemen.

In het arrest Gielen ging het om een in Duitsland wonende ondernemer die zijn werkzaamheden in Duitsland en Nederland verrichtte. In de Wet IB 2001 zijn enkele ondernemersfaciliteiten opgenomen die slechts beschikbaar zijn voor ondernemers die voldoen aan het urencriterium (minimaal 1.225 uur) van artikel 3.6 Wet IB 2001. De heer Gielen had in Nederland minder dan het vereiste aantal uren gewerkt, maar indien de in Duitsland gewerkte uren hieraan werden toegevoegd, werd hier wel aan voldaan. De Belastingdienst heeft de faciliteiten niet toegekend, waarna een juridische procedure ontstond. Het HvJ EU oordeelde dat het niet toekennen van de faciliteiten een discriminatie behelst van buitenlands belastingplichtigen. Hier werd tegenin gebracht dat als Gielen had geopteerd voor de behandeling als binnenlandsbelastingplichtige, zoals opgenomen in artikel 2.5 Wet IB 2001, dit probleem niet aanwezig was geweest. Het HvJ EU oordeelt echter, dat de keuzeregeling discriminatie van de belastingmaatregelen niet kan wegnemen.

Sanders en Stevens¹⁹⁸ gaan in op het artikel van Wisman. Zij stellen dat de Tussenregeling geen keuzeregeling is. Sander en Stevens voeren aan dat, analoog aan het arrest Gielen, het verweer dat, op grond van de Tussenregeling de belastingplichtige de “keuze” heeft valutaresultaten belast te genieten, naar verwachting niet wordt aangevoerd als argument. Immers, de enige keuze die de belastingplichtige heeft is zich wel of niet in rechte verzetten tegen de toepassing van de deelnemingsvrijstelling over valutaverliezen. Als het HvJ EU

¹⁹⁶ Wisman, C., Tussenregeling valutaresultaten; gooit Gielen roet in het eten?, *NtFR* 2011/1464, paragraaf 6.

¹⁹⁷ Zie HvJ EU 18 maart 2010, C-440/08, Gielen.

¹⁹⁸ Zie Sanders, M., Stevens, A.J.A., t.a.p., paragraaf 4.3.

oordeelt dat er een belemmering aanwezig is in de behandeling van valutaresultaten in de deelnemingsvrijstelling, dan kan deze belemmering niet gerechtvaardigd worden met het argument dat de belastingplichtige zich in rechte kan verzetten tegen deze belemmering. Ze zijn van mening dat dergelijk argument ook niet aangevoerd zal worden. Oftewel, de
5 Tussenregeling is niet bedoeld om een belemmering van het niet kunnen aftrekken van valutaresultaten weg te nemen. Ik voeg hier graag aan toe dat naar mijn mening de toepassing van artikel 28b Wet vpb 1969 geen keuze is, de toepassing volgt uit het in aftrek hebben gebracht van een valutaverlies. Hierin schuilt een groot verschil ten opzichte van artikel 2.5 Wet IB 2001.

10

Voorts concluderen zij dat er sprake is van een nieuwe situatie als belastingplichtigen uiteindelijk hun eis, dat valutaverliezen aftrekbaar zijn, bevestigd zien in de rechtspraak. Dan treedt de Tussenregeling materieel in werking waardoor belastingplichtigen zich geconfronteerd zien met heffing over valutawinsten op deelnemingen. In die zin is de
15 Tussenregeling mijns inziens meer een sanctiebepaling dan een keuzeregeling. Het is nimmer de bedoeling geweest een belemmering weg te nemen, het is de bedoeling de gevolgen van een mogelijk arrest te beperken.

Tot slot merken Sanders en Stevens, maar ook de redactie van de Vakstudie¹⁹⁹, op dat, als de
20 Tussenregeling wel de vorm zou hebben van een keuzeregeling, deze op grond van het reeds aangehaalde arrest Gielen, een eventuele Unierechtelijke belemmering niet weg kan nemen. Een dergelijke keuzeregeling zou de belastingplichtige voor de keuze stellen alle valutaresultaten buiten het toepassingsbereik van de deelnemingsvrijstelling te houden. De redactie van de Vakstudie merkt op dat, indien het HvJ EU de hoofdregel van de
25 deelnemingsvrijstelling als discriminerend en niet in overeenstemming met het Unierecht kwalificeert, een dergelijke keuzeregeling, zoals de Tussenregeling, die discriminatie niet weg kan nemen.

Concluderend zijn er mijns inziens in het arrest Gielen geen gronden om aan te nemen dat de
30 werking van de Tussenregeling beperkt kan worden. De regeling heeft niet de bedoeling een belemmering weg te nemen. Wel dient onderzocht te worden of eventueel aanwezige overkill en/of de terugwerkende kracht in strijd is met het Unierecht.

¹⁹⁹ Zie redactie vakstudienieuws, ‘Nota naar aanleiding van verslag inzake wetsvoorstel Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen naar Tweede Kamer’, V-N 2011/51.16, aantekening, EU-rechtelijke inkadering.

3.4.2 Overkill?

In het commentaar van de NOB ten aanzien van het wetsvoorstel van de Tussenregeling zijn meerdere kritische opmerkingen gemaakt over overkill van deze regeling:

- 5 1. De NOB ziet niet in waarom de Tussenregeling, die eigenlijk reparatiewetgeving is, ertoe kan leiden dat meer valutawinsten worden belast dan in eerste instantie werden afgetrokken. Het gevolg van deze regeling kan zijn dat deze verder gaat dan alleen het repareren van een onwenselijke aftrekpost.²⁰⁰
- 10 2. De NOB vindt het niet noodzakelijk dat valutawinsten van andere deelnemingen dan waaruit de valutaverliezen in aftrek zijn genomen moeten worden belast.²⁰¹

Ook in commentaar op het wetsvoorstel is aangegeven dat er een belemmering aanwezig kan zijn die in strijd is met het Unierecht.²⁰² Naar mijn idee zijn er twee scenario's te onderscheiden waarin mogelijk sprake is van een belemmering:

- 15 1. Als het HvJ EU oordeelt dat valutaverliezen aftrekbaar zijn, is het mogelijk dat de wetgever belastingplichtigen nog steeds belemmert in de aftrek van valutaverliezen doordat de Tussenregeling de aftrek beperkt.
- 20 2. In de nieuwe situatie waarin valutawinsten met toepassing van de Tussenregeling belast worden, kan sprake zijn van discriminatie naar vestigingsplaats. In een zuiver binnenlandse situatie kan geen positief te belasten valutaresultaat ontstaan, terwijl dit in een grensoverschrijdende situatie wel mogelijk is.

Ad 1. Uit het onderzoek van het Deutsche Shell-arrest is gebleken dat het HvJ EU geen verband aanwezig acht tussen de behandeling van valutawinsten en valutaverliezen.²⁰³ Ervan
25 uitgaande dat valutaverliezen aftrekbaar zijn, worden met toepassing van de Tussenregeling onderaan de streep niet alleen valutaverliezen, maar ook valutawinsten in de heffing betrokken. Echter, in die situatie zijn wel degelijk valutaverliezen in aftrek gebracht. Mijns inziens is hier derhalve geen sprake van een beperking die in strijd is met het Unierecht.

30 Ad 2. Hoewel in een dergelijke situatie ontegenzeggelijk sprake is van discriminatie naar land van vestiging, is geen sprake van een negatieve situatie. De belastingplichtige bevindt zich door wisselkoersverschillen op dat moment in een winstgevende situatie, dat hiervan een gedeelte belast wordt zorgt niet voor een belemmering van de interne marktwerking. Dat dit

²⁰⁰ Zie commentaar NOB op het wetsvoorstel Tussenregeling, t.a.p., punt 1.

²⁰¹ Zie commentaar NOB op het wetsvoorstel Tussenregeling, t.a.p., punt 2.

²⁰² Zie commentaar van Ruijschop, M.H.C., Wetsvoorstel Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen, *NTFR* 2011/1430, p. 2.

²⁰³ Zie Deutsche Shell, r.o. 40.

valutaresultaat in de lidstaat, waar de moeder is gevestigd, wordt belast, is ook niet meer dan logisch aangezien het in het land waar de dochtervennootschap is gevestigd niet zichtbaar is. Dit is in overeenstemming met hetgeen HvJ EU in het arrest National Grid Indus besloot ten aanzien van de realisatie van valutawinsten bij emigratie van de vennootschap. Hierin werd in
5 beginsel een verboden belemmering geconstateerd, deze belemmering werd echter gerechtvaardigd door de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid. Ik verwacht dat zelfs in het geval uit een deelneming geen valutaverliezen zijn afgetrokken, maar op enig moment wel op grond van lid 1 van artikel 28b Wet vpb 1969 valutawinsten worden belast, er geen sprake is van een belemmering die in strijd is met het Unierecht. Zoals
10 bleek uit het Deutsche Shell-arrest behandelt het HvJ EU valutawinsten en valutaverliezen ten slotte niet als twee zijden van dezelfde medaille.

Hoewel er overkill aanwezig is in de Tussenregeling, moet ik concluderen dat er geen strijdigheid aanwezig is met Unierecht. Deze overkill zou in een rechterlijke procedure slechts
15 van belang zijn bij de weging van de proportionaliteit.²⁰⁴ Aangezien aan deze stap niet toegekomen wordt, is dit vanuit een Unierechtelijk kader niet relevant.

Hieruit concludeer ik dat de Tussenregeling in het algemeen en de overkill, die de regeling met zich mee brengt, niet in strijd is met het Unierecht.

20 **3.4.3 Terugwerkende kracht**

Ten aanzien van de meegegeven terugwerkende kracht van de Tussenregeling hebben auteurs hun twijfels met betrekking tot de Unierechtelijke houdbaarheid ervan.²⁰⁵ In deze paragraaf wordt dankbaar gebruik gemaakt van het proefschrift van M.R.T. Pauwels die de formeel en materieel terugwerkende kracht van belastingwetgeving heeft onderzocht. In de bijlage van
25 dit proefschrift deed hij nader onderzoek naar twee rechtsingangen die tot een mogelijke beperking van terugwerkende kracht konden leiden, te weten in het EVRM artikel 1 van het Eerste Protocol artikel 6 EVRM. Daarnaast in het Unierecht de beschikbare jurisprudentie van het HvJ EU waarin het communautaire rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel aan de orde waren.²⁰⁶

30 **3.4.3.1 Artikel 1, Eerste Protocol EVRM en artikel 6 EVRM**

Een belastingplichtige kan zich via artikel 93 en 94 van de Grondwet beroepen op artikel 1 Eerste Protocol EVRM. In dit artikel is de bescherming van het recht op eigendom

²⁰⁴ Zie laatste stap (viii) van de 'rule of reason test' zoals uiteen gezet door Terra, B.J.M., Wattel, P.J., *European Tax Law*, Kluwer: Deventer 2008, paragraaf 3.3.2.

²⁰⁵ Zie bijvoorbeeld Sanders, M., Stevens, A.J.A., t.a.p. en Wisman, C., t.a.p.

²⁰⁶ Zie Pauwels, M.R.T., t.a.p., bijlage D en bijlage E.

vastgelegd. Mocht er inbreuk gemaakt worden op dit recht dan kan iemand zich wenden tot het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM). Dit is slechts mogelijk mits de nationale rechtsmiddelen zijn benut en uitgeput.

5 Uit de jurisprudentie is gebleken dat meegeven van formeel en/of materieel terugwerkende kracht aan belastingwetgeving, in beginsel niet is verboden op grond van het artikel 1 Eerste Protocol EVRM.²⁰⁷ Om vast te stellen of sprake is van een schending van het eigendomsrecht wordt het onderstaande toetsingsschema gehanteerd:²⁰⁸

- 10
1. Is er sprake van eigendom?
 2. Is er sprake van aantasting van het eigendomsrecht?
 3. Is de aantasting van het eigendomsrecht geoorloofd omdat de tot de aantasting leidende maatregel:
 - a) rechtsgeldig is;
 - 15 b) een legitiem doel dient; en
 - c) proportioneel is (ook wel 'fair balance'-test)?

Het EHRM legt het begrip eigendom in de jurisprudentie vaak breed uit.²⁰⁹ Er zijn twee typen aantastingen, ontneming van eigendom en regulering van het gebruik van eigendom. Dit onderscheid heeft in de praktijk echter aan belang ingeboet, doordat in de fair balance-test de gehele maatregel nogmaals getoetst wordt.²¹⁰

20

Ten aanzien van het eerste en tweede punt leidt Pauwels uit de beschikbare rechtspraak af dat de eerste twee punten vaak overgeslagen worden.²¹¹ Dit, omdat in het derde punt de maatregel in het geheel getoetst kan worden op evenwichtige werking.

25

Derhalve is toetsing aan de derde eis het meest relevant om te onderzoeken in hoeverre artikel 1 Eerste Protocol EVRM wordt geschonden door de terugwerkende kracht van de Tussenregeling.

30

²⁰⁷ Zie Pauwels, M.R.T., t.a.p., p. 415, gebaseerd op EHRM 10 juni 2003, FED 2003/604, M.A.

²⁰⁸ Zie Pauwels, M.R.T., t.a.p., p. 402.

²⁰⁹ Zie M.R.T. Pauwels, t.a.p., paragraaf D.2.2, p. 403.

²¹⁰ Zie M.R.T. Pauwels, t.a.p., paragraaf D.2.3, op grond van EHRM 20 juli 2004, FED 2004/709, Bäck, r.o. 58.

²¹¹ Zie M.R.T. Pauwels, t.a.p., paragraaf D.4.3 met verwijzing naar de reeds aangehaalde M.A.-zaak.

Daarvoor moet de maatregel allereerst rechtsgeldig zijn en moet deze voor belastingplichtigen ‘sufficiently accessible, precise and foreseeable’ zijn.²¹² Dit houdt in dat de terugwerkende kracht ‘kenbaar, precies en voorzienbaar’ moet zijn.

- 5 Ook moet de maatregel een legitiem doel dienen, oftewel getroffen zijn om het algemeen belang te dienen. Het EHRM geeft nationale autoriteiten ruimte om te bepalen wat in het algemeen belang is, omdat zij in een betere positie verkeren om dit te bepalen. De toets of voldaan wordt aan dit vereiste is in jurisprudentie beperkt gebleven tot beoordelen of de maatregel ‘manifestly without reasonable foundation’²¹³ of ‘devoid of reasonable
10 foundation’²¹⁴ is.

- Tot slot moet de maatregel in het geheel proportioneel zijn. Hieraan wordt voldaan als de gebruikte middelen uit de maatregel in evenwicht zijn met het doel van wat wordt beoogd.²¹⁵ Er moet sprake zijn van fair balance tussen het algemene – en het individuele belang.²¹⁶ In de
15 proportionaliteitseis komen alle voorgaande aspecten tezamen, zodat men een weloverwogen afweging kan maken of al dan niet een schending van de rechten van de mens plaatsvindt.

- Om te onderzoeken of de formeel en materieel terugwerkende kracht van de Tussenregeling in strijd is met artikel 1 Eerste Protocol EVRM dient allereerst het doel hiervan bepaald te
20 worden. Op basis van de parlementaire behandeling is dit om anticipatiegedrag van belastingplichtigen tegen te gaan op grond van rechtvaardige belastingheffing.

- Hoewel de Tussenregeling geen belastingmaatregel is gericht op belastingontwijking, is het meegeven van de terugwerkende kracht hier wel voor bedoeld. Bovendien is gebleken dat
25 nogal gemakkelijk aangenomen wordt dat sprake is van een maatregel die gericht is tegen belastingontwijking.²¹⁷ Pauwels en anderen concluderen, op basis van eerdere jurisprudentie, dat maatregelen die belastingontwijking tegenwerken, niet snel een schending van artikel 1 Eerste Protocol EVRM inhouden.²¹⁸

²¹² Zie onder meer EHRM 5 januari 2000, NJ 2000/571, Beyeler, r.o. 109.

²¹³ Zie EHRM 21 februari 1986, nr. 8783/79, James, r.o. 46.

²¹⁴ Zie EHRM 23 februari 1995, BNB 1995/262, Gasus, r.o. 60.

²¹⁵ Zie EHRM 20 november 1995, BNB 1996/123, Pressos Compania Naviera, r.o. 38.

²¹⁶ Zie EHRM 22 september 1994, FED 1994/762, Hentrich, r.o. 49.

²¹⁷ Zie M.R.T. Pauwels, t.a.p., paragraaf D.4.7, p. 422, op grond van overwegingen uit het M.A.-arrest.

²¹⁸ Zie M.R.T. Pauwels, t.a.p., paragraaf D.4.7, p. 423. Slechts in één geval heeft een (feiten)rechter geoordeeld dat de terugwerkende kracht in strijd is met artikel 1 van het Eerste Protocol EVRM. Dit oordeel wordt door de auteur in twijfel getrokken, hij vindt dat de afweging dat sprake is van een schending te kort door de bocht is genomen.

In bepaalde zaken zijn de eisen waaraan een maatregel moet voldoen strenger, namelijk indien een maatregel invloed heeft op een lopende rechterlijke procedure. Dan is er mogelijk sprake van een schending van artikel 6 EVRM, in dit artikel is het recht op een eerlijk proces vastgelegd.

5

Door toepassing van de Tussenregeling in het algemeen, en de formeel en materieel terugwerkende kracht in het bijzonder, wordt het financiële belang van de belastingplichtige die een rechtelijke procedure voert om valutaverliezen in aftrek te brengen aangetast. Immers, als de belastingplichtige in het gelijk wordt gesteld, treedt de formeel en materieel
10 terugwerkende kracht in werking. Die heeft de potentie de afgetrokken valutaverliezen niet alleen te neutraliseren, maar mogelijk zelfs om te buigen naar een te belasten winst.

Of sprake is van een mogelijke schending hangt af van meerdere factoren. Zo is er minder snel sprake van een schending indien een maatregel effectief alle betekenis ontnemt aan een
15 oordeel van de rechter.²¹⁹ Dit is tevens het geval indien een maatregel algemene werking heeft en niet specifiek de procedure van een bepaald individu frustreert.²²⁰ Voorts is er minder snel sprake van een schending indien niet het gehele voordeel uit de rechterlijke procedure wordt afgenomen.²²¹

20 Belastingplichtigen die op dit moment procedures volgen om valutaverliezen af te kunnen trekken, zullen zich geconfronteerd zien met een sanctie. Echter, omdat de Tussenregeling niet zozeer het gehele voordeel ontnemt, maar slechts in zoverre er valutawinsten opkomen, verwacht ik dat er geen sprake is van een schending van artikel 6 EVRM. Uit dit voordeel ontnemende aspect komt de evenwichtige behandeling van valutaresultaten naar voren:
25 belasten van een voordeel als het nadeel aftrekbaar is. Ik verwacht dan ook dat een rechter hiervoor sympathie kan opbrengen in die zin dat er sprake is van een schending van 6 EVRM. De doorslaggevende omstandigheid hierin, is dat de introducties van de Tussenregeling slechts regelt hoe om valutawinsten behandeld worden, de beoordeling van rechtelijke instanties blijft open hoe om dient te gaan met valutaverliezen.²²² Bovendien is er geen sprake
30 van het ontnemen van betekenis van een rechterlijk uitspraak. Zou deze immers besluiten dat valutaverliezen aftrekbaar moeten zijn, dan vormt de Tussenregeling geen obstakel. Dat de Tussenregeling met haar terugwerkende kracht in potentie het economisch voordeel van de aftrek van valutaverliezen ontnemt van belastingplichtigen, betekent niet dat de betekenis de

²¹⁹ Zie EHRM 9 oktober 2003, nr. 61237/00, Acimovic, r.o. 30-35.

²²⁰ Zie EHRM 9 december 1994, NJ 1996/592, Stran Greek Refineries en Stratis Andreadis, r.o. 47.

²²¹ Zie EHRM 27 mei 2004, EHRC 2004/66, OGIS-Institu Stanislas, r.o. 86.

²²² Zo blijkt reeds aangehaalde Acimovic, zie ook Pauwels, M.R.T., paragraaf D.5.3, p. 430.

rechterlijke uitspraak dat valutaverliezen aftrekbaar zijn ontkracht wordt. Concluderend verwacht ik niet dat de formeel en materieel terugwerkende kracht die is meegegeven aan de Tussenregeling een schending van bovenstaande artikelen inhoudt.

3.4.3.2 Rechtszekerheid- en vertrouwensbeginsel

5 Op grond van artikel 19 VwEU verzekert het HvJ EU de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van de Verdragen. Een onderdeel van de verzekerde eerbiediging van het recht zijn de algemene rechtsbeginselen, waarvan het rechtszekerheidsbeginsel er één is. Het vertrouwensbeginsel is geen algemeen rechtsbeginsel, maar een voortvloeisel van het rechtszekerheidsbeginsel.²²³

10

Uit jurisprudentie is gebleken dat aan regelgeving geen formeel of materieel terugwerkende kracht behoort te worden verleend, omdat dit in beginsel een inbreuk op het vertrouwensbeginsel oplevert. Een inbreuk op het vertrouwensbeginsel kan slechts ingeroepen worden door ‘een voorzichtige en bezonnen marktdeelnemer’.²²⁴

15

Terugwerkende kracht kan gerechtvaardigd worden door te voldoen aan twee vereisten, te weten dat het noodzakelijk is voor het te bereiken doel van de maatregel en dat de maatregel het rechtmatige vertrouwen voldoende in acht neemt.²²⁵

20

Ten aanzien van het eerste vereiste en de terugwerkende kracht van de Tussenregel is inmiddels meerdere malen aangegeven dat de staatssecretaris de terugwerkende kracht noodzakelijk acht om ontgaansmogelijkheden tegen te gaan. Uit jurisprudentie is gebleken dat het HvJ EU de noodzakelijkheidsvereiste marginaal toetst door te beoordelen in hoeverre dergelijke motivering gefundeerd is en na te gaan of deze maatregel is getroffen in het algemeen belang.²²⁶

25

Wel dient het risico dat aankondigingseffecten aan de orde zijn, in voldoende mate aanwezig te zijn.²²⁷ De inschatting van het risico is in de praktijk lastig omdat dit een fictieve situatie is. Derhalve wordt dit risico ingeschat op basis van hetgeen belanghebbende aanvoert.

30

²²³ Zie HvJ EU 15 februari 1996, zaak C-63/93, Duff, r.o. 20.

²²⁴ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 15 juli 2004, gevoegde zaken C-37/02 en C-38/02, Di Lenardo Adriano en Dillexport.

²²⁵ Zie M.R.T. Pauwels, t.a.p., paragraaf E.3.7, p. 458.

²²⁶ Zie ook HvJ EU 4 oktober 2001, BNB 2002/396, Stichting Goed Wonen II, r.o. 39.

²²⁷ Zie Stichting Goed Wonen II, r.o. 39.

Zonder terugwerkende kracht konden belastingplichtigen de Tussenregeling gemakkelijk ontgaan door deelnemingen met latente valutawinsten te verhangen onder vennootschappen waarop de Tussenregeling niet van toepassing is. In eerdere jurisprudentie was ook een regeling met formeel terugwerkende kracht aan de orde die bedoeld was om ontgaansmogelijkheden te beperken.²²⁸ Hierin werd door de staatssecretaris een in materiële zin gelijk standpunt ingenomen als in de parlementaire behandeling van de Tussenregeling. Dit standpunt werd door de Hoge Raad geaccepteerd omdat de terugwerkende kracht de maatregel, die belastingbesparende constructies moest bestrijden, ondersteunt. Analoog aan dit arrest kan aangenomen worden dat de terugwerkende kracht van de Tussenregeling voldoet aan dit vereiste.

Ter zake van een inbreuk op het vertrouwensbeginsel zijn enkele algemene factoren van belang. Uit de jurisprudentie blijkt dat verwachtingen rond het ongewijzigd blijven van regelgeving niet gerechtvaardigd zijn indien:

- a) op grond van de achtergrond van de betreffende regeling verandering in de regelgeving verwacht kon zijn; of,
- b) bepaalde belanghebbenden een gerechtvaardigd, onbedoeld of ongewenst voordeel zouden genieten indien de regelgeving niet zou zijn gewijzigd.

Indien een wetswijziging wordt aangekondigd in een persbericht en de wetswijziging terugwerkt naar dit persbericht, moet de tekst uit het persbericht voldoende duidelijk zijn. De tekst is voldoende duidelijk als de degene waarop de wetswijziging slaat in staat wordt geacht op basis hiervan te begrijpen wat de gevolgen van de voorgenomen wetswijziging zijn voor zijn situatie.²²⁹ Zoals blijkt uit paragraaf 3.3.6 is de Raad van State van mening dat het persbericht onvoldoende kenbaar is. De staatssecretaris is vervolgens nadrukkelijk ingegaan op deze constatering, waarin hij aangaf dat reeds op grond van het persbericht de kenbaarheid in voldoende mate aanwezig was. Hoewel de bewoording in het persbericht niet zo duidelijk zijn als in de latere Kamerstukken, kan naar mijn mening worden aangenomen dat belastingplichtigen niet succesvol kunnen beargumenteren dat het persbericht onvoldoende duidelijk was.

Bovendien, een alerte belastingplichtige die valutaverliezen in aftrek wenst te brengen kan uitgaan van een wetswijziging, of moet op zijn minst rekening houden met de kans dat de

²²⁸ Zie HR 14 december 2007, BNB 2008/37, Eindbeslissing Stichting Goed Wonen II, r.o. 2.4.5.

²²⁹ Zie Stichting Goed Wonen II, r.o. 41.

wetgever de onevenwichtige behandeling van valutaresultaten niet ongewijzigd zou laten.²³⁰ Bij het uitvoeren van de aftrek van valutaresultaten is het zeer aannemelijk dat diensten van een adviseur zijn ingeschakeld. Dit versterkt de alerte houding die de belastingplichtige zou moeten hebben ten aanzien van een wetswijziging met mogelijk terugwerkende kracht.

5

Bovendien zou niet alleen een dergelijke verwachting aanwezig moeten zijn, het niet wijzigen van de regelgeving zou afbreuk doen aan het systeem van de wet waarin twee zijden van dezelfde medaille niet gelijk worden behandeld.

10 Concluderend kunnen belastingplichtigen mijns inziens niet het gerechtvaardigd vertrouwen hebben dat de wetgever de bedoeling heeft valutaresultaten onevenwichtig in de heffing te betrekken. Mijns inziens is de terugwerkende kracht van de Tussenregeling niet in strijd met een algemeen communautair rechtsbeginsel, in het bijzonder het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel.

15 **3.5 Ontgaansmogelijkheden**

3.5.1 Anticipatiegedrag

De wetgever heeft door het meegeven van formeel terugwerkende kracht tot en met het tijdstip van het persbericht anticipatiegedrag willen voorkomen.²³¹ Het anticipatiegedrag zou tot uiting komen doordat belastingplichtigen deelnemingen met latente valutawinsten zouden verhangen onder een concernvennootschap voor inwerkingtreding van de Tussenregeling. Door de verhangning wordt heffing over de latente valutawinsten voorkomen omdat de Tussenregeling niet van toepassing is op de concernvennootschap. Echter, door de meegegeven terugwerkende kracht is dit anticipatiegedrag grotendeels in de kiem gesmoord. De bepaling in het tweede lid vergroot ook de besmetting van de Tussenregeling door verhangning van deelnemingen, waaruit een valutaverlies uit hoofde van de deelneming is afgetrokken, naar een verbonden lichaam waarop de Tussenregeling niet op basis van het eerste lid van toepassing is. Hiervoor dient het verbonden lichaam wel in Nederland te zijn gevestigd. Een verhangning naar een in het buitenland gevestigd verbonden lichaam zou alsnog de heffing over positieve valutaresultaten op grond van de Tussenregeling tegengaan.

²³⁰ Een gelijkloidend oordeel was geveld in 'Eindbeslissing Stichting Wonen II, r.o. 2.5.4.

²³¹ *Kamerstukken II 2010/11, nr. 32.818, nr. 3, p. 3.*

3.5.2 Ontwijken Tussenregeling

De werking van de Tussenregeling is mogelijk niet geheel waterdicht. Er zijn twee manieren om aan de heffing van de Tussenregeling te ontkomen zodanig dat een incidenteel fiscaal voordeel ontstaat. Elke mogelijkheid wordt toegelicht door middel van een voorbeeld:

5

1. door met juiste timing eerst deelnemingen met latente positieve valutaresultaten, vervolgens deelnemingen met negatieve valutaresultaten te verkopen;
2. door de vennootschap die valutaverliezen in aftrek heeft gebracht naar het buitenland te verplaatsen.

10

Ad 1. Een in Nederland gevestigde moedervenootschap (hierna M) heeft als enige bezit 100%-belangen in twee deelnemingen die beide in verschillende landen zijn gevestigd waarbij elk land een andere valuta hanteert. Deelneming A gevestigd in land A respectievelijk deelneming B gevestigd in land B.

15

Beide deelnemingen zijn aangeschaft op 1 januari 2011 en worden door M op kostprijs gewaardeerd. Eind 2012 is de valuta van land A ten opzichte van Nederland gestegen, terwijl de valuta in land B ten opzichte van Nederland is gedaald. De balansen van A en B worden opgesteld in de lokale valuta, daarom zijn de valutaresultaten daarop niet zichtbaar. Tevens zijn de latente valutaresultaten niet zichtbaar op de balans van M omdat deze de deelnemingen op kostprijs waardeert. In de deelnemingen zit derhalve een latent valutaresultaat.²³²

20

M wenst beide deelnemingen te verkopen waarna het kapitaal van M zal worden uitgekeerd aan de vennootschap die 100% van de aandelen van M houdt, waarna deze zal worden geliquideerd.²³³ Indien op 31 december 2012 deelneming A wordt verkocht, is dit gehele resultaat inclusief valutawinst met toepassing van de deelnemingsvrijstelling vrijgesteld.

25

Als vervolgens in 2013 deelneming B wordt verkocht, kunnen de definitief gerealiseerde valutaverliezen afgetrokken worden van de winst van M, al dan niet door een verlies in 2013 te verrekenen met de winst van eerdere jaren (in dit voorbeeld 2012).

30

²³² Zie ook paragraaf 2.2.2 van deze scriptie voor waardering van deelneming en valutaresultaten met toepassing van de deelnemingsvrijstelling.

²³³ Zoals in paragraaf 2.6.4 van deze scriptie is onderzocht, kan op basis van het Deutsche Shell arrest worden aangenomen dat definitieve valutaverliezen in aftrek kunnen worden gebracht. Om de valutaverliezen definitief te maken wordt in dit voorbeeld M geliquideerd, dit heeft geen verdere betekenis.

De Tussenregeling is vanaf dat moment van toepassing op M, echter deze wordt uiteindelijk geliquideerd waarmee de materiële werking van de Tussenregeling ophoudt. Ook kan de Tussenregeling van toepassing zijn op de kopende vennootschap van vennootschappen A en B, maar slechts indien deze een verbonden lichaam was van M.

5

Hieruit kan geconcludeerd worden dat als een vennootschap deelnemingen heeft met zowel positieve, als negatieve valutaresultaten het toch mogelijk is de valutawinst vrijgesteld te genieten, terwijl een valutaverlies in aftrek kan worden gebracht van de winst. Hiervoor moet een strikte volgorde gehanteerd worden bij het in aanmerking nemen van de valutaresultaten, 10 eerst moet de winst worden gerealiseerd, daarna het verlies. Waarbij het valutaverlies niet in hetzelfde jaar in aftrek mag worden genomen als de winst. Om de Tussenregeling te ontwijken moet ook rekening worden gehouden met de werking van het tweede lid. Omdat een vennootschap valutaverliezen in aftrek heeft gebracht is het mogelijk dat een latere overdracht van de deelneming (waaruit dit valutaverlies is afgetrokken) aan een in Nederland 15 gevestigd verbonden lichaam ertoe leiden dat valutawinsten uit deze deelneming belast worden.

Ad 2. Er is sprake van dezelfde omstandigheden als in het vorige voorbeeld, behalve dat er geen sprake is van vennootschap A. Op enig moment in 2012 brengt vennootschap M een 20 valutaverlies uit hoofde van deelneming B ten laste van de winst, waardoor vanaf dat jaar de Tussenregeling van toepassing is op vennootschap M. Nadat dit valutaverlies in aftrek is gebracht wordt de feitelijke leiding van vennootschap M verplaatst naar een ander land. Vennootschap M is daarmee niet langer binnenlands belastingplichtig, waardoor de deelnemingsvrijstelling en ook de Tussenregeling niet langer van toepassing is. Zonder dat de 25 structuur is opgebroken heeft vennootschap M een eenmalig fiscaal voordeel gerealiseerd doordat slechts valutaverliezen in aftrek zijn gebracht. Overigens dient vennootschap M wel rekening te houden met hetgeen opgenomen in lid 2 van de Tussenregeling. Oftewel dat als deelnemingen van M (dus ook andere vennootschappen dan B) waaruit potentiële valutawinsten kunnen voortkomen, bij verkoop aan een verbonden lichaam gevestigd in 30 Nederland geconfronteerd worden met de Tussenregeling.

3.6 Tussenconclusie: ruimere of smallere werking?

In deze paragraaf wordt de tweede deelvraag beantwoord welke luidt:

5 *Is de Tussenregeling noodzakelijk en heeft deze maatregel een doeltreffende werking in lijn met het doel en strekking?*

De Tussenregeling is opgenomen in de wet naar aanleiding van belastingplichtigen die valutaverliezen, uit hoofde van deelnemingen waaruit voordelen vrijgesteld zijn op grond van de deelnemingsvrijstelling, wensen af te trekken op basis van het Deutsche Shell-arrest. 10 Omdat valutawinsten op basis van oude jurisprudentie van de Hoge Raad zijn vrijgesteld door de deelnemingsvrijstelling, ontstaat een fiscaal onevenwichtige behandeling van valutaresultaten welke tevens ernstige budgettaire gevolgen kan hebben voor de Nederlandse overheid. De Tussenregeling zorgt ervoor dat belastingplichtigen die succesvol 15 valutaverliezen in aftrek nemen, valutawinsten uit hoofde van alle deelnemingen niet langer onder het toepassingsbereik van de deelnemingsvrijstelling vallen. Voorts is om ontgaan van de Tussenregeling te voorkomen formeel terugwerkende kracht tot aankondiging in het persbericht meegegeven en bovendien in de tijd onbeperkte materieel terugwerkende kracht.

In de literatuur is mogelijke strijdigheid van de werking en de terugwerkende kracht met het 20 Unierecht en het EVRM geconstateerd. Uit nader onderzoek is gebleken dat deze strijdigheid echter niet in voldoende mate aanwezig is.

Ook is in de literatuur opgemerkt dat de werking van de Tussenregeling verder gaat dan het herstellen van het evenwicht. Dit blijkt uit het feit dat valutawinsten uit hoofde van alle 25 deelnemingen in de heffing worden betrokken, terwijl slechts een klein bedrag aan valutaverliezen uit hoofde van één deelneming ten laste van de winst kan zijn gebracht. Dit kan er budgettair toe leiden dat de belastingplichtige die valutaverliezen in aftrek brengt, slechter af is dan het geval zou zijn als hij ze had gerealiseerd met toepassing van de deelnemingsvrijstelling.

30 Hoewel, met name door het meegeven van terugwerkende kracht, ontgaan van de Tussenregeling wordt tegen gewerkt, blijkt het vooralsnog mogelijk om aan de materiële werking van de Tussenregeling te ontkomen. Dit kan door eerst deelnemingen met valutawinsten te vervreemden en in een later jaar de deelnemingen met latente valutaverliezen 35 te vervreemden.

Uit deze paragraaf kan geconcludeerd worden dat de introductie van de Tussenregeling noodzakelijk was. Enkele belastingplichtigen vertoonden fiscaal grensverkennend gedrag dat zou kunnen leiden tot een onevenwichtige situatie en ernstige budgettaire gevolgen voor de Nederlandse overheid. Echter, de werking van de Tussenregeling is niet zodanig dat het gehele evenwicht in de behandeling van valutaresultaten wordt hersteld. Voorts is twijfel gerezen of de regeling waterdicht is, aangezien de regeling door handig plannen omzeild kan worden.

Derhalve concludeer ik dat de Tussenregeling zowel smallere als ruimere werking heeft ten opzichte van het beoogde doel. Dat betekent dat ten aanzien van de beantwoording van tweede deelvraag blijkt dat de Tussenregeling geen doeltreffende werking heeft in lijn met zijn doel en strekking.

3.7 Budgettaire aspecten

In deze paragraaf wordt onderzocht of de inwerkingtreding van de Tussenregeling mogelijk effect heeft op het Nederlandse vestigingsklimaat doordat een budgettaire verandering teweeg wordt gebracht. Om een mogelijke verandering in het Nederlandse vestigingsklimaat te onderzoeken wordt de positie van de belastingplichtige nader bekeken. Tot slot zal in deze paragraaf kort de positie van Nederland als vestigingsland worden geanalyseerd ten aanzien van de behandeling van valutaresultaten uit hoofde van deelnemingen in vergelijking tot andere landen binnen de Europese Unie.

Het doel van de Tussenregeling is het terugbrengen van evenwicht in de behandeling van valutaresultaten die ontstaan bij deelnemingen van belastingplichtigen die vallen onder het bereik van de deelnemingsvrijstelling. Gezien dit doel dient naar mijn mening de financiële situatie van belastingplichtigen in evenwicht te blijven ten aanzien van de fiscale behandeling van valutaresultaten, oftewel niet te veranderen ten opzichte van de situatie dat zowel valutawinsten als valutaverliezen door toepassing van de deelnemingsvrijstelling werden vrijgesteld. Vooraf is het niet mogelijk om in te schatten of een valutawinst dan wel valutaverlies wordt behaald. De kans op beide uitkomsten is even groot. Echter, valutaresultaten moeten wel volledig in de heffing worden betrokken of volledig worden vrijgesteld omdat de fiscale behandeling effect heeft op economische beslissingen van belastingplichtigen. Bovendien heeft de staatssecretaris impliciet het standpunt ingenomen dat een belastingplichtige zijn valutaresultaten vrijgesteld kan genieten.²³⁴ Die belastingplichtige

²³⁴ Zie hetgeen opgenomen in paragraaf 3.3.10 ten aanzien van de niet verplichte toepassing van de Tussenregeling en *Kamerstukken II* 2011/12, nr. 32 818, nr. 6, p. 3.

geniet zijn valutaresultaten derhalve op evenwichtige wijze. Ik zie niet in waarom dit niet evenwichtig zou moeten zijn voor een belastingplichtige die zijn valutaresultaten niet vrijgesteld geniet. Daarom is het uitgangspunt in deze paragraaf dat vanuit een economisch oogpunt van de belastingplichtige de situatie hetzelfde dient te blijven. Mocht dit niet zo zijn dan kan vervolgens de vraag worden gesteld in hoeverre een verandering van het Nederlandse vestigingsklimaat te verwachten is en of deze positief, dan wel negatief, is.

Met toepassing van de Tussenregeling worden onder voorwaarden valutawinsten uit alle deelnemingen niet langer vrijgesteld. Dit houdt in dat er pas sprake kan zijn van een evenwichtige situatie als de belastingplichtigen dan ook valutaverliezen uit alle deelnemingen in aftrek kan brengen. Aangezien belastingplichtigen een economische prikkel hebben om valutaverliezen in aftrek te brengen, kan aangenomen worden dat in de praktijk voldaan wordt aan dit vereiste. Voor zover belastingplichtigen valutaverliezen in sommige situaties niet in aftrek kunnen brengen²³⁵, worden valutawinsten ook niet in de heffing betrokken op grond van het vierde lid van de Tussenregeling.

Met de inwerkingtreding van de Tussenregeling zijn twee aspecten aanwezig die tot fiscaal onevenwichtigheid kunnen leiden, namelijk de fiscale winstbepalingsregels en de terugwerkende kracht van de Tussenregeling. Het is voor belastingplichtigen mogelijk om de hoeveelheid en het moment waarop valutaresultaten fiscaal worden gerealiseerd af te laten hangen van hun keuzes. Het eerste aspect hangt af van de gekozen waardering van een deelneming, kort gezegd kan een deelneming worden gewaardeerd op kostprijs, lagere bedrijfswaarde of intrinsieke waarde.²³⁶ Doordat een valutaverlies wordt geleden kan een deelneming op lagere bedrijfswaarde, of intrinsieke waarde worden gewaardeerd. Zou de deelneming daarvoor op kostprijs zijn gewaard wordt het valutaverschil in dat jaar gerealiseerd. De belastingplichtige is echter niet vrij om zijn waarderingssysteem naar believen te wijzigen en daarmee een fiscaal voordeel realiseren, hij dient zich conform goedkoopmansgebruik te houden aan de bestendige gedragslijn.²³⁷ Dit houdt in dat hij niet zijn waarderingssysteem naar willekeur en op louter fiscale gronden mag wijzigen, een fiscaal gunstiger systeem is evenwel toegestaan.²³⁸ Zou hij een legitieme reden hebben is dit evenwel mogelijk. Omgekeerd kan een valutawinst bij toepassing van de intrinsieke waarde leiden ten

²³⁵ Dit kan het geval zijn op grond van overwegingen van het HvJ EU, bijvoorbeeld doordat hij oordeelt dat valutaverliezen uit deelnemingen gevestigd in derde landen niet aftrekbaar hoeven te zijn. Zie meer uitgebreid paragraaf 2.6.5.

²³⁶ Zie paragraaf 2.2.3 en Streek, van de, J.L., et. al., t.a.p., paragraaf Vpb.2.4.6.D.

²³⁷ Zie ook paragraaf 3.2.2 en Sillevius et al., t.a.p. paragraaf IB.3.2.16.C.

²³⁸ Zie ook HR 14 juni 1978, nr. 18.405, *BNB* 1979/181.

opzichte van de kostprijs leiden tot een valutawinst. Belastingplichtigen zouden dergelijk wijziging in de regel niet doorvoeren omdat dit tot belaste winst leidt.

5 Het tweede budgettaire aspect is gelegen in de terugwerkende kracht. Het kan voorkomen dat een belastingplichtige niet alle valutaverliezen uit deelnemingen in aanmerking heeft genomen, bijvoorbeeld slechts de valutaverliezen geleden vanaf 2008 zijn ten laste van de winst gebracht. Op grond van de formeel en materieel (temporeel onbepaalde) terugwerkende kracht van de Tussenregeling is mogelijk om valutawinsten uit alle deelnemingen en ontstaan verder in het verleden in aanmerking te kunnen nemen.

10

Zou dit voor een belastingplichtige financieel nadelig zijn, dan kan deze op dit moment nog aan de situatie ontkomen. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt namelijk dat als de belastingplichtige vrijwillig zijn aangifte wijzigt, de Tussenregeling niet alsnog van toepassing zal zijn. Oftewel, door een gewijzigde aangifte in te dienen waarin geen
15 valutaverliezen in aftrek worden gebracht, worden ook geen valutawinsten in aanmerking genomen. Het enige financiële verlies dat de belastingplichtige dan nog loopt zijn de gemaakte administratieve – en adviseurs kosten.

Indien de ontgaansmogelijkheden zoals uiteengezet in paragraaf 3.5.2 in de praktijk worden
20 toegepast is evenmin sprake van een evenwichtige situatie. Het zou betekenen dat belastingplichtigen die dit in de praktijk brengen, minder belasting betalen dan degenen die al hun valutaresultaten onder toepassing van de deelnemingsvrijstelling realiseren.

Uit het bovenstaande kan geconcludeerd worden dat er in beginsel sprake is van een
25 evenwichtige situatie na inwerkingtreding van de Tussenregeling. Immers, economisch maakt het niet uit of valutaresultaten worden belast of vrijgesteld aangezien van tevoren onzeker is of deze positief dan wel negatief zijn. Echter, door de jaarwinstbepalingen, ontgaansmogelijkheden en terugwerkende kracht kan er sprake zijn van een onevenwichtige uitwerking. Dat betekent dat er wel degelijk beweegredenen aanwezig zijn die
30 belastingplichtigen stimuleren om te spelen met hun valutaresultaten en dat de Tussenregeling niet leidt tot een evenwichtige behandeling van valutaresultaten. Omdat het mogelijk is een gewijzigde aangifte in te dienen, kunnen belastingplichtigen negatieve consequenties van de toepassing van de Tussenregeling mitigeren. Concluderend heeft de mogelijkheid tot het wijzigen van het waarderingssysteem en de ontgaansmogelijkheden ertoe geleid dat
35 Nederland aantrekkelijker is geworden als vestigingsland. De mogelijkheid voor belastingplichtigen om door een gewijzigde aangifte in te dienen de situatie bij het oude te laten heeft een neutraal effect op Nederland als vestigingsland. Oftewel in het geheel

genomen is het totale budgettaire effect van de inwerkingtreding van de Tussenregeling voor Nederland als vestigingsland ten opzichte van de oude situatie positief.

5 Als het HvJ EU oordeelt dat vrijgestelde valutaverliezen uit hoofde van een deelneming onder voorwaarden toch aftrekbaar zijn, geldt dit arrest voor de gehele Europese Unie. Omdat Nederland niet het enige land is met een deelnemingsvrijstelling kan aangenomen worden dat andere lidstaten, die daardoor in een vergelijkbare situatie als Nederland verkeren, ook maatregelen nemen tegen een mogelijk onevenwichtige behandeling van valutaresultaten. Het is ook mogelijk dat lidstaten in tegenstelling tot Nederland vooruit lopen op jurisprudentie 10 van het HvJ EU en hun wetgeving aanpassen waardoor positieve valutaresultaten worden belast en negatieve valutaresultaten uit hoofde van deelnemingen aftrekbaar zijn. Vergeleken met de Nederlandse situatie is die materieel gelijk aangezien ook met toepassing van de Tussenregeling in beginsel sprake is van een evenwichtige behandeling van valutaresultaten, behoudens de reeds behandelde problematiek omtrent terugwerkende kracht en 15 ontgaansmogelijkheden. Andere lidstaten kunnen zich wel positief onderscheiden van Nederland door geen vergaande terugwerkende kracht mee te geven.

Het moge duidelijk zijn dat, in verhouding tot lidstaten die in het geheel geen deelnemingsvrijstelling hanteren, Nederland nog altijd aantrekkelijker is als vestigingsland. 20 Dit geldt voor lidstaten die geen soortgelijke maatregel hebben opgenomen waarin economische dubbele heffing in deelnemingsituaties, zoals besproken in paragraaf 2.2.4, wordt voorkomen. Zo zou een full-creditmethode aantrekkelijker kunnen zijn, in de praktijk zijn door lidstaten echter weinig belastingverdragen gesloten waarin deze methode is opgenomen.²³⁹

25 Aannemend dat er geen landen zijn die een full-creditmethod hanteren en lidstaten geen vergelijkbare regeling als deelnemingsvrijstelling in stand laten waardoor valutaresultaten onevenwichtig worden gerealiseerd, is de concurrentiepositie van Nederland binnen de Europese Unie niet dan wel nauwelijks verslechtert.

30 **3.8 Rechtszekerheid**

3.8.1 Inleiding

In dit onderdeel wordt zoals aangekondigd de tweede factor onderzocht die mogelijk invloed heeft op het Nederlandse vestigingsklimaat, namelijk rechtszekerheid. Hoewel meerdere

²³⁹ Zie ook Graaf, de, A.C.G.A.C., et al, t.a.p., paragraaf 1.11.2.3

factoren van invloed zijn op Nederland als vestigingsklimaat, wensen belastingplichtigen ‘in control’ te zijn over hun financiële, en dus ook hun fiscale, positie.²⁴⁰ Een afbreuk aan rechtszekerheid leidt tot meer onzekerheid ten aanzien van die positie, door aanwezigheid van meer rechtsonzekerheid door de inwerkingtreding van de Tussenregeling heeft deze eveneens
5 zijn weerslag op het Nederlandse vestigingsklimaat. In paragrafen 3.3.9 en 3.4.4 is de rechtszekerheid al eerder ter sprake gekomen toen onderzocht werd of het mogelijk is voor belastingplichtigen op juridische gronden succesvol te strijden tegen de terugwerkende kracht van de Tussenregeling. Zowel in de Nederlandse wet, als Europese verdragen, blijken geen gronden aanwezig om de terugwerkende kracht effectief te bestrijden. In deze paragraaf wordt
10 met rechtszekerheid bedoeld: zekerheid ten aanzien van de vraag waar men met betrekking tot het recht aan toe is, waarborg dat de rechtspraak volgens bepaalde, objectieve, normen geschiedt.²⁴¹

Vanuit deze definitie onderzoek ik of de positie van Nederland als vestigingsland wijzigt door
15 inwerkingtreding van de Tussenregeling, ik onderscheid twee aspecten waardoor de belastingplichtige mogelijk met minder rechtszekerheid wordt geconfronteerd:

1. Wetgeving via persbericht
2. Toekomst Tussenregeling

20 **3.8.2 Wetgeving via persbericht**

In het persbericht waarin de Tussenregeling werd aangekondigd was opgenomen dat er materieel terugwerkende kracht werd meegegeven door de compartimenteringsleer niet van toepassing te laten zijn. Vervolgens werd in het wetsontwerp het formele bereik vergroot door deze terug te laten werken tot de datum van publicatie van het persbericht, ook wel in de
25 literatuur beschreven als ‘wetgeving per persbericht’.²⁴² Vanuit het perspectief van de belastingplichtige zal de formeel en materieel terugwerkende kracht worden ervaren als een afbreuk van de zekerheid. Immers, er zijn financiële en rechtelijke afwegingen gemaakt om wel of geen procedure te starten ten aanzien van de aftrek van valutaresultaten uit hoofde van deelnemingen op basis van het dan geldende recht. Vervolgens worden ten tijde van de
30 procedure de spelregels door de wetgever de gewijzigd met formeel terugwerkende kracht tot

²⁴⁰ Zie in dit kader ook paragraaf 2.2.4, ‘Ontwikkelingen corporate governance’, opgenomen in *Fiscaal toezicht op maat*, Commissie Horizontaal Toezicht Belastingdienst, digitaal beschikbaar op <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2012/06/20/rapport-van-de-commissie-stevens-over-horizontaal-toezicht-bij-de-Belastingdienst.html>, Den Haag, juni 2012. Waarin de ontwikkeling van in 2004 ingetreden Corporate Governance Code als aanleiding voor meer aandacht hierop is onderkend.

²⁴¹ Zie Dikke van Dale 14^e druk, 2005.

²⁴² Zie Pauwels, M.R.T., t.a.p., paragraaf 11.18.

het persbericht en materieel terugwerkende kracht met een groot potentieel bereik. Echter, zoals uitgebreid bij stil is gestaan, is er zowel vanuit het Nederlandse recht, als het Unierecht geen grond om de terugwerkende kracht als aantasting van de rechtszekerheid succesvol aan te vechten. Zou het niet gaan om een regeling die een onevenwichtige situatie bestrijdt en
5 waarbij terugwerkende kracht is meegegeven om ontgaan tegen te werken, zou de situatie dermate anders zijn dat een belastingplichtige zich wellicht wel succesvol kan verweren tegen de terugwerkende kracht. Dit blijft desalniettemin een gevoelsmatige kwestie die desalniettemin afbreuk doet aan de rechtszekerheid en dus aan het vestigingsklimaat van Nederland.

10 Als een ondernemer die voor de keuze staat zich bijvoorbeeld in Nederland te vestigen, kan het zo zijn dat de inbreuk op de (gevoelsmatige) rechtszekerheid ertoe leidt dat deze ervoor kiest zich in een ander land te vestigen. Hierin is wel relevant dat een alerte en zorgvuldige ondernemer in relatie tot de behandeling van valutaresultaten uit hoofde van een deelneming
15 kan verwachten dat de Nederlandse wetgever reparatiewetgeving zal implementeren naar aanleiding van (wellicht eigen onderzoek en/of) reacties uit de literatuur.²⁴³ In die zin is het maar de vraag of een ondernemer de inbreuk op de rechtszekerheid als zodanig zal ervaren.

Als onze wetgever in de toekomst meer belastingwetten per persbericht en met vergaande
20 terugwerkende kracht implementeert, zal dit toch zeker een negatieve weerslag kunnen hebben op het vestigingsklimaat. De vraag is wel of een ondernemer die staat voor de keuze om zich ergens te vestigen in een andere Europese lidstaat beter af is. Het is niet onmogelijk dat lidstaten met een vergelijkbare deelnemingsvrijstelling als de Nederlandse²⁴⁴ ook reparatiewetgeving met terugwerkende kracht implementeren. Deze lidstaten houden ook
25 nauwlettend jurisprudentie van het HvJ EU in de gaten houden, waarbij rekening gehouden wordt met een mogelijk arrest inzake de aftrek van valutaresultaten uit deelnemingen. Het gaat het bestek van deze scriptie te buiten om een onderzoek uit te voeren naar de aanwezigheid van dergelijke omstandigheden.

30 Concluderend doet het beleid van de Nederlandse overheid door wetgeving met persbericht te implementeren geen afbreuk aan de rechtszekerheid van belastingplichtigen die rechtens bestreden kan worden. Het zal echter niet de fiscale moraal van belastingplichtigen verhogen.

²⁴³ Zie bijvoorbeeld Douma, t.a.p.

²⁴⁴ Uit onderzoek van Sanders en Stevens bleekt dat meerdere lidstaten een soortgelijke deelnemingsvrijstelling in hun fiscale wet hebben.

3.8.3 Toekomst Tussenregeling

Zoals uiteengezet in paragraaf 3.3.10 zal, indien het HvJ oordeelt dat valutaverliezen aftrekbaar zijn, de belastingplichtige onjuist aangifte doen door de deelnemingsvrijstelling onverminderd toe te passen op valutaverliezen. Immers, omdat Nederland het monistische stelsel²⁴⁵ hanteert hebben verdragen zoals het VwEU, waarin de verdragsvrijheden zijn opgenomen, directe werking op de Nederlandse wetgeving. Een beslissing van het HvJ EU werkt derhalve direct door in onze belastingwet, of meer precies dat dit altijd het geval is geweest. Geen valutaverliezen aftrekken houdt in dat de belastingplichtige onjuist aangifte doet en aldus inbreuk maakt op artikel 67d, lid 1 AWR. Hoewel formeelrechtelijk mijn conclusie anders is, is in de parlementaire geschiedenis expliciet opgenomen dat de belastingplichtige geen onjuiste aangifte doet door valutaresultaten onder de deelnemingsvrijstelling te laten vallen.²⁴⁶ Derhalve mag de belastingplichtige hierop vertrouwen.

Op het moment dat het HvJ EU in lijn met het Deutsche Shell-arrest oordeelt dat valutaverliezen aftrekbaar zijn, ontstaat evengoed een vreemde situatie, ongeacht dat de staatssecretaris vindt dat belastingplichtigen geen onjuist aangifte doen. Zoals ook blijkt uit de parlementaire geschiedenis valt te verwachten dat de Tussenregeling een tijdelijke maatregel is.

De naam van de regeling doet dit reeds vermoeden, maar het is goed mogelijk dat de wetgever de Tussenregeling in de toekomst afschaft en komt met andere maatregelen. Dit blijkt tevens uit hetgeen in de Kamerstukken is aangegeven, namelijk dat na uitkomst van een mogelijke procedure de Tussenregeling wordt geëvalueerd.²⁴⁷ Zoals blijkt uit hoofdstuk 2 verwacht ik dat valutaverliezen uit hoofde van deelnemingen aftrekbaar zijn. Bezien de bovenstaande curieuze effect van de Tussenregeling op de formele aspecten van een juiste aangifte en reeds andere problematiek omtrent het ontgaan van de Tussenregeling, verwacht ik dat de wetgever met andere maatregelen komt om positieve en negatieve valutaresultaten op gelijke wijze in de heffing te betrekken.

Dit betekent dat er weinig rechtszekerheid bestaat omtrent de behandeling van valutaresultaten uit hoofde van deelnemingen. Andere lidstaten die te maken krijgen met dezelfde problematiek ten aanzien van de behandeling van valutaresultaten uit vrijgestelde

²⁴⁵ Zoals in paragraaf 2.4 uiteen is gezet blijkt dit uit artikel 94 van de Grondwet.

²⁴⁶ Zie *Kamerstukken II* 2011/12, nr. 32 818, nr. 6, p. 3.

²⁴⁷ Zie *Kamerstukken II* 2011/12, nr. 32 818, nr. 6, p. 2.

deelnemingen zijn mogelijk meer doortastend in hun wetsontwerp.²⁴⁸ Hetgeen een negatief effect kan hebben op Nederland als vestigingsland.

3.9 Conclusie

5 Omdat fiscale factoren meewegen in de keuze voor Nederland als vestigingsland, is in voorgaande paragrafen onderzocht of de inwerkingtreding van de Tussenregeling hierin een verandering teweeg kan brengen. Om dit te onderzoeken is aandacht besteed aan budgettaire, en/of rechtszekerheidsaspecten waar belastingplichtigen tegenaan lopen die er mogelijk toe leiden dat meer of minder investeerders zich in Nederland zullen vestigen, of via Nederland gaan investeren.

10

Dit onderzoek is samengevat in de derde deelvraag:

Wat zijn de praktische gevolgen van de inwerkingtreding van de Tussenregeling voor het vestigingsklimaat van Nederland?

15

Voor de wetwijziging waren alle valutaresultaten uit deelnemingen vrijgesteld. Met de inwerkingtreding van het Unierecht zijn valutaverliezen uit hoofde van deelnemingen in sommige situaties aftrekbaar. Omdat belastingplichtigen de economische prikkel hebben om zoveel mogelijk winst te behalen, zullen zij in beginsel alle beschikbare valutaverliezen in aftrek willen brengen. Hier staat tegenover dat met de inwerkingtreding van de Tussenregeling in beginsel ook alle positieve valutaresultaten in de heffing worden betrokken. De implementatie van de Tussenregeling heeft er derhalve toe geleid dat er in beginsel sprake is van een evenwichtige behandeling van valutaresultaten uit hoofde van deelnemingen.

20

25

Echter, er is inbreuk mogelijk op deze evenwichtige behandeling. Dit is het geval indien belastingplichtigen niet alle valutaverliezen uit hoofde van hun deelnemingen in aftrek kunnen brengen, maar wel met toepassing van formeel en materieel terugwerkende kracht hun positieve valutaresultaten belast zien worden. Deze problematiek speelt voornamelijk bij belastingplichtigen die reeds in hun aangifte een valutaverlies ten laste van de winst hebben gebracht, maar zich nu geconfronteerd zien met heffing over latente valutawinsten.

30

²⁴⁸ Zie Sanders, M., Stevens, A.J.A., t.a.p., paragraaf 3.1, waarin auteurs uit eigen onderzoek concluderen dat de meeste andere landen met een holdingregime valutaresultaten uit deelneming vrijstellen met toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Echter, het gaat het bestek van deze scriptie te buiten om te onderzoeken welke lidstaten dit zijn en of dit inmiddels gewijzigd is.

Dit is tevens het geval indien de werking van de Tussenregeling succesvol gefrustreerd wordt door resultaten in strikte volgorde te realiseren. Hierdoor worden de valutawinsten gerealiseerd voordat door aftrek van valutaverliezen de tussenregeling in werking treedt.

- 5 Omdat de terugwerkende kracht voornamelijk van toepassing is op reeds gevestigde belastingplichtigen, heeft deze problematiek minder invloed op degene die zich nog in Nederland kunnen gaan vestigen. Daarentegen, als bovenstaande frustratie van de Tussenregeling niet gerepareerd wordt, kan het ertoe leiden dat belastingplichtigen Nederland in toenemende mate verkiezen als vestigingsland. Oftewel, op grond van de budgettaire
10 gevolgen van de inwerkingtreding van de Tussenregeling lijkt het erop dat Nederland als vestigingsland hiermee aantrekkelijker is geworden ten opzichte van de oude situatie.

Daarentegen kunnen investeerders worden afgeschrikt door het beleid van de Nederlandse overheid om wetgeving met terugwerkende kracht tot aan persberichten te implementeren.

- 15 Een sterk veranderend wettelijk klimaat doet afbreuk aan de rechtszekerheid van belastingplichtigen, voorts kan dit vaak op weinig sympathie van laatsgenoemden rekenen.

- Voorts blijkt uit de parlementaire geschiedenis dat, zoals ik verwacht, als het HvJ EU in een arrest oordeelt dat valutaverliezen onder omstandigheden aftrekbaar zijn, de Tussenregeling
20 wordt geëvalueerd. Dat evaluatie mijns inziens nodig is, blijkt wel uit het effect dat de Tussenregeling heeft op de formele vereisten ten aanzien van het juist doen van aangifte. Het zou in strijd zijn met het Unierecht om valutaverliezen niet af te trekken. Toch is door de staatssecretaris het niet aftrekken van valutaverlies, en derhalve geen toepassing van de Tussenregeling, goed goedgekeurd. Bovendien blijkt dat belastingplichtigen de werking van
25 de Tussenregeling kan omzeilen. Derhalve verwacht ik dat de wetgever met andere maatregelen zal komen om positieve en negatieve valutaresultaten op gelijke wijze in de heffing te betrekken.

- Dit houdt in de belastingplichtige met nog een wetswijziging geconfronteerd zullen worden
30 ten aanzien van de behandeling van valutaresultaten uit deelnemingen, oftewel nog grotere onzekerheid ten aanzien van hun belastingpositie.

- Ter beantwoording van de derde deelvraag verwacht ik dat Nederland door de budgettaire gevolgen voor belastingplichtigen mogelijk aantrekkelijker, maar ten aanzien van de
35 verminderde rechtszekerheid minder aantrekkelijker is geworden, door implementatie van de Tussenregeling. Derhalve blijkt dat tegengestelde krachten werken op het vestigingsklimaat

van Nederland met implementatie van de Tussenregeling. Het is onzeker welke kracht overheerst, waarmee de derde deelvraag niet doorslaggevend beantwoord kan worden.

4 Conclusie

4.1 Inleiding

In mijn scriptie staat de behandeling van valutaresultaten uit hoofde van deelnemingen centraal. Door invloed van het Unierecht zijn veranderingen teweeggebracht ten aanzien van de fiscale behandeling van deze valutaresultaten. Belastingplichtigen zagen op grond van het Deutsche Shell-arrest van het HvJ EU reden om valutaverliezen uit hoofde van deelnemingen ten laste van de winst te brengen. Omdat op grond van jurisprudentie van de HR valutawinsten onverminderd onder de deelnemingsvrijstelling worden vrijgesteld, werd ter evenwichtige behandeling van valutaresultaten en om budgettaire redenen een maatregel ingevoerd in de vorm van de Tussenregeling. Om bovenstaande nader te onderzoeken is de volgende probleemstelling geponeerd:

‘De Tussenregeling is een passende maatregel op de jurisprudentie van het HvJ EU waardoor valutaverliezen uit hoofde van deelnemingen aftrekbaar zijn.’

15

Om te onderzoeken in hoeverre de Tussenregeling een passende maatregel is, is gekeken naar de noodzakelijkheid, de effectiviteit, of de maatregel zijn doel bereikt en of er geen negatieve gevolgen zijn voor het Nederlandse vestigingsklimaat. Om dit gefaseerd te onderzoeken zijn de drie deelvragen geformuleerd.

20

4.2 Deelvraag één

Kan op basis van nationale en/of EU rechterlijke jurisprudentie gesteld worden dat valutaverliezen uit hoofde van deelnemingen, gehouden door in Nederland gevestigde moedermaatschappijen waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, aftrekbaar zijn voor de moedermaatschappij?

25

Deelnemingssituaties lopen in de regel tegen economisch dubbele heffing aan door cumulatie van belasting op winst bij de deelneming en de moedermaatschappij. Om dit te voorkomen is in Nederland de deelnemingsvrijstelling opgenomen, welke er tevens voor zorgt dat valutaresultaten uit hoofde van deze deelneming zijn vrijgesteld.

30

Omdat Nederland de monistische visie aanhangt is het Unierecht, waaronder haar verdragen, Richtlijnen en jurisprudentie van het HvJ EU, direct van toepassing op de Nederlandse fiscale wetgeving. In dit arrest werd het hoofdhuis beperkt in de aftrek van een valutaverlies dat

ontstaan was uit haar vaste inrichting. Omdat het HvJ EU geen voorbehoud heeft gemaakt voor de toepassing van dit arrest op andere entiteiten, kan dit arrest worden toegepast op deelnemingsituaties. Uit het Deutsche Shell-arrest worden geconcludeerd dat zowel definitieve - als niet-definitieve valutaverliezen uit hoofde van deelnemingen aftrekbaar
5 kunnen zijn.

Ik verwacht echter wel dat dit slechts het geval is voor zover valutaverliezen ontstaan binnen de Europese Unie, omdat de aftrekbaarheid van valutaverliezen die ontstaan buiten de Europese Unie geen belemmering hoeven te zijn voor het ontstaan van en de bevordering van
10 de Gemeenschappelijke markt. Derhalve dient de eerste deelvraag, dat valutaverliezen uit hoofde van deelnemingen aftrekbaar zijn, slechts ten aanzien van EU-situaties bevestigend beantwoord te worden.

4.3 Deelvraag twee

Is de Tussenregeling noodzakelijk en heeft deze maatregel een doeltreffende en effectieve werking in lijn met het doel en strekking?
15

Omdat geconstateerd is dat valutaverliezen uit hoofde van deelnemingen aftrekbaar zijn, maar valutawinsten met toepassing van de deelnemingsvrijstelling vrijgesteld zijn, ontstaat een onevenwichtige behandeling van valutaresultaten. Daarom is de wetgever met de
20 Tussenregeling als maatregel gekomen, welke de evenwichtige behandeling van valutaresultaten moet herstellen, maar ook uit budgettair oogpunt voor de Nederlandse overheid noodzakelijk is.

Met deze maatregel worden belastingplichtigen die succesvol een valutaverlies uit hoofde van
25 een deelneming in aftrek brengen voortaan belast over positieve valutaresultaten uit hoofde van alle door hem gehouden deelnemingen. Ook is aan deze regeling materieel en formeel terugwerkende kracht meegegeven om ontgaan van de Tussenregeling te voorkomen. Dit kan ertoe leiden dat belastingplichtigen die een klein bedrag aan valutaverliezen uit één deelneming in aftrek brengen, maar vervolgens geconfronteerd wordt met heffing over een
30 groot bedrag aan valutawinsten, potentieel nadeliger af zijn dan als zij de valutaresultaten vrijgesteld hadden gerealiseerd.

Voorts bleek dat de werking van de Tussenregeling gefrustreerd kan worden door valutawinsten uit hoofde van deelnemingen een jaar eerder dan de latente valutaverliezen te

realiseren, waarna de belastingplichtige na aftrek door bijvoorbeeld liquidatie of emigratie ophoudt in Nederland belastingplichtig te zijn.

5 Met name het belasten van alle valutawinsten en de verregaande terugwerkende kracht heeft tot bezwaar in de literatuur geleid. Hiermee wordt namelijk niet slechts de onevenwichtige behandeling hersteld, maar wordt eventueel voordeel van de belastingplichtige potentieel ontnomen en leidt de terugwerkende kracht tot extra onzekerheid ten aanzien van zijn belastingpositie.

10 Derhalve is onderzocht of de werking en de terugwerkende kracht van de Tussenregeling een verboden beperking van het Unierecht en het EVRM oplevert. Deze beperking bleek in onvoldoende mate aanwezig te zijn.

15 Na inwerkingtreding van de Tussenregeling blijkt dat niet in alle gevallen valutaresultaten uit hoofde van deelnemingen evenwichtig in de heffing worden betrokken. De Tussenregeling kan zijn doel voorbij schieten, anderzijds komt de Tussenregeling door ontgaansmogelijkheden te kort. Concluderend is de uitwerking van de Tussenregeling niet geheel in lijn met het doel en strekking en wordt daarmee de tweede deelvraag negatief beantwoord.

20 **4.4 Deelvraag drie**

Wat zijn de gevolgen van de inwerkingtreding van de Tussenregeling voor de vestigingsklimaat van Nederland?

25 Omdat fiscale factoren meewegen in de keuze voor Nederland als vestigingsland onderzoek ik of de inwerkingtreding van de Tussenregeling hierin een verandering teweeg kan brengen waarbij ik aandacht besteed aan budgettaire, en/of rechtszekerheidsaspecten van belastingplichtigen.

30 De aanwezigheid van budgettaire effecten is vanuit twee perspectieven onderzocht. Ten eerste vanuit de positie van de belastingplichtige, waarbij het uitgangspunt is dat valutaresultaten zoals voorheen het geval was, evenwichtig in de heffing worden betrokken. Oftewel, geheel aftrekbaar / belast, of in het geheel vrijgesteld. Omdat alle valutawinsten met toepassing van de Tussenregeling belast zijn en belastingplichtigen de economische prikkel hebben valutaverliezen uit alle deelnemingen in aftrek te brengen, is in beginsel sprake van een
35 evenwichtige situatie.

Er zijn echter twee situaties denkbaar waarin niet voldaan is aan bovenstaande voorwaarde. Namelijk indien een belastingplichtige in enig jaar niet alle valutaverliezen in aftrek heeft kunnen brengen, maar (met terugwerkende kracht) wel belast wordt over alle valutawinsten. Echter, omdat de belastingplichtige door de staatssecretaris de mogelijkheid is geboden om
5 zijn aangifte te wijzigen, is het mogelijk om de aftrek van valutaverliezen (en dus ook de heffing over valutawinsten) terug te draaien. De tweede situatie doet zich voor als valutawinsten vrijgesteld worden gerealiseerd, waarna valutaverliezen in aftrek worden gebracht en de belastingplichtige vervolgens niet langer (in Nederland) belast wordt. Concluderend is Nederland na inwerkingtreding van de Tussenregeling ten opzichte van de
10 oude situatie uit budgettair oogpunt aantrekkelijker geworden als vestigingsland.

Ten tweede worden de budgettaire gevolgen voor de belastingplichtigen onderzocht door een vergelijking te maken met andere lidstaten. Hiervoor dienen twee groepen lidstaten te worden onderscheiden, degene die een vergelijkbare regeling als de deelnemingsvrijstelling heeft en
15 degene die dat niet heeft.

Ten aanzien van degene die een soortgelijke regeling hebben bevinden de lidstaten die valutaverliezen eveneens vrijstellen zich in dezelfde situatie als Nederland. Echter, deze dienen op grond van het Deutsche Shell-arrest eveneens maatregelen te nemen tegen een
20 onevenwichtige behandeling van valutaresultaten. Deze lidstaten kunnen zich positief van Nederland onderscheiden door geen verregaande terugwerkende kracht mee te geven.

Ten opzichte van lidstaten die een vergelijkbare regeling als de deelnemingsvrijstelling hebben maar valutaresultaten belasten, bevindt Nederland zich als vestigingsland zich in een
25 gunstigere positie. Immers, door de ontgaansmogelijkheid kunnen valutaresultaten onevenwichtig gerealiseerd worden.

In verhouding tot lidstaten die geen vergelijkbare regeling als de deelnemingsvrijstelling hebben, heeft Nederland nog altijd een gunstiger vestigingsklimaat. Dit zou anders zijn als
30 lidstaten een full-creditmethod opnemen in hun belastingverdragen, dit is echter in de praktijk niet het geval. Derhalve is niet met zekerheid te stellen welk element zal overheersen en Nederland ten opzichte van andere lidstaten aantrekkelijker is geworden na inwerkingtreding van de Tussenregeling.

35 Over het geheel genomen is Nederland vanuit budgettair oogpunt aantrekkelijker geworden. Immers, valutaresultaten kunnen op een, voor de belastingplichtige gunstige wijze, onevenwichtig worden gerealiseerd.

Steeds meer staat het ‘in control’ zijn centraal in manier waarop ondernemingen gedreven worden. Deze controle geldt ook ten aanzien van de fiscale positie. Minder rechtszekerheid zorgt daarmee voor meer onzekerheid ten aanzien van die fiscale positie.

5 Daaronder werd onderzocht of de rechtszekerheid van belastingplichtigen met de invoering van de Tussenregeling negatief wordt beïnvloed. De Tussenregeling is met formeel terugwerkende kracht tot aan datum van publicatie van het persbericht geïmplementeerd. Voorts is materieel terugwerkende kracht meegegeven met een potentieel groot bereik. Een belastingplichtige die de keuze heeft gemaakt om een procedure te starten en een valutaverlies
10 uit hoofde van een deelneming ten laste van de winst te brengen, wordt na inwerkingtreding van de Tussenregeling geconfronteerd met gewijzigde wetgeving. Dergelijke wetgeving heeft direct effect op de belastingpositie en het rechtszekerheidsgevoel van die belastingplichtige, maar leidt ook tot meer rechtsonzekerheid in het algemeen. Immers, een sterk veranderd fiscaal klimaat doet af aan rechtszekerheid en daarmee ook aan het vestigingsklimaat van
15 Nederland.

In de parlementaire geschiedenis is aangegeven dat na een beslissing van het HvJ EU de Tussenregeling geëvalueerd wordt. Zoals ook blijkt uit de naam van de maatregel, verwacht ik de wetgeving die de behandeling van valutaresultaten regelt in zijn huidige vorm niet in
20 stand zal laten.

Ten eerste omdat ik verwacht dat het HvJ EU zal beslissen dat valutaverliezen uit hoofde van deelnemingen in bepaalde situaties aftrekbaar zijn. Als een belastingplichtige dergelijke valutaverliezen niet zou aftrekken doet deze een foute aangifte. De staatssecretaris heeft
25 echter aangegeven dat dit niet het geval zal zijn, een uitlating gedaan als medewetgever waarop de belastingplichtige op mag vertrouwen. Desalniettemin ontstaat een vreemde situatie die vraagt om een meer grondige oplossing.

Ten tweede kan, zoals uiteen is gezet, de werking van de Tussenregeling onder voorwaarden
30 worden ontgaan. Hieruit vloeit voort dat de Tussenregeling niet uitwerkt in lijn met zijn doel en strekking zoals uiteengezet in de parlementaire geschiedenis.

Een, in mijn ogen noodzakelijke, toekomstige aanpassing van de wijze waarop valutaresultaten uit hoofde van deelnemingen in de heffing worden betrokken leidt wederom
35 tot een gewijzigde belastingpositie en meer rechtsonzekerheid.

De inwerkingtreding van de Tussenregeling heeft derhalve op meerdere manier inbreuk gemaakt op de rechtszekerheid van belastingplichtigen.

5 Om deelvraag drie te beantwoorden verwacht ik dat Nederland door de budgettaire gevolgen voor belastingplichtigen mogelijk aantrekkelijker, maar ten aanzien van de verminderde rechtszekerheid minder aantrekkelijker is geworden, door implementatie van de Tussenregeling. Omdat niet valt te onderzoeken welke kracht sterker is, kan deze deelvraag niet doorslaggevend worden beantwoord.

4.5 Toetsing probleemstelling

10 *‘De Tussenregeling is een passende maatregel op de jurisprudentie van het HvJ EU waardoor valutaverliezen uit hoofde van deelnemingen aftrekbaar zijn.’*

15 Nu kan na beantwoording van bovenstaande deelvragen onderzocht worden of de probleemstelling juist, dan wel onjuist is. Voor dit onderzoek is relevant op te merken dat ik met passend heb bedoeld dat er sprake is van een noodzakelijke maatregel die effectief is, zijn doel bereikt en geen negatieve gevolgen heeft voor het Nederlandse vestigingsklimaat.

20 Ten aanzien van de slotpassage van de probleemstelling blijkt dat met beantwoording van de eerste deelvraag ik verwacht dat valutaverliezen uit hoofde van deelnemingen, zelfs met toepassing van de deelnemingsvrijstelling, onder voorwaarden aftrekbaar zijn.

Omdat het in aftrek toelaten van valutaverliezen, maar valutawinsten vrijgesteld genieten niet evenwichtig is en tevens tot budgettaire problemen kan leiden, is de noodzaak aanwezig om maatregelen treft ten aanzien van de behandeling van valutaresultaten.

25 Voorts bleek uit de beantwoording van de tweede deelvraag dat de Tussenregeling slechts gedeeltelijk effectief is in het bereiken van haar doel om valutaresultaten evenwichtig in de heffing te betrekken. Zo bleek dat de heffing over positieve valutaresultaten ontlopen kan worden. Daarnaast ontstaat door de meegegeven materieel en formeel terugwerkende kracht een situatie waarin de Tussenregeling potentieel doorschiet in het terugbrengen van evenwicht.

35 Uit onderzoek ter beantwoording van de derde deelvraag bleek voorts dat de wijze waarop de Tussenregeling is geïmplementeerd een positieve impact heeft op de budgettaire situatie, maar een negatieve impact heeft op de rechtszekerheid van belastingplichtigen. Omdat niet

valt af te leiden welk effect sterker aanwezig is, is niet met zekerheid te zeggen welk effect de implementatie van de Tussenregeling heeft en gaat hebben op het vestigingsklimaat.

5 Om de juistheid van de probleemstelling te toetsen begin ik met de slotpassage. Hier is gesteld dat op grond van jurisprudentie van het HvJ EU valutaverliezen uit hoofde van deelnemingen, waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, aftrekbaar zijn. Het Deutsche Shell-arrest geeft naar mijn idee voldoende grond om te concluderen dat valutaverliezen uit hoofde van deelnemingen aftrekbaar zijn, echter slechts voor zover het ziet op valutaverliezen die ontstaan binnen de Europese Unie.

10

Uit het bovenstaande blijkt dat de Tussenregel als maatregel niet passend is. De maatregel is wel noodzakelijk, maar komt te kort in effectiviteit en doeltreffendheid. Het effect van de Tussenregeling op het vestigingsklimaat is niet in voldoende zekerheid in te schatten door tegengestelde krachten. Dit leidt tot de conclusie dat de probleemstelling niet geheel juist en daarmee onjuist blijkt te zijn.

15

Literatuurlijst

Jurisprudentie

Hoge Raad

- HR 10 maart 1943, B. 7621
- 5 HR 14 juni 1978, nr. 18.405, BNB 1979/181
HR 24 september 1975, nr. 17.612, BNB 1976/184
HR 9 juni 1982, nr. 21.142, BNB 1982/230
HR 2 juli 1986, nr. 23.444, BNB 1986/305
HR 14 april 1989, NJ 1989/469
- 10 HR 23 december 1990, nr. 26.283, BNB 1990/179
HR 19 juni 1991, nr. 26.102, BNB 1991/268
HR 28 september 1992, nr. 27.293, BNB 1993/193
HR 15 maart 1995, nr. 29.745, BNB 1995/177
HR 14 juni 1978, nr. 18.405, BNB 1979/181
- 15 HR 1 februari 2008, nr. 42.584, BNB 2008/81
HR 28 september 2008, 43.338, NTFR 2008/1968
HR 28 september 2008, 43.339, NTFR 2008/1869
HR 23 december 2011, nr. 11/00483, V-N 2011/67.13

Europese Hof voor de Rechten van de Mens

- 20 EHRM 21 februari 1986, nr. 8783/79, James
EHRM 23 oktober 1990, BNB 1995/244, Darby
EHRM 22 september 1994, FED 1994/762, Hentrich
EHRM 9 december 1994, NJ 1996/592, Stran Greek Refineries en Stratis Andreadis
EHRM 23 februari 1995, BNB 1995/262, Gasus
- 25 EHRM 20 november 1995, BNB 1996/123, Pressos Compania Naviera
EHRM 5 januari 2000, NJ 2000/571, Beyeler
EHRM 10 juni 2003, FED 2003/604, M.A.
EHRM 9 oktober 2003, nr. 61237/00, Acimovic
EHRM 27 mei 2004, EHRC 2004/66, OGIS-Institut Stanislas
- 30 EHRM 20 juli 2004, FED 2004/709, Bäck

Europese Hof van Justitie

- HvJ EU 28 januari 1992, C-204/90, Bachmann
HvJ EU 15 februari 1996, zaak C-63/93, Duff

- HvJ EU 15 mei 1997, C-250/95, Futura
- HvJ EU 16 juli 1998, C-264/96, ICI
- HvJ EU 21 september 1999, C-307/97, Saint-Gobain
- HvJ EU 8 maart 2001, C-397/98, Metallgesellschaft
- 5 HvJ EU 28 oktober 2001, C-326/99, Stichting Goed Wonen II
- HvJ EU 25 september 2003, C-58/01, Océ van der Grinten
- HvJ EU 13 januari 2004, C-453/00, Kühne & Heitz
- HvJ EU 15 juli 2004, C-37/02 Di Lenardo Adriano
- HvJ EU 15 juli 2004, C-38/02, Dilexport
- 10 HvJ EU 10 maart 2005, C-39/04, Laboratories Fournier
- HvJ EU 13 december 2005, C-466/03, BNB 2006/72, Marks & Spencer II
- HvJ EU 12 september 2006, C-196/04, Cadbury Schweppes
- HvJ EU 10 mei 2007, C-492/04, Lasertec
- HvJ EU 25 mei 2007, C-157/05, Holböck
- 15 HvJ EU 18 juli 2007, C-231/05, Oy AA
- HvJ EU 28 februari 2008, C-293/06, Deutsche Shell GmbH
- HvJ EU 15 mei 2008, C-414/06, Lidl Belgium GmbH & Co. KG
- HvJ EU 26 juni 2008, C-284/06, Burda
- HvJ EU 23 oktober 2008, C-157/07, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt
- 20 GmbH
- HvJ EU 18 juni 2009, C-303/07, Aberdeen Property Fininvest Alpha
- HvJ EU 15 september 2011, C-310/09, Accor
- HvJ EU 17 september 2009, C-182/08, Glaxo Welcome
- HvJ EU 25 februari 2010, C-337/08, X Holding BV
- 25 HvJ EU 18 maart 2010, C-440/08, Gielen
- HvJ EU 29 november 2011, C-371/10, National Grid Indus

Artikelen

- Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, ‘commentaar op het wetsvoorstel Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen’, digitaal beschikbaar
- 30 <http://www.nob.net/system/files/NOB+wetscommentaar+tussenregeling+valutaresultaten+op+deelnemingen+pdf.pdf>
- Douma, S.C.W., Valutaverlies op deelneming: aftrekbaar!, *NtFR* 2008/2327
- Hemels, S.J.C. en Rompen, J.W., Vestiging of kapitaalverkeer: welke vrijheid heeft prioriteit?, *WFR* 2010/1058

- Koerts, M., Deutsche Shell: dispariteit of belemmering van het vrije verkeer binnen de EG?, *WFR* 2008/725
- Kroon, van der, M.G.H., Het Baarscriterium krijgt invulling, *WFR* 2010/229
- Kroon, van der, M.G.H., Verslag van het EFS-seminar ‘Vaste inrichting versus deelneming’,
5 *WFR* 2011/1592
- Kroon, van der, M.G.H., Verslag van het EFS-seminar ‘Bronbelasting: waar begint en eindigt de EU’, *WFR* 2012/898
- Redactie Vakstudie Nieuws, Wetsvoorstel Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen naar Tweede Kamer (art. 13 en 28b Wet VPB 1969), *V-N* 2011/32.14
- 10 Redactie Vakstudie Nieuws, Nota naar aanleiding van verslag inzake wetsvoorstel Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen naar Tweede Kamer, *V-N* 2011/51.16
- Ruijschop, M.H.C., Wetsvoorstel Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen, *NTFR* 2011/1430.
- Sanders, M., Stevens, A.J.A., De tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen, *WFR*
15 2011/1290
- Sprundel, van, D.E., Het naderende einde van de dividendbelasting – een analyse, *WFR* 2009/511
- Staatssecretaris van Financiën, 2 oktober 2003, nr. DGB 2003/5149M, BNB 2004/26
- Staatssecretaris van Financiën, 12 december 2003, nr. CPP2003/2145M, BNB 2004/94
- 20 Staatssecretaris van Financiën, 26 februari 2008, nr. CPP 2008/257M, BNB 2008/121
- Staatssecretaris van Financiën, 12 juli 2010, nr. DGB 2010/2154M, BNB 2010/278
- Staatssecretaris van Financiën, 16 december 2010, nr. DGB2010/6799M, Stcrt. 2010, 20.999
- Staatssecretaris van Financiën, 23 december 2010, nr. DB2010/281M, Stcrt. 2010, 21.111
- Staatssecretaris van Financiën, 8 april 2011, nr. DB2011/129 U, *V-N* 2011/19.16
- 25 Stevens, L.G.M., Reparatiwetgeving, *MBB* 1979/1
- Stevens, L.G.M., Fiscale beleidsnotities, *WFR* 2011/1200
- Wisman, C., Tussenregeling valutaresultaten; gooit Gielen roet in het eten?, *NTFR* 2011/1646

Naslagwerken

- Aardema, E., De deelnemingsvrijstelling in nationaal perspectief, (Belastingbeschouwingen),
30 Deventer : Kluwer 1989
- Bouwman, J.N., Wegwijs in de vennootschapsbelasting (Wegwijs Serie), Amersfoort: SDU Uitgevers 2009
- Braun, K.M., Brandsma, R.P.C.W.M., Europees belastingrecht (Cursus Belastingrecht), Deventer : Kluwer 2011
- 35 Douma, S. en Engelen F., The legal status of OECD Commentarie, Amsterdam: IBFD 2008

- Graaf, de, A.C.G.A.C., Kavelaars, P., Stevens, A.J.A., Internationaal Belastingrecht (FED Fiscale Studieserie), Deventer: Kluwer 2011
- Lubbers, A.O., Goed koopmansgebruik, Amersfoort: SDU Uitgevers 2005
- Martens, W.C.M., De deelnemingsvrijstelling in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, 5 Deventer: Kluwer 2011
- Ministerie van Financiën, Overzicht gesloten Nederlandse belastingverdragen en TIEA's, <http://www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/circulaires/2011/07/01/verdragenoverzicht-minfin/verdragenoverzicht-minfin-nl-per-1-april-2012.pdf>
- 10 KPMG, Competitive Alternatives 2010, Special Report: Focus on Tax, <http://www.competitivealternatives.com/download>.
- Pauwels, M.R.T., Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen, Amersfoort: SDU Uitgevers 2009
- Sillevis, L.W., Kempen, van, M.L.M., Essers, P., Inkomstenbelasting (Cursus Belastingrecht), 15 Deventer: Kluwer 2011
- Stevens, L.G.M., Inkomstenbelasting 2001, Deventer: Kluwer 2001
- Streek, van de, J.L., Strik, S.A.W.J., Vennootschapsbelasting (Cursus Belastingrecht), Deventer: Kluwer 2011
- Terra, B.J.M., Wattel, P.J., European Tax Law (FED Fiscale Studieserie), Deventer: Kluwer 20 2008
- Weber, D.M., da Silva, B., From Marks & Spencer to X Holding: the future of cross-border group taxation, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2011

Kamerstukken

- Kamerstukken II 1959/60, nr. 6 000
- 25 Kamerstukken II 1997/96, nr. 25 212
- Kamerstukken II 2011/12, nr. 33 003
- Kamerstukken II 2010/11, nr. 32 818

Bijlage

Lijst met EU lidstaten en valuta

Lidstaten	Valuta
België	Euro
Bulgarije	Bulgaarse Lev
Cyprus	Euro
Denemarken	Deense Kroon
Duitsland	Euro
Estland	Euro
Finland	Euro
Frankrijk	Euro
Griekenland	Euro
Hongarije	Hongaarse Forint
Ierland	Euro
Italië	Euro
Letland	Letse Lats
Litouwen	Litouwse Litas
Luxemburg	Euro
Malta	Euro
Nederland	Euro
Oostenrijk	Euro
Polen	Poolse Zloty
Portugal	Euro
Roemenie	Roemeense Leu
Slovenië	Euro
Slowakije	Euro
Spanje	Euro
Tsjechië	Tsjechische Kroon
Verenigd Koninkrijk	Britse Pond
Zweden	Zweedse Kroon