

Valutaverlies op een deelneming; wanneer aftrekbaar?

Naam: Jip Lieveise

Studentnummer: 363081

Begeleider: Drs. M. Nieuweboer

Rotterdam, augustus 2013

Inhoudsopgave

Inhoudsopgave	3
1 Inleiding	5
1.1 Inleiding onderwerp.....	5
1.2 Aanleiding onderzoek	6
1.3 Probleemstelling	7
1.4 Opzet.....	7
1.5 Afbakening	7
2 De deelnemingsvrijstelling	8
2.1 Inleiding.....	8
2.2 Beknopte werking deelnemingsvrijstelling.....	8
2.3 Korte geschiedenis en ratio	10
2.4 Voordelen uit hoofde van een deelneming	12
2.5 Valutakoersresultaten.....	15
2.6 Liquidatieverliesregeling	18
2.7 Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen.....	21
2.8 Conclusie	22
3 Vaste inrichtingen en valutaresultaten	23
3.1 De vaste inrichting	23
3.2 De objectvrijstelling	24
3.3 Valutaresultaat in verband met een vaste inrichting	29
4 Europees recht	36
4.1 Inleiding.....	36
4.1.1 Bronnen EU-recht	37
4.2 Het beslisschema van het HvJ EU	39
4.2.1 Toegang tot VwEU.....	39
4.2.2 Belemmering.....	42
4.2.3 Rechtvaardigingsgronden	44
4.2.4 Proportionaliteit, geschiktheid en noodzakelijkheid (subsidiariteit).....	47
4.3 HvJ EU Deutsche Shell.....	48
4.3.1 Korte aanloop.....	48
4.3.2 HvJ EU Deutsche Shell – de casus	50
4.3.3 Beslissing HvJ EU	51
4.4 Vrijheid van vestiging of vrijheid van kapitaalverkeer	54
4.4.1 Inleiding.....	54
4.4.2 Feitelijke benadering.....	55
4.4.3 Doel en strekking benadering	56
4.4.4 Welke benadering prevaleert?	57
4.4.5 FII (2)	59
4.4.6 Conclusie	61
5 Valutaverlies op een deelneming: wanneer aftrekbaar?	63
5.1 Inleiding.....	63

5.1.1	Gerechtvaardigde vraag.....	63
5.2	Valutaverlies op een deelneming: aftrekbaar?.....	64
5.2.1	Dispariteit.....	64
5.2.2	Discriminatie	64
5.2.3	Economische benadering.....	66
5.2.4	Juridische benadering	67
5.2.5	Tussenconclusie	71
5.2.6	Rechtvaardigingsgronden	72
5.3	Aftrekmoment.....	73
5.3.1	Liquidatieverliesregeling.....	73
5.3.2	Verkoop.....	74
5.3.3	Gedurende bezitsperiode	77
5.4	Deelneming in derdeland.....	78
5.4.1	Inleiding.....	78
5.4.2	Vrijheid van kapitaalverkeer	78
5.4.3	Standstillbepaling.....	80
5.5	Tussenregeling	83
6	Conclusie	85
7	Literatuurlijst.....	89
7.1	Boeken en vakliteratuur.....	89
7.2	Jurisprudentie HvJ EU	91
7.3	Jurisprudentie Hoge Raad	93
7.4	Overige bronnen	94
7.4.1	Kamerstukken	94
7.4.2	Hofuitspraken.....	94
8	Bijlage	95

1 Inleiding

1.1 Inleiding onderwerp

De hoofdregeling van de deelnemingsvrijstelling stelt bij een kwalificerende moedervenootschap alle voordelen uit hoofde van haar deelneming in een kwalificerende dochtervenootschap vrij bij het bepalen van de fiscale winst¹. De Hoge Raad oordeelde dat onder deze voordelen eveneens valutaresultaten vallen². Valutaresultaten kunnen ontstaan wanneer een belastingplichtige een deelneming in een andere valuta aanhoudt, bijvoorbeeld in Amerikaanse dollars. De waarde van de euro ten opzichte van de dollar kan vanzelfsprekend zowel stijgen als dalen, waardoor zowel positieve als negatieve valutaresultaten kunnen worden behaald. De deelnemingsvrijstelling is zo vorm gegeven dat voordelen uit een deelneming onbelast blijven. Echter, nadelen – waaronder valutaverliezen – kunnen niet ten laste gebracht worden van de fiscale winst.

In de loop van de geschiedenis heeft de deelnemingsvrijstelling verschillende gedaantewisselingen ondergaan. Deze werden de laatste jaren mede ingegeven door rechtspraak van het Europese Hof van Justitie³ (hierna: HvJ EU). Nederland is een lidstaat van de Europese Unie. Dientengevolge moet haar belastingwetgeving in overeenstemming zijn met het “Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie”. Dit verdrag maakt onderdeel uit van het Europese Unierecht (hierna: EU-recht). Een kenmerk van de Europese Unie is de interne markt, waarbinnen economische productiefactoren (goederen, personen, diensten, kapitaal) zich vrijelijk kunnen bewegen. Het HvJ EU ziet erop toe dat de belastingwetgeving van lidstaten deze verkeersvrijheden niet ongeoorloofd belemmert. De situatie dat een Nederlandse moedervenootschap een in een andere lidstaat gevestigde deelneming bezit mag bijvoorbeeld in voorkomende gevallen fiscaal niet nadeliger worden behandeld dan een puur binnenlandse situatie.

In 2008 heeft het HvJ EU in het arrest Deutsche Shell⁴ beslist dat Duitsland een valutaverlies op het kapitaal van een vaste inrichting in een andere Europese lidstaat volledig in aftrek moet toelaten op de in Duitsland belastbare winst. Na het arrest HvJ EU Deutsche Shell is in de literatuur⁵ veelvuldig de vraag gesteld of ook een valutaverlies op een deelneming in aftrek moet kunnen komen van de

¹ Prof. Dr. J.A.G. van der Geld, ‘De deelnemingsvrijstelling’, Fiscale Monografieën deel 20, Kluwer, 2011.

² HR 9 juni 1982, nr. 21 142, BNB 1982/230.

³ HvJ 18 september 2003, zaak C-168/01 (Bosal Holding), BNB 2003/344.

⁴ HvJ 28 februari 2008, zaak C-293/06 (Deutsche Shell), NTFR 2008/561.

⁵ Zie o.a. S.C.W. Douma, Valutaverlies op deelneming: aftrekbaar!, NTFR 2008/2327 en B.J. Kiekebeld, ‘Kapitaalverkeer versus vestiging: eindelijk echt duidelijk?’, NTFR-B 2013/11.

Nederlandse fiscale winst van de moedervernootschap. Met andere woorden, of het arrest HvJ EU van overeenkomstige toepassing dient te zijn op de Nederlandse deelnemingsvrijstelling. Het HvJ EU heeft tot op heden geen antwoord hoeven geven op deze vraag.

Nederland heeft, om budgettaire derving te voorkomen⁶, een eventueel bevestigend antwoord inmiddels opgevangen door de invoering van de Wet Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen⁷. Met een beroep op deze Tussenregeling wordt het valutaresultaat op deelnemingen in aftrek toegestaan. Daar staat echter tegenover dat positieve valutaresultaten op deelnemingen vanaf dat moment eveneens niet meer onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Deze worden dus belast. In de Tussenregeling wordt geen onderscheid gemaakt tussen deelnemingen gelegen in de Europese Unie en zogenaamde derde landen. Dit onderscheid is belangrijk, omdat in het arrest Deutsche Shell een belemmering van de vrijheid van vestiging werd geconstateerd. Een beroep op deze verkeersvrijheid kan slechts gedaan worden in situaties die zich afspelen binnen het grondgebied van de Europese Unie. Daarnaast moet sprake zijn van een deelneming waarin door de moedervernootschap beslissende invloed kan worden uitgeoefend. De tussenregeling heeft dus een breder toepassingsbereik dan het HvJ EU middels het arrest Deutsche Shell voor lijkt te schrijven⁸.

1.2 Aanleiding onderzoek

Naast de genoemde Europese vrijheid van vestiging bestaat tevens de vrijheid van kapitaalverkeer. Deze bepaalt dat alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen zijn verboden. Stel dat een Nederlandse moedervernootschap een meerderheidsdeelneming in een Amerikaanse vennootschap bezit. Een eventueel beroep op de vrijheid van vestiging zal mislukken, aangezien de Verenigde Staten geen lidstaat van de Europese Unie zijn. Mag echter alsdan een beroep worden gedaan op de vrijheid van kapitaalverkeer, die wel geldt voor derde landen? Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad wordt wanneer sprake is van een meerderheidsdeelneming niet toegekomen aan de vrijheid van kapitaalverkeer⁹. Ingevolge het recente arrest FII (2)¹⁰ van het HvJ EU kan in een dergelijke situatie echter wél getoetst worden aan de vrijheid van kapitaalverkeer. Hierdoor lijken alle generiek werkende maatregelen in de Nederlandse vennootschapsbelasting binnen de reikwijdte van de verkeersvrijheden te vallen,

⁶ 4 miljard euro volgens Kamerstukken II, 2010-2011, nr. 32 818, nr. 6.

⁷ Art. 28b Wet VPB 1969.

⁸ Dr. J.H.M. Arts, 'De tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen en de reikwijdte van Deutsche Shell', Forfaitair 2012/224.

⁹ HR 26 september 2008, nr. 43 339, BNB 2009/24, NTFR 2008/1869; HR 9 april 2010, nr. 08/04160, BNB 2010/291, NTFR 2010/1079.

¹⁰ HvJ 13 november 2012, zaak C-35/11 (Test Claimants in the FII Group Litigation (2)), NTFR 2012/2144.

wanneer zij betrekking hebben op de belastingheffing over voordelen uit aandelenbelangen¹¹. Het arrest HvJ EU Deutsche Shell heeft dus mogelijk aan relevantie gewonnen.

1.3 Probleemstelling

In deze scriptie wil ik het hiervoor geschetste onderwerp nader onderzoeken. De probleemstelling die hierbij centraal zal staan is de volgende:

Kunnen valutaverliezen op deelnemingen ingevolge het huidige EU-recht in aftrek worden gebracht van de Nederlandse fiscale winst? Zo ja, in welke gevallen?

1.4 Opzet

Voor de beantwoording van mijn probleemstelling zal ik allereerst de huidige behandeling van een valutaresultaat op een deelneming onder de Nederlandse deelnemingsvrijstelling behandelen. Daarna zal ik hetzelfde doen voor een valutaresultaat in verband met een vaste inrichting. Vervolgens leidt ik het EU-recht in en zal ik toewerken naar de arresten Deutsche Shell en FII (2) van het HvJ EU. In het daaropvolgende hoofdstuk zet ik uiteen welke gevolgen deze arresten kunnen hebben voor de behandeling van een valutaresultaat onder de Nederlandse deelnemingsvrijstelling. Deze behandeling leg ik namelijk langs de ‘Europese meetlat’, waarbij ik ook verschillende meningen uit de literatuur de revue zal laten passeren. Tot slot zal ik mijn bevindingen weergeven in een conclusie.

1.5 Afbakening

Ik zal mij in deze scriptie focussen op de invloed van het Europese recht op de behandeling van een valutaresultaat op een deelneming onder de Nederlandse deelnemingsvrijstelling. Hierbij ga ik niet in op de werking van de Nederlandse deelnemingsverrekening en/of haar EU-rechtelijke houdbaarheid. Ook aan een CCTB – volgens sommigen de oplossing voor de in deze scriptie onderhavige valutaproblematiek¹² – besteed ik bij de beantwoording van mijn probleemstelling geen aandacht. Tenslotte zal ik niet ingaan op de eventuele wenselijkheid van eenzelfde fiscale behandeling van een deelneming en een vaste inrichting, met andere woorden de wenselijkheid van rechtsvormneutraliteit, zowel nationaal als Europees.

¹¹ Dr. Mr. E. Nijkeuter en mr. M.F. de Wilde, “‘Met de kennis van nu...’ (deel II) Over FII 2, gewezen arresten en wat mogelijk nog volgt’, WFR 2013/185.

¹² M. Koerts, ‘Deutsche Shell: dispariteit of belemmering van het vrije verkeer binnen de EG?’, WFR 2008/725.

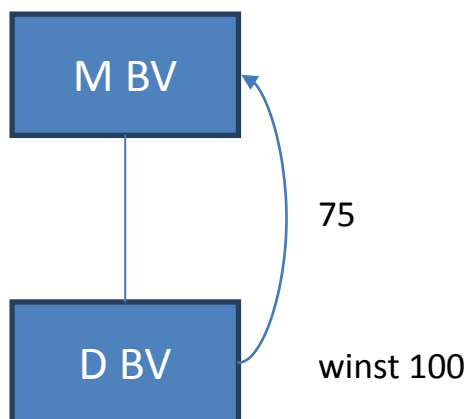
2 De deelnemingsvrijstelling

2.1 Inleiding

Een voordeel uit hoofde van een kwalificerende deelneming valt onder de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Wet VPB 1969. Hier staat tegenover dat een kwalificerende moedervernootschap het verlies op een deelneming niet ten laste van haar fiscale winst kan brengen. In dit hoofdstuk wordt bondig de werking van de deelnemingsvrijstelling uiteengezet. Daarna worden eerst kort de geschiedenis en de ratio van de vrijstelling en vervolgens de liquidatieverliesregeling besproken. Later wordt bekeken hoe valutaresultaten op deelnemingen worden behaald en behandeld onder de regeling van de deelnemingsvrijstelling. Tot slot komt de Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen aan de orde.

2.2 Beknopte werking deelnemingsvrijstelling

Een vennootschapsbelastingplichtig lichaam – bijvoorbeeld een besloten vennootschap; BV¹³ – bezit een deelneming wanneer het een belang heeft van minimaal vijf procent van het gestorte aandelenkapitaal van een ander lichaam.¹⁴ Het eerstgenoemde lichaam wordt door mij de moedervernootschap genoemd, het laatstgenoemde lichaam de deelneming. Schematisch:



Stel de Nederlandse deelneming (D BV) maakt 100 winst. Deze winst wordt ingevolge artikel 8 Wet VPB 1969 jo. art. 3.8 Wet IB 1964 belast, waarbij ik uitga uit van een tarief van 25 procent. Zodoende blijft netto 75 winst over. Deze nettowinst wordt uitgekeerd aan de moedervernootschap (M BV), bij welke het ingevolge dezelfde en eerdergenoemde artikelen nu tot háár fiscale winst gaat behoren. Om te voorkomen dat dezelfde winst op het niveau van de moedervernootschap opnieuw

¹³ Artikel 2 lid 1 Wet VPB 1969.

¹⁴ Zie voor de voorwaarden artikel 13 lid 2 Wet VPB 1969.

wordt belast, moet de moedervenootschap, onder voorwaarden, de deelnemingsvrijstelling¹⁵ toepassen. De (hoofdregel van deze) vrijstelling stelt bij een kwalificerende moedervenootschap alle voordelen uit hoofde van haar deelneming in een kwalificerende dochtervenootschap vrij bij het bepalen van de fiscale winst¹⁶. De deelnemingsvrijstelling is een beperkte brutovrijstelling¹⁷; zowel aan- als verkoopkosten van een deelneming mogen niet in aftrek komen van de fiscale winst. Uitgaven die verband houden met het bezit van een deelneming mogen dat echter wel.

Wanneer een deelneming ter belegging wordt gehouden is sprake van een beleggingsdeelneming. De deelnemingsvrijstelling geldt dan in beginsel niet. Op grond van vaste jurisprudentie¹⁸ wordt een deelneming als belegging gehouden, indien deze wordt aangehouden met het oog op het verkrijgen van een rendement dat bij normaal vermogensbeheer kan worden verwacht. Een deelneming wordt in ieder geval niet als belegging gehouden – en de deelnemingsvrijstelling is dus van toepassing – als de onderneming van de deelneming in het verlengde ligt van de onderneming van de Nederlandse vennootschap (de belastingplichtige). De deelnemingsvrijstelling is eveneens van toepassing indien sprake is van een kwalificerende beleggingsdeelneming. Hiervoor moet aan een van de twee volgende toetsen worden voldaan:

1. De onderworpenheidstoets: de deelneming is onderworpen aan een effectieve winstbelasting van 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastinggrondslag.
2. De bezittingentoets: de bezittingen van de deelneming bestaan - direct of indirect - voor minder dan de helft uit laagbelaste vrije beleggingen.

In het geval van een liquidatie van de deelneming kunnen door de deelneming geleden verliezen niet meer verrekend worden met toekomstige winsten. Een moedervenootschap mag dan onder voorwaarden een zogenaamd liquidatieverlies nemen. Voor het liquidatieverlies dat de moedervenootschap lijdt is ingevolge artikel 13d Wet VPB 1969 de deelnemingsvrijstelling namelijk niet van toepassing. Zie hierover later meer.

Tot slot; als een beleggingsdeelneming niet kwalificeert voor de deelnemingsvrijstelling geldt de (voor belastingplichtige minder gunstige) deelnemingsverrekening van artikel 13aa Wet VPB 1969. Deze bepaling laat ik in deze scriptie buiten beschouwing.

¹⁵ Artikel 13 Wet VPB 1969.

¹⁶ Prof. Dr. J.A.G. van der Geld, De deelnemingsvrijstelling, FM nr. 20, Kluwer, 2011.

¹⁷ Prof. Mr. R.J. de Vries, Aan-en verkoopkosten in relatie tot deelnemingen, WFR 2009/85.

¹⁸ Zie bijvoorbeeld HR 8 november 1989, nr. 25 257, BNB 1990/73.

2.3 Korte geschiedenis en ratio

Via de bedrijfsbelasting (1893), de inkomstenbelasting (1914), de dividend- en tantiëmebelasting (1918), de winstbelasting (1940) en het Besluit op de vennootschapsbelasting (1942) heeft de wetgever in 1969 de huidige Wet op de Vennootschapsbelasting ingevoerd. In het ontwerp voor deze wet werd een aantal kenmerken van de huidige deelnemingsvrijstelling geïntroduceerd. Zo zakte het vereiste bezitspercentage van 25% naar 5% en werden liquidatieverliezen van de vrijstelling uitgesloten. Daarnaast ging de vrijstelling ook gelden voor waardeveranderingen van de deelneming. Volgens Nobel¹⁹ was dit echter geen spectaculaire wijziging, omdat er reeds mogelijkheden bestonden om belaste koersresultaten te voorkomen. In 1990 is een nieuwe wettelijke regeling in werking getreden, welke onder andere een aanscherping bevatte van de niet-aftrekbaarheid van 'kosten die verband houden met een buitenlandse deelneming'. Belastingplichtige moest voortaan van alle kosten die verband hielden met een deelneming overtuigend bewijzen (d.w.z. moest doen blijken in plaats van aannemelijk maken) dat die kosten leidden tot in Nederland belastbare winst om in aanmerking te blijven komen voor de deelnemingsvrijstelling. Met terugwerkende kracht tot 1 januari 1992 is de Nederlandse fiscale wetgeving voor het eerst aangepast aan het EU-recht, meer precies aan de EU-moederdochterrichtlijn en aan de EU-fusierichtlijn.

In zijn arrest van 22 november 2002, het zogenaamde Falcons-arrest²⁰, besliste de Hoge Raad dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing was op het behaalde resultaat met callopties ('Falcons'). Deze callopties gaven recht op het verwerven van een deelneming tegen een vooraf overeengekomen prijs. Overigens bracht de Hoge Raad in het arrest alle resultaten behaald met call²¹- en putopties²² op aandelen behorend tot een deelneming, en/of met opties welke bij uitoefening zouden leiden tot het ontstaan van een deelneming, onder de deelnemingsvrijstelling. Het is een kenmerkend arrest, omdat de Hoge Raad de ratio van de deelnemingsvrijstelling bevestigt²³ in r.o. 3.3.1:

"De deelnemingsvrijstelling strekt ertoe te voorkomen dat in een deelnemingsverhouding dezelfde winst tweemaal in een belasting naar de winst wordt betrokken."

¹⁹ Verslag van het Congres 'Deelnemingsvrijstelling', gepubliceerd in WFR 1988, nr. 5819, p. 506 e.v.

²⁰ HR 22 november 2002, nr. 36 272, BNB 2003/34.

²¹ r.o. 3.3.2 BNB 2003/34.

²² r.o. 3.3.3 BNB 2003/34.

²³ Voorzet gegeven in bijvoorbeeld HR 13 oktober 1999, nr. 33 941, BNB 2000/21 en HR 24 mei 2002, nr. 37 021, BNB 2002/262.

Hiemstra²⁴ onderscheidt twee elementen uit deze rechtsoverweging. Het eerste element is de verlengstukgedachte, welke volgt uit het begrip *deelnemingsverhouding*. In deze (economische) gedachte is de winst van de deelneming in wezen eigen winst van het lichaam dat de deelneming houdt. Hierdoor kan de verschuiving van winsten van de deelneming naar het bedoelde lichaam niet als belastbare winst van de houd(st)er van de deelneming worden aangemerkt, mits de deelneming in de normale lijn van de onderneming van de aandeelhouder wordt aangehouden en niet ter belegging. Het tweede element dat wordt onderscheiden is de 'ne bis in idem'-gedachte; het voorkomen dat *dezelfde winst tweemaal in een belasting naar de winst wordt betrokken*.

De deelnemingsvrijstelling ziet dus op het tegengaan van dubbele belasting. In het belastingrecht wordt onderscheid gemaakt tussen economisch dubbele belasting en juridisch dubbele belasting. Van economisch dubbele belasting is sprake indien (a) bij twee personen (natuurlijke personen of lichamen) over een zelfde object, dan wel (b) bij één persoon tweemaal over formeel verschillende doch materieel identieke objecten, door één of twee instanties belasting wordt geheven. De deelnemingsvrijstelling ziet dus op het eerste²⁵. Men spreekt van juridisch dubbele belasting indien één persoon ten aanzien van één object door twee heffingsbevoegde instanties wordt belast. Deze twee instanties kunnen bijvoorbeeld twee soevereine staten zijn²⁶.

Op 18 september 2003 heeft het HvJ EU het arrest Bosal²⁷ gewezen. Op het tijdstip van de uitspraak waren in Nederland bij de moedervernootschap kosten in verband met een deelneming slechts aftrekbaar voor zover de deelneming in Nederland belastbare winst behaalde. In het Bosal-arrest werd beslist dat deze kostenaftrekbeperking in strijd is met het EU-recht. Hieronder vielen bijvoorbeeld de rentekosten op leningen aangegaan ter verwerving van de aandelen van een deelneming, welke rentekosten – voor zover – niet dienstbaar waren aan de Nederlandse fiscale winst. In de praktijk gold de kostenaftrekbeperking dus in situaties waarbij de deelneming in het buitenland was gevestigd. Met ingang van 2004 zijn alle kosten die verband houden met deelnemingen, of dit nu binnenlandse of buitenlandse deelnemingen zijn, aftrekbaar. Aangezien het Bosal-arrest een fors gat in de Nederlandse begroting sloeg, werden vrijwel direct reparatievoorstellen ingediend²⁸.

²⁴ Mr. R. Hiemstra, 'De Falcons-doctrine: het gesplitste belang bij de voordelen uit hoofde van een deelneming', WFR 2010/804.

²⁵ T. Bender, Vrijstelling ter voorkoming van dubbele belasting, FM nr. 92, Kluwer Deventer, 2000.

²⁶ Cursus Belastingrecht, IBR 1.1.2.

²⁷ HvJ EU, Zaak C-168/01 (Bosal), BNB 2003/344.

²⁸ Zie Kamerstukken II, 19 210, nr. 8.

Met de wet Werken aan Winst (2007) en de wijzigingen per 1 januari 2010 is de deelnemingsvrijstelling aangepast naar zijn huidige vorm, zoals beknopt beschreven in paragraaf 2 van dit hoofdstuk.

2.4 Voordelen uit hoofde van een deelneming

Artikel 13 lid 1 Wet VPB 1969 luidt:

Bij het bepalen van de winst blijven buiten aanmerking de voordelen uit hoofde van een deelneming, alsmede de kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van die deelneming (deelnemingsvrijstelling).

Vallen waardeveranderingen van een deelneming als gevolg van koersverschillen hierbij onder de ‘voordelen uit hoofde van een deelneming’? Hiervoor is eerst een nadere inleiding en afbakening van dit begrip vereist. Om onder de deelnemingsvrijstelling te vallen moet een kwalificerende moedervenootschap worden aangemerkt als aandeelhouder van een deelneming met een in aandelen verdeeld kapitaal ingevolge artikel 13 lid 2 Wet VPB 1969. De kwalificerende moedervenootschap kan ook bewijzen van winstgerechtigdheid in een fonds voor gemene rekening bezitten of commanditair vennoot zijn in een open commanditaire vennootschap. Er geldt in al deze gevallen een minimum belang van 5%. Bij de twee laatstgenoemde entiteiten wordt voor het begrip ‘belang’ aangeknoopt bij het winstrecht. Dit minimumbelang geldt niet indien de moedervenootschap lid is van een coöperatie of een vereniging op coöperatieve grondslag. In het vervolg van deze scriptie ga ik bij een deelneming uit van een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal. De Nederlandse NV en BV hebben dit vanzelfsprekend. Uit BNB 1978/13²⁹ leidt Leensma³⁰ af dat bij andersoortige entiteiten (samenwerkingsverbanden of personenvennootschappen) van een in aandelen verdeeld kapitaal sprake is indien:

- a. het vennootschappelijk kapitaal in gelijke of evenredige delen is verdeeld (formele toets), en;
- b. economisch en maatschappelijk de vennootschap nadert tot kapitaalvennootschappen – zoals de NV en BV (materiële toets).

Er bestaat nog veel onduidelijkheid ten aanzien van de kwalificatie van een buitenlands samenwerkingsverband als een entiteit met een in aandelen verdeeld kapitaal (niet transparant)³¹. Ik

²⁹ HR 24 november 1976, nr. 17 998, BNB 1978/13.

³⁰ Mr. S.H. Leensma, NDFR commentaar onderdeel 3.4, artikel 13 Wet VPB 1969.

³¹ Dr. J.L. Van de Streek, Cursus Belastingrecht, Vpb.1.0.3.M.b Buitenlandse ‘vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal’.

volsta hier met een verwijzing naar het Besluit van 12 december 2009, nr. CPP2009/519M, BNB 2010/58 betreffende dit onderwerp.

Daarnaast moet voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling het instrument waarmee de moedervenootschap in de deelneming investeert een kapitaalinstrument zijn en geen geldleninginstrument (hierna: lening). Wanneer fiscaal sprake is van een lening worden rentebaten belast en rentekosten aftrekbaar van de fiscale winst. De fiscale kwalificatie van een investeringsinstrument zijnde kapitaal of lening is dus van groot belang. Daarentegen zijn deze investeringsinstrumenten fiscaalrechtelijk vaak moeilijk van elkaar te scheiden. Ik wil eerst uitgaan van het kapitaalbegrip. In een zaak die op het moment van schrijven voorligt bij de Hoge Raad gaat het over de vraag of 'redeemable preference shares' in een Australische vennootschap daadwerkelijk kapitaal vertegenwoordigen. Volgens A-G Wattel³² is naar Nederlands fiscaal recht sprake van kapitaal als hetgeen de vennootschap ter beschikking wordt gesteld, gaat behoren tot het voor de vennootschapsschulden aansprakelijke en in het risico van haar onderneming delende vermogen dat bij verlies wordt aangetast. In de onderhavige zaak voorzagen de 'redeemable preference shares' in een vaste vergoeding, een vaste looptijd (onder voorwaarden terugbetaling na tien jaar) en beperkte stemrechten. Zonder op de zaak vooruit te willen lopen vind ik het dan ook niet verwonderlijk dat de Staatssecretaris van Financiën in cassatie onder andere stelt dat het hier naar Nederlands civiel recht om een lening gaat. In dat geval worden de rentebaten in Nederland belast. Hof Amsterdam³³ had eerder beslist dat de bediscussieerde aandelen in voldoende mate vergelijkbaar zijn met cumulatief preferente aandelen welke door Nederlandse NV's en BV's kunnen worden uitgegeven en paste de deelnemingsvrijstelling toe.

Bovenstaand gaat dus over de herkwalificatie van een kapitaalverstrekking naar een lening. Omgekeerd is in elk geval mogelijk. Zo is in het verleden door de Hoge Raad³⁴ beslist dat zogenaamde deelnemerschapsleningen³⁵, bodemloze putleningen en schijnleningen fiscaalrechtelijk als kapitaalverstrekking worden geherkwalificeerd. Uit de meer recente 25-novemberarresten³⁶ blijkt dat, afgezien van deze drie uitzonderingen, de civielrechtelijke vorm van de lening beslissend is. Met andere woorden, in beginsel is een civielrechtelijke lening ook voor het fiscale recht een lening. Slechts het gedeelte van een onzakelijke lening dat valt onder het zogenaamde onzakelijke

³² HR (A-G) 9 januari 2013, nr. 12 03540, V-N 2013/10.13, onderdeel 8.2.

³³ Hof Amsterdam 7 juni 2012, nr. 11/00174, NTFR 2012/1869.

³⁴ HR 24 mei 2002, nr. 37 071, BNB 2002/231.

³⁵ Zie ook artikel 10 lid 1 d Wet VPB 1969.

³⁶ HR 25 november 2011, nr. 08 05323, BNB 2012/37.

debiteurenrisico wordt van aftrek uitgesloten. Een verband met de deelnemingsvrijstelling heeft de Hoge Raad echter niet gelegd.

In het eerdergenoemde Falcons-arrest³⁷ is het gesplitste belang in de vorm van het schrijven van opties al aan de orde geweest. Om als aandeelhouder voor de deelnemingsvrijstelling te kwalificeren moet de moedervenootschap juridisch en/of economisch eigenaar van de aandelen zijn. Economisch eigenaar is de vennootschap welke het economisch belang bij de aandelen geheel toekomt³⁸. De Hoge Raad heeft daarbij in BNB 2008/6³⁹ de voordelen uit een gesplitst belang, namelijk bij een converteerbare obligatie, fiscaal aangemerkt als voordelen uit aandeelhouderschap. De economisch eigenaar van de aandelen – bijvoorbeeld de optiehouder of convertiblehouder – in een deelneming verkrijgt mogelijk economische voordelen uit hoofde van die deelneming. Ingevolge de ratio van de deelnemingsvrijstelling moet worden voorkomen dat dezelfde winst tweemaal wordt belast. Dreigt deze dubbele belastingheffing, dan ben ik het met Groothuizen⁴⁰ eens dat de Hoge Raad⁴¹ lijkt te concluderen dat voor de deelnemingsvrijstelling sprake is van aandeelhouderschap in de zin van artikel 13 lid 2 Wet VPB 1969. Het is echter nog maar de vraag of bijvoorbeeld een vruchtgebruiker van de aandelen kan worden gezien als een dergelijke aandeelhouder⁴². Dit omdat een vruchtgebruiker, in tegenstelling tot een optiehouder uit het Falcons-arrest en de obligatiehouder bij de convertibles, op basis van zijn vruchtgebruik nooit de aandelen in zijn bezit zal kunnen krijgen.

Nu het begrip deelneming is behandeld, komen de voordelen uit hoofde van een deelneming aan bod. Dit kunnen zowel positieve als negatieve voordelen zijn. Onder de bedoelde voordelen vallen:

- Dividenden (in elke mogelijke vorm ontvangen)
- Voordelen uit een earn-out regeling of prijsaanpassingen (art. 13 lid 6 Wet VPB 1969)
- Waardeveranderingen van een deelneming als gevolg van valutakoersresultaten
- Vermogenswinsten en –verliezen

Allereerst, dat dividenden als bedoelde voordelen worden gezien behoeft hier geen motivatie. Ten tweede, onder de earn-out regeling behoren, onder voorwaarden, bij de verkoop van een

³⁷ HR 22 november 2002, nr. 36 272, BNB 2003/34.

³⁸ HR 16 oktober 1985, nr. 23 033, BNB 1986/11.

³⁹ HR 12 oktober 2007, nr. 43 643, BNB 2008/6.

⁴⁰ Mr. H.W.N. Groothuizen, NDFR commentaar onderdeel 3.3.7, artikel 13 Wet VPB 1969.

⁴¹ N.a.v. het Falcons-arrest, t.a.p.

⁴² Gezien de huidige stand van de jurisprudentie niet, HR 29 december 1954, BNB 1955/50.

deelneming latere betalingen tot de voordelen uit hoofde van een deelneming. Op het punt van de valutakoersresultaten kom ik in een aparte volgende paragraaf terug. Een vermogenswinst, genoemd als laatste voordeel, kan optreden als een deelneming wordt vervreemd tegen een hogere prijs dan de oorspronkelijke verkrijgingsprijs. Maar stel nu dat bij de verkrijging nog geen sprake was van een kwalificerende deelneming voor de deelnemingsvrijstelling, bijvoorbeeld omdat het een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming betrof of omdat de moedervenootschap slechts 4% van de aandelen bezat. Zeg dat drie jaar later de voorwaarden voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling wel zijn vervuld. Nog eens drie jaar later wordt de (vrij te stellen) deelneming met winst vervreemd. Ingevolge de compartimenteringsjurisprudentie⁴³ moet geen vrijstelling worden gegeven voor vermogenswinst betrekking hebbend op een periode waarin de deelnemingsvrijstelling niet gold maar welke door een verandering van de feiten later wel ging gelden, of andersom. In mijn voorbeeld wordt dus slechts de vermogenswinst vrijgesteld die is opgekomen na jaar drie. Op 14 juni 2013 heeft de Hoge Raad beslist dat compartimentering niet moet worden toegepast in het geval van een wetswijziging zonder wettelijk overgangsrecht⁴⁴. Nog dezelfde dag heeft de Staatssecretaris van Financiën echter een wetsvoorstel aangekondigd waarin deze compartimentering met terugwerkende kracht zal worden geregeld⁴⁵.

2.5 Valutakoersresultaten

Bij een valutakoersresultaat als gevolg van een waardeverandering van een deelneming kan gedacht worden aan een Amerikaanse deelneming die voor USD 1 miljoen is verworven. Nadien is de waarde van de euro ten opzichte van de dollar gestegen. Zie onderstaande tabel (bedragen x 1.000):

	Waarde deelneming USD	Waarde USD t.o.v. EUR	Waarde deelneming EUR
moment aankoop	1.000	1,0	1.000
heden	1.000	0,9	900

Tabel 1.1 Waardeverandering deelneming als gevolg van koersverschil

⁴³ Eerste toepassingsarrest HR 2 juli 1986, nr. 23 444, BNB 1986/305.

⁴⁴ HR 14 juni 2013, nr. 11 04538, V-N 2013/29.19.

⁴⁵ Onder anderen om een budgettaire derving van ongeveer 200 miljoen euro voor de schatkist te voorkomen V-N 2013/29.20.

Uitgedrukt in euro's is de waarde van de deelneming gedaald. Dit valutaverlies is niet aftrekbaar van de Nederlandse fiscale winst, zo werd beslist in BNB 1982/230⁴⁶. In dit arrest waardeerde belanghebbende, X BV, haar buitenlandse deelnemingen op hun intrinsieke waarde. Daarbij stelt zij de intrinsieke waarde op het bedrag van het balansvermogen der dochtervennootschap, volgens de op de balansdatum geldende valutakoers omgerekend in Nederlandse guldens. Een waardeverschil voortvloeiend uit de waarde van de Nederlandse gulden ten opzichte van de buitenlandse valuta zorgde voor het boekjaar 1976 voor een verlies. X BV claimde, in tegenstelling tot de inspecteur, dat dit verlies voor de deelnemingsvrijstelling geen voordeel uit hoofde van een deelneming als zodanig betrof en wenste het verlies af te trekken van de fiscale winst. Ter onderbouwing voerde belanghebbende zowel het arrest BNB 1960/163⁴⁷, een van de befaamde Rupiah-arresten, als de Memorie van Toelichting bij de Wet Vennootschapsbelasting 1969 aan. In BNB 1960/163 werd kort gezegd beslist dat voor de winst van een buitenlandse vaste inrichting (filiaal, zie hoofdstuk 3) dat in Nederland voor aftrek ter voorkoming van dubbele belasting in aanmerking komt, geen rekening wordt gehouden met valutaresultaat. Er wordt aangesloten bij de winst die in het buitenland tot uitdrukking komt. In deze winst kan nooit een valutaresultaat tot uitdrukking komen, want daar blijft een 'dollar een dollar'. Een valutaverlies kwam dus in aftrek van de Nederlandse fiscale winst. De Memorie van Toelichting⁴⁸ bepaalde vervolgens dat in beginsel aan de deelnemingsvrijstelling dezelfde tegemoetkoming moet worden gegeven als wanneer een BV een gedeelte van haar onderneming buitenlands in de vorm van een vaste inrichting uitoefent. Belanghebbende stelt:

“Nu in de deelnemingsverhouding de valutaverschillen eveneens niet bij de dochter in aanmerking worden genomen is het een logisch gevolg van het gehanteerde systeem, dat deze verschillen wél bij de moedermaatschappij tot uitdrukking komen en zonder dat hiervoor een vermindering ter voorkoming van dubbele belasting (de deelnemingsvrijstelling) wordt verleend”.

Volgens X BV komt een valutaresultaat op een deelneming dus slechts tot uitdrukking bij de moedervennootschap en kan dus geen sprake zijn van dubbele belasting. De deelnemingsvrijstelling zou volgens belanghebbende in dit geval dus niet op moeten gaan. De Hoge Raad bepaalt:

“dat het echter met de bewoordingen van de Wet in strijd zou zijn waardeveranderingen welke niet in de winst van de dochtermaatschappij tot uitdrukking komen van de vrijstelling uit te zonderen;

⁴⁶ HR 9 juni 1982, nr. 21 142, BNB 1982/230.

⁴⁷ HR 4 mei 1960, nr. 14 218, BNB 1960/163.

⁴⁸ Bepaalde afgeleid uit Kamerstuk Tweede Kamer 1959-1960 geciteerd in HR 9 juni 1982, nr. 21 142, BNB 1982/230.

dat de wetsgeschiedenis geen duidelijke aanwijzingen bevat dat de wetgever een zodanige uitzondering heeft beoogd.”

Het bleek dus niet mogelijk om het valutaverlies ten laste van de fiscale winst te brengen, al moet deze beslissing door de Hoge Raad in het licht van de eerdergenoemde – en later door de Hoge Raad in het Falcons-arrest omarmde – ‘ne bis in idem’-gedachte mogelijk worden herzien⁴⁹. Immers hoeft niet voorkomen te worden dat dezelfde winst tweemaal in een belasting naar de winst wordt betrokken. De ‘ne bis in idem’-gedachte is dus geen reden om het koersresultaat op de deelneming buiten de Nederlandse heffing te houden⁵⁰. Kok⁵¹ toont overigens aan dat deze stelling alleen maar waar is als de deelneming dezelfde functionele valuta heeft als waarin het valutarisico luidt dat door de houder van de deelneming wordt gelopen. Volgens Heithuis⁵² is niettemin bij de uitwerking van het ‘ne bis in idem’-beginsel in de Nederlandse regeling van de deelnemingsvrijstelling op geen enkele wijze een band gelegd met de daadwerkelijk bij de deelneming behaalde en/of belaste winst. BNB 1982/230 past volgens hem derhalve volledig in dit beeld. Wel wil ik hier graag opmerken dat Heithuis dit heeft gesteld voor de overwegingen van de Hoge Raad in het Falcons-arrest, zonder daar overigens conclusies aan te willen verbinden. Daarnaast is BNB 1982/230 mogelijk achterhaald gezien het huidige Europese recht. Deze mogelijkheid zal ik verderop in deze scriptie nagaan.

Valutaresultaten op een lening vormen geen resultaten uit hoofde van de deelneming, ook niet als de lening is aangegaan ter verwerving van of kapitaalstorting in de deelneming. Van 1997 tot 2004⁵³ vielen de valutaresultaten op een lening die verband houdt met een buitenlandse deelneming wel onder de niet-aftrekbare kosten. Verderop in deze scriptie zal de EU-rechtelijke houdbaarheid, tot uitdrukking gekomen in het eerder aangehaalde arrest Bosal⁵⁴, van deze regeling worden besproken. Voor nu is het voldoende te concluderen dat een valutaverlies op een lening die verband houdt met een deelneming aftrekbaar is van de fiscale winst, tenzij het op verzoek is vrijgesteld – zie de volgende paragraaf. Ook is het van belang te wijzen op artikel 10a Wet VPB 1969, dat bepaalt dat renten – kosten en valutaresultaten daaronder begrepen – ter zake van schulden aan een verbonden persoon welke verband houden met de verwerving of uitbreiding van een deelneming niet in aftrek komen. Dit artikel laat ik hier verder rusten, evenals de artikelen 10b, 13I en 15ad Wet VPB 1969.

⁴⁹ Zie R. van den Dool, *Compendium van de vennootschapsbelasting*, 2010, Kluwer, Deventer.

⁵⁰ J.A.G. van der Geld, *Fiscale aspecten van financiële instrumenten*, *Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht* 1993/9, blz. 192, citaat uit WFR 2009/115.

⁵¹ Mr. Dr. Q.W.J.C.H. Kok, ‘Vreemde valuta in de deelnemingsvrijstelling’, WFR 2009/115.

⁵² Drs. E.J.W. Heithuis, ‘Ontwikkelingen rondom de deelnemingsvrijstelling’, WFR 1994/705.

⁵³ Wetswijziging n.a.v. HvJ EU, Zaak C-168/01 (Bosal), BNB 2003/344.

⁵⁴ HvJ EU, Zaak C-168/01 (Bosal), BNB 2003/344.

Een interessant aspect betreft het afdekken van valutarisico's op een deelneming. Stel dat in het eerder aangehaalde voorbeeld de moedervennootschap die de deelneming aankoopt op het moment van aankoop ter financiering van de deelneming een lening afsluit ter waarde van USD 1 miljoen. We hebben gezien dat de deelneming wegens een koersverschil in waarde daalt. Echter daalt voor de moedervennootschap de schuld in even grote mate. Een dalende schuld betekent winst voor de schuldenaar. Het verlies op de deelneming wordt dus gecompenseerd door de winst op de lening. Omgekeerd geldt hetzelfde. Artikel 13 lid 7 Wet VPB 1969 bepaalt dat voor zover valutaresultaten behaald met een lening dienen ter afdekking van het valutarisico dat met de deelneming zelf wordt gelopen, de winst op de lening onder voorwaarden onder de deelnemingsvrijstelling valt; een verlies wordt buiten de fiscale winst gehouden. Het valutarisico op een deelneming wordt op deze manier 'afgedekt'. De inspecteur staat dit op verzoek toe, met dien verstande dat de deelnemingsvrijstelling niet wordt toegepast op valutaresultaten op de hoofdsom van de lening voor zover deze de waarde van de deelneming overstijgt⁵⁵.

2.6 Liquidatieverliesregeling

Uit bovenstaand blijkt dat een valutaverlies op een deelneming niet in aftrek kan komen van de fiscale winst. Dit geldt ook voor het verlies, inclusief valutaresultaat, dat wordt behaald met de vervreemding van een deelneming. De situatie is wezenlijk anders wanneer een deelneming wordt geliquideerd. Door de deelneming geleden verliezen kunnen dan niet meer verrekend worden met toekomstige winsten. Het liquidatieverlies dat de moedervennootschap lijdt is ingevolge artikel 13d lid 1 Wet VPB 1969 aftrekbaar van de fiscale winst. Dit verlies is, overeenkomstig het tweede lid, het bedrag waarmee het opgeofferde bedrag voor de deelneming de liquidatie-uitkeringen overtreft. Het opgeofferde bedrag wordt extracomptabel bijgehouden, waardoor het extracomptabel berekende liquidatieverlies afwijkt van het fiscale verlies. De reden dat niet wordt aangesloten bij de fiscale boekwaarde, ofwel de 'kostprijs', van de deelneming is omdat deze boekwaarde wordt geregeerd door het goedkoopmansgebruik. Hierdoor spelen in de fiscale boekwaardebepaling subjectieve inzichten van de ondernemer mee. De wetgever achtte dit ongewenst.

Het uitgangspunt voor de berekening van het opgeofferde bedrag is het oorspronkelijke door de moedervennootschap voor de aandelen van de deelneming betaalde zakelijke bedrag, inclusief aankoopkosten. Latere gebeurtenissen kunnen het opgeofferde bedrag echter verlagen of verhogen. Artikel 13d lid 2 Wet VPB 1969 bevat een aantal specifieke bepalingen over de berekening van het opgeofferde bedrag indien sprake is van ongewenste samenloop met andere regelingen uit de wet. Deze wil ik hier niet behandelen. Kapitaalstortingen door de moedervennootschap in de deelneming

⁵⁵ MvT, Kamerstukken II 2006/07, 30 572, nr. 3, blz. 57.

verhogen het opgeofferde bedrag. Daarentegen wordt het opgeofferde bedrag verlaagd met onder meer:

- meegekocht dividend⁵⁶
- terugbetalingen van kapitaal (deelneming naar moedervenootschap)
- andere materiële terugbetalingen
- opgeofferde bedrag van vervreemde aandelen in de deelneming

De liquidatie-uitkeringen worden voor de berekening van het aftrekbare liquidatieverlies afgetrokken van het opgeofferde bedrag. Tot het totaal aan liquidatie-uitkeringen worden ingevolge artikel 13d lid 3 Wet VPB 1969 gerekend de positieve voordelen uit hoofde van deelneming genoten in het jaar waarin het ontbonden lichaam zijn onderneming geheel of nagenoeg geheel heeft gestaakt, in de vijf daaraan voorafgaande jaren en de daaropvolgende jaren. Ook de positieve voordelen in het zesde tot en met het tiende jaar voorafgaande aan de (nagenoeg) gehele staking vallen hieronder als het lichaam volgens zijn jaarrekening verlies heeft geleden.

De tussenholdingregeling van lid 4 van het onderhavige artikel bepaalt dat het deel van het verlies dat materieel niet door de geliquideerde dochter zelf is geleden, maar door lichamen verder 'onder' in het concern uit het te nemen liquidatieverlies geëlimineerd moet worden. Dit gebeurt door waardedalingen van deelnemingen van de geliquideerde dochter uit het liquidatieverlies te elimineren. Een liquidatieverlies dat een tussenholding reeds heeft geleden wordt ook geëlimineerd uit het liquidatieverlies van de moedervenootschap, wanneer de tussenholding wordt ontbonden⁵⁷. Om een liquidatieverlies te mogen nemen mag de onderneming van de ontbonden vennootschap, indien deze niet is gestaakt, niet worden voortgezet door de belastingplichtige of een met hem verbonden lichaam⁵⁸. Het tijdstip waarop het liquidatieverlies in aanmerking mag worden genomen is gesteld op het moment dat de vereffening van de ontbonden deelneming is voltooid⁵⁹.

Het liquidatieverlies wordt dus bepaald vanuit het oogpunt van de moedervenootschap en gaat niet uit van de verliezen die zich in de deelneming bevinden. De bepaling wil hiermee een subjectief verlies van de aandeelhouder honoreren. Ik wijs er nogmaals op dat een valutaverlies niet in het land van de buitenlandse deelneming kan worden geleden. Maar gezien het subjectieve karakter van de liquidatieverliesregeling kan er in voorkomende gevallen wel rekening worden gehouden met een

⁵⁶ Kamerstukken II, 6000, MvT, p. 20, MvA, p. 24.

⁵⁷ Artikel 13d, lid 5 Wet VPB 1969.

⁵⁸ Artikel 13d, lid 9 Wet VPB 1969.

⁵⁹ Artikel 13d, lid 9, aanhef Wet VPB 1969.

valutaverlies. Van der Geld⁶⁰ concludeert dat in geval van een buitenlandse deelneming zich op het terrein van valutawaardeschommelingen praktisch gesproken alleen de vraag voordoet of deze waardeschommelingen hun invloed hebben op het opgeofferde bedrag. Immers, de vraag kan zich opdringen of voor de bepaling van het opgeofferde bedrag de wisselkoers van het aankoopmoment of enig ander later moment moet worden gekozen. Dit kan consequenties hebben voor de hoogte van het aftrekbare liquidatieverlies. Voor de beantwoording van de vraag kan aansluiting gezocht worden bij de aanmerkelijk belangregeling uit de Wet inkomstenbelasting. Een natuurlijk persoon valt onder deze regeling wanneer hij 5% of meer van de aandelen in een vennootschap bezit. Ook de aanmerkelijk belangregeling voorziet in de mogelijkheid om een verlies bij de aandeelhouder (subject) te nemen. De Hoge Raad heeft in BNB 1987/231⁶¹ beslist dat de verkrijgingsprijs van een aanmerkelijk belang wordt berekend tegen de wisselkoers op het moment van de verkrijging van de aandelen. Een terugbetaling van kapitaal wordt berekend tegen de wisselkoers op het moment van de terugbetaling. Volgens Wattel⁶² is het opgeofferde bedrag van de liquidatieverliesregeling een historische grootheid in de zin dat de invloed van genoemde mutaties vastligt vanaf het moment dat zij zich voordoen, zodat, indien zij geschieden in vreemde valuta, de wisselkoers van dat moment bepalend is voor de omrekening in guldens. Het gaat immers om het daadwerkelijk door de moeder per saldo voor de verwerving c.q. bestending van de deelneming in Nederlandse guldens gebrachte vermogensoffer. Uit BNB 1960/223⁶³ blijkt daarnaast volgens De Vakstudie Vennootschapsbelasting⁶⁴ dat devaluatieverliezen op deelnemingen het opgeofferde bedrag onverlet laten. In BNB 1994/299⁶⁵ overweegt de Hoge Raad dat "indien een dochtervennootschap een deel van haar kapitaal terugbetaalt, de kostprijs van de resterende deelname in het kapitaal niet wordt beïnvloed door de omstandigheid dat bij de terugbetaling winst is behaald of ten gevolge van verschillen in de koers van de valuta waarin het kapitaal van de dochtervennootschap is uitgedrukt." Juch⁶⁶ verwoordt het op basis van BNB 1960/223 en BNB 1982/230 ten aanzien van de liquidatieuitkering als volgt: indien de liquidatieuitkering in vreemde valuta omgerekend in guldens minder is dan het voor de verkrijging van de deelneming opgeofferde bedrag omgerekend in guldens is er, behoudens enkele complicaties, sprake van een liquidatieverlies.

⁶⁰ Prof. Dr. J.A.G. van der Geld, *De deelnemingsvrijstelling*, FM nr. 20, Kluwer, 2011.

⁶¹ HR 29 april 1987, nr 23 803, BNB 1987/231.

⁶² Mr. P.J. Wattel, 'Liquidatieverliezen op deelnemingen', WFR 1983/273.

⁶³ HR 27 april 1960, nr. 14 135, BNB 1960/223.

⁶⁴ *Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting*, aantekening 43 bij artikel 13 Wet VPB 1969.

⁶⁵ HR 17 augustus 1994, nr. 29 071, BNB 1994/299.

⁶⁶ Prof. mr. D. Juch en mr. W.C.M. Martens, 'De deelnemingsvrijstelling in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969', FED, Deventer.

Een valutaverlies op een deelneming valt dus in het liquidatieverlies. In tabel 1.1 is de waarde van de deelneming als gevolg van een koersverschil tot op heden met EUR 100.000 gedaald. Stel dat de deelneming nu wordt geliquideerd en er EUR 900.000 aan liquidatie-uitkeringen plaatsvinden. Hierboven heb ik geconcludeerd dat het opgeofferde bedrag EUR 1 miljoen bedraagt, waardoor ingevolge de liquidatieverliesregeling EUR 100.000 in aftrek mag komen van de fiscale winst. Nu een enigszins complexer voorbeeld, zie onderstaande tabel (bedragen x 1.000):

	USD	Waarde USD t.o.v. EUR	EUR
Opgeofferd bedrag	1.000	1,0	1.000
Dividenduitkering	10	1,0	10
Repatriëring kapitaal	100	0,9	90
Liquidatie-uitkering	900	0,8	720
13d-liquidatieverlies			180

Tabel 1.2 Berekening liquidatieverlies deelneming met koersverschil

Het valutaverlies komt eerst tot uitdrukking ten tijde van de repatriëring van kapitaal⁶⁷ (terugbetaling) en vervolgens in de liquidatie-uitkering. Het aftrekbare liquidatieverlies bedraagt EUR 180.000.

2.7 Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen

Naar aanleiding van het arrest HvJ EU Deutsche Shell⁶⁸ is in Nederland een discussie ontstaan over de vraag of een valutaverlies op een deelneming toch in aftrek mag komen van de fiscale winst. De minister van Financiën is van mening dat dit niet het geval is. Mocht de minister van Financiën ongelijk krijgen, dan heeft de wetgever als vangnet – om budgettaire derving te voorkomen⁶⁹ – artikel 28b Wet VPB 1969 ingevoerd. Deze Tussenregeling bepaalt dat wanneer een belastingplichtige een valutaverlies op een deelneming – waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is – met succes ten laste van de fiscale winst heeft gebracht, toekomstige valutawinsten op deelnemingen niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Het is dus een voorwaardelijke

⁶⁷ Op de vraag of een tussentijds verlies op een deelneming van de fiscale winst in aftrek gebracht mag worden wordt verderop in deze scriptie antwoord gegeven.

⁶⁸ HvJ 28 februari 2008, zaak C-293/06, NTFR 2008/561. Dit arrest zal later in deze scriptie worden behandeld.

⁶⁹ 4 miljard euro volgens Kamerstukken II, 2010-2011, nr. 32 818, nr. 6.

regeling, welke slechts opgaat indien het HvJ EU in het voordeel van belastingplichtige beslist. De Tussenregeling werkt terug tot en met vrijdag 8 april 2011, 17.00 uur – het tijdstip van aankondiging van het wetsvoorstel in het persbericht. Wat opvalt is dat de wetgever geen beperking aanbrengt op de omvang van de toekomstige valutawinsten; de valutawinsten van alle deelnemingen worden ingevolge de regeling belast. Echter, het vierde lid van artikel 28b Wet VPB 1969 bepaalt dat een valutawinst niet wordt belast indien een valutaverlies niet ten laste van de fiscale winst zou kunnen worden gebracht. Daarnaast wil ik in het kader van de liquidatieverliesregeling graag het derde lid van de Tussenregeling noemen. Dit lid voorkomt dat een samenloop met de liquidatieverliesregeling kan leiden tot een dubbele aftrek van het valutaverlies bij een belastingplichtige. Met andere woorden; als een valutaverlies ingevolge de Tussenregeling ten laste is gekomen van de fiscale winst mag hetzelfde bedrag niet nogmaals in aftrek komen bij de berekening van het liquidatieverlies. Het derde lid van artikel 28b Wet VPB 1969 houdt overigens wel rekening met eventuele belaste valutawinsten uit – slechts⁷⁰ – dezelfde deelneming.

2.8 Conclusie

In dit hoofdstuk is gekeken naar de deelnemingsvrijstelling met haar liquidatieverliesregeling en de behandeling van een valutaresultaat op een deelneming onder deze vrijstelling. Een valutaresultaat valt in beginsel onder de deelnemingsvrijstelling, maar er zijn drie gevallen onderscheiden wanneer het resultaat de fiscale winst raakt. Namelijk wanneer sprake is van een:

1. valutaresultaat in een liquidatieverlies ingevolge artikel 13d Wet VPB 1969;
2. valutaresultaat op de financiering van een deelneming, tenzij de lening ingevolge artikel 13 lid 7 Wet VPB 1969 gezien wordt als valuta-afdekkingsinstrument;
3. valutaresultaat dat valt onder de werking van de voorwaardelijke Tussenregeling van artikel 28b Wet VPB 1969.

Een aantal keer is een verwijzing gemaakt naar het Europese recht. Noodzakelijk, maar een redelijk lezer zal doorhebben dat hierdoor een groot gedeelte van de discussie, achtergrond of werking van bepaalde regelingen – met name de Tussenregeling – onbehandeld is gebleven. Het is komende, maar helaas moet ik nog even een beroep doen op uw geduld.

⁷⁰ Mr. S. Danenberg en drs. C.L. Nederhof menen in hun NDFR commentaar bij artikel 28b Wet VPB 1969 dat belastingplichtigen dubbel worden gestraft omdat geen rekening wordt gehouden met belaste valutawinsten uit andere deelnemingen.

3 Vaste inrichtingen en valutaresultaten

In dit hoofdstuk zal de behandeling van een valutaresultaat in verband met een vaste inrichting valutaresultaat op een vaste inrichting centraal staan. Daarvoor zal het eerst de definitie van het begrip vaste inrichting worden behandeld. Vervolgens wordt de objectvrijstelling van artikel 15e Wet VPB 1969 besproken. Onder deze regeling worden buitenlandse ondernemingswinsten vrijgesteld. Deze raken de fiscale winst dus niet. Maar doen valutaresultaten in verband met vaste inrichtingen dit, in tegenstelling tot valutaresultaten op deelnemingen, wel?

3.1 De vaste inrichting

De vaste inrichting is in het internationale belastingrecht een belangrijk begrip. Indien sprake is van een vaste inrichting mag een staat namelijk haar heffingsrechten uitoefenen over de inkomensbestanddelen van belastingplichtige lichamen en natuurlijke personen, voor zover deze toerekenbaar zijn aan deze vaste inrichting⁷¹. Maar hoe belangrijk het begrip ook moge zijn, een uniforme definitie ervan bestaat niet. Het is echter, gezien haar wereldwijde bereik, voor de hand liggend dat de definitie van een vaste inrichting met name wordt bepaald in internationale verdragen. Voorbeelden hiervan zijn het VN modelverdrag 2011⁷² en het OESO⁷³ modelverdrag 2010. Het eerste modelverdrag wordt wel gehanteerd door ontwikkelingslanden en niet-OESO leden. Het OESO modelverdrag 2010 wordt daarentegen vooral door ontwikkelde landen, waaronder Nederland, gebruikt. Voor deze scriptie is het daarom het OESO modelverdrag 2010 van groter belang. In de Nederlandse belastingwetgeving wordt op meerdere plekken een korte definitie van het begrip vaste inrichting gegeven. In beginsel wordt daarbij aangesloten bij de definitie uit het OESO modelverdrag 2010, daarom zal ik in het vervolg van deze scriptie ook van deze definitie uitgaan. Het eerste lid van artikel 5 van dit verdrag bepaalt:

Voor de toepassing van dit Verdrag betekent de uitdrukking vaste inrichting een vaste bedrijfsinrichting met behulp waarvan de werkzaamheden van een onderneming geheel of gedeeltelijk worden uitgeoefend.

⁷¹ Op dit toerekeningsvraagstuk ga ik in deze scriptie niet uitgebreid in.

⁷² United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, New York 2011.

⁷³ Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling.

Dit is een zeer algemene omschrijving, maar duidelijk is dat er sprake moet zijn van een ondernemingsactiviteit en die bovendien een vast karakter moet hebben⁷⁴. Standaard voorbeelden van een vaste inrichting zijn bijvoorbeeld een fabriek, een filiaal, een kantoor en een mijn-, olie- of gasbron⁷⁵. Ook een installatieproject kan een vaste inrichting zijn wanneer de duur van het project een termijn van twaalf maanden overschrijdt⁷⁶. Daarnaast wordt in belastingverdragen, en in het vervolg van deze scriptie, met een vaste inrichting gelijkgesteld een vaste vertegenwoordiger. Een voorbeeld hiervan is een natuurlijk persoon die in een andere staat zelfstandig contracten namens het hoofdhuis afsluit. De deelneming uit hoofdstuk 2 is een entiteit met een in aandelen verdeeld kapitaal; een juridisch zelfstandig object waarvan de moedervenootschap aandeelhouder is. Een vaste inrichting heeft geen juridische zelfstandigheid en geen zelfstandige belastingplicht; zij vormt samen met het hoofdhuis één belastingplichtige. Bij een buitenlandse vaste inrichting treedt hierdoor het risico van juridisch dubbele belasting op, aangezien de vaste inrichtingsstaat de vaste inrichtingswinst belast en in Nederland deze vaste inrichtingswinst ingevolge artikel 8 e.v. Wet VPB 1969 in de belaste wereldwinst zit begrepen. Nederland heeft, ter voorkoming van deze dubbele belasting, vele bilaterale belastingverdragen gesloten. Van belang voor deze scriptie is echter de objectvrijstelling.

3.2 De objectvrijstelling

In 2012 is de objectvrijstelling van artikel 15e tot en met 15j Wet VPB 1969 ingevoerd, welke de belastingvrijstelling uit het Besluit voorkoming van dubbele belasting 2001 als methode ter voorkoming van internationaal juridisch dubbele belastingheffing over actieve inkomsten in de vennootschapsbelastingfeer vervangt. Onder de oude regeling was sprake van een zogenaamde belastingvrijstelling; het betrokken bestanddeel werd volledig in het belastbare object van de woonstaat begrepen, doch de over het wereldinkomen verschuldigde belasting werd gereduceerd met dat deel van die belasting dat met dit belastbare object samenhang⁷⁷. De huidige regeling voorziet in een objectvrijstelling; het betrokken bestanddeel wordt in de woonstaat geheel buiten het belastbaar object gelaten. Een belangrijk verschil tussen deze vrijstellingen komt naar voren in het geval van verliessituaties. Onder de oude regeling was het mogelijk om verliezen van de vaste inrichting direct ten laste te brengen van de Nederlandse fiscale winst. De verliezen werden later, wanneer buitenlandse winst werd genoten, 'ingehaald'⁷⁸. Dit hield in dat voor deze buitenlandse

⁷⁴ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars, A.J.A. Stevens, Internationaal Belastingrecht, Kluwer, Deventer 2009.

⁷⁵ Artikel 5, lid 2, OESO modelverdrag 2010.

⁷⁶ Artikel 5, lid 3, OESO modelverdrag 2010 met uitzonderingen in artikel 5, lid 4, OESO modelverdrag 2010.

⁷⁷ Prof. mr. C. van Raad, Cursus Belastingrecht, IBR.1.2.3.D.a Objectvrijstelling tegenover belastingvrijstelling.

⁷⁸ Artikel 35 Bvdb 2001 (oud).

winst tot maximaal het in aftrek genomen buitenlandse verlies in Nederland geen belastingvrijstelling werd verkregen. Zodoende was sprake van tijdelijke verliesimport. Daarnaast had een belastingplichtige die zijn buitenlandse onderneming door middel van een vaste inrichting dreef nog een ander timingvoordeel ten opzichte van een belastingplichtige die dit met een deelneming deed. Uit het vorige hoofdstuk is immers gebleken dat in het laatste geval een verlies pas in aftrek mag komen op de fiscale winst van de moederverenootschap bij de liquidatie van een deelneming. De Nederlandse wetgever heeft dit timingvoordeel⁷⁹, en het timingvoordeel van tijdelijke verliesimport⁸⁰, onwenselijk geacht. Daarnaast kon onder de oude regeling de hiervoor genoemde inhaalregeling door een belastingplichtige gefrustreerd worden door de vaste inrichting om te zetten in een deelneming. Artikel 13c Wet VPB 1969 (vervallen) bevatte hier een anti-misbruikbepaling tegen, maar deze was niet waterdicht. Door de invoering van de objectvrijstelling is de oude belastingvrijstelling met haar bijbehorende inhaalregeling komen te vervallen. Hierdoor was artikel 13c Wet VPB 1969 vervolgens overbodig. De objectvrijstelling bezit dus ook een anti-misbruik kenmerk.

De objectvrijstelling kent een aanzienlijk kortere geschiedenis dan de deelnemingsvrijstelling. Het ei werd door de Staatssecretaris van Financiën gelegd in 2009⁸¹ en is na aankondiging in het Belastingplan 2012⁸² op 1 januari 2012 uitgekomen. Geen aandacht wil ik hier besteden aan het feit dat in de literatuur is geopperd het kuiken snel de nek om te draaien⁸³. Met de invoering van de objectvrijstelling is het eerdergenoemde timingvoordeel verdwenen en daarmee ook een onevenwichtigheid tussen een deelneming en een vaste inrichting. De Staatssecretaris van Financiën houdt het kuiken graag in leven, omdat de gelijktrekking van de deelneming en de vaste inrichting volgens hem voor een meer solide belastingstelsel zorgt⁸⁴. Daarnaast sluit de regeling aan bij het territorialiteitsbeginsel, waaronder een staat slechts in die staat opgekomen kosten in aftrek van de fiscale winst hoeft toe te laten. Volgens Albert⁸⁵ is echter het budgettaire voordeel van naar schatting 250 miljoen euro⁸⁶ op jaarbasis de enige reden van invoering. Ondanks het juridische verschil tussen de zelfstandige deelneming en de onzelfstandige vaste inrichting wordt eenzelfde

⁷⁹ Kamerstukken II, 2010-2011, 32 740, nr. 1 herdruk (Fiscale agenda 2011), p. 28.

⁸⁰ Kamerstukken II, 2009-2010, nr. 31 369, nr. 9, p. 5.

⁸¹ In de zogenaamde 'Sinterklaasbrief', Kamerstukken II, 2009/10, 31.369, nr. 9.

⁸² Belastingplan 2012, Stb. 2011, 639.

⁸³ Zie bijv. Prof. mr. T. Bender, 'Objectvrijstelling voor buitenlandse winst – waarom eigenlijk?', NTFR 2011/2482.

⁸⁴ Belastingplan 2012, Stb. 2011, 639.

⁸⁵ Prof. mr. dr. P.G.H. Albert, in het 'Verslag van het EFS-seminar 'Vaste inrichting versus deelneming'' door M.G.H van der Kroon, WFR 2011/1592.

⁸⁶ Kamerstukken II, 2011-2012, 33 003, nr. 3, onderdeel 6, p. 44 e.v.

fiscale behandeling ten doel gesteld⁸⁷. Het is maar de vraag of het HvJ EU hier in verschillende arresten ook op heeft willen broeden⁸⁸. Hierover later meer, omdat ik het in dit hoofdstuk puur de nationale wet wil behandelen.

Met de objectvrijstelling worden nu zowel positieve als negatieve bedragen van de winst uit een andere staat uit de Nederlandse wereldwinst geëlimineerd⁸⁹. Het gaat hierbij om de netto voordelen en zodoende is de objectvrijstelling een netto vrijstelling. Dit in tegenstelling tot de beperkte bruto deelnemingsvrijstelling waarbij lopende deelnemingskosten wel, maar aan- en verkoopkosten niet aftrekbaar zijn. Het verschil zit hem in het feit dat er vanuit wordt gegaan dat alle vaste inrichtingskosten al aftrekbaar zijn in de vaste inrichtingsstaat. Een netto objectvrijstelling is dus afdoende. De objectvrijgestelde winst wordt naar Nederlandse maatstaven berekend⁹⁰ en per bronstaat gesaldeerd⁹¹. Welke voordelen onder de objectvrijstelling vallen wordt in een verdragssituatie bepaald door de bepalingen van dat verdrag. Met andere woorden, Nederland past de objectvrijstelling toe op die voordelen op welke het ingevolge het verdrag een vrijstelling moet verlenen. Eigenlijk overbodig worden de meest voorkomende voordelen in artikel 15e lid 2 onderdeel a Wet VPB 1969 eerst expliciet genoemd; namelijk vaste inrichtingswinsten en netto opbrengsten uit onroerende zaken gelegen in de andere staat.

De objectvrijgestelde voordelen in niet-verdragssituaties worden limitatief opgesomd in artikel 15e lid 2 onderdeel b Wet VPB 1969. Hier worden naast de vaste inrichtingswinsten en de voordelen uit onroerende zaken ten derde de voordelen uit rechten op aandelen die toerekenbaar zijn aan de vaste inrichting genoemd. Ingevolge artikel 15e lid 6 Wet VPB 1969 geldt in deze situaties de zelfstandigheidsfictie. Dit houdt in dat de vaste inrichting wordt geacht een onafhankelijke onderneming te zijn die strikt op zakelijke basis handelt met de onderneming waarvan zij juridisch deel uitmaakt en alle onderdelen daarvan. Deze bepaling is eenzelfde soort bepaling als die in artikel 7 van het OESO modelverdrag 2010, welk artikel in ook in bilaterale belastingverdragen met Nederland is opgenomen en opgaat in verdragssituaties. In zijn Besluit⁹² van 15 januari 2011 bevestigde de Staatssecretaris van Financiën dit namelijk ook voor bestaande belastingverdragen, mits de belastingplichtige ook in de bronstaat het onderhavige artikel toepast. De vaste

⁸⁷ Kamerstukken II 2011-2012, 33003, nr. 10, V-N 2011/54.2, blz. 24, 25.

⁸⁸ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 28 januari 1986, zaak C-270/83, FED 1990/3 (Avoir Fiscal) en HvJ EU 21 september 1999, zaak C-307/97, BNB 2000/75 (Saint-Gobain) tegenover HvJ EU 6 december 2007, Zaak C-298/05 (Columbus Container Services).

⁸⁹ Artikel 15e, lid 1, Wet VPB 1969.

⁹⁰ Kamerstukken II, 2011-2012, 33 003, nr. 3, p. 92-93.

⁹¹ Kamerstukken II, 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 93.

⁹² Besluit van 15 januari 2011, nr. IFZ2010/457M, BNB 2011/91.

inrichtingswinst wordt verder bepaald zoals in het OESO-commentaar 2010 en het Report on the Attribution of profits to permanent establishments 2010 is neergelegd. De memorie van toelichting bevestigt dat dit ook voor niet-verdragssituaties het geval is^{93,94}.

In artikel 15f Wet VPB 1969 wordt tot slot voor niet-verdragssituaties een definitie van de vaste inrichting gegeven. Deze sluit, zoals eerder aangegeven, aan bij het internationaal ontwikkelde begrip van de van de vaste inrichting uit artikel 5 van het OESO modelverdrag 2010⁹⁵. Op winst uit laag belaste buitenlandse beleggingsondernemingen als bedoeld in artikel 15g Wet VPB 1969 vindt de objectvrijstelling geen toepassing, tenzij een belastingverdrag anders bepaald⁹⁶. Voor dergelijke winst geldt een verrekening, welke grote overeenkomsten vertoont met de deelnemingsverrekening.

Zoals in hoofdstuk 1 de liquidatieverliesregeling van de deelnemingsvrijstelling speciale aandacht kreeg, zo wil ik die aandacht in dit hoofdstuk kort schenken aan de stakingsverliesregeling van de objectvrijstelling. Ingeval de belastingplichtige ophoudt winst uit een andere staat te genieten, vindt de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten ingevolge artikel 15i lid 1 Wet VPB 1969 geen toepassing met betrekking tot het stakingsverlies uit die staat. Een belastingplichtige houdt op winst uit een andere staat te genieten wanneer hij geen voordelen als bedoeld in artikel 15e lid 2 Wet VPB 1969 meer ontvangt. In een verdragssituatie mogen dus geen winsten uit de buitenlandse onderneming, geen voordelen uit onroerende zaken en geen overige voordelen uit die staat meer worden genoten. De belastingplichtige moet zijn (economische) activiteiten in de andere staat, in het geheel hebben gestaakt⁹⁷. Aan de andere kant wordt door de berekening per bronstaat bereikt dat een stakingsverlies uit de ene bronstaat in aftrek kan komen, terwijl in andere bronstaten positieve winsten worden gerealiseerd. Ook mag een stakingsverlies in aanmerking worden genomen bij de verkoop of vervreemding van de activiteiten aan een derde, mits aan de overige voorwaarden wordt voldaan. Dit is anders onder de deelnemingsvrijstelling, waarbij de verkoop van aandelen in een deelneming niet leidt tot een liquidatieverlies. Kanttekening die hierbij gemaakt moet worden is dat als de deelneming zelf haar activiteiten aan een derde verkoopt, het liquidatieverlies niet in gevaar is. Terug naar het stakingsverlies. Dit verlies bevat de bedragen aan winst uit die staat die per saldo hebben geleid tot een negatief bedrag. Het wordt in aanmerking

⁹³ Kamerstukken II, 2011–2012, 33 003, nr. 3, blz. 96.

⁹⁴ Mr. Drs. H. Pijl, 'Enkele kanttekeningen bij de objectvrijstelling in het Belastingplan 2012', NTFR 2011/2223.

⁹⁵ Kamerstukken II, 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 97.

⁹⁶ Artikel 15e, lid 7, Wet VPB 1969.

⁹⁷ Kamerstukken II, 2011- 2012, 33 003, nr. 3, p. 103.

genomen voor zover in de andere staat aan de belastingplichtige, een met hem verbonden⁹⁸ persoon of een ander generlei tegemoetkoming is verleend⁹⁹. Tot slot wordt de in aanmerking genomen aftrek aan de – niet-objectvrijgestelde – winst van de belastingplichtige toegevoegd indien hij binnen drie jaren weer winst uit de betreffende staat gaat genieten¹⁰⁰. De staatssecretaris wil niet dat een belastingplichtige een stakingsverlies kan claimen en kort daarna weer activiteiten in dezelfde staat kan opzetten¹⁰¹. De liquidatieverliesregeling kent een dergelijke ‘recapturebepaling’ niet.

Het stakingsverlies wordt in aftrek gebracht op het tijdstip waarop de belastingplichtige ophoudt winst uit de andere staat te genieten – vergelijk hier de eis in de liquidatieverliesregeling dat de deelneming ontbonden moet zijn. In beide regelingen moet het dus zeker zijn dat er geen voordelen meer onder de betreffende vrijstelling kunnen opkomen. Echter betekent dit mijns inziens een aanzienlijk timingnadeel van de liquidatieverliesregeling ten opzichte van de stakingsverliesregeling. Ingevolge deze laatstgenoemde regeling moet op het hiervoor bedoelde tijdstip wel de hoogte van het stakingsverlies zijn gebleken¹⁰² en mogen daarnaast de activiteiten in een andere staat niet in belangrijke mate worden voortgezet door een verbonden lichaam van de belastingplichtige¹⁰³. Het stakingsverlies wordt objectief bepaald, terwijl het liquidatieverlies geheel subjectief bepaald wordt.

Wanneer dat laatste wel gebeurt, wordt het saldo van positieve en negatieve bedragen op grond van artikel 15j Wet VPB 1969 doorgeschoven naar het voortzettende verbonden lichaam. Effectief geldt deze regeling slechts voor Nederlandse verbonden lichamen. Immers, als de voortzetter een niet in Nederland belastingplichtig lichaam is gaat het recht op het in aanmerking nemen van een stakingsverlies verloren. Het genoemde artikel geldt tevens indien sprake is van een vaste inrichting die wordt omgezet in een deelneming. Het is afhankelijk van het buitenlandse fiscale stelsel of een niet in Nederland belastingplichtig verbonden lichaam de door de vaste inrichting geleden verliezen in aanmerking kan nemen. Andersom staat in artikel 15j Wet VPB 1969 geen bepaling die aftrek toestaat aan een in Nederland gevestigde voortzetter van verliezen uit een buitenlandse vaste inrichting die zijn geleden door een niet in Nederland belastingplichtige verbonden overdrager. Wanneer de activiteiten worden voortgezet door een verbonden deelneming van een belastingplichtige is daarom voorzien in een verhoging van het opgeofferde bedrag voor die

⁹⁸ Artikel 10a, lid 4, Wet VPB 1969.

⁹⁹ Artikel 15i, lid 2 en lid 3, Wet VPB 1969.

¹⁰⁰ Artikel 15i, lid 5, Wet VPB 1969.

¹⁰¹ Tweede kamer, vergaderjaar 2011-2012, 33 003, nr. 10, blz. 92.

¹⁰² Artikel 15i, lid 4, onderdeel b, Wet VPB 1969.

¹⁰³ Artikel 15i, lid 4, onderdeel a, Wet VPB 1969.

deelneming. Het doorgeschoven negatieve saldo zal gaan behoren tot het voor de voortzettende deelneming opgeofferde bedrag. Echter, slechts voor zover in de bronstaat geen tegemoetkoming is verleend voor deze verliezen¹⁰⁴. Deze regeling geldt dus alleen wanneer het voortzettende lichaam een deelneming is – of wordt – van de belastingplichtige, en niet wanneer de buitenlandse onderneming door een vennootschap elders in de groep wordt voortgezet.

Overigens wordt bij een in de vorige alinea bedoelde voortzetting van de activiteiten door een verbonden lichaam het stakingsverlies niet doorgeschoven indien wordt voortgezet in het zicht van staking. Het stakingsverlies wordt ingevolge artikel 15j lid 2 Wet VPB 1969 bij fictie niet geacht te zijn doorgeschoven als de activiteiten binnen drie jaar worden gestaakt. Volgens de parlementaire behandeling¹⁰⁵ heeft een en ander ten doel te voorkomen dat de activiteiten worden overgedragen met slechts het doel het stakingsverlies effectief in aftrek te kunnen brengen. Dit zou bereikt kunnen worden als de overdragende belastingplichtige niet over voldoende belastbare grondslag beschikt om het stakingsverlies effectief in aftrek te kunnen brengen maar de voortzettende belastingplichtige wel. Wel is er een tegenbewijsregeling opgenomen, waardoor er voor een belastingplichtige de mogelijkheid bestaat om de zakelijkheid van het doorschuiven aan te tonen. Lukt dit niet, dan wordt het aanvankelijk doorgeschoven stakingsverlies alsnog toegevoegd aan de wereldwinst van de belastingplichtige.

De Staatssecretaris van Financiën heeft de verschillen in de fiscale behandeling van de deelneming en de vaste inrichting willen verkleinen. Echter, zoals ik hiervoor heb aangetoond bestaan er wel degelijk verschillen tussen de liquidatieverliesregeling van de deelnemingsvrijstelling en de hier behandelde stakingsverliesregeling van de objectvrijstelling.

3.3 Valutare resultaat in verband met een vaste inrichting

Net als onder de deelnemingsvrijstelling speelt onder de objectvrijstelling valutaproblematiek. Zoals geconstateerd in hoofdstuk 1 behoren valutaresultaten op deelnemingen onder de voordelen uit hoofde van de deelneming en raken zij zodoende de fiscale winst niet. De objectvrijstelling verschilt echter wezenlijk met de deelnemingvrijstelling in die zin dat buitenlandse ondernemingswinsten niet geheel buiten de grondslag van de binnenlands vennootschapsbelastingplichtige worden gelaten. Pötgens en Bellingwout¹⁰⁶ betitelen de vrijstelling hierdoor als een quasi-objectvrijstelling. Dit heeft

¹⁰⁴ Artikel 13d, lid 2, Wet VPB 1969.

¹⁰⁵ Kamerstukken II, 2011–2012, 33 003, nr. 3, p. 104.

¹⁰⁶ Prof. Mr. F.P.G. Pötgens en prof. Mr. J.W. Bellingwout, 'Objectvrijstelling voor vaste inrichtingen: Much ado about nothing?', WFR 2012/654.

invloed op de behandeling van het valutaresultaat in verband met een vaste inrichting dat een Nederlands hoofdhuis behaald, welke behandeling ik nu uiteen zal zetten.

Echter eerst een korte introductie van twee begrippen die voor de invoering van de objectvrijstelling werden gebruikt in de jurisprudentie¹⁰⁷; de bijdragewinst en de aftrekwinst. De bijdragewinst is het gedeelte van de wereldwinst dat de vaste inrichting daaraan bijdraagt. De aftrekwinst ziet op het bedrag aan winst van de vaste inrichting dat is vrijgesteld. Onder de objectvrijstelling blijft het onderscheid tussen deze twee begrippen relevant¹⁰⁸. De wereldwinst van een binnenlands belastingplichtig hoofdhuis wordt in beginsel¹⁰⁹ berekend in euro's. Valutakoersresultaten maken onderdeel daarom onderdeel uit van de belastbare totaalwinst. De bijdragewinst wordt, voor wat betreft valutaresultaten, volgens goedkoopmansgebruik als volgt berekend: het in vreemde valuta luidende eindvermogen van de vaste inrichting wordt omgerekend tegen het eind van dat jaar geldende koers in euro's. Het eindvermogen van de vaste inrichting is het beginvermogen met daarbij opgeteld de aan de vaste inrichting toe te rekenen winstreserves en niet-gerealiseerde resultaten, zoals een herwaarderingsreserve. Hierop wordt in mindering gebracht het eveneens in euro's omgerekende beginvermogen van de vaste inrichting. Dit gebeurt tegen de koers aan het begin van het jaar. Hierdoor bestaat de bijdragewinst uit de bedrijfswinst van de vaste inrichting berekend tegen de slotkoers plus het valutaresultaat op het vermogen van de vaste inrichting. Vorenstaand geldt slechts voor vlottende activa. Voor meer duurzame vermogensbestanddelen — andere dan langlopende verplichtingen en schulden — geschiedt de omrekening in beginsel naar de historische koers. Dit volgt onder anderen uit BNB 1957/120¹¹⁰. Hierdoor wordt pas op het moment van vervreemding van een dergelijk vermogensbestanddeel een valutaresultaat in de bijdragewinst in aanmerking genomen. Langlopende verplichtingen en schulden worden in beginsel gewaardeerd tegen hun historische koers tenzij de actuele koers aanmerkelijk en duurzaam lager respectievelijk hoger is dan de historische koers^{111, 112}. Om bovenstaand te illustreren een kort voorbeeld. Stel op de balans van een vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk staat op 1 januari 2012 een pand ter waarde van GBP 1.000 tegenover een eigen vermogen van GBP 1.000. Op deze datum is de waarde van de GBP gelijk aan de waarde van de EUR. Op 31 december 2012 is de waarde van de GBP met

¹⁰⁷ Conclusie A-G Groeneveld bij HR 5 december 2003, nr. 37 743, BNB 2004/139.

¹⁰⁸ Dit concluderen de auteurs van noot 106 samen met de Redactie Vakstudienieuws, V-N 2011/65.3, p. 79 uit NNV, Belastingplan 2012, Kamerstukken I 2011-2012, 33 003, nr. F, p. 1-4.

¹⁰⁹ Uitzondering betreft wanneer een beroep wordt gedaan op de functionele valutaregeling van artikel 7 lid 5 Wet VPB 1969.

¹¹⁰ HR 20 februari 1957, nr. 13 062, BNB 1957/120.

¹¹¹ Hof 's-Gravenhage 29 oktober 1974, nr. 83/1974, BNB 1975/201.

¹¹² Cursus Belastingrecht, IBR.3.4.2.A.d3, 'Berekening van het vi-bestanddeel in de generale winst ('bijdragewinst')'.

vijftig procent gestegen, dus GBP 1 = EUR 1,50. Omdat het pand echter wordt omgerekend naar de historische koers, blijft het op de eindbalans van de vaste inrichting staan tegen een waarde van EUR 1.000. Er wordt op het niveau van het Nederlandse hoofdhuis dus geen valutaresultaat behaald. Nu staat er op de balans van de vaste inrichting echter geen pand, maar een kortlopende vordering ter waarde van GBP 1.000. De overige omstandigheden blijven gelijk, waardoor er op de eindbalans van de vaste inrichting een kortlopende vordering ter waarde van EUR 1.500 staat. Ook het eigen vermogen van de vaste inrichting is gestegen naar EUR 1.500. Het valutaresultaat is in deze casus EUR 500, wat wordt toegevoegd aan de bijdragewinst. Een valutaresultaat in verband met een vaste inrichting raakt de bijdragewinst en dus de wereldwinst.

De aftrekwinst, nu het object van de objectvrijstelling, wordt bepaald op basis van de zelfstandigheidsfictie. Deze is reeds behandeld bij artikel 15e lid 6 Wet VPB 1969. In het guldendevaluatie-winstarrest¹¹³ zorgde de omrekening van de Amerikaanse vaste inrichtingswinst naar de munt van het Nederlandse hoofdhuis voor een valutawinst in de Nederlandse wereldwinst. De Hoge Raad besliste in 1954 dat een valutaresultaat niet in het buitenland tot uitdrukking kan komen en dat er tevens geen causaal verband bestaat tussen een valutaresultaat en de werkzaamheid van de vaste inrichting. Hierdoor werd de valutawinst niet begrepen in de winst waarvoor Nederland voorkoming van dubbele belasting hoefde te verlenen. De hierin uitgesproken zelfstandigheidsfictie werd verduidelijkt in de Rupiah-arresten¹¹⁴, welke reeds zijn genoemd in hoofdstuk 2. In deze arresten speelde dezelfde problematiek als in het guldendevaluatie-winstarrest uit 1954, echter was in case sprake van een vaste inrichting op Indonesië en van een valutaverlies voor het Nederlandse hoofdhuis. Op grond van de Rupiah-arresten wordt de aftrekwinst berekend naar Nederlandse voorschriften maar tegen de situsmunt, de munt van de vaste inrichtingsstaat, in casu Indonesië. De Hoge Raad stelt namelijk:

“...dat de buitenlandse bedrijfswinst niet hoger, maar ook niet lager moet worden gesteld dan de winst, die in het buitenland tot uiting komt of kan komen, en die aldaar dus in beginsel in een naar de winst geheven belasting kan worden betrokken en ook zou worden betrokken in de veronderstelling, dat de buitenlandse fiscus met betrekking tot de belasting van de bedrijfswinst van voor hem buitenlandse belastingplichtigen zou handelen gelijk de Nederlandse fiscus volgens de hier te lande geldende voorschriften moet handelen met de bedrijfswinst van wie voor dezen fiscus buitenlandse belastingplichtigen zijn;...”

¹¹³ HR 31 maart 1954, nr. 11 518, BNB 1954/180.

¹¹⁴ HR 4 mei 1960, nr. 14 218, BNB 1960/163 en HR 29 april 1959, nr. 13 892, BNB 1960/164.

De omrekening naar guldens, nu uiteraard naar euro's, geschiedt vervolgens in beginsel tegen de gemiddelde valutakoers gedurende het jaar. In het meer recente Cruzeiro-arrest¹¹⁵ uit 2003 verwijnde de Hoge Raad de hierboven beschreven heersende leer die uit de Rupiah-arresten kan worden gedestilleerd. In het Cruzeiro-arrest werden in 1993 door het hoofdhuis valutaverliezen geleden door een hyperinflatie van 2.422% in de vaste inrichtingsstaat; Brazilië. Door deze hyperinflatie in het onderhavige belastingjaar, heeft zich een enorme koersdaling van de Braziliaanse Cruzeiro voorgedaan. Deze koersdaling heeft de bijdragewinst sterk gedrukt, terwijl de aftrekwinst de gevolgen van deze koersdaling in aanzienlijk mindere mate heeft ondergaan uiteraard uitgaande van de door belanghebbende voorgestane omrekeningsmethode¹¹⁶. Hierdoor komt het voor dat Nederland, afgezet tegen de bijdragewinst, een zeer hoge vrijstelling dient te verlenen. Of zoals Bender¹¹⁷ het verwoordt: "Zo wordt in Nederland vrijstelling verkregen voor een winst die naar zijn aard nimmer kan worden gerealiseerd, en ook in de vaste inrichtingsstaat niet in de belastingheffing wordt betrokken." De Hoge Raad oordeelde dat onder speciale omstandigheden als deze afgeweken kan worden van de hoofdregel dat de omrekening van de aftrekwinst geschiedt naar de gemiddelde valutakoers gedurende het jaar. Bijvoorbeeld wanneer de vaste inrichting de winst niet gelijkmatig over het jaar geniet. Daarnaast dient de aftrekwinst onder omstandigheden te worden berekend tegen een andere valuta dan de situsmunt. In het Cruzeiro-arrest betrof het de omstandigheid dat de belastbare winst in Brazilië tegen een andere munt, hierdoor de reële valuta, werd berekend. Afgezien van de vragen die beide beslissingen mogelijk oproepen, is het van belang te constateren dat deze beslissingen pogen een valutaresultaat volledig uit de aftrekwinst te laten¹¹⁸.

Pötgens en Bellingwout¹¹⁹ pleiten tot slot wat betreft de behandeling van valutaresultaten voor een wettelijke regeling waarbij de Rupiah-leer in zoverre verfijnd zou worden dat wordt aangesloten bij de munteenheid waarin de vaste inrichting daadwerkelijk haar winst berekent. Daarbij zou dan afscheid worden genomen van de fictie dat de bronstaat dezelfde regels hanteert als het Nederlandse belastingrecht. Hiermee doelen de auteurs naar ik meen op een door A-G Groeneveld¹²⁰ in zijn conclusie bij het Cruzeiro-arrest opgeworpen verschil in winstbepaling. Van

¹¹⁵ HR 5 december 2003, nr. 37 743, BNB 2004/139.

¹¹⁶ Zie A-G Groeneveld in punt 1.7 van zijn conclusie bij BNB 2004/139, noot 115.

¹¹⁷ T. Bender, De vrijstellingsmethode ter voorkoming van internationaal dubbele belasting, diss., blz. 552.

¹¹⁸ Drs. W. Bruins Slot en mevr. Drs. E.D.M. Gerrits, 'De nadere verfijning van de Rupiah-arresten: de theorie en het Cruzeiro-arrest', WFR 2005/813.

¹¹⁹ Prof. Mr. F.P.G. Pötgens en prof. Mr. J.W. Bellingwout, 'Objectvrijstelling voor vaste inrichtingen: Much ado about nothing?', WFR 2012/654.

¹²⁰ Conclusie A-G Groeneveld punt 11.2 bij HR 5 december 2003, nr. 37 743, BNB 2004/139.

Weeghel¹²¹ gaat in zijn noot bij het arrest in op dit verschil en verwoordt het als volgt: “Er is een groot, maar tevens willekeurig verschil tussen de constatering dat de winst in het situsland wordt vastgesteld in een andere valuta of rekeneenheid en de constatering dat de winst wordt gecorrigeerd teneinde rekening te houden met inflatie.” De genoemde auteurs pleiten ervoor om in de berekening van de aftrekwinst niet slechts rekening te houden met de eerste constatering, zoals uit de Rupiah-arresten naar voren komt, maar ook met de tweede. Stel dat in de situsstaat bij de berekening van de fiscale winst wegens inflatie een monetaire correctie moet worden toegepast. Omdat de berekening van de aftrekwinst geschiedt naar Nederlandse fiscale maatstaven, wordt geen rekening gehouden met deze monetaire correctie, tenzij uiteraard de in de situsstaat belastbare winst ingevolge het Cruzeiro-arrest wordt berekend tegen een andere reële munt. Ik ben het eens met Van Weeghel¹²² dat dit laatste een willekeurig verschil in de berekening van de aftrekwinst opwerpt. De economische achtergrond, inflatie, is immers dezelfde.

Ik zal dit onderdeel afsluiten met een gesimplificeerd voorbeeld van de uitwerking van de objectvrijstelling. Het hoofdhuis, een Nederlandse BV, voert middels een vaste inrichting een onderneming in het Verenigd Koninkrijk. De wereldwinst wordt berekend in euro's. In Nederland is het vennootschapsbelastingtarief 25% en in het Verenigd Koninkrijk 30%. Het vermogen van de vaste inrichting bestaat op 1 januari uit kortlopende vorderingen ter waarde van GBP 1200. Daarnaast bevat de creditzijde van de balans kortlopende schulden ter waarde van GBP 600 en een kapitaal ter waarde van eveneens 600 GBP. De vaste inrichting rapporteert een winst van GBP 800 in het onderhavige jaar, welke het gelijkmatig verdeeld behaald. Het hoofdhuis maakt een winst van EUR 1.000, exclusief de winst van de vaste inrichting. Op 1 januari is waarde van de GBP gelijk aan de waarde van de EUR. Op 31 december is de waarde echter lineair gestegen met dertig procent, dus GBP 1 = EUR 1,30. De gemiddelde wisselkoers is dus GBP 1 = EUR 1,15 euro. Hieronder worden de cijfers van de vaste inrichting weergegeven, zoals deze op 31 december zijn opgenomen in de balans van het Nederlandse hoofdhuis:

Eindbalans (in GBP)				
kortlopende vorderingen	1.200	GBP	eigen vermogen	600 GBP
bank	800	GBP	winstreserve	560 GBP
			kortlopende schulden	600 GBP
			UK corporate income tax	240 GBP
totaal	2.000	GBP	totaal	2.000 GBP

¹²¹ S. Van Weeghel, noot bij HR 5 december 2003, nr. 37 743, BNB 2004/139, punt 7.

¹²² Van Weeghel, noot bij BNB 2004/139, t.a.p.

Eindbalans (in EUR)

kortlopende vorderingen	1.560	EUR	eigen vermogen	600	EUR
bank	1.040	EUR	winstreserve	644	EUR
			valutaresultaat	264	EUR
			kortlopende schulden	780	EUR
			UK corporate income tax	312	EUR
totaal	2.600	EUR	totaal	2.600	EUR

Het valutaresultaat op het vermogen van de vaste inrichting bedraagt

$$- \text{GBP } 600 \times (1,30 \text{ -/ - } 1,00) = \text{EUR } 180$$

Het valutaresultaat op de bedrijfswinst bedraagt

$$- \text{GBP } 560 \times (1,15 \text{ -/ - } 1,00) = \text{EUR } 84$$

Het totale valutaresultaat is dus EUR 264. In het Verenigd Koninkrijk moet 30% belasting betaald worden over de winst van GBP 800, dus GBP 240 GBP. Omgerekend naar de gemiddelde wisselkoers is dit EUR 276. Het eindvermogen van de vaste inrichting is GBP 1.160 x 1,30 = EUR 1.508. Het beginvermogen was EUR 600. Eindvermogen minus beginvermogen is dus EUR 908. De in het buitenland betaalde belasting moet hier echter nog bij opgeteld worden. Hierdoor bedraagt de totale bijdragewinst EUR 908 + EUR 276 = EUR 1.184. De objectvrijgestelde winst bedraagt GBP 800 x 1,15 = EUR 920. De bijdragewinst is onderdeel van de in Nederland belastbare wereldwinst. Het verschil tussen de bijdragewinst en de aftrekwinst bedraagt het valutaresultaat van EUR 264. Over dit valutavertaalresultaat is het Nederlandse hoofdhuis vennootschapsbelasting verschuldigd.

Uit bovenstaande behandeling van de bijdragewinst en de aftrekwinst dan wel de objectvrijgestelde vaste inrichtingswinst moet worden geconcludeerd dat een valutaresultaat in verband met een vaste inrichting de fiscale winst van het Nederlandse hoofdhuis raakt. Immers wordt onder de huidige Wet VPB 1969 een valutaresultaat behaald op de bijdragewinst en dus de wereldwinst, terwijl dit valutaresultaat wordt uitgesloten van de objectvrijgestelde winst. In tegenstelling tot een valutaverlies op een deelneming kan een valutaverlies in verband met een vaste inrichting dus wel in aftrek worden gebracht bij de fiscale winstbepaling van een belastingplichtige. Ik wil graag benadrukken dat dit geldt voor een valutaverlies dat het hoofdhuis lijdt. De vaste inrichting kan vanzelfsprekend ook zelf een valutaverlies lijden, bijvoorbeeld wanneer in bovenstaand voorbeeld

de vordering van de vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk niet luidt in Britse ponden maar in euro's. Een valutakoersresultaat dat aan de vaste inrichting moet worden toegerekend komt niet tot uitdrukking in de wereldwinst van het Nederlandse hoofdhuis, aangezien dat hoofdhuis haar aangifte in euro's doet. Een valutaverlies verlaagt wel de objectvrijgestelde vaste inrichtingswinst, omdat in het Verenigd Koninkrijk al rekening is gehouden met het valutaverlies. Met andere woorden, het valutaverlies wordt ingevolge de objectvrijstelling aan de belastbare winst toegevoegd. Wanneer de wereldwinst van het in Nederland belastingplichtige hoofdhuis nul euro bedraagt, zorgt dit er dus voor dat het hoofdhuis vennootschapsbelasting moet betalen over het valutaverlies dat is toe te rekenen aan de vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk. Behaalt de vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk een valutawinst, dan wordt de in Nederland objectvrijgestelde winst verhoogd – en de belastbare winst dus verlaagd – met het bedrag gelijk aan deze Britse valutawinst. Deze valutakoersresultaten leiden tot een zogenaamd – tijdelijk¹²³ – 'fantomresultaat' op het niveau van het in Nederland belastingplichtige hoofdhuis.

Een aparte conclusie acht ik in dit relatief korte en feitelijke hoofdstuk overbodig. Waar nodig heb ik mijn conclusies reeds tussen de regels door getrokken. Met ingang van de volgende bladzijde zal het EU-recht – eindelijk – worden geïntroduceerd.

¹²³ Kamerstukken I, 2011–2012, 33 003, nr. F, p. 1-3.

4 Europees recht

4.1 Inleiding

De oorsprong van de huidige Europese Unie ligt in 1952, toen het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (EGKS) werd ondertekend in Parijs. Met het Verdrag van Rome werd in 1957 de Europese Economische Gemeenschap opgericht. Dit Verdrag heet sinds het Verdrag van Lissabon uit 2004 het “Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie” (VwEU). De Europese Unie werd in 1992 in Maastricht opgericht met het Verdrag betreffende de Europese Unie (EU-verdrag). Het EU-verdrag bestaat uit drie pijlers. In de eerste pijler zijn de EGKS en de EEG – vanaf 1992 de EG – samen met de Euratom¹²⁴ ondergebracht. Deze pijler ziet vooral op de economische samenwerking tussen de 27 EU-lidstaten, maar ook op sociale- en milieuzaken. De tweede pijler ziet op een gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidbeleid; de derde op politieke en justitiële samenwerking in strafzaken. Voor Landen en Gebieden Overzee¹²⁵ (LGO) zijn de EU-verdragsbepalingen, tenzij uitdrukkelijk vermeld, niet van toepassing. Deze landen worden voor het EU-recht behandeld als derde landen¹²⁶. Dit zijn landen buiten de Europese Economische Ruimte (EER) waarmee de EG geen (associatie)verdrag heeft gesloten dat in een vergelijkbaar recht als in de EU-verdragen voorziet. Noorwegen, IJsland, Liechtenstein en Zwitserland behoren niet tot de EG, maar vormen samen de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA). In 1994 sloot de EVA, uitgezonderd Zwitserland, de EER-overeenkomst met de EG. Deze overeenkomst creëert een ruimte waarin nader wordt samengewerkt, bijvoorbeeld op het gebied van concurrentievervalsingen¹²⁷.

Hoe de EU als rechtsgemeenschap is vormgegeven wordt bepaald door twee kenmerkende arresten van het Hof van Justitie. In het arrest Van Gend & Loos¹²⁸ is in 1963 beslist dat het EU-recht directe werking kan hebben indien dit EU-recht voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk is. Met andere woorden, een rechter moet dit recht concreet kunnen toepassen. De directe werking betekent dat individuen en particulieren zich rechtstreeks op het EU-recht kunnen beroepen, dus zonder tussenkomst van de nationale wet. Daarnaast is in het arrest Costa/ENEL¹²⁹ een jaar later beslist dat

¹²⁴ Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie (Euratom), Rome, 1957.

¹²⁵ Voor Nederland zijn dit Curaçao, Sint Maarten, Aruba en de BES-eilanden (Bonaire, Sint Eustatius en Saba; ook wel ‘Caribisch Nederland’ genoemd).

¹²⁶ Zie de verscheidenheid aan jurisprudentie, genoemd in prof. dr. D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht*, EBR.2.0.2.C.d Landen en gebieden overzee (LGO).

¹²⁷ Prof. dr. D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht*, EBR.2.0.2.C.e Europese Economische Ruimte.

¹²⁸ HvJ EU 5 februari 1963, zaak 26/62, BNB 1964/132.

¹²⁹ HvJ EU 15 juni 1964, zaak 6/64, *Jurispr.* 1964, p. 1203.

het EU-recht voorrang heeft op het nationale recht van lidstaten. De nationale wetgever is in zijn wetgevingsbevoegdheden beperkt; hij mag bijvoorbeeld niet handelen in strijd met het EU-recht. De nationale rechter dient het EU-recht daarnaast correct toe te passen. De genoemde arresten impliceren dat binnen de EU een autonome rechtsorde bestaat met betrekking tot de eerste pijler. Het al eerder in deze scriptie aan bod gekomen, maar desondanks nogmaals voluit geschreven, Europese Hof van Justitie (hierna weer: HvJ EU), ziet erop toe dat lidstaten het in de vorige alinea genoemde EU-verdrag naar recht uitlegt en toepast.

4.1.1 Bronnen EU-recht

Er wordt onderscheid gemaakt tussen verschillende bronnen van EU-recht. Onder het primaire recht vallen de in de eerste alinea genoemde oprichtingsverdragen, inclusief aanvullingen daarop en wijzigingen daarvan. Vervolgens omvat het secundaire recht bronnen die invulling geven aan de uitvoering van de oprichtingsverdragen. Onderscheiden worden:

- Verordeningen. Deze zijn van algemene strekking, verbindend in al haar onderdelen en rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat.
- Beschikkingen zijn verbindend voor degenen tot wie de beschikkingen uitdrukkelijk en individueel zijn gericht.
- Richtlijnen dienen te worden geïmplementeerd in de nationale wetgeving.
- Aanbevelingen en adviezen bezitten geen bindende werking.

Ten slot vormen andere bronnen van EU-recht de arresten van het HvJ EU, algemene rechtsbeginselen en de zogenaamde 'soft law'; zijnde recht zonder juridische effecten.

Terug naar de eerste pijler van het EU-verdrag, welke dus ziet op de economische samenwerking tussen de lidstaten. Een belangrijk instrument hiervan is de Europese interne markt. Binnen deze markt moeten economische productiefactoren (goederen, personen, diensten en kapitaal) zich vrijelijk, onbelemmerd, kunnen bewegen. Deze zogenaamde verkeersvrijheden zijn vastgelegd in het VwEU. De interne markt wordt zowel bewerkstelligd door positieve als negatieve integratie. Met positieve integratie wordt bedoeld dat wetgeving binnen de EU wordt geharmoniseerd, gecoördineerd en geünificeerd. Met andere woorden, er wordt een Europees economisch en monetair beleid gevoerd en dispariteiten tussen rechtsstelsels van lidstaten worden weggenomen. Bij negatieve integratie wordt een bepaalde nationale wet verboden of buiten toepassing verklaard, omdat deze een belemmering opwerpt of in stand houdt in het economische verkeer tussen de lidstaten. Hierbij worden nadelen voortvloeiende uit discriminatie en belemmeringen tussen

Europese personen in het economische verkeer weggenomen. Anders gezegd, de verdragsvrijheden worden toegepast. Een arrest van het HvJ EU richt zich tot een nationale rechter, welke vervolgens met inachtneming van het oordeel van het HvJ recht dient te spreken. Hierdoor wordt een lidstaat indirect gedwongen haar wetgeving analoog aan de verdragsvrijheden toe te passen; in deze scriptie is het begrip negatieve integratie dus van belang. De verdragsvrijheden zijn:

1. Het vrije verkeer van goederen (artikel 28 e.v. VwEU). Er mogen geen (non)-tarifaire of financiële belemmeringen worden opgeworpen of in stand gehouden voor alle legale producten die voorwerp kunnen zijn van intracommunautaire handelstransacties.
2. Het vrije verkeer van personen, onderverdeeld in:
 - a. Het vrije verkeer van werknemers (artikel 45 e.v. VwEU), geldt voor een natuurlijk persoon die een betrekking in loondienst in een andere Lidstaat is aangegaan.
 - b. De vrijheid van vestiging (artikel 49 e.v. VwEU), zowel voor de niet-criminele beroepsuitoefening door zelfstandigen als door rechtspersonen.
3. Het vrije verkeer van diensten (artikel 56 e.v. VwEU). Alle beperkingen op intracommunautaire commerciële dienstverlening zijn verboden.
4. Het vrije verkeer van kapitaal, inclusief het vrije verkeer van betalingen (artikel 63 e.v. VwEU). Hieronder vallen alle financiële transacties die in wezen op een belegging of een investering zijn gericht¹³⁰. Deze verkeersvrijheid geldt als enige ook in grensoverschrijdende situaties tussen EU- en derdelanden.

Daarnaast is in artikel 21 VwEU een vrij reis- en verblijfsrecht opgenomen voor burgers van de EU en in artikel 18 VwEU een algemeen verbod betreffende discriminatie naar nationaliteit. Voor deze scriptie zijn de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal van belang. Op deze verdragsvrijheden zal ik mij vanaf nu focussen.

In de EER-overeenkomst zijn eveneens verdragsvrijheden opgenomen. Speelt een mogelijke belemmering van een verdragsvrijheid in een EER-land, dan kan het geschil door de nationale rechterlijke instantie worden voorgelegd aan het EVA-hof. In Nederland kunnen overeenkomstig door de Hoge Raad prejudiciële vragen worden gesteld aan het HvJ EU, welke zich alsdan buigt over de vraag of de Nederlandse belastingwetgeving conform de verdragsvrijheden is.

¹³⁰ HvJ EU 31 januari 1984, zaak C-286/82 en C-26/83 (Luisi en Carbone), Jur 1984. blz. 377.

4.2 Het beslisschema van het HvJ EU

Voor de beantwoording van bovenstaande vraag hanteert het HvJ EU het volgende toetsings- of beslisschema¹³¹:

1. Heeft belanghebbende toegang tot het VwEU?
2. Is er sprake van een beperking van de rechten die zijn toegekend onder het VwEU?
3. Kan een rechtvaardigingsgrond worden aangevoerd voor deze beperking?
4. Is de beperkende maatregel proportioneel?
5. Is de beperkende maatregel geschikt om het beoogde doel te bereiken?
6. Is de beperkende maatregel noodzakelijk? (subsidiariteit)

A-G Wattle¹³² vat dit schema samen tot (i) is er een discriminatie?; (ii) bestaat daar een rechtvaardiging voor?; en (iii) is de getroffen maatregel proportioneel? Hij voegt de vragen 1 en 2 en de vragen 4 en 5 dus samen. Ook de auteurs van het eerstgenoemde beslisschema concludeerden reeds dat vraag 4 vaak slechts impliciet door het HvJ EU wordt behandeld.

4.2.1 Toegang tot VwEU

De eerste vraag die volgens het schema moet worden beantwoord, is of het VwEU in de desbetreffende casus van toepassing is. Zuiver interne situaties vallen niet onder toepassing van de verdragsvrijheden van het VwEU¹³³. Daarnaast is vereist dat een economische activiteit in een andere lidstaat wordt verricht. Onder economische activiteiten vallen volgens Weber¹³⁴ alle activiteiten die, met of zonder winst oogmerk, direct of indirect, in geld of natura, al dan niet evenredig, tegen vergoeding worden verricht.

¹³¹ Zie ook J.J. van Dam, B.J. Kiegebeld, J.A.R. van Eijdsden, Europees fiscaal memo, Kluwer, Deventer, 2007.

¹³² Conclusie A-G Wattle, HR 7 januari 2011, nr. 43 484BIS, BNB 2011/96 (Eindbeslissing zaak X-Holding).

¹³³ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 5 juni 1997, gevoegde zaken C-64/96 en C-65/96 (Uecker en Jacquet). Punt 23: "Het burgerschap van de Unie, zoals voorzien in artikel 17 EG, heeft echter niet tot doel, de materiële werkingsfeer van het Verdrag eveneens uit te breiden tot interne situaties die geen enkele aanknopng met het gemeenschapsrecht hebben."

¹³⁴ Prof. dr. D.M. Weber, Cursus Belastingrecht, EBR.5.0.2.B.b Economische activiteiten.

4.2.1.1 *Vrijheid van vestiging*

Een persoon die met succes een beroep op de vrijheid van vestiging wil doen, dient ten eerste onderdaan van een EU-lidstaat te zijn¹³⁵. Volgens het HvJ EU is de vrijheid van vestiging een ruim te interpreteren recht waarvoor het vereist is “dat een gemeenschapsonderdaan duurzaam kan deelnemen aan het economisch leven van een andere lidstaat dan zijn staat van herkomst, daar voordeel uit kan halen en op die wijze de economische en sociale vervlechting in de Gemeenschap op het terrein van niet in loondienst verrichte werkzaamheden kan bevorderen”¹³⁶. Ingevolge artikel 54 VwEU vallen onder het begrip gemeenschapsonderdaan ook lichamen, zijnde vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en welke hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun feitelijke leiding binnen de gemeenschap hebben. Evers en De Graaf¹³⁷ stellen in ieder geval dat voor het constateren van economische activiteit de aandeelhouder actief betrokken moet zijn bij de activiteiten van de dochtervennootschap. In het arrest *Factortame II*¹³⁸ wordt door het HvJ EU aan het vestigingsbegrip toegevoegd dat het moet gaan om de daadwerkelijke uitoefening van een economische activiteit voor onbepaalde tijd door middel van een duurzame vestiging in een lidstaat. Daarnaast dient dit ingevolge het arrest *Cadbury Schweppes*¹³⁹ onder anderen te worden beoordeeld naar “de mate van een fysiek bestaan in termen van lokalen, personeel en uitrusting”. Er dient met andere woorden sprake te zijn van een zekere en voldoende ‘substance’. Ook het houden van aandelen waarmee een beslissende invloed op de activiteiten van een deelneming kan worden uitgeoefend wordt door het HvJ EU in het arrest *Baars*¹⁴⁰ als vestigingshandeling aangemerkt. Dit beslissende invloeds criterium, ook wel *Baarscriterium*, is aan discussie onderhevig. De vraag die in deze discussie met name speelt is bij welk percentage van het aandelenbezit een beslissende invloed moet worden aangenomen. Ik zal deze vraag verderop in deze scriptie verder ontleden..

¹³⁵ HvJ EU 3 oktober 2006, zaak C-290/04 (*Scorpio*), V-N 2006/54.13. Inhouding van bronbelasting en aansprakelijkstelling van schuldenaar bij ten onrechte niet inhouden van bronbelasting is niet in strijd met vrije dienstenverkeer, omdat regeling inzake het verlenen van wederzijdse administratieve invorderingsbijstand tussen Nederland en Duitsland ontbrak.

¹³⁶ Uit HvJ EU 30 november 1995, zaak C-55/94 (*Gebhard*), FED 1997/175, r.o. 25.

¹³⁷ M. Evers en A.C.G.A.C. de Graaf, *Bestrijding van dividenddoorstroomconstructies: fiscale autonomie van de EU-lidstaten*, MBB 2010/10.

¹³⁸ HvJ EU 25 juli 1991, zaak C-221/89 (*Factortame II*), NJ 1994, 43, r.o. 20. Bepaalde voorwaarden voor de registratie van een vissersvaartuig in het nationaal register van een lidstaat zijn in strijd met het gemeenschapsrecht.

¹³⁹ HvJ EU 12 september 2006, zaak C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), BNB 2007/54. Winst van dochteronderneming in andere lidstaat met laag belastingtarief mag in lidstaat van moederonderneming worden belast in geval van een volstrekt kunstmatige constructie.

¹⁴⁰ HvJ EU 13 april 2000, zaak C-251/98 (*Baars*), BNB 2000/242. Beperking ondernemingsvrijstelling tot aanmerkelijkbelangaandelen in een in Nederland gevestigde vennootschap strijdig met EU-recht.

4.2.1.2 *Vrijheid van kapitaalverkeer*

Het vrije verkeer van kapitaal van artikel 63 VwEU is op meerdere fronten een opvallende verdragsvrijheid. Ten eerste hoeft geen sprake te zijn van een economische activiteit. Een grensoverschrijdende dividendbetaling valt bijvoorbeeld onder het kapitaalverkeer, ondanks dat het slechts als een vergoeding voor het beschikbaar stellen van kapitaal wordt gezien. Het HvJ EU oordeelt namelijk in bijvoorbeeld het arrest Verkooijen¹⁴¹ dat de dividendbetaling onlosmakelijk verbonden is met de kapitaalbeweging zijnde de kapitaalstorting. Ten tweede kan uit de uitspraak van het HvJ EU in het arrest Idryma Typou¹⁴² worden afgeleid dat de verdragsvrijheid ziet op zowel actief aandeelhouderschap als op het houden van aandelen ter belegging. Zie in gelijke zin het arrest Glaxo Wellcome¹⁴³, r.o. 40:

“Derhalve zijn kapitaalverkeer (...) 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 effecten op de kapitaalmarkt met uitsluitend doel te beleggen zonder invloed op het bestuur van en de zeggenschap over de onderneming te willen uitoefenen ("portefeuillebeleggingen”).”

Het laatste en niet onbelangrijkste kenmerk is dat ook een beroep kan worden gedaan op het vrije verkeer van kapitaal in relatie tot derde landen, waarbij dit beroep niet hoeft te worden gedaan door een onderdaan van de EU. De verdragsvrijheid geldt dus zowel voor situaties die zich binnen de Europese Unie afspelen als voor situaties waarin een lidstaat als vertrek- of aankomststaat van een kapitaalstroom kan worden aangemerkt. Het vrije verkeer van kapitaal heeft zodoende een ruim toepassingsbereik, dat echter wordt ingeperkt door de zogenaamde standstillbepaling¹⁴⁴. Ingevolge deze standstillbepaling van artikel 64 lid 1 VwEU mag een beperking van het vrije verkeer van kapitaal gehandhaafd blijven indien aan de volgende twee cumulatieve voorwaarden is voldaan:

¹⁴¹ HvJ EU 6 juni 2000, zaak C-35/98 (Verkooijen), BNB 2000/329. Beperking dividendvrijstelling tot Nederlandse dividenden strijdig met EU-recht.

¹⁴² HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-81/09 (Idryma Typou), NJ 2011, 29. Het opleggen van geldboetes m.b.t. de werking van televisiezenders aan aandeelhouders die meer dan 2,5 procent in een televisiezender bezitten is in strijd met artikel 49 VwEU en/of artikel 63 VwEU.

¹⁴³ HvJ EU 17 september 2009, zaak C-182/08 (Glaxo Wellcome), V-N 2009/47.20. Duitse rechter moet onderzoeken of Duitse aftrekbeperking van verliezen door waardedaling van verhangen UK groepsvennootschappen niet verder gaat dan noodzakelijk is.

¹⁴⁴ D.S. Smit, Freedom of Investment between EU and Non/EU Member States and its Impact on Corporate Income Tax Systems within the European Union, Tilburg: Tilburg University 2011.

- a) Er dient sprake te zijn van een op 31 december 1993 bestaande beperking uit hoofde van het nationale recht of het recht van Unie;
- b) Er dient sprake te zijn van kapitaalverkeer naar of uit derde landen in verband met directe investeringen, vestiging, het verrichten van financiële diensten of de toelating van waardepapieren tot de kapitaalmarkten.

Aldus geeft de standstillbepaling de lidstaten de mogelijkheid hun soevereiniteit ten aanzien van kapitaalbewegingen tussen de lidstaten en derde landen – gedeeltelijk – te handhaven¹⁴⁵. Pieterse¹⁴⁶ acht de standstillbepaling gerechtvaardigd, omdat door de lidstaten niet is voorzien in een effectieve informatie-uitwisseling met derde landen, terwijl hier binnen de EU wel in is voorzien. De lidstaten stellen hierdoor de daadwerkelijke belastingheffing over in de standstillbepaling bedoelde situaties veilig. Voor het begrip directe investeringen verwijs ik naar bovenstaande rechtsoverweging uit het arrest Glaxo Wellcome¹⁴⁷.

4.2.2 Belemmering

De tweede vraag die moet worden beantwoord is de vraag of de belanghebbende wordt belemmerd om de hierboven beschreven activiteiten te verrichten. Hij mag met andere woorden niet beperkt worden in de verdragsvrijheden. Uit het arrest Gebhard¹⁴⁸ blijkt dat het HvJ EU elke belemmering verbiedt, zowel belemmerende maatregelen met als zonder onderscheid. Met onderscheid wordt hierbij bedoeld op het onderscheid tussen interne en grensoverschrijdende situaties. Een voorbeeld van een belemmerende maatregel met onderscheid is bijvoorbeeld als volgt: wanneer een belastingplichtige bij een onder vraag 1. bedoelde grensoverschrijdende activiteit nadeliger wordt behandeld dan bij een overeenkomstige maar puur binnenlandse activiteit, wordt hij geacht te worden belemmerd. Zouden de voordelen uit een Nederlandse deelneming van een belastingplichtige minder zwaar worden belast dan die uit een identieke Spaanse vennootschap, dan wordt belastingplichtige belemmerd om in een andere lidstaat activiteiten te ontplooiën. Maatregelen die ingezetenen van een lidstaat ervan kunnen doen afzien in andere lidstaten

¹⁴⁵ Mr. drs. M.J.C. Pieterse, Dividendbelasting, Nederlandse Antillen en de werking van de standstill-bepaling, EFS Erasmus 2011/2012.

¹⁴⁶ Zie HvJ EU 28 oktober 2010, C-72/09 (Rimbaud), V-N 2010/59.18. Franse heffing van 3% over onroerende zaak van Liechtensteinse vennootschap is gerechtvaardigd vanwege het ontbreken van een mogelijkheid tot het rechtstreeks vragen van inlichtingen aan Liechtenstein. Zie ook het voorstel van de Europese Commissie van 12 juni 2013 om het bereik van de automatische uitwisseling van inlichtingen binnen de EU uit te breiden.

¹⁴⁷ HvJ EU Glaxo Wellcome, t.a.p.

¹⁴⁸ HvJ EU Gebhard, t.a.p. Tevens worden vier voorwaarden voor een belemmerende maatregel gegeven. Van grote overeenkomst is het beslisschema van het HvJ EU.

investeringen te doen zijn dus verboden omdat zij het vrije kapitaalverkeer belemmeren¹⁴⁹. Ook een onderscheid naar nationaliteit, ofwel discriminatie, is verboden. Nationale maatregelen zonder onderscheid gelden zowel in interne als grensoverschrijdende situaties. Belemmeren deze maatregelen desondanks belastingplichtige in de verdragsvrijheden, dan is de maatregel verboden.

4.2.2.1 *Rechtsvormneutraliteit*

Daarnaast bestaat de vraag in hoeverre de vaste inrichting en de deelneming ingevolge het EU-recht gelijk dienen te worden behandeld. Met andere woorden: in hoeverre dient er sprake te zijn van rechtsvormneutraliteit? In het arrest HvJ EU Avoir Fiscal¹⁵⁰ kwamen investeerders met een vaste inrichting in Frankrijk niet in aanmerking voor een belastingkrediet. Investeerden zij daarentegen door middel van een deelneming, dan kwamen deze investeerders hier wel voor in aanmerking. Dit onderscheid dat Frankrijk maakte tussen een vaste inrichting en een deelneming werd door het HvJ EU niet toegestaan. Ook in het arrest HvJ EU Saint Gobain¹⁵¹ werd een vaste inrichting bepaalde belastingvoordelen onthouden, terwijl een deelneming hier aanspraak op kon maken. Het HvJ EU oordeelde ook hier dat sprake was van een ongeoorloofde beperking van de keuze van de vestigingsvorm. Bovenstaande vaste jurisprudentie lijkt echter slechts te gelden voor inbound situaties. Het onderscheid tussen inbound situaties en outbound situaties wordt ook gemaakt door Kiekebeld¹⁵². Voor de laatste situaties heeft het HvJ EU in onder anderen¹⁵³ het arrest Columbus Container Services¹⁵⁴ namelijk beslist dat wel een onderscheid mag worden gemaakt tussen verschillende rechtsvormen. Het HvJ EU overwoog in r.o. 53 van dit arrest dat *“lidstaten vrij zijn om te bepalen onder welke voorwaarden en op welk niveau de verschillende vestigingsvormen van nationale vennootschappen die in het buitenland opereren, zullen worden belast, mits deze vestigingsvormen daardoor niet worden gediscrimineerd ten opzichte van vergelijkbare nationale vestigingen.”* Stevens¹⁵⁵ concludeert dat het HvJ EU – zeker in outboundsituaties – een vergelijking maakt tussen de behandeling van een binnenlandse en een buitenlandse entiteit en geen

¹⁴⁹ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 18 december 2007, C-101/05 (Skatteverket vs. A), Jurispr. blz. I-11531, r.o. 40. Voorwaarden voor Zweedse belastingvrijstelling (o.a. aanwezig zijn van bepaling m.b.t. informatie-uitwisseling in belastingverdrag met derdeland) niet strijdig met EU-recht.

¹⁵⁰ HvJ EU 28 januari 1986, zaak C 270/83 (Avoir Fiscal), FED 1990/3.

¹⁵¹ HvJ EU 21 september 1999, zaak C 307/97 (Saint Gobain), BNB 2000/75.

¹⁵² B.J. Kiekebeld, in ‘Verslag van het EFS-seminar ‘Vaste inrichting versus deelneming’’, auteur: M.G.H. van der Kroon, WFR 2011/1592.

¹⁵³ Zie bijvoorbeeld ook HvJ EU 25 februari 2010, zaak C-337/08 (X Holding BV), BNB 2010/166.

¹⁵⁴ HvJ EU 6 december 2007, zaak C-298/05 (Columbus Container Services), V-N 2007/59.8. Duitsland mag verrekeningsmethode hanteren voor inkomen uit Belgische commanditaire vennootschap met Duitse deelnemers.

¹⁵⁵ A.J.A. Stevens, ‘De objectvrijstelling’, NTFR-B 2012/4.

gelijkstelling tussen een vaste inrichting en een deelneming nastreeft. Voor dit onderwerp verwijst ik verder graag naar hoofdstuk 5.

4.2.3 Rechtvaardigingsgronden

Als ten derde met succes een rechtvaardigingsgrond voor de geconstateerde belemmering wordt aangevoerd, kan de nationale regeling standhouden. Rechtvaardigingsgronden worden zowel gegeven in het VwEU als in de jurisprudentie van het HvJ EU. Onder de eerste categorie geschreven rechtvaardigingsgronden voor een belemmering van het vrij verkeer van kapitaal valt bijvoorbeeld de bestrijding van fraude¹⁵⁶. Voor dezelfde verdragsvrijheid geldt dat een rechtvaardigingsgrond tevens kan worden gevonden in het feit dat sprake is van onvergelykbare situaties, ofwel situaties met een objectief verschil¹⁵⁷. Een objectief verschil werd door het HvJ EU bijvoorbeeld geconstateerd in het arrest D¹⁵⁸. De heer D. woonde in Duitsland en had geen recht op een belastingvrije som voor de vroegere Nederlandse vermogensbelasting, terwijl wanneer D. in België had gewoond hij dat ingevolge het belastingverdrag tussen Nederland en België wel zou hebben. Een objectief verschil vindt het HvJ EU hier gelegen in het al dan niet bestaan van de onderhavige bepaling in een belastingverdrag. Ook het HvJ EU heeft de bestrijding van fraude opgenomen in de niet-limitatieve groep van ongeschreven rechtvaardigingsgronden. Een dergelijke rechtvaardigingsgrond wordt ook wel 'dwingende reden van algemeen belang'¹⁵⁹ of 'rule of reason' genoemd. Fraudebestrijding is daarmee zowel een geschreven als ongeschreven rechtvaardigingsgrond, waarbij een van de twee naar mijn mening overbodig zou moeten zijn. Deze constatering is hier echter niet relevant. De voor deze scriptie relevante dwingende redenen van algemeen belang die het HvJ EU tot op dit moment heeft aanvaard zijn¹⁶⁰:

- De noodzaak om de samenhang van het belastingsysteem te handhaven (fiscale coherentie).
- De noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten te waarborgen.
- De bestrijding van ontwijking van nationaal (belasting)recht en misbruik van gemeenschapsrecht.

¹⁵⁶ Artikel 65, lid 1, onderdeel b, VwEU.

¹⁵⁷ Artikel 65, lid 1, onderdeel a, VwEU icm artikel 65, lid 3, VwEU.

¹⁵⁸ HvJ EU 5 juli 2005, zaak C-376/03 (D.), BNB 2006/1. Gering deel vermogen van Duits ingezetene in Nederland belast voor vermogensbelasting zonder belastingvrije som. Geen strijd met EU-recht. Beroep op belastingverdrag met België niet mogelijk.

¹⁵⁹ Zie bijvoorbeeld het arrest Gebhard, noot 148, t.a.p.

¹⁶⁰ Prof. dr. D.M. Weber, Cursus Belastingrecht, EBR.5.1.2.C Rule of reason.

4.2.3.1 Fiscale coherentie

De fiscale coherentie als rechtvaardigingsgrond houdt in dat er een strikte correlatie moet zijn tussen twee nationale regels. Bijvoorbeeld het recht op aftrek van premies tegenover de belastbaarheid van gerelateerde uitkeringen, zoals blijkt uit het arrest Bachmann¹⁶¹. In Verkooijen¹⁶² heeft het HvJ EU beslist dat van fiscale coherentie alleen sprake kan zijn als de samenhang een en dezelfde persoon en dezelfde belasting betreft. Voor een moedervenootschap moet er dus een rechtstreeks verband zijn tussen een geleden financieel nadeel en een overeenkomstig belastingvoordeel dat het geleden nadeel compenseert. Indien fiscale coherentie op bilateraal niveau reeds is gewaarborgd, bijvoorbeeld door middel van een belastingverdrag, zal een lidstaat geen beroep kunnen doen op de fiscale coherentie als rechtvaardigingsgrond. De lidstaat heeft haar heffingsrecht – en daarmee de coherentie op nationaal niveau – dan immers zelf opgegeven¹⁶³.

4.2.3.2 Evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid

In het arrest National Grid Indus¹⁶⁴ komt naar voren hoe het HvJ EU de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten te waarborgen als rechtvaardigingsgrond uitlegt. In dit arrest verplaatste National Grid Indus BV haar feitelijke bestuurszetel van Nederland naar het Verenigd Koninkrijk. Ten tijde van deze verplaatsing diende belanghebbende vennootschapsbelasting te betalen over de aanwezige latente meerwaarden; de zogenaamde eindafrekening bij het ophouden in Nederland belastbare winst te genieten. Zonder de zetelverplaatsing zouden de latente meerwaarden echter nog niet belast worden, er is dus sprake van een liquiditeitsnadeel. Met dit nadeel wordt een beperking van de vrijheid van vestiging geconstateerd¹⁶⁵. Over de eindafrekening bepaalt het HvJ EU in r.o. 46 als volgt:

“Een dergelijke maatregel strekt er immers toe om situaties te vermijden die afbreuk kunnen doen aan het recht van een lidstaat om zijn belastingbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot activiteiten die op zijn grondgebied plaatsvinden en kan dus worden gerechtvaardigd om redenen die verband houden met het behoud van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten.”

¹⁶¹ Zie HvJ EU 28 januari 1992, zaak C-204/90 (Bachmann), FED 1992/286.

¹⁶² HvJ EU Verkooijen, t.a.p.

¹⁶³ HvJ EU 11 augustus 1995, zaak C-80/94 (Wielockx), BNB 1995/319. Aan Belgisch ingezetene die uitsluitend winst geniet uit onderneming in Nederland, mag de vorming van een fiscale oudedagsreserve niet worden geweigerd.

¹⁶⁴ HvJ EU 29 november 2011, zaak C-371/10 (National Grid Indus), BNB 2012/40. Exitheffing over latente meerwaarden in activa van vennootschap bij zetelverplaatsing niet strijdig met EU-recht. Onmiddellijke invordering van de exitheffing is echter wel in strijd met het evenredigheidsbeginsel.

¹⁶⁵ Zie bijvoorbeeld ook HvJ EU 15 oktober 2009, C-35/08 (Busley en Cibrian Fernandez), NTFR 2010/316, r.o. 25. Beperking Duitse verliesverrekening en afschrijving bij verhuur buitenlandse woningen in strijd met gemeenschapsrecht.

In r.o. 45 National Grid Indus overweegt het HvJ EU daarnaast:

“...dat de lidstaten bij gebreke van unificatie- of harmonisatiemaatregelen die door de Unie zijn aangenomen bevoegd blijven om, door het sluiten van overeenkomsten of unilateraal, de criteria voor de verdeling van hun heffingsbevoegdheid vast te stellen teneinde onder meer dubbele belasting af te schaffen.”

Volgens Huussen¹⁶⁶ vormen bovenstaande twee overwegingen de rechtvaardigingsgrond zijnde de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten te waarborgen. Het territorialiteitsbeginsel komt naar mijn mening in de eerstgenoemde overweging duidelijk naar voren en is daarmee een onderdeel geworden van de verdeling van de heffingsbevoegdheid als rechtvaardigingsgrond. In het arrest Futura Participations¹⁶⁷ stond het territorialiteitsbeginsel reeds het constateren van een discriminatie in de weg. Ingevolge dit arrest mag een lidstaat namelijk een maatregel hanteren die het een vaste inrichting slechts toestaat verliezen te verrekenen indien die verliezen betrekking hebben op activiteiten die op het grondgebied van die lidstaat plaatsvinden. Ik stel vast dat via onder anderen de arresten Bosal Holding¹⁶⁸ en Marks & Spencer II¹⁶⁹, welke ik in paragraaf 4.3.1. zal behandelen, het territorialiteitsbeginsel naar de huidige stand van de jurisprudentie is “gedegradeerd”¹⁷⁰ tot een onderdeel van de rechtvaardigingsgrond zijnde de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid.

4.2.3.3 Bestrijden van misbruik

Lidstaten mogen misbruik bestrijden, al dient dit volgens de Europese Commissie binnen de kaders van de verdragsvrijheden te gebeuren. Ik wil hier kort over opmerken dat het belastingplichtige daarentegen vrij staat de voor hem fiscaal voordeligste weg te kiezen bij het ontplooiën van zijn activiteiten. Daarnaast blijkt uit het arrest Emsland-Stärke¹⁷¹ dat misbruik moet worden vastgesteld aan de hand van twee toetsen; de objectieve toets en de subjectieve toets. Bij de eerste toets wordt naar de objectieve omstandigheden beoordeeld of daadwerkelijk misbruik wordt gemaakt van het EU-recht. Met betrekking tot de tweede, subjectieve toets wordt gekeken of belastingplichtige een

¹⁶⁶ Mr. J.C. Huussen, Verdeling van de heffingsbevoegdheid, EFS Erasmus 2012.

¹⁶⁷ HvJ EU 15 mei 1997, zaak C-250/95 (Futura Participations), FED 1998/365.

¹⁶⁸ HvJ EU 18 september 2003, zaak C-168/01 (Bosal Holding), BNB 2003/44.

¹⁶⁹ HvJ EU 13 december 2005, zaak C-446/03 (Marks & Spencer II), BNB 2006/72.

¹⁷⁰ Zie G.T.K. Meussen in zijn noot bij BNB 2003/344 (Bosal Holding), t.a.p.

¹⁷¹ HvJ EU 14 december 2000, zaak C-110/99 (Emsland-Stärke), BNB 2003/169.

voordeel heeft verkregen door zelf een volstrekt kunstmatige constructie¹⁷² op te zetten waardoor het recht op dat voordeel ontstaat¹⁷³.

Bovenstaand is slechts een selectie; de groep van ongeschreven rechtvaardigingsgronden is nogmaals limitatief en kan desgewenst door het HvJ EU worden aangevuld. Onder andere een budgettair belang voor een lidstaat is niet als rechtvaardigingsgrond geaccepteerd¹⁷⁴.

4.2.4 Proportionaliteit, geschiktheid en noodzakelijkheid (subsidiariteit)

Uit het hiervoor behandelde blijkt dus dat een rechtvaardigingsgrond kan worden gevonden voor een beperking van de verdragsvrijheden. Dat is voor het HvJ EU echter niet voldoende om een belemmerende maatregel van een lidstaat te accepteren. Het Hof beoordeelt deze maatregel namelijk ook nog aan de hand van een proportionaliteitstoets. Het vereiste van proportionaliteit in strikte zin houdt in dat een redelijke balans moet worden gevonden tussen tegenstrijdige belangen. Dit betekent in een rechterlijke procedure dat een eerder gemaakte belangenafweging moet worden getoetst op zijn redelijkheid¹⁷⁵. Het HvJ EU gebruikt echter geen strikte proportionaliteitstoets. Het beoordeelt de litigieuze maatregel ook naar zijn geschiktheid en noodzakelijkheid of subsidiariteit. Het bepaalt namelijk – onder anderen – in *National Grid Indus*¹⁷⁶: *“Daarenboven moet in een dergelijk geval de beperking geschikt zijn om het nagestreefde doel te verwezenlijken en mag zij niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel”*. Uit deze bepaling blijkt dat het HvJ EU als laatste stappen toetst of de belemmerende doch gerechtvaardigde maatregel evenredig is aan het nagestreefde doel¹⁷⁷. Deze evenredigheidstoets is onder te verdelen in drie afzonderlijke toetsen¹⁷⁸. De eerste is de geschiktheidstoets, zoals blijkt uit het eerste gedeelte van het hierboven aangehaalde citaat uit *National Grid Indus* en overeenkomt met vraag vijf uit het beslisschema van het HvJ EU. Uit het tweede gedeelte van dit citaat zijn de noodzakelijkheids- en/of subsidiariteitstoets te destilleren: de beperking mag niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel. Zie vraag zes van het beslisschema van het HvJ EU. De noodzakelijkheidstoets ziet op de vraag of een

¹⁷² HvJ EU *Cadbury Schweppes*, t.a.p.

¹⁷³ Zie HvJ EU 16 juli 1998, zaak C-264/96 (*ICI*), BNB 1998/420. Onderscheid naar vestigingsplaats dochtervennootschappen binnen EU niet geoorloofd. Gemeenschapsrecht verzet zich niet tegen verschillende behandeling naargelang houdstervennootschap al dan niet uitsluitend of hoofdzakelijk dochtervennootschappen in landen buiten EU bezit.

¹⁷⁴ HvJ EU *Verkooijen*, t.a.p.

¹⁷⁵ Zie J.H. Gerards, 'Proportionaliteit en gelijke behandeling', in: A.J. Nieuwenhuis e.a., 'Proportionaliteit in het publiekrecht', Deventer, Kluwer, 2005, blz. 79 e.v.

¹⁷⁶ HvJ EU *National Grid Indus*, t.a.p.

¹⁷⁷ Zie bijvoorbeeld de conclusie van A-G Mengozzi in HvJ EU (A-G) 21 maart 2013, zaak C-322/11 (K), punt 47

¹⁷⁸ Prof. dr. D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht*, EBR.4.0.6.B Geschiktheids-, noodzakelijkheids- en evenwichtigheidstoets.

maatregel noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken. Het subsidiariteitsvereiste gaat volgens Gerards¹⁷⁹ een stap verder:

“Subsidiariteit betekent dat alleen onderscheid mag worden gemaakt als blijkt dat er geen minder belastende alternatieven voorhanden waren. Dit betekent dat moet worden onderzocht welke andere middelen er nog beschikbaar waren geweest om het nagestreefde doel te bereiken en dat moet worden nagegaan of die middelen minstens zo effectief waren als het gemaakte onderscheid.”

Uit onder anderen het arrest Marks & Spencer II¹⁸⁰, welke ik verderop zal behandelen, blijkt naar mijn mening dat de evenredigheidstoets een grote beoordelingsvrijheid impliceert. Douma¹⁸¹ onderscheidt in onder anderen dit arrest ten derde de evenwichtigheidstoets; een belangenafweging tussen het nationale belang zijnde de nationale fiscale soevereiniteit en het communautaire belang zijnde de verdragsvrijheden.

4.3 HvJ EU Deutsche Shell¹⁸²

4.3.1 Korte aanloop

In paragraaf 4.2.3.2. is kort behandeld wat de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid als rechtvaardigingsgrond inhoudt. Deze rechtvaardigingsgrond zal van belang zal blijken te zijn in het arrest Deutsche Shell. Daarom zal ik hier aandacht besteden aan de ontwikkeling van de rechtvaardigingsgrond in de aanloop naar dit arrest. Deze aanloop begint bij het reeds aangehaalde arrest Futura, waarin het territorialiteitsbeginsel naar voren kwam. Op dat moment, in 1997, werd het territorialiteitsbeginsel echter nog niet als rechtvaardigingsgrond gezien. Het beginsel werd ‘hoger’ in het beslisschema aangehaald; namelijk bij de toets of de maatregel kan ‘worden geacht een door het Verdrag verboden zichtbare of verkapte discriminatie op te leveren’. Dit moment ligt dus voor het moment dat überhaupt aan het vinden van een rechtvaardigingsgrond dient te worden toegekomen.

4.3.1.1 HvJ EU Bosal Holding

De uitspraak van het HvJ EU in het in hoofdstuk 2 aangehaalde arrest Bosal Holding (hierna: Bosal) ‘degradeerde’¹⁸³ zoals gezegd het territorialiteitsbeginsel vanaf dat moment echter tot een

¹⁷⁹ J.H. Gerards, t.a.p.

¹⁸⁰ HvJ EU Marks & Spencer II, t.a.p.

¹⁸¹ S.C.W. Douma, Het evenredigheidsbeginsel stricto sensu als belangenafweging tussen nationale fiscale soevereiniteit en vrij verkeer, WFR 2007, blz. 247.

¹⁸² HvJ EU 28 februari 2008, zaak C-293/06 (Deutsche Shell), BNB 2009/84.

¹⁸³ HvJ EU National Grid Indus, t.a.p.

rechtvaardigingsgrond. De volgende Nederlandse maatregel stond in het arrest Bosal ter discussie: in 1993 stelde Nederland slechts rentebetalingen op leningen die verband hielden met de verwerving van deelnemingen die in Nederlandse belastbare winst behaalden in aftrek toe. Mijns inziens terecht werd de maatregel dan ook geacht strijdig te zijn met de vrijheid van vestiging. In Bosal werd zowel een beroep op het territorialiteitsbeginsel, een beroep op de fiscale coherentie en een beroep op het budgettaire belang afgewezen door het HvJ EU. Wat betreft dat laatste beroep heeft het HvJ EU bevestigd¹⁸⁴ dat een budgettair belang geen dwingende reden van algemeen belang is. Het is daarnaast ook geen geschreven rechtvaardigingsgrond. Van fiscale coherentie is geen sprake omdat voor de Nederlandse moedervenootschap geen compenserend voordeel tegenover de renteaftrekbeperking staat. Het HvJ EU trok deze conclusie omdat het uitging van de afzonderlijke zelfstandige belastingplicht van de moedervenootschap en haar deelneming. Een rechtstreeks verband in het kader van eenzelfde belastingheffing ontbreekt dus. Nederland pleitte tot slot op grond van het territorialiteitsbeginsel dat de maatregel gerechtvaardigd was; de rente moest volgens de Nederlandse regering in dezelfde lidstaat in aftrek worden gebracht als waar de overeenkomstige winst opkomt. Omdat de ene groep deelnemingen in Nederland belastbare winst behaalde en de andere groep niet in Nederland belastbare winst, waren deze groepen volgens de toenmalige Nederlandse regering niet vergelijkbaar. Nederland voerde daarnaast op dat wanneer belastingplichtige in de onderhavige casus haar activiteiten in de andere lidstaat middels een vaste inrichting zou hebben ontplooid, de lening toegerekend zou zijn aan de vaste inrichting en de rente naar alle waarschijnlijkheid in de vaste inrichtingsstaat van aftrek zou zijn toegestaan. Volgens het HvJ EU is voorgaand irrelevant, omdat het slechts gaat om de binnenlandse winst van de moedervenootschap. Het staat vast dat de winst van de deelnemingen op deelnemingsniveau wordt belast; een deelneming is immers een zelfstandig belastingplichtige entiteit. De gevolgen van het arrest HvJ EU Bosal Holding zijn bekend, zie hoofdstuk 2.

4.3.1.2 HvJ EU Marks & Spencer II

Een kenmerkend arrest voor de verdeling van de heffingsbevoegdheid als rechtvaardigingsgrond en de toepassing van de evenredigheidstoets is vervolgens het reeds aangehaalde arrest Marks & Spencer II. Marks & Spencer plc is gevestigd in het Verenigd Koninkrijk en heeft verschillende deelnemingen. Haar deelnemingen in België, Frankrijk en Spanje zijn ofwel verkocht ofwel de economische activiteiten van de deelnemingen zijn gestaakt. Marks & Spencer plc wilde de aanwezige verliezen van deze deelnemingen in aftrek brengen van haar fiscale winst in het Verenigd Koninkrijk. Dit was volgens het Engelse belastingrecht toegestaan voor vaste inrichtingen en binnenlandse deelnemingen, echter niet voor buitenlandse deelnemingen. Een belemmering van de

¹⁸⁴ Zie bijvoorbeeld BNB 1998/420, t.a.p.

vrijheid van vestiging werd geconstateerd, omdat verlies van een buitenlandse dochtervennootschap fiscaal nadeliger wordt behandeld dan het verlies van een Britse dochtervennootschap. Het HvJ EU gaf voor deze belemmering drie rechtvaardigingsgronden welke in onderlinge samenhang moesten worden gezien. De eerste betrof de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten. Het was niet de bedoeling dat belastingplichtige met verliezen en winsten kan schuiven teneinde deze te laten neerslaan in de lidstaat van keuze. Ten tweede werd een rechtvaardigingsgrond gevonden in het feit dat de kans op dubbele verliesverrekening, het aftrekken van verliezen in meerdere lidstaten, werd uitgesloten. Tot slot mocht het gevaar van belastingontwijking worden tegengegaan. Belastingontwijking zou kunnen worden bereikt door verliezen te laten neerslaan in de lidstaat met het hoogste belastingtarief. In het arrest komt tot slot het 'altijd ergens'-beginsel naar voren¹⁸⁵. Wanneer in de lidstaat waar de deelneming is gevestigd een verlies nooit meer kan worden verrekend, moet de lidstaat van de moedervernootschap dit verlies toch in aftrek toelaten. Dit vloeit voort uit de door het HvJ EU toegepaste proportionaliteitstoets. Het HvJ EU achtte de beperking niet proportioneel wanneer definitieve verliezen van een deelneming in een lidstaat niet konden worden verrekend met winsten van de moedervernootschap in een andere lidstaat. Het 'altijd ergens'-beginsel maakt dus, indien het wordt toegepast, een inbreuk op het territorialiteitsbeginsel. Volgens A-G Mengozzi¹⁸⁶ is het overigens onduidelijk wanneer – en hoe – dit beginsel precies moet worden toegepast.

4.3.2 HvJ EU Deutsche Shell – de casus

Deutsche Shell GmbH is een kapitaalvennootschap met zetel en bedrijfsleiding in Duitsland met onder meer een Italiaanse vaste inrichting. Deutsche Shell heeft van 1974 tot 1991 in deze vaste inrichting geld ingebracht in de vorm van dotatiekapitaal. In de loop der tijd zijn tevens bedragen op dit dotatiekapitaal terugbetaald; door de vaste inrichting behaalde winsten werden naar Duitsland gepatriëerd. De terugbetaalde lires zijn per de koers van dat moment omgerekend in Duitse marken en op het uitstaande dotatiekapitaal in mindering gebracht. In 1992 brengt Deutsche Shell de activa van de vaste inrichting in een volledige Italiaanse dochteronderneming in. Vervolgens verkoopt Deutsche Shell de bij de inbreng verkregen aandelen aan een derde. De opbrengst (DM 139.507.643) werd, vóór omzetting van ITL in DM, deels gebruikt om het resterende dotatiekapitaal terug te betalen (ITL 83.658.986.927, op dat moment DM 111.868.677). Deutsche Shell constateert bij de terugbetaling van het resterende dotatiekapitaal een wisselkoersverlies:

¹⁸⁵ B. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law*, Fifth edition, Kluwer Deventer 2008, blz. 733.

¹⁸⁶ Concl. A-G Mengozzi, HvJ EU (A-G) 21 maart 2013, zaak C-322/11 (K).

	Lires	DM
Resterend dotatiekapitaal / historische DM koers	83.658.986.927	234.567.179
Terugbetaald dotatiekapitaal / actuele DM koers	83.658.986.927	<u>111.868.677</u>
Wisselkoersverlies		122.698.502

In Italië wordt bij de vaststelling van de belastbare grondslag geen rekening gehouden met dit wisselkoersverlies. Volgens het Finanzamt für Grossunternehmen in Hamburg hoefde bij de berekening van de Duitse winst evenmin rekening te worden gehouden met het wisselkoersverlies. Het Duitse belastingrecht kende twee wettelijke bepalingen die hierop zagen. De eerste betreft een – in 1999 ingevoerde – objectieve vrijstelling voor buitenlandse vaste inrichtingsresultaten, waardoor koersverliezen geleden op activa/passiva van de vaste inrichting niet meer aftrekbaar waren bij het Duitse hoofdhuis. Daarnaast waren kosten die betrekking hadden op vrijgestelde winstbestanddelen, zoals vaste inrichtingswinsten, sinds 1990 slechts aftrekbaar voor zover zij de gezamenlijk vrijgestelde winstbestanddelen uit een buitenlandse staat overstegen. Stevens¹⁸⁷ verwoordt dit laatste als een kostenaftrekbeperking voor koersverliezen op dotatiekapitaal. Deutsche Shell stelde voor het Finanzgericht Hamburg dat de hiervoor genoemde Duitse wettelijke bepalingen in strijd komen met de vrijheid van vestiging. Dit Finanzgericht stelde vervolgens per Duitse wettelijke maatregel een prejudiciële vraag aan het HvJ EU. De twee prejudiciële vragen worden door het HvJ EU vrijwel identiek beantwoord. Daarom besteedt ik hier slechts aandacht aan de beantwoording van de eerste vraag door het HvJ EU.

4.3.3 Beslissing HvJ EU

Het HvJ EU heeft beslist dat het in strijd met het Europese recht is dat in Duitsland geen rekening wordt gehouden met het door Deutsche Shell geleden wisselkoersverlies bij de repatriëring van het dotatiekapitaal dat zij heeft verschaft aan de Italiaanse vaste inrichting. Niet relevant is geacht dat een wisselkoerswinst evenmin zou zijn belast door Duitsland. Volgens het HvJ EU vergroot de Duitse regeling het economische risico voor een Duitse vennootschap die in een andere lidstaat een onderneming wil oprichten, wanneer daar van een andere munteenheid gebruik wordt gemaakt. Naast de gebruikelijke risico's speelt dan immers een bijkomend fiscaal risico. Hierbij moet worden opgemerkt dat het HvJ EU zijn beslissing heeft genomen op basis van de vooronderstelling dat het wisselkoersverlies een werkelijk economisch verlies vormt. Wat hieronder precies moet worden verstaan is door het HvJ EU niet duidelijk gemaakt.

¹⁸⁷ Prof. mr. A.J.A. Stevens, 'Het Shell-arrest: een tussenstand', NTFR-B 2008/27.

De belangrijkste overwegingen van het HvJ EU luiden als volgt:

“24. Met betrekking tot de feiten die ten grondslag liggen aan het geding dat tot de prejudiciële verwijzing aanleiding heeft gegeven, stellen het Finanzamt en de Duitse regering dat er in casu geen werkelijk economisch verlies is geleden ten gevolge van de wisselkoers die gold bij de overdracht van de vaste inrichting en bij de repatriëring van haar dotatiekapitaal. Zij benadrukken tevens dat Deutsche Shell en de vaste inrichting een ondeelbare economische entiteit vormen en dat er binnen de groepsbalans voortdurend financiële schommelingen bestaan als gevolg van wisselkoersfluctuaties.

*25. De verwijzende rechter dient uit te maken of de monetaire schommelingen waarvan sprake is in het hoofdgeding, hebben geleid tot een wisselkoersverlies dat een werkelijk economisch verlies vormt dat de resultaten van Deutsche Shell voor het betrokken belastingjaar negatief heeft beïnvloed.
(...)*

*27. Bijgevolg moet het Hof uitmaken of, ingeval het wisselkoersverlies een werkelijk economisch verlies vormt, de beslissing van het Finanzamt om een dergelijk verlies uit te sluiten van de belastbare grondslag van deze vennootschap de uitoefening van de vrijheid van vestiging kan belemmeren.
(...)*

30. Zoals de advocaat-generaal in de punten 43 en 44 van haar conclusie heeft opgemerkt, vergroot de in het hoofdgeding aan de orde zijnde belastingregeling het economische risico voor een in een lidstaat gevestigde vennootschap die in een andere lidstaat een entiteit wil oprichten wanneer daar van een andere munteenheid gebruik wordt gemaakt dan in de lidstaat van oorsprong. In een dergelijke situatie spelen voor de hoofdinrichting niet alleen de gebruikelijke risico's bij de oprichting van een dergelijke entiteit, maar ook een bijkomend fiscaal risico wanneer zij aan deze laatste entiteit een dotatiekapitaal verschaft.

31. In het hoofdgeding heeft Deutsche Shell wegens de uitoefening van de vrijheid van vestiging een financieel verlies geleden dat de nationale belastingautoriteiten niet in aanmerking hebben genomen bij de vaststelling van de grondslag in de Duitse vennootschapsbelasting en dat evenmin is verrekend bij de belastingheffing in Italië over het resultaat van haar vaste inrichting.

32. De conclusie luidt dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde belastingregeling een belemmering van de vrijheid van vestiging vormt.”

4.3.3.1 Rechtvaardigingsgronden

Het Duitse Finanzamt en de Duitse regering hadden twee mogelijke rechtvaardigingsgronden aangevoerd. Ten eerste werd een beroep gedaan op de samenhang van het belastingstelsel, ook wel

de fiscale coherentie. Volgens het Duitse Finanzamt en de Duitse regering was er sprake van fiscale coherentie, omdat weliswaar een onderhavig wisselkoersverlies niet in aftrek komt van de Duitse belastbare winst, maar een wisselkoerswinst in een vergelijkbare situatie niet zou worden belast. Het HvJ EU wijst deze zienswijze op de rechtvaardigingsgrond zijnde de fiscale coherentie echter af:

“40. Met betrekking tot het in het hoofdgeding aan de orde zijnde belastingstelsel is de vergelijking tussen een wisselkoersverlies en een wisselkoerswinst niet relevant, aangezien tussen deze twee elementen geen rechtstreeks verband bestaat (...)”¹⁸⁸. Dat bij de vaststelling van de belastbare basis van Deutsche Shell voor belastingjaar 1992 geen rekening is gehouden met een wisselkoersverlies, wordt door geen enkel belastingvoordeel gecompenseerd in de lidstaat waar deze vennootschap haar zetel heeft, noch in de lidstaat waar haar vaste inrichting is gelegen.”

De tweede rechtvaardigingsgrond die naar voren werd gebracht was de evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid. Ingevolge het belastingverdrag tussen Duitsland en Italië was Italië bevoegd om als bronstaat te heffen over de vaste inrichtingswinst voor welke Duitsland vervolgens een vrijstelling diende te verlenen. Het Duitse Finanzamt en de Duitse regering stelden dat dit een uitoefening betrof van de fiscale soevereiniteit van lidstaten. Onder deze fiscale soevereiniteit waren lidstaten bevoegd om heffingsrechten te verdelen. Het HvJ EU gaf de Duitse verdediging hierin ook gelijk. Uit r.o. 43 valt af te leiden dat grensoverschrijdende situaties nadeliger kunnen uitpakken ten gevolge van verschillen tussen de wetgeving van de lidstaten¹⁸⁹. Dit wordt ook wel een dispariteit genoemd, welke geen strijdigheid met de vrijheid van vestiging kan opleveren. Bij een dispariteit gaat het om twee of meer staten die personen in vergelijkbare omstandigheden verschillend behandelen, terwijl bij discriminatie één staat een persoon anders behandelt dan een andere persoon die in vergelijkbare omstandigheden verkeert¹⁹⁰. Het HvJ EU constateerde geen dispariteit in het arrest Deutsche Shell:

“44. In het hoofdgeding betreft het betrokken belastingnadeel een bepaalde transactie waarmee alleen de Duitse belastingautoriteiten rekening kunnen houden. Hoewel elke lidstaat die een verdrag tot het vermijden van dubbele belasting heeft gesloten, dat verdrag moet uitvoeren door zijn eigen belastingrecht toe te passen en aldus de aan een vaste inrichting toe te rekenen inkomsten moet bepalen, kan niet worden aanvaard dat een lidstaat bij de vaststelling van de belastbare grondslag

¹⁸⁸ Verwijzing naar oa BNB 1995/319, t.a.p.

¹⁸⁹ HvJ EU 12 juli 2005, zaak C-403/03 (Schempp), BNB 2005/342. Betaling van alimentatie door Duitser aan Duitse ingezetene aftrekbaar, aan Oostenrijkse ingezetene niet. Gemeenschapsrecht van toepassing, maar niet geschonden.

¹⁹⁰ Noot Burgers bij HvJ EU 12 mei 1998, zaak C-336/96 (Gilly), BNB 1998/305, punt 6 noot 39.

van de hoofdinrichting geen rekening houdt met een wisselkoersverlies dat de vaste inrichting, vanwege de aard van dit verlies, nooit kan lijden.

45. Op de eerste vraag dient dus te worden geantwoord dat de artikelen 52 en 58 van het Verdrag, in hun onderlinge samenhang gelezen, zich ertegen verzetten dat een lidstaat een wisselkoersverlies dat een vennootschap met statutaire zetel op het grondgebied van deze lidstaat lijdt bij de repatriëring van het dotatiekapitaal dat zij heeft verschaft aan een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting, uitsluit bij de vaststelling van de nationale belastbare grondslag.”

Duitsland moest de koersverliezen geleden op activa/passiva van de Italiaanse vaste inrichting dus in aftrek van de Duitse fiscale winst toestaan. Bovenstaande rechtsoverwegingen hadden betrekking op de eerste prejudiciële vraag. Maar, zoals al eerder aangegeven is de tweede prejudiciële vraag gelijkloënd beantwoord. Dit betekent dat een kostenaftrekbeperking voor koersverliezen op het dotatiekapitaal van een vaste inrichting eveneens in strijd is met de vrijheid van vestiging. Echter, slechts indien sprake is van een werkelijk economisch verlies.

4.4 Vrijheid van vestiging of vrijheid van kapitaalverkeer

4.4.1 Inleiding

Mijn centrale probleemstelling bestaat grofweg uit twee onderdelen. Het eerste onderdeel behelst de vraag of een valutaverlies op een deelneming ingevolge het arrest Deutsche Shell in aftrek dient te komen van de fiscale winst van een Nederlandse moedervenootschap. De basis voor de beantwoording van deze vraag is in de paragrafen hiervoor gelegd; in het volgende hoofdstuk volgt een nadere beschouwing. Het tweede onderdeel van mijn probleemstelling gaat in op verschillende situaties waarbij het valutaverlies op een deelneming afgetrokken moet kunnen worden. Hierbij doel ik met name op de situatie dat de deelneming is gevestigd in een derdeland. In die gevallen kan de onderhavige verdragsvrijheid in het arrest HvJ EU Deutsche Shell – de vrijheid van vestiging – immers nimmer van toepassing zijn. Wat ik in deze scriptie daarom mede wil onderzoeken is of de niet-aftrekbaarheid van een valutaverlies op een deelneming, welke is gevestigd in een derdeland, strijdig kan zijn met vrijheid van kapitaalverkeer. Ik ben me ervan bewust dat deze vraag pas speelt op het moment dat het HvJ EU geen verschil in behandeling tussen een vaste inrichting en een deelneming in een verder vergelijkbare casus als die van de zaak Deutsche Shell toestaat. Het HvJ EU heeft hier echter nog geen oordeel over mogen vellen. Voor de stelling dat het arrest Deutsche Shell van overeenkomstige toepassing is op de deelnemingsvrijstelling bestaan volgens Kiekebeld¹⁹¹ goede argumenten. Daarom acht ik een analyse van de eventuele samenloop van de verdragsvrijheden

¹⁹¹ B.J. Kiekebeld, ‘Kapitaalverkeer versus vestiging: eindelijk echt duidelijk?’, NTFR-B 2013/11.

zijnde de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaalverkeer daarom wel van belang. Want levert de niet-afrekbaarheid van een valutaverlies op een deelneming in derdelandsituaties geen strijdigheid met de vrijheid van kapitaalverkeer op, dan mag de litigieuze maatregel in deze situaties blijven bestaan.

De verschillen tussen de verdragsvrijheden vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal zijn hiervoor behandeld. Stel nu dat een Nederlandse moedervereniging een deelneming heeft in een derde land. Het houden van aandelen kan ingevolge het arrest HvJ EU Baars als een vestigingshandeling kan worden aangemerkt. Een succesvol beroep op de vrijheid van vestiging faalt echter, omdat deze verdragsvrijheid niet opgaat in relatie tot derde landen. De vraag is of in deze casus met succes een beroep kan worden gedaan op de vrijheid van kapitaalverkeer, welke wel geldt in relatie tot derde landen en ziet op zowel actief aandeelhouderschap als op het houden van aandelen ter belegging. In een dergelijke relatie is deze vraag dus van eminent belang, omdat het een niet-EU onderdaan toegang verschaft tot een verdragsvrijheid. De vraag die deze paragraaf wordt beantwoord is met andere woorden: kan, wanneer sprake is van een vestigingshandeling, met succes een beroep worden gedaan op de vrijheid van kapitaalverkeer?

4.4.2 Feitelijke benadering

Ter aanvulling van paragraaf 4.2.1.1. begin ik met het citeren van het HvJ EU, r.o. 22 uit het arrest Baars¹⁹²:

“(…) Er is dus sprake van uitoefening van het recht van vestiging, wanneer een onderdaan van een lidstaat een deelneming in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap houdt, die hem een zodanige invloed op de besluiten van de vennootschap verleent, dat hij de activiteiten ervan kan bepalen.”

Uit de jurisprudentie van het HvJ EU valt af te leiden wat het Hof verstaat onder ‘zodanige invloed’, met andere woorden wanneer sprake is van een meerderheidsdeelneming. Het HvJ EU spits zich hierbij voornamelijk op de vraag bij welk percentage van het belang een ‘zodanige invloed’, en dus een vestigingshandeling, wordt geconstateerd. Dit is dus een feitelijke benadering. In het arrest Baars was sprake van een belang van 100% waardoor de aandeelhouder de totale invloed had op de besluiten van de vennootschap. Hierdoor werd logischerwijs een vestigingshandeling geconcludeerd. In het arrest Truck Centre¹⁹³ werd een belang van 48% vervolgens voldoende geacht. In de zaak van

¹⁹² HvJ EU Baars, t.a.p.

¹⁹³ HvJ EU 22 december 2008, zaak C-282/07 (Truck Centre), V-N 2009/7.23. Belgische roerende voorheffing over bijgeschreven rente niet in strijd met het recht van vrije vestiging.

de Duitse Volkswagenwet¹⁹⁴ werd een schending van artikel 49 VwEU door het HvJ EU afgewezen, omdat 'de in het kader van het onderhavige beroep aan de orde zijnde bepalingen van de Volkswagenwet althans ten dele betrekking hebben op de situatie waarin een aandeelhouder die een dominerende invloed op Volkswagen wil uitoefenen, de controle over deze onderneming tracht te verwerven'¹⁹⁵. In deze zaak stapte het HvJ EU dus af van beoordelen van het bezitspercentage, maar werden door de aandeelhouder uit te oefenen 'dominerende invloed' en 'controle' van belang geacht. In Lasertec¹⁹⁶ golden bepaalde Duitse thin capitalisation regels bij een belang groter dan 25%. Lasertec Gesellschaft für Stanzformen mbH had onder anderen een Zwitserse aandeelhouder, Lasertec AG. In deze relatie wilde Lasertec een beroep doen op het vrije verkeer van kapitaal. Het HvJ EU oordeelde echter dat een belang van minimaal 25% de aandeelhouder een 'zodanige invloed' verleent, dat in een dergelijke situatie slechts getoetst kan worden aan de vrijheid van vestiging. Aangezien de aandeelhouder was gevestigd in Zwitserland, een derde land, kon geen beroep worden gedaan op deze verdragsvrijheid. Een belang van minder dan 10% dat werd aangehouden voor beleggingsdoeleinden is in de zaak Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation¹⁹⁷ door het HvJ EU niet aangemerkt als vestigingshandeling. In de zaak Cie/Griekenland¹⁹⁸ werd het houden van belangen boven de 20% in het maatschappelijk kapitaal van voormalige staatsbedrijven als exclusieve vestigingshandeling gezien, vanwege de zekere invloed die de aandeelhouder met een dergelijk belang kon uitoefenen op deze bedrijven.

4.4.3 Doel en strekking benadering

Uit bovenstaande jurisprudentie zou kunnen blijken dat sprake is van een vestigingshandeling wanneer de aandeelhouder minimaal 20% van de aandelen in een dochtervennootschap bezit. Dat dit niet altijd het geval is, zal ik hieronder aantonen. Er is namelijk nog een tweede lijn te vinden in de jurisprudentie van het HvJ EU met betrekking tot de beantwoording van de vraag of sprake is van een vestigingshandeling of een kapitaalbeweging. Deze komt onder anderen tot uiting in Glaxo Wellcome¹⁹⁹, waarin het HvJ EU overweegt:

¹⁹⁴ HvJ EU 23 oktober 2007, zaak C-112/05.

¹⁹⁵ Zie r.o. 14 van C-112/05, t.a.p.

¹⁹⁶ HvJ EU 10 mei 2007, zaak C-492/04 (Lasertec), V-N 2007/59.13.

¹⁹⁷ HvJ EU 23 april 2008, zaak C-201/05 (Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation), V-N 2008/46.13.

Verenigd Koninkrijk mag dividenden van buitenlandse dochtervennootschappen belasten wanneer sprake is van een 'zodanige invloed' in de deelneming.

¹⁹⁸ HvJ EU 8 november 2012, zaak C-244/11.

¹⁹⁹ HvJ EU Glaxo Wellcome, t.a.p.

“49. Vaststaat evenwel dat de toepassing van de genoemde wettelijke regeling niet afhangt van de omvang van de deelnemingen verworven van de niet-ingezeten aandeelhouder en niet beperkt is tot situaties waarin de aandeelhouder een beslissende invloed kan uitoefenen op de besluitvorming van de betrokken vennootschap en de activiteiten ervan kan bepalen.

50. Aangezien bovendien de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijke regeling beoogt te beletten dat niet-ingezeten aandeelhouders een ongerechtvaardigd belastingvoordeel verkrijgen dat rechtstreeks uit de overdracht van aandelen voortvloeit, die met name enkel kan worden verricht om het genoemde voordeel te verkrijgen, en niet om de vrijheid van vestiging uit te oefenen of ingevolge de uitoefening van deze vrijheid, moet worden geoordeeld dat het aspect van deze regeling dat verband houdt met het vrije kapitaalverkeer, voorrang heeft boven het aspect dat de vrijheid van vestiging betreft.”

Hieruit blijkt dat het HvJ EU dus kijkt naar het doel en de strekking van de maatregel. Er is ingevolge r.o. 49 sprake van een generieke maatregel, wat betekent dat de maatregel opgaat bij ieder bezitspercentage en bij iedere mate van activiteit van de moedervennootschap in de deelneming. Het HvJ EU stelt in deze overwegingen met andere woorden dat slechts een beperking van de vrijheid van vestiging kan optreden indien de beperkende maatregel slechts opgaat wanneer aan het ‘beslissende invloed’-criterium wordt voldaan. Daarnaast blijkt uit r.o. 50 dat het HvJ EU een maatregel die ziet op het bestrijden van een handeling waaruit een ongerechtvaardigd belastingvoordeel wordt verkregen als kapitaalbeweging aanmerkt. Ook wanneer sprake is van een meerderheidsbelang. Dit geldt echter alleen als de maatregel niet (ook) ziet op het uitoefenen van de vrijheid van vestiging, bijvoorbeeld op een verplaatsing van de feitelijke bestuurszetel door een vennootschap. In Cie/België²⁰⁰ besloot het HvJ EU dat ‘nationale bepalingen die van toepassing zijn op deelnemingen waartoe enkel wordt besloten om geld te beleggen’ eveneens slechts kunnen worden getoetst aan de vrijheid van kapitaalverkeer.

4.4.4 Welke benadering prevaleert?

Hierboven heb ik uiteen gezet dat het HvJ EU de vraag of sprake is van een vestigingshandeling of een kapitaalbeweging enerzijds feitelijk, maar anderzijds naar het doel en naar de strekking van de betreffende maatregel benaderd. Volgens Nijkeuter en De Wilde²⁰¹ is het complicerende “dat het Hof van Justitie EU niet uitlegt *waarom* het voor deze ogenschijnlijk verschillende benaderingen kiest”. Ik moet mijn vraag uit paragraaf 4.4.1. naar aanleiding van deze complicatie verfijnen: moet een activiteit als vestigingshandeling of als kapitaalbeweging worden aangemerkt, wanneer sprake is

²⁰⁰ HvJ EU 25 oktober 2012, C-387/11 (Cie/Belgie), V-N 2012/54.21.3, r.o. 34.

²⁰¹ Dr. mr. E. Nijkeuter en mr. M.F. de Wilde, “Met de kennis van nu...” (deel 1), WFR 2013/138.

van een meerderheidsdeelneming onder een generieke fiscale maatregel die zich niet richt op misbruikbestrijding, beleggingen of directe investeringen?²⁰²

In KBC Bank²⁰³ heeft het HvJ EU zich uitgelaten over de samenloop tussen de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaalverkeer:

“68. In dit verband zij eraan herinnerd dat met betrekking tot de vraag of een nationale wettelijke regeling onder de ene of de andere vrijheid van verkeer valt, uit ondertussen vaste rechtspraak blijkt dat rekening dient te worden gehouden met het voorwerp van de wettelijke regeling in kwestie.

69. Het Hof heeft eveneens geoordeeld dat een nationale wettelijke regeling waarvan de toepassing niet afhankelijk is van de omvang van de deelneming die de ontvangende vennootschap in de uitkerende vennootschap heeft, zowel onder artikel 43 EG betreffende de vrijheid van vestiging als onder artikel 56 EG betreffende het vrije verkeer van kapitaal kan vallen.

70. Voor zover het echter gaat om deelnemingen die de houder ervan een zodanige invloed op de besluiten van de betrokken vennootschappen verlenen dat hij de activiteiten ervan kan bepalen, zijn de verdragsbepalingen betreffende de vrijheid van vestiging van toepassing.

71. Het is dus in het licht van het voorwerp van de nationale regeling en rekening houdend met de feiten van de bij hem aanhangige zaak dat de verwijzende rechter moet uitmaken of artikel 56 EG kan worden ingeroepen. (...)”

Volgens Van der Kroon²⁰⁴ heeft het HvJ EU met haar uitspraken in de zaken Glaxo Wellcome²⁰⁵ en KBC Bank²⁰⁶ een einde gemaakt aan de discussie over de rangorde tussen de vrijheid van kapitaalverkeer en de vrijheid van vestiging. Hij stelt: “indien beide vrijheden van toepassing kunnen zijn, toetst het HvJ EU of de feitelijke situatie binnen de materiële werkingssfeer van de vrijheid van vestiging valt. In dergelijke gevallen kan geen aanspraak meer worden gemaakt op de vrijheid van kapitaalverkeer en bestaat geen bescherming voor derdelandensituaties.” Of de vrijheid van vestiging van toepassing is werd volgens Van der Kroon vervolgens getoetst aan het Baars-criterium.

²⁰² Zie in gelijke zin Nijkeuter en De Wilde, t.a.p.

²⁰³ HvJ EU 4 juni 2009, zaak C-439/07 en zaak C-499/07 (KBC Bank), V-N 2009/35.17. Belgische DBI-regeling in strijd met EU-recht.

²⁰⁴ Mr. drs. M.G.H. van der Kroon, ‘Het Baarscriterium krijgt invulling’, WFR 2010/229.

²⁰⁵ HvJ EU Glaxo Wellcome, t.a.p.

²⁰⁶ HvJ EU KBC Bank, t.a.p.

Hemels en Rompen²⁰⁷ betwijfelden echter of de discussie over het rangordevraagstuk daadwerkelijk ten einde was, met name na de uitspraak van het HvJ EU in de zaak Glaxo Wellcome. Dit was mijn inziens gerede twijfel, omdat ook de rechters in de verschillende lidstaten het rangordevraagstuk verschillend benaderden. Zo toetste de Hoge Raad²⁰⁸ aan slechts een – dominante – verdragsvrijheid, terwijl de rechters in Frankrijk, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk aan twee vrijheden toetsten²⁰⁹. Zowel de Hoge Raad als de rechters in deze laatstgenoemde landen stelden echter geen prejudiciële vragen aan het HvJ EU. Volgens Wattel²¹⁰ legde de Hoge Raad de jurisprudentie van het HvJ EU correct uit en kon zodoende slechts getoetst worden aan een verdragsvrijheid. Volgens hem was het aan de andere landen om prejudiciële vragen te stellen. In de zaak Test Claimants in the FII Group Litigation (2)²¹¹ poogt het HvJ EU uitsluitsel te geven in het rangordevraagstuk en antwoord te geven op de vraag of een situatie feitelijk of naar het doel en naar de strekking van de onderhavige maatregel moet worden beoordeeld²¹².

4.4.5 FII (2)

In de Test Claimants in the FII Group Litigation (hierna: FII) zaken²¹³ heeft het Britse High Court of Justice tweemaal prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU. Deze vragen zagen op de toenmalige Britse regels met betrekking tot de voorkoming van economische dubbele belasting. Ik wil hier met name ingaan op het rangordevraagstuk tussen de verdragsvrijheden dat in het tweede FII arrest naar voren kwam. Toch zal ik de Britse maatregelen in kwestie van beide zaken kort behandelen. Britse moedervennootschappen werden ingevolge deze maatregelen vrijgesteld voor een binnenlands verkregen dividend; een dividend uitgekeerd door een Britsbelastingplichtige deelneming. Britse moedervennootschappen die daarentegen dividend ontvingen van niet-Britsbelastingplichtige deelnemingen, waarin de moedervennootschap een belang had van minimaal 10%, mochten de onderliggende – niet-Britse – vennootschapsbelasting en de niet-Britse bronheffing verrekenen. Bij een belang van minder dan 10% mocht slechts de onderliggende niet-Britse vennootschapsbelasting worden verrekenend. In FII (1) heeft het HvJ EU beslist dat het hanteren van een verrekeningsmethode voor niet-binnenlandse dividenden naast een vrijstellingsmethode voor binnenlandse dividenden in beginsel niet in strijd is met de verdragsvrijheden. Hiervoor stelde het

²⁰⁷ Prof. dr. S.J.C. Hemels en mr. J.W. Rompen, 'Vestiging of kapitaalverkeer: welke vrijheid heeft prioriteit?', WFR 2010/1058.

²⁰⁸ Zie bijvoorbeeld HR 26 september 2008, nr. 43 338, BNB 2009/24.

²⁰⁹ Zie Hemels en Rompen, t.a.p.

²¹⁰ Zie bijvoorbeeld de conclusie van A-G Wattel bij HR (A-G) 19 november 2009, nr 09 01703, V-N 2010/3.13.

²¹¹ HvJ EU 13 november 2012, zaak C-35/11 (Test Claimants in the FII Group Litigation (2)), BNB 2013/28.

²¹² Zie Nijkeuter en De Wilde, t.a.p.

²¹³ HvJ EU 12 december 2006, zaak C-446/04 (FII (1)), BNB 2007/130 en HvJ EU FII (2), t.a.p.

HvJ EU wel een voorwaarde waaraan de Britse methode ter voorkoming van economische dubbele belasting diende te voldoen. Een vergelijking moest worden gemaakt op het tarief:

“57. Daaruit volgt dat in de context van de nationale wettelijke regeling die in het hoofdgeding aan de orde is, het feit dat voor binnenlandse dividenden een vrijstellingsregeling geldt en voor buitenlandse dividenden een verrekeningsregeling, niet in strijd is met het in artikel 43 EG neergelegde beginsel van de vrijheid van vestiging, op voorwaarde dat het belastingtarief voor buitenlandse dividenden niet hoger is dan het tarief voor binnenlandse dividenden en het belastingkrediet ten minste gelijk is aan het bedrag dat is betaald in de lidstaat van de uitkerende vennootschap, tot beloop van het bedrag van de belasting in de lidstaat van de ontvangende vennootschap.”

Het standpunt van het Britse High Court of Justice dat slechts in uitzonderlijke gevallen een tarifair verschil zit tussen de vrijstellingsmethode en de verrekeningsmethode is niet voldoende betwist door de eisers.

Voor belangen groter dan 10% werd in FII (1) slechts getoetst aan de vrijheid van vestiging. In de situaties dat sprake is van een belang van kleiner dan 10% werd evenwel een strijdigheid met de vrijheid van kapitaalverkeer geconstateerd door het HvJ EU, omdat niet-Britse bronheffing in die situaties niet kon worden verrekend.

In FII (2) voegde het HvJ EU aan de voorwaarde van de tariefsvergelijking een tweede voorwaarde toe. Grondslagvoordelen moesten ook in aanmerking worden genomen:

“65. (...) de artikelen 49 VWEU en 63 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een wettelijke regeling van een lidstaat volgens welke voor binnenlandse dividenden de vrijstellingsmethode en voor buitenlandse dividenden de verrekeningsmethode geldt indien is aangetoond dat, ten eerste, het belastingkrediet dat de ontvangende vennootschap is verleend bij de toepassing van de verrekeningsmethode, gelijk is aan het bedrag van de belasting dat daadwerkelijk is betaald over de winst waaruit de dividenden zijn uitgekeerd, en ten tweede, het effectieve belastingniveau voor de vennootschapswinst in de betrokken lidstaat doorgaans lager is dan het voorziene nominale belastingtarief.”

In FII (2) hebben de eisers, in tegenstelling tot in FII (1), aannemelijk weten te maken dat de Britse verrekening voor buitenlandse dividenden, ten opzichte van de vrijstellingsmethode voor binnenlandse dividenden, niet slechts in uitzonderlijke gevallen nadeliger uitwerkt voor een Britse belastingplichtige. Tot zover wat betreft de Britse regels met betrekking tot de voorkoming van economische dubbele belasting. FII (2) is voor deze scriptie met name een belangwekkend arrest,

omdat het HvJ EU zich uitsprak over de toepasbaarheid van de vrijheid van kapitaalverkeer in het geval sprake is van meerderheidsdeelnemingen. Dit naar aanleiding van de volgende stelling van verzoeksters:

“30. (...) Bij de hervatting van het geding voor de High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division, hebben verzoeksters in het hoofdgeding evenwel aangevoerd dat de in het Verenigd Koninkrijk geldende regeling gelet op de evolutie van de rechtspraak van het Hof ook in strijd was met artikel 63 VWEU voor zover die regeling gold voor dividenden die werden ontvangen van in derde landen gevestigde dochterondernemingen. Volgens de verzoeksters is artikel 63 VWEU van toepassing aangezien de wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk geldt ongeacht de omvang van de participatie die de betrokkene bezit in de uitkerende vennootschap die in een derde land is gevestigd.”

Het HvJ EU bepaalde dat bij regelingen die vanuit de doelstelling generiek van toepassing zijn, en indien feitelijk sprake is van een ‘zodanige’ zeggenschap, zowel getoetst kan worden aan de vrijheid van vestiging als aan de vrijheid van kapitaalverkeer. Echter, het HvJ EU bepaalt daarnaast:

“100. Aangezien het Verdrag de vrijheid van vestiging niet verruimt tot derde landen, moet worden vermeden dat de uitlegging van artikel 63 VWEU, wat de betrekkingen met derde landen betreft, marktdeelnemers die buiten de territoriale werkingssfeer van de vrijheid van vestiging vallen, de kans geeft daaruit profijt te halen.(...)”

Het HvJ EU geeft in het restant van de rechtsoverweging aan dat dit ‘gevaar’ in de onderhavige zaak niet kan optreden:

“100. (...) De betrokken wettelijke regeling van de lidstaat ziet immers niet op de voorwaarden waaronder een vennootschap van die lidstaat in een derde land toegang tot de markt krijgt, of een vennootschap van een derde land in die lidstaat toegang tot de markt krijgt. Deze regeling betreft enkel de fiscale behandeling van dividenden die voortvloeien uit investeringen die de dividendontvanger in een in een derde land gevestigde vennootschap heeft gedaan.”

4.4.6 Conclusie

Mijns inziens heeft het HvJ EU met deze bepaling een nieuwe onduidelijkheid geschept, waar het FII (2) arrest juist verhelderend diende te zijn. Ook Nijkeuter en De Wilde²¹⁴ “tasten in het duister” wat betreft de bedoeling of achtergrond van deze, in de jurisprudentie van het HvJ EU nieuwe, bepaling. Ik zal hier in het volgende hoofdstuk nader op ingaan. In deze paragraaf is gepoogd een helder beeld

²¹⁴ Nijkeuter en De Wilde, t.a.p.

te schetsen van de toepasbaarheid van de vrijheid van vestiging dan wel de vrijheid van kapitaalverkeer. Na de uitspraak in FII (2) kan ik de volgende conclusie trekken:

- Bij regelingen die vanuit de doelstelling generiek van toepassing zijn, en indien feitelijk sprake is van een 'zodanige' zeggenschap; zie de overwegingen in FII (2) hierboven.
- Bij regelingen die vanuit de doelstelling generiek van toepassing zijn, maar indien feitelijk geen sprake is van een 'zodanige' zeggenschap: vrijheid van kapitaalverkeer
- Bij regelingen die wat hun voorwerp²¹⁵ betreft slechts zien op meerderheidsdeelnemingen: vrijheid van vestiging.
- Bij regelingen die wat hun voorwerp betreft slechts zien op kapitaaltransacties of minderheidsdeelnemingen; vrijheid van kapitaalverkeer.

²¹⁵ Zie HvJ EU KBC Bank, t.a.p.

5 Valutaverlies op een deelneming: wanneer aftrekbaar?

5.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is het arrest HvJ EU Deutsche Shell²¹⁶ aan bod gekomen. In deze zaak was sprake van een valutaverlies in verband met een vaste inrichting. Het HvJ EU oordeelde dat dit verlies, mits werkelijk economisch, in aftrek dient te komen van de fiscale winst van het hoofdhuis. In hoofdstuk 3 is uiteengezet op welke manier Nederland voldoet aan deze eis. Ik beschouw de Nederlandse behandeling van een valutaresultaat in verband met een vaste inrichting daarom in lijn met de jurisprudentie van het HvJ EU. Wattel²¹⁷ kwam tot dezelfde conclusie na het arrest HvJ EU Deutsche Shell. Ook na de invoering van de objectvrijstelling per 1 januari 2012 houdt dit oordeel dus stand. Uit hoofdstuk 2 is gebleken dat een valutaresultaat op een deelneming de fiscale winst van de Nederlandse moederverenootschap daarentegen niet raakt. In dit hoofdstuk wordt allereerst de vraag beantwoord of het arrest HvJ EU Deutsche Shell doorgetrokken moet worden naar de Nederlandse deelnemingsvrijstelling. Met andere woorden; moet een valutaverlies op een vaste inrichting ingevolge HvJ EU Deutsche Shell in aftrek komen van de fiscale winst van de Nederlandse moederverenootschap?

5.1.1 Gerechtvaardigde vraag

Dat deze vraag gerechtvaardigd is, blijkt mijns inziens uit de volgende rechtsoverweging uit het arrest HvJ EU Deutsche Shell:

29. Het Hof heeft geoordeeld dat er sprake kan zijn van dergelijke beperkende gevolgen met name wanneer een vennootschap wegens een belastingregeling ervan kan worden afgehouden, in andere lidstaten afhankelijke entiteiten, zoals een vaste inrichting, op te richten of via dergelijke entiteiten haar activiteiten uit te oefenen (zie arresten van 13 december 2005, Marks & Spencer, C-446/03, Jurispr. blz. I-10 837, punten 32 en 33, en 23 februari 2006, Keller Holding, C-471/04, Jurispr. blz. I-2107, punt 35)

Het HvJ EU verwijst in deze rechtsoverweging onder anderen naar het arrest Marks & Spencer II²¹⁸. In dit arrest ging het om de verliezen van deelnemingen; zie hoofdstuk 4. Hieruit blijkt dus dat het HvJ EU onder entiteiten ook deelnemingen schaaft, waardoor het niet uit lijkt te maken welke soort entiteit – deelneming of vaste inrichting – de vestigingshandeling wordt uitgevoerd. Hier kom ik in

²¹⁶ HvJ EU 28 februari 2008, zaak C-293/06 (Deutsche Shell), BNB 2009/84.

²¹⁷ Noot P.J. Wattel bij HvJ EU Deutsche Shell, t.a.p.

²¹⁸ HvJ EU 13 december 2005, zaak C-446/03 (Marks & Spencer II), BNB 2006/72.

de volgende paragraaf op terug. In hoofdstuk 3 zijn de verschillen tussen een deelneming en een vaste inrichting al besproken. Ik zal in dit hoofdstuk onderzoeken in hoeverre deze verschillen het HvJ EU aanleiding geven een deelnemingssituatie toch anders te behandelen dan een vaste inrichtingssituatie. Dit zal ik doen door de relevante vragen uit het beslisschema van het HvJ EU af te lopen. Hierbij ga ik er vooralsnog vanuit dat de situatie zich binnen de Europese Unie afspeelt. Stel, meer precies, dat in Nederland een belastingplichtige moeder vennootschap is gevestigd welke een Bulgaarse deelneming bezit. De moeder vennootschap wil een opgekomen valutaverlies op de deelneming in aftrek brengen van haar fiscale winst. Ik neem aan dat dit verlies niet aftrekbaar is van de fiscale winst in Bulgarije.

5.2 Valutaverlies op een deelneming: aftrekbaar?

5.2.1 Dispariteit

In mijn casus is sprake van een grensoverschrijdende vestigingshandeling, waardoor het VwEU van toepassing is. Vervolgens moet de vraag worden beantwoord of de belastingplichtige moeder vennootschap wordt beperkt in de uitoefening van haar verdragsvrijheden. In hoofdstuk 4 is het begrip dispariteit reeds naar voren gekomen. In de zaak Deutsche Shell wordt wel gesproken van een dispariteit op monetair niveau; het valutaverlies kwam opzetten omdat Duitsland en Italië verschillende munteenheden hanteerden. Een dispariteit is naar de mening van A-G Geelhoed²¹⁹ een quasi-beperking, welke niet in rechte kan worden bestreden. Koerts²²⁰ is dan ook van mening dat het nadeel voor Deutsche Shell GmbH, zijnde het niet in aftrek kunnen brengen van valutaverliezen, een niet-beperkend “gevolg van het bestaan van verschillen tussen de Duitse en Italiaanse belastingstelsels” zou moeten zijn. Volgens A-G Sharpston²²¹ is in de zaak Deutsche Shell echter geen sprake van een dispariteit. Zij acht het beslissend “of een onderneming in een grensoverschrijdende situatie wordt benadeeld”²²² ten opzichte van niet-grensoverschrijdende situaties. Het HvJ EU besteedt in haar finale oordeel geen aandacht aan het al dan niet bestaan van een dispariteit. In een deelnemingssituatie zal het HvJ EU mijns inziens eveneens geen dispariteit constateren.

5.2.2 Discriminatie

Is er dan sprake van een discriminatie? In de zaak KBC Bank²²³ werd een Belgische vennootschap ten aanzien van haar dochter fiscaal minder gunstig behandeld dan ten aanzien van haar vaste

²¹⁹ Concl. A-G Geelhoed bij HvJ EU 12 december 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, Jurispr. blz. I-11 673), punt 37-39.

²²⁰ M. Koerts, ‘Deutsche Shell: dispariteit of belemmering van het vrije verkeer binnen de EG?’, WFR 2008/725.

²²¹ Concl. A-G Sharpston, punt 41, bij HvJ EU Deutsche Shell, t.a.p.

²²² Punt 41

²²³ HvJ EU KBC Bank, t.a.p.

inrichting. Het HvJ EU bepaalt in dit arrest voor de vrijheid van vestiging, met een verwijzing naar de zaak Columbus Container Services²²⁴:

“ 80. Zo heeft het Hof met betrekking tot de verplichtingen van de lidstaat van oorsprong opgemerkt dat de fiscale autonomie die de lidstaten bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht genieten, inhoudt dat zij vrij zijn om te bepalen onder welke voorwaarden en op welk niveau de verschillende vestigingsvormen van nationale vennootschappen die in het buitenland opereren, zullen worden belast, mits deze vestigingsvormen daardoor niet worden gediscrimineerd ten opzichte van vergelijkbare nationale vestigingen.”

De redactie van de Vakstudie-Nieuws²²⁵ stelt met andere woorden: “voor de vraag of er sprake is van discriminatie moet een buitenlandse dochtervennootschap worden vergeleken met een binnenlandse dochtervennootschap en niet met een buitenlandse vaste inrichting”. Zoals in het voorgaande van deze scriptie is geconstateerd zijn valutaresultaten in verband met vaste inrichtingen wel aftrekbaar van de fiscale winst van het Nederlandse hoofdhuis, terwijl een valutaresultaat op een deelneming niet aftrekbaar is van de fiscale winst van de Nederlandse moedervernootschap. Dit verschil in behandeling tussen een deelneming en een vaste inrichting levert, ingevolge het arrest HvJ EU KBC Bank, dus geen verboden discriminatie op.

Sanders en Stevens²²⁶ lijken van mening dat voor het constateren van een belemmering van een van de verdragsvrijheden sprake moet zijn van een discriminatie. Want, van een belemmering van de verdragsvrijheden is slechts sprake “wanneer de wetgeving van een enkele lidstaat grensoverschrijdend verkeer slechter behandelt dan vergelijkbaar binnenlands verkeer”. Hiervoor is geconstateerd dat de behandeling van een valutaresultaat onder de deelnemingsvrijstelling geen discriminatie bevat. Het citaat van Sanders en Stevens kan in het licht van de zaak HvJ EU Deutsche Shell mijns inziens op drie manieren worden uitgelegd:

1. In het arrest Deutsche Shell constateerde het HvJ EU voor het eerst een belemmering, zonder dat sprake was van een discriminatie. De rechtspraak van het HvJ EU is ‘dynamisch’.
2. Een belemmering van een van de verdragsvrijheden moet ruimer worden geïnterpreteerd dan Sanders en Stevens doen voorkomen. Dit was reeds duidelijk voor het arrest HvJ EU Deutsche Shell.

²²⁴ HvJ EU 6 december 2007, zaak C-298/05 (Columbus Container Services), V-N 2007/59.8.

²²⁵ Zie noot Redactie Vakstudie-Nieuws bij HvJ EU KBC Bank, V-N 2009/35.17.

²²⁶ Mr. M. Sanders en prof. Mr. A.J.A. Stevens, ‘De tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen’, WFR 2011/1290.

3. Het HvJ EU is in het arrest Deutsche Shell tot een onjuiste conclusie gekomen.

Het HvJ EU is bevoegd om de ratio van het EU-recht te beoordelen en toe te passen op een voorgelegde casus. Het HvJ EU past daarbij de verdragsvrijheden toe. Hierdoor heeft haar jurisprudentie een positieve werking op de Europese interne markt. Het feit dat de jurisprudentie ‘dynamisch’ is, in de zin dat nieuwe inzichten kunnen worden geopenbaard, draagt daar aan bij. De vraag is of de uitspraak van het HvJ EU in de zaak Deutsche Shell dit ook doet. Mijn antwoord luidt positief. De uitspraak creëert een aftrekmogelijkheid waardoor investeren in een staat welke een andere munteenheid voert fiscaal minder risicovol wordt. Uit het arrest Gebhard²²⁷ kon daarnaast reeds worden afgeleid dat een belemmering van een van de verdragsvrijheden ruim geïnterpreteerd dien te worden. In de – weliswaar geen fiscale – zaak Bosman²²⁸ werd een belemmering geconstateerd zonder dat sprake was van een discriminatie. Het HvJ EU heeft in het arrest Deutsche Shell haar interpretatie van de verdragsvrijheden geuit. Mijns inziens is niet te stellen dat het HvJ EU in dit arrest tot een onjuiste conclusie is gekomen.

5.2.3 Economische benadering

Vergeleken met het KBC Bank-arrest werpt het arrest HvJ EU Lidl Belgium²²⁹ een geheel ander licht op de mogelijke aftrekbaarheid van een valutaverlies op een deelneming. In dit arrest acht het HvJ EU een vaste inrichting een “autonome fiscale entiteit”²³⁰. Uit hoofdstuk 3 is echter naar voren gekomen dat dit onjuist is. Ook uit de hiervoor geciteerde rechtsoverweging 29 uit het arrest Deutsche Shell blijkt mijns inziens dat het HvJ EU de verschillen tussen een vaste inrichting en een deelneming in de onderhavige arresten niet erkent. In de zaak Lidl Belgium heeft het HvJ EU de leer uit het arrest Marks & Spencer II doorgetrokken naar de situatie dat sprake is van een vaste inrichting. Dat wil zeggen, als in de staat van de vaste inrichting een verlies van een vaste inrichting nimmer meer kan worden verrekend dient de hoofdhuisstaat het verlies in aftrek van de fiscale winst toe te staan. In gelijke zin, maar in de omgekeerde weg, zou het HvJ EU de Deutsche Shell-leer kunnen toepassen op een deelnemingssituatie.

5.2.3.1 Vergelijking buitenlandse/ binnenlandse deelneming

Ik zal nu de situatie met een buitenlandse deelneming vergelijken met de situatie van een binnenlandse deelneming. Onder de Nederlandse deelnemingsvrijstelling wordt een binnenlands belastingplichtige deelneming in theorie niet verschillend behandeld ten opzichte van een niet-

²²⁷ HvJ EU Gebhard, t.a.p.

²²⁸ HvJ EU 15 december 1995, zaak C-415/93 (Bosman), FED 1997/176.

²²⁹ HvJ EU 15 mei 2008, zaak C-414/06 (Lidl Belgium), BNB 2009/85. Verlies vaste inrichting in Luxemburg, dat aldaar verrekenbaar is met winsten van toekomstige jaren, is niet aftrekbaar van winst in Duitsland.

²³⁰ R.o. 22.

binnenlands belastingplichtige deelneming. Immers, de valutaverliezen op beide deelnemingen zijn niet aftrekbaar van de fiscale winst van de binnenlands belastingplichtige moedervernootschap. De vraag is echter of er wel sprake is van een vergelijkbare situatie. Deze vraag werd in gelijke zin gesteld door A-G Sharpston²³¹ in de zaak Deutsche Shell. Zij achtte het mogelijk dat er geen vergelijkbare binnenlandse situatie kon worden gevonden. Het HvJ EU is niet op deze vraag ingegaan. Een binnenlands belastingplichtige deelneming berekent haar fiscale winst net als haar binnenlands belastingplichtige moedervernootschap in beginsel in euro's. Hierdoor kan geen valutaresultaat op een binnenlands belastingplichtige deelneming ontstaan. Uit een niet-binnenlands belastingplichtige deelneming kan een valutaresultaat wel opkomen. Wanneer de Bulgaarse munt in waarde daalt, daalt voor de binnenlands belastingplichtige moedervernootschap de waarde van de aandelen in de deelneming in euro's. Deze waardedaling is ingevolge de deelnemingsvrijstelling niet aftrekbaar van de Nederlandse fiscale winst. Er speelt dus voor de moedervernootschap een groter economisch en fiscaal risico om in een niet-binnenlands belastingplichtig lichaam te investeren²³². In deze zin bestaat er dus geen relevant verschil tussen de situaties dat er in het buitenland wordt geïnvesteerd via een deelneming of een vaste inrichting.

Voorgaand toont aan dat de behandeling van een valutaresultaat onder de deelnemingsvrijstelling in de praktijk – dus materieel – volgens het HvJ EU wel een belemmerende werking zou kunnen bevatten. Deze materiële belemmering lijkt het HvJ EU belangrijker te achten dan de in theorie niet bestaande belemmering²³³. Daarnaast is een valutaverlies op een deelneming, evenals een valutaverlies in verband met een vaste inrichting, een valutaverlies dat niet in de bronstaat kan opkomen. Als aangenomen wordt dat het valutaverlies daarnaast een daadwerkelijk economisch verlies is, lijkt er tussen de vaste inrichtingssituatie en de deelnemingsituatie geen economisch verschil te bestaan. Douma²³⁴ en Kiekebeld²³⁵ zijn dan ook van mening dat een valutaverlies op een deelneming in aftrek moet komen van de fiscale winst van de Nederlandse moedervernootschap.

5.2.4 Juridische benadering

Uit hoofdstuk 2 is gebleken dat de Nederlandse deelnemingsvrijstelling is gericht op het voorkomen van economische dubbele belasting. De Nederlandse objectvrijstelling voorkomt het optreden van juridische dubbele belasting in een vaste inrichtingssituatie. Hierdoor hangt het onderscheid tussen

²³¹ Concl. A-G Sharpston, punt 30, bij HvJ EU Deutsche Shell, t.a.p.

²³² Zie in gelijke zin r.o. 30 HvJ EU Deutsche Shell, t.a.p.

²³³ Zie onder anderen HvJ EU 8 mei 1990, zaak C-175/88 (Biehl), Jurispr. Blz. I-1779.

²³⁴ S.C.W. Douma, 'Valutaverlies op deelneming: aftrekbaar!', NTFR 2008/2327.

²³⁵ B.J. Kiekebeld, in 'Verslag van het EFS-seminar 'Vaste inrichting versus deelneming'', auteur: M.G.H. van der Kroon, WFR 2011/1592.

een deelneming en een vaste inrichting nauw samen met het onderscheid tussen economische dubbele belasting en juridische dubbele belasting. In *Lidl Belgium*²³⁶ heeft het HvJ EU zichtbaar geen onderscheid aan willen brengen tussen het investeren via een deelneming of een vaste inrichting. In andere jurisprudentie, welke ik hierna zal behandelen, maakt het HvJ EU echter wel zichtbaar onderscheid tussen de situatie dat sprake is van economische dubbele belasting en de situatie dat sprake is van juridische dubbele belasting. Deze jurisprudentie zou er op kunnen wijzen dat de wetgever een valutaresultaat op een deelneming en een valutaresultaat in verband met een vaste inrichting wel verschillend mag behandelen.

5.2.4.1 Onderscheid economische/ juridische dubbele belasting

In de zaak *Manninen*²³⁷ besliste het HvJ EU dat het Finse verrekeningsstelsel in strijd was met de vrijheid van kapitaalverkeer. Het Finse stelsel stond uitsluitend een verrekening met de inkomstenbelasting toe van de vennootschapsbelasting betaald door een Finse vennootschap die dividend uitkeert aan een inwoner van Finland. De heer Manninen ontving dividend van een Zweedse vennootschap en wenste een verrekening van de Zweedse vennootschapsbelasting met de Finse inkomstenbelasting over het ontvangen dividend. Het Finse stelsel stond een dergelijke verrekening niet toe en de heer Manninen stelde dat de maatregel een beperking van de vrijheid van kapitaalverkeer vormde. De Finse regering stelde daarentegen dat de situatie waarin sprake is van aandeelhouderschap in een Finse vennootschap en de situatie dat sprake is van een niet aan de Finse belastingheffing onderworpen vennootschap niet objectief vergelijkbaar zijn. Het HvJ EU bepaalde in het voordeel van de heer Manninen, namelijk dat de aandeelhouders van beide vennootschappen zich in een vergelijkbare situatie bevinden en dat tussen binnenlands en buitenlands dividend geen objectief verschil bestaat. De aandeelhouders mogen dus niet verschillend worden behandeld op grond van een objectief verschil. Met andere woorden, als de woonstaat van de aandeelhouder zijn eigen vennootschapsbelasting verrekent met de eindheffing van de aandeelhouder, moet hij dat ook moet doen met buitenlandse vennootschapsbelasting²³⁸. Het HvJ EU beoordeelde de situatie naar de ratio van de Finse nationale maatregel; welke ratio volgens het Hof het voorkomen van economische dubbele belasting was²³⁹. Overigens werd ook een beroep op de fiscale coherentie van het Finse belastingstelsel afgewezen, evenals een beroep op de praktische bezwaren die kleefden aan een nadelige uitspraak voor de Finse regering.

²³⁶ HvJ EU *Lidl Belgium*, t.a.p.

²³⁷ HvJ EU 7 september 2005, zaak C-319/02 (*Manninen*), BNB 2004/401.

²³⁸ Zie noot Wattel bij HvJ EU 10 februari 2011, gevoegde zaken C-436/08 en C-437/08 (*Haribo en Salinen*), BNB 2011/165.

²³⁹ Volgens Wattel is de ratio is enger: voorkoming (of forfaitaire matiging) van economische dubbele belasting binnen dezelfde belastingjurisdictie. Zie zijn noot bij HvJ EU *Manninen*, t.a.p.

In de gevoegde zaken HvJ EU Haribo en Salinen²⁴⁰ gaat het om in Oostenrijk gevestigde kapitaalvennootschappen die via een binnenlands investeringsfonds opbrengsten genieten die bestaan uit portfoliodividenden van buitenlandse vennootschappen die in lidstaten van de EU/EER en in derde landen zijn gevestigd. De Oostenrijkse vennootschapsbelasting voorziet in regels die tot doel hebben te voorkomen dat ondernemingswinsten die in de vorm van dividenden worden uitgekeerd, tweemaal met vennootschapsbelasting worden belast. Dat zou zonder nadere maatregelen namelijk gebeuren doordat eerst de uitkerende vennootschap aan deze belasting wordt onderworpen en vervolgens de ontvangende vennootschap. Bij binnenlandse dividenden wordt een dergelijke economische dubbele belasting vermeden doordat de dividenden op het niveau van de ontvangende vennootschap zijn vrijgesteld van vennootschapsbelasting. Bij buitenlandse dividenden hangt het echter af van de omvang van de deelneming, de eerder geheven belasting en de herkomst van het dividend, of vrijstelling wordt verleend, de buitenlandse vennootschapsbelasting slechts wordt verrekend of dat vrijstelling noch verrekening wordt gegeven. Het HvJ EU oordeelde hierover dat de vestigingsstaat van de ontvangende vennootschap de verrekeningsmethode mag toepassen, mits dit leidt tot een gelijke belastingdruk op binnenlandse en buitenlandse dividenden²⁴¹. Daarnaast mag de administratieve last die op de ontvangende vennootschap rust wil zij voor deze verrekening in aanmerking komen, niet buitensporig zwaar zijn²⁴². Het volgende door het HvJ EU voor recht verklaarde in het arrest Haribo en Salinen is voor deze scriptie met name relevant:

“Artikel 63 VWEU dient aldus te worden uitgelegd dat:

- (...), en

- het een lidstaat niet ertoe verplicht om in zijn belastingwetgeving te voorzien in verrekening van de belasting die in een andere lidstaat of in een derde staat over dividenden bij de bron is geheven, met het oog op voorkoming van juridische dubbele belasting over dividenden die een in eerstgenoemde lidstaat gevestigde vennootschap ontvangt, daar deze belasting het gevolg is van de parallelle uitoefening, door de betrokken staten, van hun respectieve heffingsbevoegdheid.”

In de zaken Kerckhaert-Morres²⁴³, Damseaux²⁴⁴ en Orange European Smallcap Fund²⁴⁵ werd door het HvJ EU overigens in gelijke zin beslist. Uit het arrest Haribo en Salinen blijkt dat het HvJ EU volgens

²⁴⁰ HvJ EU Haribo en Salinen, t.a.p.

²⁴¹ Zie in gelijke zin HvJ EU FII (1), t.a.p.

²⁴² Lidstaten mogen desondanks strenge eisen stellen, zie het door het HvJ EU onder punt 2) en punt 4) voor recht verklaarde in HvJ EU Haribo en Salinen, t.a.p.

²⁴³ HvJ EU 14 november 2006, zaak C-513/04 (Kerckhaert-Morres), BNB 2007/73.

Wattel “kijkt naar de totale binnenlandse belastingdruk ten laste van de binnenlandse aandeelhouder op een binnenlands dividend en vergelijkt die druk met de binnenlandse belastingdruk op buitenlands dividend, met veronachtzaming van de buitenlandse dividendbelasting omdat die niet door de woonstaat van de aandeelhouder wordt geheven.”

De belasting die over dividenden bij de bron is geheven, dividendbelasting of bronbelasting, is een belasting die de ontvanger van de dividenden ‘draagt’. Deze ontvanger, de aandeelhouder, is daarnaast vennootschapsbelastingplichtig in zijn vestigingsstaat. Het subject is voor beide soorten belastingen dus hetzelfde, waardoor juridische dubbele belasting ontstaat. In de zaak Manninen ging het om de voorkoming van economische dubbele belasting. Wat uit bovenstaande jurisprudentie van het HvJ EU is af te leiden is het volgende: wanneer sprake is van juridische dubbele belasting hoeft de woonstaat van de aandeelhouder geen rekening te houden met in het buitenland betaalde dividendbelasting, terwijl wanneer sprake is van economische dubbele belasting de woonstaat wel rekening moet houden met in het buitenland betaalde vennootschapsbelasting. De juridische dubbele belasting accepteert het HvJ EU als gevolg van een dispariteit tussen verschillende nationale belastingstelsels.

5.2.4.2 Beschouwing juridische benadering

Maar “helpt” bovenstaand onderscheid dat het HvJ EU maakt de binnenlands belastingplichtige moedervenootschap die een valutaverlies op haar deelneming wil aftrekken van haar fiscale winst? Ik meen van niet. De ratio van de Nederlandse deelnemingsvrijstelling is het voorkomen van economische dubbele belasting. Uit de vorige alinea is gebleken dat juist in een situatie van juridische dubbele belasting het HvJ EU eerder een dispariteit vaststelt. In het arrest HvJ EU Deutsche Shell ging het om een vaste inrichtingssituatie dus was de ratio van de litigieuze maatregel het voorkomen van juridische dubbele belasting. Maar in dit arrest was volgens het HvJ EU geen sprake van een dispariteit. Ik ga er vanuit dat in een vergelijkbare deelnemingsituatie dan eveneens geen dispariteit zal worden vastgesteld. Daarnaast hecht het HvJ EU wellicht weinig waarde aan het bovenstaande. Immers, bij een valutaverlies op een deelneming kan geen economische of juridische belastingheffing plaatsvinden, omdat het verlies slechts in een staat opkomt. Mijns inziens is de ratio van de deelnemingsvrijstelling daarmee van ondergeschikt belang, ondanks dat het HvJ EU in het arrest Manninen de situatie wel aan de hand van de ratio van de litigieuze maatregel beoordeelde.

²⁴⁴ HvJ EU 16 juli 2009, zaak C-128/08 (Damseaux), V-N 2009/39.7.

²⁴⁵ HvJ EU 20 mei 2008, zaak C-194/06 (Orange European Smallcap Fund), BNB 2008/290.

5.2.4.3 Objectief verschil

Koerts²⁴⁶ acht het verschil tussen een deelneming en een vaste inrichting een objectief verschil, gezien de verschillende juridische hulzen van beide entiteiten. Uit hoofdstuk 4 is gebleken dat het HvJ EU lidstaten toestaat objectief verschillende situaties verschillend te behandelen. Ook Arts²⁴⁷ gaat hierop in. Volgens hem is het feit dat in de zaak Deutsche Shell sprake was van economische en juridische dubbele belasting doorslaggevend geweest voor het HvJ EU om te concluderen dat het valutaverlies in verband met een vaste inrichting in aftrek moest worden toegestaan. In een deelnemingssituatie kan er, wegens de zelfstandige belastingplicht van de deelneming, geen juridische dubbele belasting optreden. Hierdoor is de Deutsche Shell-leer volgens Arts niet zonder meer door te trekken naar de deelnemingssituatie. Dit door Arts aangehaalde juridische verschil tussen een deelneming en een vaste inrichting heb ik in deze scriptie reeds onderkend. Wat het arrest Deutsche Shell mijns inziens echter bijzonder maakt, is dat er geen sprake is van juridische of economische dubbele belasting. Een valutaresultaat kan slechts opkomen in de staat waar de moedervenootschap of het hoofdhuis is gevestigd. Een valutaresultaat kan dus niet dubbel worden belast; niet juridisch en niet economisch. Daarnaast verwijst Arts in zijn artikel, voor de constatering dat sprake is van economische dubbele belasting, naar een publicatie van Wisman en De Wilde²⁴⁸. Maar deze laatste auteurs stellen juist het tegenovergestelde. Ik ben het eens met Wisman en De Wilde dat, wanneer de deelnemingsvrijstelling conceptueel wordt beschouwd, voor een valutaresultaat geen vermindering ter voorkoming van economische dubbele belastingheffing hoeft te worden verleend. Een valutaresultaat op een deelneming kan immers nooit leiden tot een (economische) dubbele belastingheffing. De Hoge Raad besliste in BNB 1982/230 echter dat een valutaresultaat voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling een “voordeel uit hoofde van een deelneming” was.

5.2.5 Tussenconclusie

Uit het voorgaande in dit hoofdstuk is af te leiden dat het HvJ EU uiteindelijk grofweg twee benaderingen aan zou kunnen hangen: een (meer) economische benadering en een (meer) juridische benadering. De meer economische benadering, welke Douma²⁴⁹ en Kiekebeld²⁵⁰ de voorkeur geven, resulteert in het constateren van een hiervoor bedoelde belemmering. Deze benadering behandelt voor wat betreft een valutaresultaat het investeren via een deelneming niet

²⁴⁶ M. Koerts, WFR 2008/725, t.a.p.

²⁴⁷ J.H.M. Arts, ‘De tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen en de reikwijdte van Deutsche Shell’, Forfaitair 2012/224.

²⁴⁸ C. Wisman en M.F. de Wilde, ‘Tussenregeling valutaresultaten; gooit Gielen roet in het eten?’, NTFR 2011/1646

²⁴⁹ S.C.W. Douma, NTFR 2008/2327, t.a.p.

²⁵⁰ B.J. Kiekebeld, WFR 2011/1592, t.a.p.

anders dan het investeren via een vaste inrichting. De Deutsche Shell-leer moet ingevolge de economische benadering dus worden doorgetrokken naar de Nederlandse deelnemingsvrijstelling. De juridische benadering, zoals aangehangen door Koerts²⁵¹ en Arts²⁵², leidt tot een tegenovergestelde uitkomst. De juridische verschillen tussen een deelneming en een vaste inrichting zorgen ervoor dat lidstaten deze verschillend mogen behandelen in hun belastingheffingen.

5.2.6 Rechtvaardigingsgronden

Ik kom later terug op de vraag of in mijn casus een belemmering van de vrijheid van vestiging zou moeten worden geconstateerd. Stel dat de Hoge Raad prejudiciële vragen stelt aan het HvJ EU met betrekking tot de niet-afrekbaarheid van valutaverliezen onder de deelnemingsvrijstelling. Het HvJ EU oordeelt dat dit een belemmerende maatregel betreft. Zijn er dan mogelijk rechtvaardigingsgronden te vinden? De eerste rechtvaardigingsgrond waar aan getoetst zou moeten worden is de noodzaak om de samenhang van het belastingsysteem te handhaven. Onder de Nederlandse deelnemingsvrijstelling wordt een valutawinst niet belast en een valutaverlies is niet aftrekbaar van de fiscale winst. Nijkeuter²⁵³ is geneigd een valutawinst en een valutaverlies als twee kanten van dezelfde medaille te zien. Doordat deze valutaresultaten beide niet de fiscale winst raken, ontstaat volgens hem een coherent belastingsysteem. In de zaak Deutsche Shell besliste het HvJ EU echter dat de vergelijking tussen een wisselkoersverlies en een wisselkoerswinst niet relevant is, aangezien tussen deze twee elementen geen rechtstreeks verband bestaat. Daarnaast staat er tegenover de niet-afrekbaarheid van het valutaverlies geen compenserend belastingvoordeel²⁵⁴. Volgens Wattel²⁵⁵ kan deze uitleg van het HvJ EU “verklaard worden door de omstandigheid dat het litigieuze valutaverlies niet (nooit meer) gecompenseerd zal worden door een valutawinst, nu de vaste inrichting niet meer bestaat en de aandelen in de absorberende rechtspersoon verkocht zijn”. Wattel noemt dit een extensieve toepassing van het arrest Marks & Spencer II. De hiervoor weergegeven overwegingen van het HvJ EU met betrekking tot een coherent belastingsysteem zouden mijns inziens van overeenkomstige toepassing kunnen zijn op de Nederlandse deelnemingsvrijstelling. De deelnemingsvrijstelling behandelt een valutaverlies op een deelneming immers op dezelfde wijze als de litigieuze Duitse maatregel in het arrest HvJ EU Deutsche Shell een valutaverlies in verband met een vaste inrichting behandelde. De Nederlandse vrijstelling kent echter wel de liquidatieverliesregeling van artikel 13d Wet VPB 1969. Verderop zal ik verder uiteen

²⁵¹ M. Koerts, WFR 2008/725, t.a.p.

²⁵² J.H.M. Arts, Forfaitair 2012/224, t.a.p.

²⁵³ E. Nijkeuter, commentaar bij HvJ EU Deutsche Shell (t.a.p.), NTFR 2008/561.

²⁵⁴ R.o. 40 HvJ EU Deutsche Shell, t.a.p.

²⁵⁵ P.J. Wattel, noot bij HvJ EU Deutsche Shell, BNB 2009/84, t.a.p.

zetten of de Nederlandse wetgeving met deze regeling aan de gestelde eisen van het HvJ EU in het arrest Deutsche Shell voldoet.

Daarnaast zou de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid als rechtvaardigingsgrond aangehaald kunnen worden. Ook in een deelnemingssituatie kan een valutaresultaat slechts in de vertrekstaat, in casu Nederland, opkomen. Hierover oordeelde het HvJ EU in Deutsche Shell dat niet kan worden aanvaard dat een lidstaat bij de vaststelling van de belastbare grondslag van de hoofdrichting geen rekening houdt met een wisselkoersverlies dat de vaste inrichting, vanwege de aard van dit verlies, nooit kan lijden²⁵⁶. Ook deze overweging kan mijns inziens een op een worden doorgetrokken naar een deelnemingssituatie. Daarnaast wil ik graag opmerken dat de Hoge Raad in de Rupiah-arresten een op dit punt eenzelfde benadering als het HvJ EU voorstond. Toch heeft Nederland zich in het arrest Deutsche Shell achter Duitsland geschaard, dat stelde dat de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid met succes als rechtvaardigingsgrond kon worden opgevoerd²⁵⁷. Dit is naar mijn mening dus als opmerkelijk te beschouwen.

Wat uit bovenstaande twee alinea's moet worden geconcludeerd is dat wanneer het HvJ EU in mijn casus een belemmering van de vrijheid van vestiging zou constateren, er door Nederland niet met succes een beroep op een van de rechtvaardigingsgronden zal kunnen worden gedaan.

5.3 Aftrekmoment

5.3.1 Liquidatieverliesregeling

In de zaak Deutsche Shell is het wisselkoersverlies in verband met de vaste inrichting pas opgekomen op het moment dat de vaste inrichting werd beëindigd. Op dat moment moet het valutaverlies in aftrek komen van de fiscale winst van het Duitse hoofdhuis. De tussentijdse terugbetalingen op het dotatiekapitaal hebben op die momenten niet tot een valutaverlies geleid. De uitspraak van het HvJ EU in het Deutsche Shell-arrest kan daarmee gezien worden als een uitspraak die puur ziet op de beëindiging van een entiteit. De vraag die hierbij rijst is of de Nederlandse belastingwetgeving niet reeds aan de door het HvJ EU in het arrest Deutsche Shell opgevoerde eisen voldoet, gesteld dat het HvJ EU deze eisen zowel laat gelden in zowel een vaste inrichtingssituatie als een deelnemingssituatie. Deze wetgeving bevat immers de liquidatieverliesregeling. Een eventueel valutaverlies op een deelneming maakt onderdeel uit van het liquidatieverlies en mag aldus in aftrek komen van de fiscale winst van de Nederlandse moedervenootschap - zie hoofdstuk 2. In dit hoofdstuk zijn echter ook de leden 4, 5 en 9 van artikel 13d Wet VPB 1969 besproken, welke het in aftrek te nemen liquidatieverlies in bepaalde omstandigheden beperken. Uitgaande van het

²⁵⁶ R.o. 44 HvJ EU Deutsche Shell, t.a.p.

²⁵⁷ Concl. A-G Sharpston bij HvJ EU Deutsche Shell, t.a.p.

voorgaande is het de vraag of het HvJ EU deze – en overigens ook de andere, onbesproken²⁵⁸ – beperkingen zal accepteren, of dat het ingevolge de zaak Deutsche Shell zal bepalen dat het in het liquidatieverlies gevlochten valutaverlies onbeperkt en ongeacht de situatie in aftrek moet worden toegelaten. Ik zal niet toekomen aan een uitgebreide analyse per lid in deze scriptie. Wel wil ik graag opmerken dat de litigieuze leden die het aftrekbare liquidatieverlies beperken mijns inziens misbruikbestrijdend zijn. Zo wordt bijvoorbeeld voorkomen dat een verlies tweemaal binnen dezelfde groep als die van de belastingplichtige moedervennootschap in aftrek van de fiscale winst kan worden gebracht. Zoals reeds geconstateerd in hoofdstuk 4 mogen lidstaten misbruik bestrijden, mits dit binnen de kaders van de verdragsvrijheden gebeurt.

5.3.2 Verkoop

In de 26 septemberarresten²⁵⁹ is in 2008 door de Hoge Raad mede bepaald dat ten aanzien van een minderheidsbelang buiten de EU het niet in aftrek toelaten van het valutaverlies dat samenhangt met de financiering van de deelneming in strijd is met de vrijheid van kapitaalverkeer. De arresten zijn hiermee een uitvloeisel van het arrest HvJ EU Bosal Holding²⁶⁰. In de 26 septemberarresten heeft de Hoge Raad daarnaast impliciet haar licht laten schijnen op het begrip werkelijk economisch verlies uit de zaak Deutsche Shell. Douma²⁶¹ is van mening dat Nederland een valutaverlies op een deelneming in aanmerking moet nemen. Maar wanneer? Hij stelt:

“Het lijkt mij dat bij verkoop van de deelneming in ieder geval sprake zal zijn van een ‘werkelijk economisch verlies’. Maar ook gedurende het bezit van de deelneming moet mijns inziens een valutaverlies in aanmerking kunnen worden genomen. Op 26 september jl. nam de Hoge Raad immers een waardedaling in aanmerking tijdens de bezitsperiode van de deelneming.”

Egelie²⁶² heeft er moeite mee dat “de Hoge Raad zijn referentie aan de zaak Deutsche Shell niet nader nuanceert”. Hij doelt hiermee op het feit dat het in de 26 septemberarresten gaat om een (tijdelijk) jaarvalutaverlies en in de zaak Deutsche Shell om een definitief geleden valutaverlies. De Hoge Raad gaat niet in op dit verschil. Ook ik vind dit vreemd. Deze uitkomst er voor dat het valutaverlies dat samenhangt met de financiering van de deelneming tegenover een – eerdere of latere – onbelaste valutawinst zou kunnen komen te staan. Egelie kan het zich “moeilijk voorstellen dat de Hoge Raad voortaan HR 9 juni 1982, BNB 1982/230, nog maar naar een kant (valutawinst) zal laten uitwerken”.

²⁵⁸ Artikel 13d Wet VPB 1969 leden 6 t/m 8 en 10.

²⁵⁹ HR 26 september 2008, nr. 43 338 en nr. 43 339, resp. BNB 2009/23 en BNB 2009/24.

²⁶⁰ HvJ EU Bosal Holding, t.a.p.

²⁶¹ S.C.W. Douma, NTFR 2008/2327, t.a.p.

²⁶² W.F.E.M. Egelie, commentaar bij BNB 2009/23 en BNB 2009/24, NTFR 2008/1868.

Mijns inziens ziet het begrip werkelijk economisch verlies uit de zaak Deutsche Shell op een verlies dat onlosmakelijk verbonden is met de beëindiging van de vaste inrichting en daarmee op een definitief verlies. Vanaf dat moment kan een valutaverlies immers nimmer meer gecompenseerd worden door een eventuele valutawinst. In de arresten Marks & Spencer II²⁶³ en Lidl Belgium²⁶⁴ moest in gelijke zin sprake zijn van verliezen die nimmer meer verrekend konden worden om voor aftrek in de woonstaat in aanmerking te komen. Ondanks dat het in laatstgenoemde arresten ging om grensoverschrijdende verliesverrekening en in de zaak Deutsche Shell om een – nimmer grensoverschrijdend – valutaverlies, acht ik het feit dat het in al deze arresten sprake was van definitieve verliezen een voor het HvJ EU van groot belang zijnde gemene deler. Dat de in hoofdstuk 4 behandelde Marks & Spencerexceptie overigens ‘springlevend’²⁶⁵ is, bevestigt het arrest HvJ EU A Oy²⁶⁶.

Stel, een moedervennootschap verkoopt haar niet binnenlands belastingplichtige deelneming aan een derde. De deelneming blijft dus niet binnen dezelfde groep als die van de moedervennootschap. Op dat moment is er bij de moedervennootschap sprake van een valutaverlies op deze deelneming. Na de verkoop van de deelneming kan dit valutaverlies per definitie niet meer gecompenseerd worden op het niveau van de moedervennootschap. Dit is anders in het arrest HvJ EU Marks & Spencer II, omdat daar het ‘gewone’ verlies zich op het niveau van de deelneming bevindt. Dit verlies zou, ook na de verkoop van de deelneming aan een derde, in bepaalde gevallen mogelijk nog verrekend kunnen door de deelneming of de koper. Ingevolge de Marks & Spencerexceptie mag grensoverschrijdende verliesverrekening niet plaatsvinden zolang deze mogelijkheid nog bestaat. In deze gevallen is nog geen sprake van een definitief verlies.

Het valutaverlies op een deelneming moet mijns inziens dus in aftrek kunnen komen van de fiscale winst van de moedervennootschap op het moment dat de deelneming is verkocht. Want, ik acht het valutaverlies bij de verkoop van een deelneming altijd een werkelijk economisch verlies. Dit ligt mijns inziens ook binnen de interne marktgedachte van de Europese Unie²⁶⁷. Een in een derde land gevestigde derde koper van de deelneming kan een valutawinst op de deelneming behalen, welke valutawinst derhalve niet valt binnen de grenzen van de Europese Unie. De “gewone” verliezen op

²⁶³ HvJ EU Marks & Spencer II, t.a.p.

²⁶⁴ HvJ EU Lidl Belgium, t.a.p.

²⁶⁵ A.W. Ravelli en A. Rozendal, ‘De ‘Marks & Spencer-uitzondering’ nog altijd springlevend’, WFR 2013/844.

²⁶⁶ HvJ EU 21 februari 2013, zaak C-123/11, V-N 2013/13.16. Finland hoeft na fusie verliezen van Zweedse vennootschap niet te verrekenen.

²⁶⁷ Zie in gelijke zin H.T.P.M. van den Hurk, J.J. van den Broek en J.J.A.M. Korving, ‘Fiscale eindafrekening voor vennootschappen: Zetelverplaatsing, zekerheidsstelling en step-ups’, WFR 2012/601.

het niveau van de EU-deelneming blijven daarentegen, mits nog verrekenbaar in het bronland, binnen de grenzen van de Europese Unie. De Buck²⁶⁸ leidt daarnaast uit de arresten Bosal Holding²⁶⁹ en Cadbury Schweppes²⁷⁰ af dat de verkoper in dit kader los moet worden gezien van de deelneming. Het gaat er volgens hem om dat de belastingplichtige (verkoper) is belemmerd bij de grensoverschrijdende investering.

Verder verdient aandacht dat het HvJ EU in de zaak Deutsche Shell niet eens toekwam aan de proportionaliteitstoets – welke in het arrest Marks & Spencer II²⁷¹ leidde tot de naar dit arrest genoemde exceptie. De parallel met dit laatste arrest hierdoor alleen te trekken wanneer het HvJ EU voor het niet in aftrek toelaten van een valutaverlies op een deelneming een rechtvaardigingsgrond accepteert. Mijns inziens is deze kans, zie hiervoor, klein. Hierdoor zou geconstateerd kunnen worden, zoals Douma²⁷² daadwerkelijk doet, dat ook gedurende het bezit van de deelneming een valutaverlies in aanmerking moet kunnen worden genomen. Daar staat naar mijn mening echter tegenover dat het ‘altijd ergens’-beginsel vervlochten zit in de hiervoor behandelde rechtvaardigingsgronden. Algemeen wordt namelijk aangenomen dat het ‘altijd ergens’-beginsel voor het eerst naar voren kwam in het arrest HvJ EU Schumacker²⁷³ – in 1995²⁷⁴. Ik ben van mening dat de Marks & Spencerexceptie is een toepassing van het altijd ‘altijd ergens’-beginsel. Hetgeen Wattel²⁷⁵ in het arrest Deutsche Shell de extensieve toepassing van het arrest Marks & Spencer II noemt, kan ook – wellicht nauwkeuriger – de toepassing van het ‘altijd ergens’-beginsel kunnen noemen. Dit beginsel dient mijns inziens nauw samen te worden gezien met het begrip werkelijk economisch verlies, in die zin dat slechts een werkelijk economisch verlies altijd ergens in aftrek moet kunnen worden gebracht. Dat is in het geval van een valutaverlies op een deelneming op het moment dat de deelneming is verkocht aan een derde of op het moment dat de deelneming is geliquideerd.

²⁶⁸ S.P. de Buck, ‘Arrest van het Hof van Justitie EG in de zaak Deutsche Shell GmbH onder de loep: wisselkoersverliezen op de investering in een deelneming aftrekbaar?’, EFS Erasmus 2009.

²⁶⁹ HvJ EU Bosal Holding, r.o. 39, t.a.p.

²⁷⁰ HvJ EU Cadbury Schweppes, r.o. 44-45, t.a.p.

²⁷¹ En in het arrest HvJ EU Lidl Belgium, t.a.p.

²⁷² S.C.W. Douma, NTFR 2008/2327, t.a.p.

²⁷³ HvJ EU 14 februari 1995, zaak C-279/93 (Schumacker).

²⁷⁴ “Het Hof van Justitie EU heeft het altijd ergens beginsel niet als zodanig genoemd. De term is ontstaan in de vakliteratuur. Zie onderdeel 4 en 5 van de noot van P.J. Wattel bij HR BNB 2006/72.” Ravelli en Rozendal, WFR 2013/844, noot 3, t.a.p.

²⁷⁵ P.J. Wattel, noot bij HvJ EU Deutsche Shell, BNB 2009/84, t.a.p.

5.3.3 Gedurende bezitsperiode

Douma stelt verder dat *“gedurende de bezitsperiode van een deelneming een valutaverlies in aftrek moet kunnen komen als de belastingplichtige ervoor kiest de deelneming op intrinsieke waarde te waarderen”*. Dat een belastingplichtige deze waarderingsmethode ten aanzien van een deelneming mag hanteren, ontleend Douma aan de uitspraak van de Hoge Raad in BNB 1979/181²⁷⁶ en de parlementaire behandeling van de Wet werken aan winst. Ik wil hier graag de beslissing van de Hoge Raad in BNB 1993/60²⁷⁷ tegenover zetten. In dit arrest besliste de Hoge Raad dat de waardering van een deelneming op nettovermogenswaarde niet was toegestaan. De Vries²⁷⁸:

“De toepassing van de nettovermogenswaardemethode als vorenomschreven zou er alsdan slechts toe leiden dat de moeder het door haar dochter in 1984 geleden verlies (waarvan de omvang niet uit de gedingstukken blijkt) in mindering brengt op de waarde van haar deelneming, terwijl de na het tijdstip van de verkrijging der deelneming in de dochter tot ultimo 1984 eventueel ontstane stille reserves en/of goodwill niet tot een opwaardering van de deelneming zouden leiden.”

De schrijver acht dit in strijd met goedkoopmansgebruik, evenals het volgende:

“Ingeval de jaarrekeningrechtelijke waarderingsgrondslagen van de moeder voor haar eigen activa en passiva echter wel zouden voldoen aan de criteria van fiscaal goed koopmansgebruik, zou de door belanghebbende voorgestane waardering van haar deelneming volgens de nettovermogenswaardemethode er in wezen op neerkomen dat haar deelneming per balansdatum wordt gewaardeerd volgens het systeem: kostprijs tenzij de fiscaal-intrinsieke waarde (en zonder rekening te houden met Vpb.-latenties) lager is. Een dergelijk stelsel acht ik evenwel in strijd met goed koopmansgebruik.”

In het licht van bovenstaande citaten twijfel ik aan de stelling van Douma²⁷⁹ dat een moedervennootschap haar deelneming op intrinsieke waarde mag waarderen. Sterker, ik denk dat dit in gevallen in strijd kan zijn met goedkoopmansgebruik. Mijns inziens kunnen bovenstaande citaten namelijk geprojecteerd worden op een valutaverlies op een – nog in het bezit zijnde – deelneming, dat eveneens geen werkelijk economisch verlies vormt.

²⁷⁶ HR 14 juni 1979, nr. 18 405, BNB 1979/181.

²⁷⁷ HR 23 september 1992, nr. 28 155, BNB 1993/60.

²⁷⁸ N.H. de Vries, noot bij BNB 1993/60, t.a.p.

²⁷⁹ S.C.W. Douma, NTFR 2008/2327, t.a.p.

5.4 Deelneming in derdeland

5.4.1 Inleiding

Dit hoofdstuk heeft tot op dit punt gezien op situaties waarbij zowel de moeder vennootschap als de deelneming in een lidstaat van de Europese Unie zijn gevestigd. Ik zal me in deze paragraaf concentreren op situaties waarin de deelneming in een derdeland is gevestigd. Zoals uiteengezet in hoofdstuk 4 heeft de uitspraak van het HvJ EU in de zaak FII (2)²⁸⁰ een nieuw licht geworpen op deze laatstbedoelde situaties. Want tot deze uitspraak van het HvJ EU werd ingevolge de 26 septemberarresten door de Hoge Raad aangenomen dat een situatie waarin sprake was van een meerderheidsdeelneming niet getoetst diende te worden aan de vrijheid van kapitaalverkeer. Het arrest HvJ EU FII (2) heeft grofweg gemaakt dat het voor de vraag of een beroep kan worden gedaan op de vrijheid van kapitaalverkeer niet langer noodzakelijk is een onderscheid te maken tussen de gevallen dat sprake is van een meerderheids- of minderheidsdeelneming. Aannemende dat het valutaverlies op een deelneming in de hiervoor in dit hoofdstuk behandelde gevallen in aftrek dient te komen van de fiscale winst van de Nederlandse moeder vennootschap, dient dit naar aanleiding van het arrest FII (2) dan ook dan ook in derdelandsituaties te gebeuren?

5.4.2 Vrijheid van kapitaalverkeer

De enige mogelijke toepasselijke verdragsvrijheid in derdelandsituaties is de vrijheid van kapitaalverkeer. Deze verdragsvrijheid kent ingevolge de Zweedse A-zaak²⁸¹ in derdelandsituaties overigens (volgens Kokott²⁸² “uitdrukkelijk”) geen beperktere strekking dan in zuiver interne EU-of EER-situaties. Allereerst dient vastgesteld te worden of het lijden van een valutaverlies op een deelneming onder het kapitaalverkeer kan worden geschaard. De Hoge Raad toetste in de 26 septemberarresten de niet-aftrekbaarheid van een valutaverlies dat samenhangt met de financiering van een deelneming aan de vrijheid van kapitaalverkeer. Mijns inziens valt ook een valutaverlies op de deelneming zelf onder de definitie van kapitaalverkeer. Analoog aan het arrest Verkooijen²⁸³ moet naar mijn mening worden gesteld dat het liquidatieverlies (Verkooijen: dividendbetaling) onlosmakelijk verbonden is met de kapitaalbeweging zijnde de kapitaalstorting. Uit onder anderen het arrest Glaxo Wellcome²⁸⁴ blijkt daarnaast dat de onderhavige verdragsvrijheid ziet op zowel actief aandeelhouderschap als op het houden van aandelen ter belegging.

²⁸⁰ HvJ EU 13 november 2012, zaak C-35/11 (Test Claimants in the FII Group Litigation (2)), BNB 2013/28.

²⁸¹ HvJ EU 18 december 2007, zaak C-101/05 (Skatteverket vs. A), Jurispr. blz. I-11531.

²⁸² Concl. A-G Kokott bij HvJ EU Haribo en Salinen, punt 105, t.a.p.

²⁸³ HvJ EU Verkooijen, t.a.p.

²⁸⁴ HvJ EU Glaxo Wellcome, t.a.p.

Aan het slot van het vorige hoofdstuk heb ik mijn conclusies getrokken naar aanleiding van het arrest HvJ EU FII (2). Ik ben van mening dat de Nederlandse deelnemingsvrijstelling vanuit haar doelstelling generiek van toepassing is, omdat de vrijstelling zowel geldt voor minderheidsdeelnemingen (aannee uit hoofdstuk 4: minder dan 20% belang) als voor meerderheidsdeelnemingen (meer dan 20% belang). In minderheidsdeelnemingen is ingevolge hoofdstuk 4 geen sprake van ‘zodanige’ zeggenschap, waardoor in zowel derdelandsituaties als EU-situaties altijd aan de vrijheid van kapitaalverkeer kan worden getoetst. In het geval van een meerderheidsdeelneming in een derdeland kan deze verdragsvrijheid ingevolge het arrest HvJ EU FII (2) ook van toepassing zijn. Het HvJ EU heeft in bepaalde gevallen een beperking op deze toepassing willen maken, zie de geciteerde rechtsoverweging 100 uit het arrest HvJ EU FII (2) in hoofdstuk 4. De beperking houdt in de bewoordingen van Wattel²⁸⁵ in dat de vrijheid van kapitaalverkeer niet toepasselijk is wanneer de bestreden nationale wetgeving “de vestigingsvoorwaarden van derdelandenondernemingen beïnvloedt”.

Nijkeuter en De Wilde²⁸⁶ onderscheiden twee componenten van deze beperking. De eerste component ziet op marktdeelnemers. Het lijkt dat voorkomen dient te worden dat marktdeelnemers die buiten de territoriale werkingssfeer van de vrijheid van vestiging vallen, toch toegang krijgen tot de verdragsvrijheden. Volgens de auteurs kwalificeert het HvJ EU buitengrensoverschrijdende vestigingshandelingen “eerst als kapitaalverkeer om ze vervolgens op cryptische wijze onder een nieuwontwikkelde beperking van de vrijheid uit te sluiten. Bij vestigingshandelingen had de beweging toch ook gewoon exclusief als vestigingsvrijheid kunnen worden gekwalificeerd, zoals ook de Hoge Raad doet in zijn bestendige jurisprudentie?” De tweede component ziet op de voorwaarden voor markttoegang. Deze component zorgt er in de zaak FII (2) voor dat de beperking van de eerste component niet optreedt, omdat deze beperking slechts ziet op “voorwaarden voor toegang tot de markt”. Nijkeuter en De Wilde: “Kennelijk constateert het Hof van Justitie EU een analytisch verschil tussen maatregelen die zien op markttoegang als zodanig – de toegangspoort – en maatregelen die zien op de belastingheffing over behaalde rendementen uit de daaropvolgende economische activiteiten. Als deze *escape* zo moet worden uitgelegd – en vooralsnog gaan wij daar maar van uit – dan geldt deze daarmee, zo lijkt het, niet voor de (directe) belastingen.” Voor de

²⁸⁵ P.J. Wattel, noot bij HvJ EU FII (2), t.a.p. Wattel beschrijft in deze noot eveneens uitgebreid de redenen (o.a. een wereldhandelspolitieke reden) die volgens hem ten grondslag liggen aan de onderhavige beperking. In deze scriptie besteed ik geen aandacht aan deze redenen. Ik beschouw de beperking als een gegeven en neem deze mee in de beantwoording van mijn probleemstelling.

²⁸⁶ E. Nijkeuter en M.F. de Wilde, ‘“Met de kennis van nu...” (deel I)’, WFR 2013/138.

beantwoording van mijn probleemstelling hecht ik dus weinig waarde aan deze door het HvJ EU opgeworpen beperking in het arrest FII (2).

5.4.3 Standstillbepaling

Ik ga er hier vanuit dat het niet in aftrek kunnen brengen van een valutaverlies op een deelneming in een derdeland het vrije kapitaalverkeer belemmerd. Een door een lidstaat gehanteerde maatregel die een belastingplichtige beperkt in zijn vrijheid van kapitaalverkeer kan echter in bepaalde gevallen worden gesauveerd door de in hoofdstuk 4 geïntroduceerde standstillbepaling van artikel 64 lid 1 VwEU. De maatregel mag daarmee blijven bestaan. Dit zijn gevallen waarbij de litigieuze maatregel reeds op 31 december 1993 uit hoofde van het nationale recht bestond. Daarnaast moet er sprake zijn van een directe investering. Aan de eerste eis wordt mijns inziens in het geval van de Nederlandse maatregel zijnde het niet in aftrek toelaten van een valutaverlies op een deelneming voldaan. De Hoge Raad bepaalde in BNB 1982/230 immers dat de wet zo diende te worden uitgelegd, dat een valutaverlies op een deelneming een vrijgesteld deelnemingsvoordeel is. Daarmee oordeelde de Hoge Raad tevens dat het niet in aftrek toelaten van dit valutaverlies op zijn laatst sinds 1969, bij de invoering van de huidige Wet Vennootschapsbelasting 1969, bestaat.

5.4.3.1 Directe investeringen

Over de tweede eis merkt Van der Wal²⁸⁷ op: “Directe investeringen zijn in de jurisprudentie van het HvJ EU uitgelegd als investeringen die gericht zijn op de vestiging of de handhaving van duurzame en directe betrekkingen tussen de kapitaalverschaffer en de onderneming waarvoor de desbetreffende middelen bestemd zijn met het oog op de uitoefening van een economische activiteit, hetgeen bij aandelenbelangen veronderstelt dat de aandelen een aandeelhouder de mogelijkheid bieden daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over de betrokken vennootschap²⁸⁸.” Dit lijkt een minder strenge eis dan die voor het constateren van een vestigingshandeling, waarbij sprake moet zijn van een in het vorige hoofdstuk behandelde ‘zodanige’ zeggenschap. In dat hoofdstuk heb ik vastgesteld dat een belang van minimaal 20 procent de aandeelhouder een ‘zodanige’ zeggenschap over de deelneming geeft. Voor toepassing van de standstillbepaling hoeft de aandeelhouder slechts ‘daadwerkelijk’ zeggenschap te hebben. Het zou mijns inziens dus logisch zijn als hierbij een lager bezitspercentage in de deelneming voldoende is.

²⁸⁷ J. van der Wal, “Two is a company, three is a crowd’. Over de strekking van de vrijheid van kapitaalverkeer met betrekking tot dividenden van en naar derdelanden’, WFR 2011/882.

²⁸⁸ Zie onder meer HvJ EU 24 mei 2007, zaak C-157/05 (Holböck), V-N 2007/27.10 punten 35 en 37 en HvJ EU 28 september 2006, gevoegde zaken C-282/04 en C-283/04 (Commissie vs. Nederland), Jurispr. blz. I-9141, punt 19.

In BNB 2006/254²⁸⁹ oordeelde de Hoge Raad dat bij een belang tussen de 87,09% en 100% sprake was van directe investeringen. In de 26 septemberarresten werd ook een aanzienlijk kleiner belang – 12,03% – door de Hoge Raad als directe investering gezien. Hof Amsterdam²⁹⁰ baseerde dit oordeel eerder op de volgende definitie van het begrip "directe investeringen" in bijlage I bij de Nomenclatuur van het kapitaalverkeer²⁹¹:

"Alle investeringen welke door natuurlijke personen of door commerciële, industriële of financiële ondernemingen worden verricht en welke gericht zijn op de vestiging of de handhaving van duurzame en directe betrekkingen tussen de kapitaalverschaffer enerzijds en de ondernemer of de onderneming anderzijds, voor wie de desbetreffende middelen bestemd zijn met het oog op de uitoefening van een economische activiteit. Dit begrip dient derhalve in de ruimste zin te worden opgevat."

Hof Amsterdam bepaalt voorafgaand aan de 26 septemberarresten naar aanleiding van deze passage in onderdeel 5.6 verder:

"Deze ruime definitie sluit naar het oordeel van het Hof aan bij het in artikel 13 van de Wet (Vennootschapsbelasting 1969, auteur) bedoelde begrip deelneming. Ook voor dit begrip deelneming geldt als wezenskenmerk dat sprake is van een duurzame en directe betrekking tussen de kapitaalverschaffer enerzijds en de ondernemer of de onderneming anderzijds. Hieraan is in artikel 13 van de Wet uitwerking gegeven door voor de aanwezigheid van een deelneming (in beginsel) als voorwaarde te stellen dat sprake is van een participatie van 5 percent van het (nominaal gestorte) kapitaal. Het Hof acht de (praktische) wijze waarop in de Wet aan het begrip deelneming uitwerking is gegeven niet in strijd met de ruime definitie van het begrip 'directe investering' als hiervoor vermeld."

Mijns inziens zal bij deelnemingen onder de Nederlandse deelnemingsvrijstelling op basis van het bezitspercentage en wanneer sprake is van een aandelenbelang te allen tijden sprake zijn van een directe investering. Deze Nederlandse regeling ziet namelijk – dat ben ik met Hof Amsterdam eens – op directe investeringen zoals bedoeld in de hiervoor genoemde Nomenclatuur van het kapitaalverkeer. Het oordeel van het HvJ EU in rechtsoverweging 137 van de gevoegde zaken Haribo

²⁸⁹ HR 14 april 2006, nr. 41 815, BNB 2006/254.

²⁹⁰ Hof Amsterdam 26 april 2006, nr. 04/2774, BNB 2009/23, t.a.p.

²⁹¹ Artikel 1 van de Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 24 juni 1988, nr. 88/361, Pb EG L 178, blz. 5, welke indicatieve betekenis heeft behouden voor de uitlegging van de reikwijdte van communautaire begrippen in verband met kapitaalverkeer.

en Salinen²⁹², dat wanneer een wettelijke regeling alleen ziet op deelnemingen van minder dan 10% van het vennootschapskapitaal van de uitkerende vennootschap, zij niet binnen de materiële werkingssfeer van artikel 64 lid 1 VwEU valt, doet hier mijns inziens geen afbreuk aan. Van der Wal²⁹³ is het hier niet mee eens. Hij stelt dat het HvJ EU met haar oordeel impliciet bevestigt dat kapitaaldeelnamen van minder dan 10% geen directe investeringen zijn. Allereerst zie ik niet welke uitspraak of gedachte Van der Wal hier bevestigt ziet worden. Het is voor zover hem en mij bekend, “voor het eerst dat het HvJ EU zich kwantitatief uitlaat over het begrip directe investeringen”. Daarnaast lees ik uit het oordeel van het HvJ EU af dat dit Hof groot belang hecht aan de onderhavige wettelijke regeling. Hier gaat Van der Wal naar mijn mening onterecht aan voorbij en ik vind zijn mening dan ook te stellig. Aan deze alinea wil ik tot slot wel een citaat van Nijkeuter de De Wilde²⁹⁴ toevoegen. Zij denken:

“(…) dat relevant zal blijken de rechtsvraag of het belang wordt gehouden met een beleggingsoogmerk (geen directe investering, geen standstill) of ten behoeve van de ondernemingsuitoefening (directe investering, dus standstill bij bestaande regelingen per ultimo 1993). Daarmee zal, vermoeden wij, meer druk komen op de kwalificatie van de kapitaalbeweging als directe investering, ook bij meerderheidsbelangen.”

De toets van de standstillbepaling zal ingevolge het arrest HvJ EU Holböck²⁹⁵ ‘in concreto’²⁹⁶ – naar de feiten van de casus – dienen te worden uitgevoerd. Voor het HvJ EU zal het oogmerk van de investering daarmee de doorslaggevende factor zijn in het constateren van een directe investering. Wanneer bijvoorbeeld een belastingplichtige moedervernootschap de Nederlandse deelnemingsvrijstelling kan toepassen voor voordelen uit hoofde van haar kwalificerende beleggingsdeelneming, zou het HvJ EU naar mijn verwachting kunnen oordelen dat in deze situatie geen sprake is van een directe investering. Overigens lijkt de Nederlandse deelnemingsverrekening voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen Europeesrechtelijk gezien (ook) onder druk te staan²⁹⁷.

Wanneer het niet in aftrek toelaten van een valutaverlies op een deelneming gevestigd in een derdeland niet gesauveerd zal worden onder de standstillbepaling, dient nog de vraag te worden

²⁹² HvJ EU Haribo en Salinen, t.a.p.

²⁹³ J. van der Wal, WFR 2011/882, t.a.p.

²⁹⁴ E. Nijkeuter en M.F. de Wilde, ‘“Met de kennis van nu...” (deel II) Over FII 2, gewezen arresten en wat mogelijk nog volgt’, WFR 2013/185.

²⁹⁵ HvJ EU Holböck, t.a.p.

²⁹⁶ S.C.W. Douma, ‘Vrij kapitaalverkeer na FII (2)’, NTFR 2012/2689.

²⁹⁷ I.M. De Groot en P.J. te Boekhorst, ‘Gevolgen FII-2 voor de Nederlandse deelnemingsverrekening’, WFR 2013/388.

beantwoord of er voor deze maatregel rechtvaardigingsgronden bestaan waarbij voldaan wordt aan de proportionaliteitseis. De wijze waarop deze vraag dient te worden beantwoord is eerder dit hoofdstuk, waar een belemmering van de vrijheid van vestiging speelde, uiteen gezet.

5.5 Tussenregeling

Wanneer een deelneming is verkocht is het mijns inziens dus niet ondenkbaar dat een belastingplichtige een eventueel valutaverlies op de deelneming – waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is – van het HvJ EU ten laste van haar fiscale winst mag brengen. De Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen²⁹⁸, behandeld in hoofdstuk 2, bepaalt dat in die gevallen toekomstige valutawinsten op deelnemingen niet langer onder de deelnemingsvrijstelling vallen. In de literatuur²⁹⁹ zijn echter twijfels ontstaan over de Europeesrechtelijke houdbaarheid van de Tussenregeling. Zo ligt het volgens Sanders en Stevens³⁰⁰ voor de hand “dat het HvJ EU op EU-rechtelijke bezwaren zal stuiten wanneer valutawinsten op deelnemingen die in een bepaald jaar zijn ontstaan worden belast (ook al vindt die heffing pas op een later tijdstip plaats), terwijl de belastingplichtige de valutaverliezen die in datzelfde jaar zijn ontstaan, niet in aftrek kan brengen”. De auteurs doelen hierbij denk ik op de situatie waarbij een valutawinst die is opgekomen op een moment dat ligt voor de invoering van de Tussenregeling op basis van deze regeling wordt belast, terwijl de moedervenootschap op dat moment nog nooit een valutaverlies in aftrek heeft kunnen brengen. Sanders en Stevens pleiten mijns inziens terecht voor een volledige compartimentering per 1 januari van het jaar waarin de belastingplichtige voor het eerst met succes een valutaresultaat op een deelneming heeft afgetrokken. Dit zou mogelijk ook de Europeesrechtelijke houdbaarheid van de terugwerkende kracht³⁰¹ van de Tussenregeling verbeteren. De wetgever heeft compartimentering echter nadrukkelijk uitgesloten³⁰².

Een andere overkill lijkt gelegen in het feit dat ingevolge de Tussenregeling toekomstige valutawinsten op alle deelnemingen niet langer onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Stel nu dat het HvJ EU zou beslissen dat een valutaverlies op een deelneming aftrekbaar moet zijn na de verkoop, maar niet tijdens de bezitsperiode van de deelneming. Een binnenlands belastingplichtige moedervenootschap brengt met succes een valutaverlies op haar verkochte deelneming in aftrek

²⁹⁸ Artikel 28b Wet VPB 1969.

²⁹⁹ Aantekening Redactie Vakstudie Nieuws bij het wetsvoorstel, V-N 2011/32.14, M.F. de Wilde & C. Wisman, ‘Tussenregeling valutaresultaten; gooit Gielen roet in het eten?’, NTFR 2011/1646, alsmede het NOB-commentaar op het wetsvoorstel van 1 september 2011, punt 9. Zie voetnoot 31 van WFR 2011/1290.

³⁰⁰ M. Sanders en A.J.A. Stevens, ‘De tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen’, WFR 2011/1290.

³⁰¹ Zie Advies Raad van State bij het wetsvoorstel ter invoering van artikel 28b Wet VPB 1969, No.W06.11.0119/III.

³⁰² Kamerstukken II, 2010-2011, nr. 32 818, nr. 3, p. 4.

van haar fiscale winst. Lid 4 van artikel 28b Wet VPB 1969 regelt in die gevallen dat toekomstige valutawinsten op andere deelnemingen, behaald gedurende de bezitsperiode, niet belast zullen worden. In zoverre wordt een “theoretische evenwichtigheid”³⁰³ gecreëerd en de overkill dus beperkt.

³⁰³ Advies Raad van State bij het wetsvoorstel ter invoering van artikel 28b Wet VPB 1969, No.W06.11.0119/III.

6 Conclusie

De probleemstelling die in deze scriptie centraal stond is – en ik citeer uit de inleiding:

Kunnen valutaverliezen op deelnemingen ingevolge het huidige EU-recht in aftrek worden gebracht van de Nederlandse fiscale winst? Zo ja, in welke gevallen?

In de voorgaande hoofdstukken heb ik onderzoek gedaan naar deze valutaproblematiek. Hiervoor heb ik in het tweede hoofdstuk de Nederlandse deelnemingsvrijstelling geïntroduceerd. De ratio, de ‘ne bis in idem’-gedachte, van deze vrijstelling is door de Hoge Raad uitgesproken in het Falcons-arrest: *“De deelnemingsvrijstelling strekt ertoe te voorkomen dat in een deelnemingsverhouding dezelfde winst tweemaal in een belasting naar de winst wordt betrokken.”* Uit dit hoofdstuk is verder gebleken dat een valutaresultaat op een deelneming ingevolge BNB 1982/230 een vrijgesteld deelnemingsvoordeel is. Ik heb echter aangetoond dat dit arrest – in het licht van de ‘ne bis in idem’-gedachte – mogelijk achterhaald zou kunnen zijn. Immers hoeft niet voorkomen te worden dat dezelfde winst tweemaal in een belasting naar de winst wordt betrokken. De ‘ne bis in idem’-gedachte is dus mogelijk geen reden om het koersresultaat op de deelneming buiten de Nederlandse heffing te houden³⁰⁴. Daarnaast is de liquidatieverliesregeling behandeld, ingevolge welke regeling een valutaverlies op een deelneming in de berekening van het aftrekbare liquidatieverlies wordt meegenomen. Tot slot bepaalt de Tussenregeling³⁰⁵ dat wanneer een belastingplichtige een valutaverlies op een deelneming – waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is – met succes ten laste van de fiscale winst heeft gebracht, toekomstige valutawinsten op deelnemingen niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen.

Uit hoofdstuk 3 moet worden geconcludeerd dat een valutaresultaat in verband met een vaste inrichting de fiscale winst van het Nederlandse hoofdhuis raakt. Onder de huidige Wet Vennootschapsbelasting 1969 wordt namelijk een valutaresultaat behaald op de bijdragewinst en dus de wereldwinst, terwijl dit valutaresultaat wordt uitgesloten van de objectvrijgestelde winst. De Rupiah-leer is hier met andere woorden nog steeds van toepassing. Ook is een voorbeelduitwerking gegeven van een valutaresultaat in verband met een vaste inrichting. In tegenstelling tot een valutaverlies op een deelneming kan een valutaverlies in verband met een vaste inrichting wel in aftrek worden gebracht bij de fiscale winstbepaling van een belastingplichtige.

³⁰⁴ J.A.G. van der Geld, Fiscale aspecten van financiële instrumenten, Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht 1993/9, blz. 192, citaat uit WFR 2009/115, t.a.p.

³⁰⁵ Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen, artikel 28b Wet VPB 1969.

In hoofdstuk 4 werd het Europese recht geïntroduceerd. Of een nationale maatregel een belastingplichtige belemmert in de uitvoering van de verdragsvrijheden beoordeelt het HvJ EU aan de hand van haar beslisschema. Met name de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaalverkeer zijn voor deze scriptie van belang gebleken. Vervolgens werden verschillende rechtvaardigingsgronden voor een mogelijke belemmering behandeld, zoals fiscale coherentie, een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en misbruikbestrijding. Achten het HvJ EU een van de rechtvaardigingsgronden van toepassing, dan dient de onderhavige nationale maatregel tot slot nog getoetst te worden aan haar proportionaliteit, geschiktheid en noodzakelijkheid (subsidiariteit). Het beslisschema heeft het HvJ EU ook toegepast in het arrest Deutsche Shell, welk arrest uitgebreid is behandeld. In het arrest Deutsche Shell besliste het HvJ EU dat Duitsland een valutaverlies op het kapitaal van een vaste inrichting in een andere Europese lidstaat volledig in aftrek moet toelaten op de in Duitsland belastbare winst. Tot slot heb ik een analyse gemaakt van de arresten van het HvJ EU waarin sprake was van een samenloop tussen de verdragsvrijheden zijnde de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaalverkeer. Na het recente arrest FII (2) van het HvJ EU heb ik de volgende conclusie getrokken met betrekking tot de toepasselijke verdragsvrijheid:

- Bij regelingen die vanuit de doelstelling generiek van toepassing zijn, en indien feitelijk sprake is van een 'zodanige' zeggenschap; in beginsel zowel de vrijheid van vestiging als de vrijheid van kapitaalverkeer.
- Bij regelingen die vanuit de doelstelling generiek van toepassing zijn, maar indien feitelijk geen sprake is van een 'zodanige' zeggenschap: vrijheid van kapitaalverkeer
- Bij regelingen die wat hun voorwerp³⁰⁶ betreft slechts zien op meerderheidsdeelnemingen: vrijheid van vestiging.
- Bij regelingen die wat hun voorwerp betreft slechts zien op kapitaaltransacties of minderheidsdeelnemingen; vrijheid van kapitaalverkeer.

In hoofdstuk 5 heb ik onderzocht of de Deutsche Shell-leer doorwerkt naar de Nederlandse deelnemingsvrijstelling en zo ja; in welke gevallen. In de zaak Deutsche Shell constateerde het HvJ EU dat de onderhavige Duitse regeling een belemmerende werking had. Deze belemmering kwam niet op wegens een toegestane dispariteit tussen de verschillende belastingstelsels. Ook het feit dat geen sprake was discriminatie deed volgens het HvJ EU niets af aan de belemmerende werking van de Duitse regeling. Mijns inziens zal het HvJ EU wat betreft deze punten hetzelfde oordelen wanneer

³⁰⁶ Zie HvJ EU KBC Bank, t.a.p.

de behandeling van een valutaresultaat onder de Nederlandse deelnemingsvrijstelling aan de orde is.

Verder heb ik twee verschillende benaderingen van mijn probleemstelling uiteen gezet; de economische benadering en de juridische benadering. De economische benadering behandelt voor wat betreft een valutaresultaat het investeren via een deelneming niet anders dan het investeren via een vaste inrichting. De Deutsche Shell-leer moet ingevolge de economische benadering dus worden doorgetrokken naar de Nederlandse deelnemingsvrijstelling. De juridische benadering leidt tot een tegenovergestelde uitkomst. De juridische verschillen tussen een deelneming en een vaste inrichting zorgen ervoor dat lidstaten deze verschillend mogen behandelen in hun belastingheffingen. Ik heb geconcludeerd dat er wellicht sterkere argumenten bestaan voor het aanhangen van de economische benadering. Het zou mij dan ook niet verbazen wanneer het HvJ EU de Deutsche Shell-leer van overeenkomstige toepassing acht op de Nederlandse deelnemingsvrijstelling. Haar rechtspraak is echter grillig³⁰⁷.

En wanneer zou een valutaverlies op een deelneming dan in aftrek mogen komen van de fiscale winst van de Nederlandse moedervernootschap? In ieder geval wanneer aan de eisen van de behandelde liquidatieverliesregeling is voldaan. Voor andere situaties is het antwoord op deze vraag echter zeer arbitrair gebleken. Wanneer een deelneming is verkocht is het eventuele valutaverlies mijns inziens een – in het arrest HvJ EU Deutsche Shell geïntroduceerd – werkelijk economisch verlies. Het ‘altijd ergens’-beginsel zorgt er naar mijn mening voor dat een valutaverlies op een deelneming in deze gevallen ook in aftrek moet kunnen komen van de fiscale winst van de Nederlandse moedervernootschap. Gedurende de bezitsperiode van een deelneming is een valutaverlies mijns inziens geen werkelijk economisch verlies. Daarnaast twijfel ik aan het antwoord op de vraag of de regels van het goedkoopmansgebruik het nemen van een dergelijk verlies überhaupt toestaan.

Tot slot ben ik toegekomen aan de behandeling van een situatie waarbij de deelneming in een derdeland is gevestigd. Ik heb naar aanleiding van het arrest HvJ EU FII (2) geconcludeerd dat deze situaties te allen tijden aan de vrijheid van kapitaalverkeer kunnen worden getoetst. Onderdeel van deze verdragsvrijheid is echter de standstillbepaling, welke een belemmerende nationale maatregel mogelijk sauveert. Waar ik in de vorige alinea geconstateerd heb dat een valutaverlies op een deelneming afgetrokken dient te kunnen worden, daar geldt dit niet als de standstillbepaling toepassing vindt. De standstillbepaling is mijns inziens sowieso van toepassing wanneer het bezitspercentage in de deelneming hoger is dan 10% en er geen sprake is van een kwalificerende

³⁰⁷ Noot P.J. Wattel bij HvJ EU Deutsche Shell, t.a.p.

beleggingsdeelneming. Ik ben daarnaast van mening dat ook bij een bezitspercentage van minder dan 10% sprake kan zijn van een – voor de standstillbepaling noodzakelijke – directe investering. De standstillbepaling is in deze gevallen van toepassing en een valutaverlies op een deelneming (alsnog) niet aftrekbaar. Ik verwacht daarentegen niet dat het HvJ EU een kwalificerende beleggingsdeelneming zal aanmerken als een directe investering. Een valutaverlies op een deelneming zou in het laatste geval wel in aftrek moeten kunnen komen van de fiscale winst van de moedervenootschap.

Zie voor een schematisch overzicht van mijn beantwoording op de probleemstelling het stroomschema in de bijlage.

Ik acht het dus niet ondenkbaar dat artikel 28b Wet VPB 1969 – de Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen – op enig moment daadwerkelijk in werking zal treden. De wetgever heeft deze regeling ingevoerd om budgettaire derving te voorkomen. In dat licht verdient het aanbeveling voor de wetgever de Tussenregeling te toetsen aan haar EU-rechtelijke houdbaarheid. Blijkt deze namelijk onhoudbaar, dan kan uiteindelijk alsnog een verlies voor de schatkist optreden. Dit verlies zal uiteraard kleiner zijn als het HvJ EU beslist dat slechts een valutaverlies op een verkochte deelneming in aftrek gebracht mag worden. De in deze scriptie behandelde problematiek met betrekking tot een valutaverlies op een deelneming zal overigens in het geheel niet meer bestaan wanneer de wetgever er voor kiest om een – zowel positief als negatief – valutaresultaat op een deelneming niet langer als vrijgesteld deelnemingsvoordeel aan te merken. Hier kleven naar alle waarschijnlijkheid echter wel praktische bezwaren aan, welke met BNB 1982/230 juist zijn voorkomen.

7 Literatuurlijst

7.1 Boeken en vakliteratuur

- P.G.H. Albert, in het 'Verslag van het EFS-seminar 'Vaste inrichting versus deelneming'' door M.G.H van der Kroon, WFR 2011/1592.
- J.H.M. Arts, 'De tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen en de reikwijdte van Deutsche Shell', Forfaitair 2012/224.
- T. Bender, Vrijstelling ter voorkoming van dubbele belasting, FM nr. 92, Kluwer Deventer, 2000.
- T. Bender, De vrijstellingsmethode ter voorkoming van internationaal dubbele belasting, diss., blz. 552.
- T. Bender, 'Objectvrijstelling voor buitenlandse winst – waarom eigenlijk?', NTFR 2011/2482.
- W. Bruins Slot en E.D.M. Gerrits, 'De nadere verfijning van de Rupiah-arresten: de theorie en het Cruzeiro-arrest', WFR 2005/813.
- S.P. de Buck, 'Arrest van het Hof van Justitie EG in de zaak Deutsche Shell GmbH onder de loep: wisselkoersverliezen op de investering in een deelneming aftrekbaar?', EFS Erasmus 2009.
- J.J. van Dam, B.J. Kiekebeld, J.A.R. van Eijdsen, Europees fiscaal memo, Kluwer, Deventer, 2007.
- R. van den Dool, Compendium van de vennootschapsbelasting, 2010, Kluwer, Deventer.
- S.C.W. Douma, Het evenredigheidsbeginsel stricto sensu als belangenafweging tussen nationale fiscale soevereiniteit en vrij verkeer, WFR 2007, blz. 247.
- S.C.W. Douma, Valutaverlies op deelneming: aftrekbaar!, NTFR 2008/2327.
- S.C.W. Douma, 'Vrij kapitaalverkeer na FII (2)', NTFR 2012/2689.
- M. Evers en A.C.G.A.C. de Graaf, Bestrijding van dividenddoorstroomconstructies: fiscale autonomie van de EU-lidstaten, MBB 2010/10.
- J.A.G. van der Geld, 'De deelnemingsvrijstelling', Fiscale Monografieën deel 20, Kluwer, 2011.
- J.A.G. van der Geld, Fiscale aspecten van financiële instrumenten, Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht 1993/9.
- J.H. Gerards, 'Proportionaliteit en gelijke behandeling', in: A.J. Nieuwenhuis e.a., 'Proportionaliteit in het publiekrecht', Deventer, Kluwer, 2005.
- A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars, A.J.A. Stevens, Internationaal Belastingrecht, Kluwer, Deventer 2009.
- I.M. De Groot en P.J. te Boekhorst, 'Gevolgen FII-2 voor de Nederlandse deelnemingsverrekening', WFR 2013/388.

- E.J.W. Heithuis, 'Ontwikkelingen rondom de deelnemingsvrijstelling', WFR 1994/705.
- S.J.C. Hemels en mr. J.W. Rompen, 'Vestiging of kapitaalverkeer: welke vrijheid heeft prioriteit?', WFR 2010/1058.
- R. Hiemstra, 'De Falcons-doctrine: het gesplitste belang bij de voordelen uit hoofde van een deelneming', WFR 2010/804.
- H.T.P.M. van den Hurk, J.J. van den Broek en J.J.A.M. Korving, 'Fiscale eindafrekening voor vennootschappen: Zetelverplaatsing, zekerheidsstelling en step-ups', WFR 2012/601.
- J.C. Huussen, 'Verdeling van de heffingsbevoegdheid', EFS Erasmus 2012.
- D. Juch en W.C.M. Martens, 'De deelnemingsvrijstelling in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969', FED, Deventer.
- B.J. Kiekebeld, in 'Verslag van het EFS-seminar 'Vaste inrichting versus deelneming'', auteur: M.G.H. van der Kroon, WFR 2011/1592.
- B.J. Kiekebeld, 'Kapitaalverkeer versus vestiging: eindelijk echt duidelijk?', NTFR-B 2013/11.
- M. Koerts, 'Deutsche Shell: dispariteit of belemmering van het vrije verkeer binnen de EG?', WFR 2008/725.
- Q.W.J.C.H. Kok, 'Vreemde valuta in de deelnemingsvrijstelling', WFR 2009/115.
- M.G.H. van der Kroon, 'Het Baarscriterium krijgt invulling', WFR 2010/229.
- E. Nijkeuter en M.F. de Wilde, "'Met de kennis van nu..." (deel 1)', WFR 2013/138.
- E. Nijkeuter en M.F. de Wilde, "'Met de kennis van nu..." (deel II) Over FII 2, gewezen arresten en wat mogelijk nog volgt', WFR 2013/185.
- M.J.C. Pieterse, 'Dividendbelasting, Nederlandse Antillen en de werking van de standstill-bepaling', EFS Erasmus 2011/2012.
- H. Pijl, 'Enkele kanttekeningen bij de objectvrijstelling in het Belastingplan 2012', NTFR 2011/2223.
- F.P.G. Pötgens en J.W. Bellingwout, 'Objectvrijstelling voor vaste inrichtingen: Much ado about nothing?', WFR 2012/654.
- A.W. Ravelli en A. Rozendal, 'De 'Marks & Spencer-uitzondering' nog altijd springlevend', WFR 2013/844.
- M. Sanders en A.J.A. Stevens, 'De tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen', WFR 2011/1290.
- D.S. Smit, 'Freedom of Investment between EU and Non/EU Member States and its Impact on Corporate Income Tax Systems within the European Union', Tilburg: Tilburg University 2011.
- A.J.A. Stevens, 'Het Shell-arrest: een tussenstand', NTFR-B 2008/27.
- A.J.A. Stevens, 'De objectvrijstelling', NTFR-B 2012/4.

- J.L. Van de Streek, *Cursus Belastingrecht*, Vpb.1.0.3.M.b Buitenlandse'venootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal'.
- B. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law*, Fifth edition, Kluwer Deventer 2008, blz. 733.
- R.J. de Vries, *Aan-en verkoopkosten in relatie tot deelnemingen*, WFR 2009/85.
- J. van der Wal, "Two is a company, three is a crowd'. Over de strekking van de vrijheid van kapitaalverkeer met betrekking tot dividenden van en naar derdelanden', WFR 2011/882.
- Mr. P.J. Wattel, 'Liquidatieverliezen op deelnemingen', WFR 1983/273.
- D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht*, IBR.3.4.2.A.d3, 'Berekening van het vi-bestanddeel in de generale winst ('bijdragewinst')'.
- D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht*, EBR.2.0.2.C.e Europese Economische Ruimte.
- C. Wisman en M.F. de Wilde, 'Tussenregeling valutaresultaten; gooit Gielen roet in het eten?', NTFR 2011/1646.

7.2 Jurisprudentie HvJ EU

- HvJ EU 5 februari 1963, zaak 26/62, BNB 1964/132.
- HvJ EU 15 juni 1964, zaak 6/64, *Jurispr.* 1964, p. 1203.
- HvJ EU 31 januari 1984, zaak C-286/82 en C-26/83 (Luisi en Carbone), *Jur* 1984. blz. 377.
- HvJ EU 28 januari 1986, zaak C-270/83 (Avoir Fiscal), FED 1990/3.
- HvJ EU 8 mei 1990, zaak C-175/88 (Biehl), *Jurispr.* Blz. I-1779.
- HvJ EU 25 juli 1991, zaak C-221/89 (Factortame II), NJ 1994, 43.
- HvJ EU 28 januari 1992, zaak C-204/90 (Bachmann), FED 1992/286.
- HvJ EU 11 augustus 1995, zaak C-80/94 (Wielockx), BNB 1995/319.
- HvJ EU 30 november 1995, zaak C-55/94 (Gebhard), FED 1997/175.
- HvJ EU 15 december 1995, zaak C-415/93 (Bosman), FED 1997/176.
- HvJ EU 15 mei 1997, zaak C-250/95 (Futura Participations), FED 1998/365.
- HvJ EU 5 juni 1997, gevoegde zaken C-64/96 en C-65/96 (Uecker en Jacquet).
- HvJ EU 12 mei 1998, zaak C-336/96 (Gilly), BNB 1998/305.
- HvJ EU 16 juli 1998, zaak C-264/96 (ICI), BNB 1998/420.
- HvJ EU 21 september 1999, zaak C-307/97 (Saint-Gobain), BNB 2000/75.

- HvJ EU 13 april 2000, zaak C-251/98 (Baars), BNB 2000/242.
- HvJ EU 6 juni 2000, zaak C-35/98 (Verkooijen), BNB 2000/329.
- HvJ EU 14 december 2000, zaak C-110/99 (Emsland-Stärke), BNB 2003/169.
- HvJ EU 18 september 2003, zaak C-168/01 (Bosal Holding), BNB 2003/344.
- HvJ EU 5 juli 2005, zaak C-376/03 (D.), BNB 2006/1.
- HvJ EU 12 juli 2005, zaak C-403/03 (Schempp), BNB 2005/342.
- HvJ EU 7 september 2005, zaak C-319/02 (Manninen), BNB 2004/401.
- HvJ EU 13 december 2005, zaak C-446/03 (Marks & Spencer II), BNB 2006/72.
- HvJ EU 12 september 2006, zaak C-196/04 (Cadbury Schweppes), BNB 2007/54.
- HvJ EU 28 september 2006, gevoegde zaken C-282/04 en C-283/04 (Commissie vs. Nederland), Jurispr. blz. I-9141.
- HvJ EU 3 oktober 2006, zaak C-290/04 (Scorpio), V-N 2006/54.13.
- HvJ EU 14 november 2006, zaak C-513/04 (Kerckhaert-Morres), BNB 2007/73.
- HvJ EU 10 mei 2007, zaak C-492/04 (Lasertec), V-N 2007/59.13.
- HvJ EU 24 mei 2007, zaak C-157/05 (Holböck), V-N 2007/27.10.
- HvJ EU 6 december 2007, zaak C-298/05 (Columbus Container Services), V-N 2007/59.8.
- HvJ EU 18 december 2007, C-101/05 (Skatteverket vs. A), Jurispr. blz. I-11531.
- HvJ EU 28 februari 2008, zaak C-293/06 (Deutsche Shell), NTFR 2008/561.
- HvJ EU 23 april 2008, zaak C-201/05 (Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation), V-N 2008/46.13.
- HvJ EU 15 mei 2008, zaak C-414/06 (Lidl Belgium), BNB 2009/85.
- HvJ EU 20 mei 2008, zaak C-194/06 (Orange European Smallcap Fund), BNB 2008/290.
- HvJ EU 22 december 2008, zaak C-282/07 (Truck Centre), V-N 2009/7.23.
- HvJ EU 4 juni 2009, zaak C-439/07 en zaak C-499/07 (KBC Bank), V-N 2009/35.17.
- HvJ EU 16 juli 2009, zaak C-128/08 (Damseaux), V-N 2009/39.7.
- HvJ EU 17 september 2009, zaak C-182/08 (Glaxo Wellcome), V-N 2009/47.20.
- HvJ EU 15 oktober 2009, C-35/08 (Busley en Cibrian Fernandez), NTFR 2010/316.
- HvJ EU 25 februari 2010, zaak C-337/08 (X Holding), BNB 2010/166.
- HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-81/09 (Idryma Typou), NJ 2011, 29.

- Zie HvJ EU 28 oktober 2010, C-72/09 (Rimbaud), V-N 2010/59.18.
- HvJ EU 10 februari 2011, gevoegde zaken C-436/08 en C-437/08 (Haribo en Salinen), BNB 2011/165.
- HvJ EU 29 november 2011, zaak C-371/10 (National Grid Indus), BNB 2012/40.
- HvJ EU 25 oktober 2012, C-387/11 (Cie/Belgie), V-N 2012/54.21.3.
- HvJ 13 november 2012, zaak C-35/11 (Test Claimants in the FII Group Litigation (2)), NTFR 2012/2144.

7.3 Jurisprudentie Hoge Raad

- HR 31 maart 1954, nr. 11 518, BNB 1954/180.
- HR 20 februari 1957, nr. 13 062, BNB 1957/120.
- HR 27 april 1960, nr. 14 135, BNB 1960/223.
- HR 29 april 1959, nr. 13 892, BNB 1960/164.
- HR 4 mei 1960, nr. 14 218, BNB 1960/163.
- HR 24 november 1976, nr. 17 998, BNB 1978/13.
- HR 14 juni 1979, nr. 18 405, BNB 1979/181.
- HR 9 juni 1982, nr. 21 142, BNB 1982/230.
- HR 16 oktober 1985, nr. 23 033, BNB 1986/11.
- HR 2 juli 1986, nr. 23 444, BNB 1986/305.
- HR 29 april 1987, nr. 23 803, BNB 1987/231.
- HR 8 november 1989, nr. 25 257, BNB 1990/73.
- HR 23 september 1992, nr. 28 155, BNB 1993/60.
- HR 17 augustus 1994, nr. 29 071, BNB 1994/299.
- HR 13 oktober 1999, nr. 33 941, BNB 2000/21.
- HR 24 mei 2002, nr. 37 021, BNB 2002/262.
- HR 24 mei 2002, nr. 37 071, BNB 2002/231
- HR 22 november 2002, nr. 36 272, BNB 2003/34.
- HR 5 december 2003, nr. 37 743, BNB 2004/139.
- HR 14 april 2006, nr. 41 815, BNB 2006/254.
- HR 12 oktober 2007, nr. 43 643, BNB 2008/6.

- HR 7 januari 2011, nr. 43 484BIS, BNB 2011/96 (Eindbeslissing zaak X-Holding).
- HR 25 november 2011, nr. 08 05323, BNB 2012/37.
- HR (A-G) 9 januari 2013, nr. 12 03540, V-N 2013/10.13.
- HR 14 juni 2013, nr. 11 04538, V-N 2013/29.19.

7.4 Overige bronnen

7.4.1 Kamerstukken

- Kamerstukken II, 19 210, nr. 8.
- Kamerstukken II 2006/07, 30 572, nr. 3 , blz. 57.
- Kamerstukken II, 2009–2010, 31 369, nr. 9.
- Kamerstukken II, 2010-2011, 32 740, nr. 1 herdruk (Fiscale agenda 2011).
- Kamerstukken II, 2010-2011, 32 818, nr. 6.
- Kamerstukken II, 2011–2012, 33 003, nr. 3.

7.4.2 Hofuitspraken

- Hof Amsterdam 7 juni 2012, nr. 11/00174, NTFR 2012/1869.
- Hof 's-Gravenhage 29 oktober 1974, nr. 83/1974, BNB 1975/201.

8 Bijlage

