

Verenigbaarheid verschillen in fiscale gevolgen tussen  
valutaresultaten op deelnemingen en op vaste  
inrichtingen met de vrijheid van vestiging

Naam: Michelle van der Geest

Studentnummer: 357386

Begeleider: drs. M. Nieuweboer

Rotterdam, 19 december 2014

## Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1 Inleiding	4
1.1 Aanleiding	4
1.2 Probleemstelling en deelvragen	4
1.3 Opzet	5
Hoofdstuk 2 Begrippenkader	6
2.1 Deelneming	6
2.2 Vaste inrichting	8
2.3 Valutare resultaten	9
Hoofdstuk 3 Toetsingskader	10
3.1 EU-recht	10
3.2 Verdrag van de werking van de Europese Unie	10
3.3 Strijd met een verkeersvrijheid	11
3.3.1 Toegang tot het VwEU	12
3.3.2 Discriminatie/belemmering	12
3.3.3 Rechtvaardiging	14
3.3.4 Geschiktheid middel	14
3.3.5 Proportionaliteit middel	14
Hoofdstuk 4 Valutare resultaten onder de deelnemingsvrijstelling	16
4.1 Rechtsgrond	16
4.2 Historie	17
4.3 Jurisprudentie	17
4.3.1 Systematiek	19
4.3.2 Arrest Deutsche Shell	19
4.4 Tussenregeling valutare resultaten op deelnemingen	21
Hoofdstuk 5 Valutare resultaten onder de objectvrijstelling	22
5.1 Rechtsgrond	22
5.2 Historie	22
5.3 Systematiek	23
5.3.1 Rupiaharresten	24
5.3.2 Cruzeiro-arrest	24
5.3.3 Systematiek bij valutare resultaat op vermogen geïnvesteed in de vaste inrichting	25

Hoofdstuk 6 Strijdigheid EU-recht	27
6.1 Toegang tot het VwEU	27
6.2 Discriminatie/belemmering	27
6.3 Rechtvaardiging	29
6.3.1 Geschreven rechtvaardigingsgronden	30
6.3.2 Ongeschreven rechtvaardigingsgronden	30
6.4 Conclusie	33
6.5 Beslisboom Wet tussenregeling valutaresultaten	33
Literatuurlijst	36

## Hoofdstuk 1 Inleiding

### 1.1 Aanleiding

In 2009 heeft het Hof van Justitie arrest gewezen in de zaak-Deutsche Shell. In die zaak was er sprake van een Duitse vennootschap die valutaverliezen geleden had op zijn vaste inrichting in Italië<sup>1</sup>. De vennootschap wilde deze valutaverliezen aftrekken, maar mocht dit niet van Duitsland. De beslissing van het Hof was dat valutaverliezen op een vaste inrichting wel in aftrek mochten worden gebracht. Gezien het feit dat in deze zaak getoetst werd aan het EU-recht gelden de uitkomsten van dit arrest voor alle lidstaten van de Europese Unie, zo ook voor Nederland. Dit lijkt geen probleem. In Nederland zijn de valutaverliezen namelijk aftrekbaar.

In de literatuur is echter de vraag opgekomen of de beslissing dat de valutaverliezen aftrekbaar moeten zijn ook geldt voor deelnemingen. Voor het geval dat het Hof van Justitie beslist dat deze valutaverliezen aftrekbaar moeten zijn, is de Wet tussenregeling valutaresultaten ingevoerd. Deze wet zorgt ervoor dat als valutaverliezen op deelnemingen worden afgetrokken, valutawinsten belast zijn. De wet is pas van toepassing als blijkt dat de valutaverliezen daadwerkelijk aftrekbaar moeten zijn. Tot op heden is de vraag nog onbeantwoord. Om de vraag te beantwoorden, moet de regeling voor deelnemingen vergeleken worden met de regeling voor vaste inrichtingen.

### 1.2 Probleemstelling en deelvragen

Deze vraag zal ik proberen te beantwoorden aan de hand van de volgende vraag:

*Zijn de verschillen in fiscale gevolgen tussen valutaresultaten op deelnemingen en valutaresultaten op vaste inrichtingen in overeenstemming met het Europese recht?*

De deelvragen bij deze vraag zijn achtereenvolgend:

- Wat zijn valutaresultaten, deelnemingen en vaste inrichtingen?
- Wat houdt het Europese recht in?
- Hoe worden valutaresultaten behandeld onder de objectvrijstelling?
- Hoe worden valutaresultaten behandeld onder de deelnemingsvrijstelling?
- Mogen valutaresultaten op deelnemingen en vaste inrichtingen verschillend behandeld worden onder het Europese recht?

---

<sup>1</sup> HvJ EG 28 februari 2008, nr. C-293/06.

### *1.3 Opzet*

Hoofdstuk 2 is het begrippenkader. Hierin wordt beantwoord wat deelnemingen, vaste inrichtingen en valutaresultaten zijn. Hoofdstuk 3 is het toetsingskader. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op wat het EU-recht, het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en de verdragsvrijheden zijn. Als laatste komt het toetsingskader voor strijd met een verdragsvrijheid aan de orde. Hoofdstuk 4 behandelt de deelnemingsvrijstelling in relatie tot valutaresultaten. In dit hoofdstuk wordt de rechtsgrond van de vrijstelling behandeld, de historie, jurisprudentie en de wet Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen. Hoofdstuk 5 behandelt de objectvrijstelling in relatie tot valutaresultaten. In dit hoofdstuk gaat het achtereenvolgens over de rechtsgrond, historie en systematiek. Bij hoofdstuk 4 en 5 worden ‘systematiek’ en ‘jurisprudentie’ beide in dezelfde paragraaf behandeld. Hoofdstuk 6 is de toepassing van het toetsingskader uit hoofdstuk 3. De deelnemingsvrijstelling en de objectvrijstelling zullen hier vergeleken worden. Ten slotte wordt het toetsingskader toegepast op de wet Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen.

## Hoofdstuk 2 Begrippenkader

### 2.1 Deelneming

Deelnemingen kunnen op verschillende manieren gedefinieerd worden. De definitie hangt af van de wet/richtlijn waarin de definitie staat of het begrip gebruikt wordt<sup>2</sup>. Hier wordt uitgegaan van het begrip zoals het gehanteerd wordt in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB 1969).

Het hebben van een deelneming houdt in dat een onderneming een deel van een andere onderneming bezit. Wanneer de eerstgenoemde onderneming een doorslaggevende invloed heeft in de laatstgenoemde, dan worden ze moeder respectievelijk dochter genoemd. De eerstgenoemde onderneming is een binnenlands belastingplichtige die aan de vennootschapsbelasting onderworpen is. Zij kan een bv, nv, cv, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, vereniging, stichting, fonds voor gemene rekening of een publiekrechtelijke rechtspersoon zijn<sup>3</sup>. Ter bevordering van de leesbaarheid zal ik in deze scriptie uitgaan van een besloten vennootschap.

Een vennootschap heeft volgens art. 13 lid 2 Wet VPB 1969 een deelneming als ze:

- a. voor ten minste 5% van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder is van een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld;
- b. ten minste 5% bezit van het aantal in omloop zijnde bewijzen van deelgerechtigdheid in een fonds voor gemene rekening; daarbij wordt het aantal andere dan enkelvoudige bewijzen van deelgerechtigdheid herleid tot een daarmee overeenstemmend aantal enkelvoudige bewijzen;
- c. lid is van een coöperatie of van een vereniging op coöperatieve grondslag;
- d. als commanditaire vennoot een aandeel heeft in de vennootschappelijke gemeenschap van een open commanditaire vennootschap en daardoor voor ten minste 5% deelt in het door die vennootschap behaalde voordeel.

---

<sup>2</sup> Het gaat in alle gevallen om een belang in een onderneming. Artikel 2.24c BW houdt het op een belang van minimaal 20%, onder de moeder-dochterrichtlijn geldt een minimum belang van 10% en in de VPB geldt 5%.

<sup>3</sup> Art. 2 Wet VPB 1969

Een lichaam heeft een deelneming wanneer ze 5% van het gehele aandelenkapitaal bezit<sup>4</sup> en niet wanneer ze slechts 5% van een soortaandeel bezit (zoals bij ab-houders in de inkomstenbelasting). Een ander verschil met ab-houders is het bezitten van 5% van het *gestorte* kapitaal en niet van het *geplaatste* kapitaal.

Naast de in lid 2 genoemde mogelijkheden om een deelneming te bezitten, bevatten lid 3 en lid 5 nog een paar aanvullingen. Art. 13 lid 3 VPB 1969 bepaalt dat ook een aandelenbelang van minder dan 5% in een buitenlandse onderneming gevestigd in de Europese Unie een deelneming is wanneer Nederland met het land waarin de buitenlandse onderneming gevestigd is een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten waarin staat dat Nederland voorziet in een verlaging van belastingheffing op dividenden op grond van het aantal stemrechten en de Nederlandse onderneming daarnaast minimaal 5% van de stemrechten heeft in de buitenlandse onderneming.

Art. 13, lid 5, onderdeel a Wet VPB 1969 bepaalt dat bepaalde belangen die minder dan 5% bedragen toch een deelneming zijn. Dit is het geval wanneer de belastingplichtige een verbonden lichaam<sup>5</sup> is van de onderneming waarin hij een deelneming heeft of een verbonden lichaam van belastingplichtige wel een deelneming heeft in dezelfde vennootschap als waarin belastingplichtige een belang heeft. Onderdeel b zegt dat wanneer de belastingplichtige een schuldvordering zoals bedoeld in artikel 10 lid 1 onderdeel d<sup>6</sup> Wet VPB 1969 heeft op een andere onderneming er ook sprake is van een deelneming wanneer de lichamen verbonden zijn met elkaar of een verbonden lichaam van de belastingplichtige een deelneming heeft in die andere onderneming. Onderdeel c ten slotte zegt vrijwel hetzelfde, maar nu is belastingplichtige houder van een winstbewijs in plaats van een schuldvordering.

De deelneming bestaat uit de aandelen van een vennootschap, de deelgerechtigdheid, het lidmaatschap van een coöperatie/vereniging op coöperatieve grondslag of het aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap van een open commanditaire vennootschap. Daarnaast vallen op grond van artikel 13 lid 4 Wet VPB 1969 onder een deelneming ook winstbewijzen

---

<sup>4</sup> J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2013, blz. 161.

<sup>5</sup> Artikel 10a lid 4 Wet VPB 1969 zegt dat een verbonden lichaam een lichaam is a) waarin de belastingplichtige voor ten minste een derde gedeelte belang heeft, b) dat voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige, c) waarin een derde voor ten minste een derde gedeelte belang heeft, terwijl deze derde tevens voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige; of d) dat met de belastingplichtige deel uitmaakt van een fiscale eenheid.

<sup>6</sup> Artikel 10 lid 1 onderdeel d betreft een lening die functioneert als eigen vermogen (deelnemerschapslening).

in de deelneming en schuldvorderingen zoals bedoeld in artikel 10 lid 1 onderdeel d Wet VPB 1969 op de deelneming.

## 2.2 Vaste inrichting

Ook de definitie van een vaste inrichting hangt af van de wet/het verdrag dat van toepassing is<sup>7</sup>. Hier wordt uitgegaan van het begrip zoals het gehanteerd wordt in het OESO-modelverdrag en in de Wet VPB 1969.

Een vaste inrichting is een samenstel van activiteiten die een Nederlandse onderneming uitvoert in het buitenland. Wanneer dit samenstel een bepaald niveau overstijgt, is er sprake van een vaste inrichting. Een vaste inrichting heeft geen juridische zelfstandigheid en verschilt daarmee van een vennootschap die als deelneming gehouden wordt. De Nederlandse onderneming wordt aangeduid als hoofdhuis. Vanwege de juridische onzelfstandigheid van een vaste inrichting is er één winst voor zowel de Nederlandse onderneming als de vaste inrichting. Deze winst moet verdeeld worden over het hoofdhuis en de vaste inrichting, opdat duidelijk is welk land over welk deel van de winst mag heffen.

Wanneer er sprake is van een samenstel van activiteiten in het buitenland gelden nationale wetten en een eventueel belastingverdrag. In Nederland geldt het monistisch stelsel, wat betekent dat belastingverdragen een directe werking hebben<sup>8</sup>; ze staan boven de Nederlandse wetgeving. Om te bepalen of er sprake is van een deelneming voor de vennootschapsbelasting, moet daarom gekeken worden naar het begrip in de Wet VPB 1969 en naar het begrip in belastingverdragen. Nederlandse belastingverdragen zijn in zeer veel gevallen gebaseerd op het OESO-modelverdrag.

Bij grensoverschrijdende situaties zonder belastingverdrag geldt de definitie van art. 15f Wet VPB 1969. Het begrip vaste inrichting zoals hier omschreven komt materieel overeen met het begrip zoals bepaald in artikel 5 OESO-Modelverdrag<sup>9</sup>. Daarom wordt alleen artikel 15f besproken. Volgens lid 1 van dat artikel is een vaste inrichting “een vaste bedrijfsinrichting met behulp waarvan de werkzaamheden van een onderneming geheel of gedeeltelijk worden uitgeoefend. De plaats van uitvoering van een bouwwerk of van constructie- of

---

<sup>7</sup> Denk aan de loonbelasting, de omzetbelasting, de vennootschapsbelasting, het Besluit ter voorkoming van dubbele belasting en het OESO-modelverdrag.

<sup>8</sup> C. van Raad, *Cursus Belastingrecht – Internationaal belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2014, IBR.3.1.3.B.

<sup>9</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3, blz. 97.



installatiewerkzaamheden is slechts dan een vaste inrichting indien de duur ervan twaalf maanden overschrijdt.” In lid 2 staat wanneer er in ieder geval niet sprake is van een vaste inrichting: wanneer in het buitenland alleen activiteiten van voorbereidende aard of hulpwerkzaamheden verricht worden of er sprake is van activiteiten rond opslag, uitstalling of aflevering van goederen/koopwaar. Verder bepalen lid 3 en 4 nog dat ook een vaste vertegenwoordiger, niet zijnde een makelaar, commissionair of andere onafhankelijke vertegenwoordiger die handelt in de normale uitoefening van zijn bedrijf; een vaste inrichting is wanneer deze gemachtigd is namens het hoofdhuis overeenkomsten af te sluiten en deze machtiging gewoonlijk ook gebruikt.

In het navolgende wordt ervan uitgegaan dat het enige verschil tussen een vennootschap die als deelneming gehouden wordt en een vaste inrichting de juridische (on)zelfstandigheid is. Er is dus een 100%-deelneming in een buitenlandse onderneming (en daarmee een moeder- en dochtervennootschap) of een vaste inrichting niet zijnde een vaste vertegenwoordiger.

### *2.3 Valutaresultaten*

Valutaresultaten zijn verliezen of winsten die tot stand gekomen zijn door een verandering van de munt in het land van de moeder/het hoofdhuis ten opzichte van de munt in het land van de dochter/vaste inrichting. Gezien het feit dat er geen valutaresultaten zouden zijn als er alleen een onderneming is in het land van de dochter/vaste inrichting, leiden valutaresultaten nooit tot een winst of verlies bij de dochter/vaste inrichting. Er zijn verschillende soorten valutaresultaten. In deze scriptie gaat het om valutaresultaten op vermogen dat in een deelneming of vaste inrichting is geïnvesteerd.

## Hoofdstuk 3 Toetsingskader

### 3.1 EU-recht

Nederland is lid van de Europese Unie, een samenwerkingsverband van 28 lidstaten van Europa dat als kenmerk heeft (economische) integratie<sup>10</sup>. Deze integratie is gebaseerd op een interne Europese markt. Om deze interne economische markt te bewerkstelligen is recht nodig. Het recht van de Europese Unie is onder te verdelen in primaire bronnen, secundaire bronnen en ongeschreven recht<sup>11</sup>. Primaire bronnen omvatten verdragen die gelden voor de EU-landen en zijn door die landen direct tot stand gekomen<sup>12</sup>. Secundair recht daarentegen is afgeleid van dit recht en is tot stand gekomen door instanties van de Europese Unie. Onder secundair recht vallen unilaterale handelingen (van één kant komend: vanuit instellingen van de EU) zoals verordeningen en richtlijnen, en conventionele handelingen (vanuit meerdere kanten komend: overeenkomsten tussen EU-instanties of tussen de EU en derden) zoals internationale verdragen met landen buiten de Europese Unie<sup>13</sup>. Ongeschreven recht ten slotte bestaat uit bronnen die hiaten in het primaire en secundaire recht wegnemen. Het gaat dan vooral om internationaal publiekrecht en algemene rechtsbeginselen die door het Hof van Justitie worden gebruikt ten behoeve van zijn jurisprudentie<sup>14</sup>.

Zoals eerder gezegd kent Nederland een monistisch stelsel, wat inhoudt dat het internationale recht van hetzelfde rechtssysteem deel uitmaakt als het nationale recht. Internationaal recht heeft dan meteen werking op het moment dat het recht ingaat, waarbij het voorrang heeft op het nationale recht (mocht er strijdigheid bestaan). In een dualistisch stelsel daarentegen is er een apart rechtssysteem voor nationaal en een voor internationaal recht. EU-recht moet dan eerst omgezet worden in nationaal recht, anders heeft het recht geen werking.

### 3.2 Verdrag van de werking van de Europese Unie

De belangrijkste verdragen die onder het primair recht vallen zijn het verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) en het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU).

---

<sup>10</sup> Parlementair Documentatie Centrum Universiteit Leiden, gedownload mei 2014, [http://www.europa-nu.nl/id/vg8wpxh23yz5/europese\\_unie\\_eu](http://www.europa-nu.nl/id/vg8wpxh23yz5/europese_unie_eu)

<sup>11</sup> Parlementair Documentatie Centrum Universiteit Leiden, gedownload mei 2014, [http://www.europa-nu.nl/id/vh91gyahnuzc/europees\\_recht](http://www.europa-nu.nl/id/vh91gyahnuzc/europees_recht)

<sup>12</sup> K. Lenaerts en P van Nuffel, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen: Maklu 2003, blz. 625.

<sup>13</sup> Europese Unie, gedownload mei 2014, [http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/decisionmaking\\_process/l14534\\_nl.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/l14534_nl.htm)

<sup>14</sup> Europese Unie, gedownload mei 2014, [http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/decisionmaking\\_process/l14533\\_nl.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/l14533_nl.htm)

Het VEU is in 1992 ondertekend en maakte dat de Europese Gemeenschap de Europese Unie werd<sup>15</sup>. Het verdrag gaat voornamelijk over de waarden en doelstellingen van de Europese Unie<sup>16</sup> en is daarmee een soort grondwet. Het VwEU is in 2007 in Lissabon ontsprongen uit het EG-verdrag<sup>17</sup>. Dit verdrag gaat over de bevoegdheden van de Europese Unie en op welke wijze deze bevoegdheden gebruikt kunnen worden<sup>18</sup>. In het verdrag zijn vijf verkeersvrijheden te vinden die EU-lidstaten niet mogen belemmeren.

De verkeersvrijheden zijn: vrij verkeer van goederen, vrij verkeer van personen, vrijheid van recht van vestiging, vrij verkeer van diensten en vrij verkeer van kapitaal. Het recht van vestiging is er later bijgekomen en wordt soms niet als aparte vrijheid benoemd, maar als onderdeel van het vrije verkeer van personen<sup>19</sup>. Belangrijk voor het verkrijgen van een deelneming is het verschil tussen vrij verkeer van kapitaal en het recht van vestiging, omdat het vrije verkeer van kapitaal als enige zowel EU-landen als derde landen betreft en het recht van vestiging alleen EU-landen<sup>20</sup>.

Het recht van vestiging houdt in dat natuurlijke personen en rechtspersonen (artikel 49 jo. artikel 54 VwEU) zelfstandig in een van de EU-lidstaten een zelfstandig beroep of onderneming mogen uitoefenen en ze ook mogen vertrekken naar een andere lidstaat om daar hun beroep/activiteiten uit te oefenen<sup>21</sup>. Deze vrijheid (en niet het vrije verkeer van kapitaal) is aan de orde wanneer er sprake is van definitieve invloed<sup>22</sup>. De moedervernootschap heeft definitieve invloed in de activiteiten en beslissingen van de dochtervernootschap<sup>23</sup>. Zoals eerder gezegd wordt hier uitgegaan van een 100%-deelneming, wat betekent dat de moedervernootschap een definitieve invloed heeft en er dus sprake is van het recht van vestiging.

### *3.3 Strijd met een verkeersvrijheid*

---

<sup>15</sup> Parlementair Documentatie Centrum Universiteit Leiden, gedownload mei 2014, [http://www.europa-nu.nl/id/vicyi6b6dukw/verdrag\\_van\\_maastricht](http://www.europa-nu.nl/id/vicyi6b6dukw/verdrag_van_maastricht)

<sup>16</sup> Parlementair Documentatie Centrum Universiteit Leiden, gedownload mei 2014, [http://www.europa-nu.nl/id/vh7dourda4zo/verdrag\\_betreffende\\_de\\_europese\\_unie\\_veu](http://www.europa-nu.nl/id/vh7dourda4zo/verdrag_betreffende_de_europese_unie_veu)

<sup>17</sup> R.H. van Ooik, *Het Verdrag van Lissabon: Structuur en Overzicht*, SEW 2008, blz. 38.

<sup>18</sup> [http://www.europa-nu.nl/id/vh7douszfszu/verdrag\\_betreffende\\_de\\_werking\\_van\\_de](http://www.europa-nu.nl/id/vh7douszfszu/verdrag_betreffende_de_werking_van_de)

<sup>19</sup> B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2012, p. 36.

<sup>20</sup> B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2012, p. 54.

<sup>21</sup> B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2012, p. 49.

<sup>22</sup> Idem.

<sup>23</sup> B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2012, p. 50.

Het Hof van Justitie heeft in HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94 [Reinhard Gebhard] vier voorwaarden gesteld waaraan een nationale maatregel moet voldoen wil het niet in strijd zijn met het EG-verdrag<sup>24</sup>. Deze voorwaarden gelden onder het huidige verdrag, het VwEU, nog steeds en kunnen als volgt worden weergegeven:

1. Heeft de belanghebbende toegang tot het EU-verdrag?
2. Zo ja, is er sprake van discriminatie/belemmering in de zin van één van de EU-verdragsvrijheden?
3. Zo ja, is het doel gerechtvaardigd?
4. Zo ja, is het middel geschikt om het doel te bereiken?
5. Zo ja, is het middel proportioneel?<sup>25</sup>

Terra en Wattel<sup>26</sup> zijn van mening dat het Hof van Justitie in recente zaken betreffende directe belastingen niet uitgaat van bovenstaande voorwaarden, maar van één minder. Wanneer het hof zaken zou moeten behandelen die geen discriminatie bevatten, komen er systematische moeilijkheden en onmogelijke politieke beoordelingen, zo denken ze. Daarom zou het hof alleen over zaken met discriminatie oordelen. Hier ben ik het niet geheel mee eens: het moet ook mogelijk dan wel wenselijk zijn wetten aan te pakken die niet discrimineren maar desalniettemin wel belemmeren. In het vervolg wordt derhalve uitgegaan van eerdergenoemde voorwaarden.

### *3.3.1 Toegang tot het VwEU*

Om toegang te hebben tot het VwEU moet er in principe sprake zijn 2 elementen: een hoedanigheid en grensoverschrijdende situatie<sup>27</sup>. De hoedanigheid houdt in dat er een (al dan niet natuurlijk) persoon is die inwoner is van één van de EU-landen. Wanneer deze persoon economische activiteit(en) verricht (als werknemer, onderneming, investeerder, ...) valt deze onder de verdragsvrijheden<sup>28</sup>. Sinds in 1993 het Verdrag van Maastricht in werking is getreden, is het voor natuurlijke personen niet meer noodzakelijk om economische activiteiten

---

<sup>24</sup> Hierbij wordt ervan uitgegaan dat er al toegang is tot het EG-verdrag. Toegang hebben tot een verdrag is uiteraard ook een voorwaarde.

<sup>25</sup> B.J. Kiegebeld, *Verenigbaarheid met het EG-recht van de huidige regeling inzake het liquidatieverlies bij buitenlandse deelnemingen*, WFR 2000/980.

<sup>26</sup> B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2012, p. 45.

<sup>27</sup> B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2012, p. 26.

<sup>28</sup> Artikel 18 van het VwEU is een algemene antidiscriminatiebepaling waarvoor geen economische activiteit vereist is. Aan dit artikel wordt echter zelden toegekomen.

te verrichten<sup>29</sup>. Een grensoverschrijdende situatie is niet nodig wanneer een land ervoor heeft gekozen om het VwEU ook bij binnenlandse situaties van toepassing te laten zijn.

### 3.3.2 Discriminatie/belemmering

Wanneer er strijd is met een van de verdragsvrijheden kan dit voortkomen uit discriminatie of belemmering. Discriminatie houdt in dat er een onderscheid tussen groepen wordt gemaakt en dat deze groepen worden anders behandeld. We spreken over directe discriminatie als een persoon met een andere nationaliteit dan het land dat de discriminerende regelgeving uitoefent zich in een slechtere positie bevindt dan een persoon met een nationaliteit die hetzelfde is als die van het land met de discriminerende wetgeving<sup>30</sup>.

Van indirecte discriminatie is sprake wanneer er een onderscheid wordt gemaakt dat niet gebaseerd is op nationaliteit, maar wel (voornamelijk) personen met een andere nationaliteit slechter behandeld worden. Een voorbeeld hiervan is te vinden in het arrest *Avoir Fiscal*. De vennootschapsbelasting die door de Franse overheid wordt geheven, werd deels teruggegeven aan ondernemingen die gevestigd waren in Frankrijk of hun hoofdkantoor daar hadden en hun winst distribueerden naar een ander bedrijf. Ondernemingen die voor dezelfde activiteiten Franse vennootschapsbelasting betaalden en hun hoofdkantoor ergens anders hadden, kregen geen heffingskorting<sup>31</sup>. Zulke indirecte discriminatie werkt vrij verkeer net zo goed tegen als directe discriminatie<sup>32</sup>.

Omgekeerde discriminatie daarentegen is niet verboden. Dit houdt in dat een land personen met de nationaliteit van dat land strenger mag behandelen dan personen met een andere nationaliteit. Een voorbeeld hiervan is de 10-jaarsregeling in de Successiewet. Volgens art. 3 SW 1956 wordt een Nederlander die in Nederland woont en emigreert, geacht nog 10 jaar daarna in Nederland te wonen voor de Successiewet. Iemand die zonder de Nederlandse identiteit te hebben in Nederland woont en emigreert, valt niet onder dit artikel.

Een belemmering is wetgeving die geen onderscheid maakt tussen groepen, maar wel het vrije verkeer negatief beïnvloedt. Een voorbeeld hiervan zijn emigratieheffingen.

Emigratieheffingen vallen echter tegenwoordig onder directe discriminatie, omdat

---

<sup>29</sup> B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2012, p. 27.

<sup>30</sup> In geval van goederen gaat het om de oorsprong van die goederen.

<sup>31</sup> HvJ EU 28 januari 1986, nr. 270/83.

<sup>32</sup> B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2012, p. 37.

nationaliteit en oorsprong bijna niet meer gebruikt worden om onderscheid te maken en er in plaats daarvan een vergelijking wordt gemaakt tussen binnenlandse situaties en buitenlandse situaties. Hierdoor komt het een stuk minder voor dat een belemmering strijd oplevert met een verkeersvrijheid<sup>33</sup>.

### 3.3.3 *Rechtvaardiging*

Er zijn 2 soorten rechtvaardigingsgronden waardoor strijdigheid met een verkeersvrijheid is toegestaan<sup>34</sup>: uitzonderingen die in het VwEU staan en ongeschreven rechtvaardigingsgronden. Wanneer er sprake is van directe discriminatie kan deze alleen gerechtvaardigd worden door uitzonderingen in het VwEU. Uitzonderingen voor de vrijheid van vestiging zijn uitoefening van het openbaar gezag<sup>35</sup> en de toepasselijkheid van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen waarbij een bijzondere regeling is vastgesteld voor vreemdelingen welke bepalingen uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid gerechtvaardigd zijn<sup>36</sup>. Wanneer er sprake is van indirecte discriminatie kan deze gerechtvaardigd worden door zowel de uitzonderingen in het VwEU als de ongeschreven rechtvaardigingsgronden. Volgens Weber<sup>37</sup> zijn er tot nu toe 6 rechtvaardigingsgronden toegestaan: de doeltreffendheid van fiscale controles, de verstoring van een bilaterale internationale overeenkomst, de samenhang van het belastingsysteem, een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, de bestrijding van ontwijking van nationaal (belasting)recht en misbruik van gemeenschapsrecht, en de redenen om grensoverschrijdende verliesverrekening uit te sluiten.

### 3.3.4 *Geschiktheid middel*

Een middel is geschikt wanneer er een causaal verband bestaat tussen de (discriminerende/ belemmerende) wet en het doel van die wet. De wet moet dit doel proberen te bereiken op een coherente en systematische wijze<sup>38</sup>.

### 3.3.5 *Proportionaliteit middel*

---

<sup>33</sup> B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2012, p. 38.

<sup>34</sup> Europa decentraal, gedownload mei 2014, <http://www.europadecentraal.nl/onderwerpen/vrij-verkeer/voordeelregelingen/>

<sup>35</sup> Artikel 51 VwEU

<sup>36</sup> Artikel 52 VwEU

<sup>37</sup> D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht – Europees belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2014, EBR.5.1.2.C.

<sup>38</sup> HvJ EU 11 maart 2010, nr. C-384/08 en HvJ EG 17 november 2009, nr. C-169/08.

Als het middel proportioneel is, dan betekent dat dat de wet niet meer schade aanbrengt dan nodig. Uit de maatregelen die mogelijk zijn, moet de maatregel worden gekozen die het minst belastend is voor het betrokken belang<sup>39</sup>. Wanneer aan alle voorgaande voorwaarden is voldaan, mag de maatregel ondanks de strijdigheid met het VwEU blijven bestaan.

---

<sup>39</sup> Idem.

## Hoofdstuk 4 Valutaresultaten onder de deelnemingsvrijstelling

Zoals eerder gezegd, houdt het hebben van een deelneming in dat een onderneming (een deel van) een andere onderneming bezit en dat er in deze scriptie van uitgegaan wordt dat de moedervennootschap 100% van de dochtervennootschap bezit. De deelnemingsvrijstelling zorgt ervoor dat er geen economisch dubbele belasting<sup>40</sup> optreedt. Over de belastbare winst die de dochtervennootschap in Nederland maakt, is zij 20-25% belasting verschuldigd. Wanneer de dochtervennootschap deze winst uitkeert, zou, bij afwezigheid van een deelnemingsvrijstelling, ook de moedervennootschap over deze zelfde winst belasting verschuldigd zijn. Dit is niet de bedoeling, want concernvorming wordt dan ontmoedigd.

### 4.1 Rechtsgrond

Er zijn twee rechtvaardigingsgronden te noemen voor de deelnemingsvrijstelling: de verlengstukgedachte en het ne-bis-in-idembeginsel. De verlengstukgedachte houdt in dat een dochteronderneming gezien wordt als een onderdeel van de moedervennootschap en de dochtervennootschap en moedervennootschap moeten worden behandeld alsof ze één onderneming zijn. Een argument voor deze rechtvaardigingsgrond is de 5% -eis die gesteld wordt aan het aandelenbezit van de moedervennootschap in de dochtervennootschap<sup>41</sup>. Een ander argument is de non-voorraadeis<sup>42</sup> die tot 1 januari 2007<sup>43</sup> gold en inhield dat de aandelen die de moedervennootschap in de dochtervennootschap had niet slechts als voorraad mochten dienen. De non-voorraadeis betekende dat alleen dochtervennootschappen die een materiële onderneming dreven onder de deelnemingsvrijstelling vielen en dat de aandelen in die dochtervennootschappen niet gehouden worden om op korte termijn te verkopen<sup>44</sup>. Verder is het kunnen verrekenen van een liquidatieverlies van de dochtervennootschap voor een aanwijzing dat de verlengstukgedachte leidend is, maar het niet kunnen verrekenen van verliezen van de moedervennootschap bij de dochtervennootschap is juist weer een aanwijzing dat de verlengstukgedachte niet leidend is<sup>45</sup>. De andere rechtvaardigingsgrond is het ne-bis-in-idembeginsel. Het ne-bis-in-idembeginsel houdt in dat er niet meerdere keren over (materieel) dezelfde winst mag worden geheven. Ook hier zijn aanwijzingen dat deze rechtvaardigingsgrond leidend is. Zo zijn de moeder- en dochtervennootschap zelfstandige

---

<sup>40</sup> Belasting die optreedt wanneer er 2 subjecten over hetzelfde object belast worden of 1 subject 2 keer over materieel hetzelfde object belast wordt.

<sup>41</sup> J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2013, blz. 151.

<sup>42</sup> Idem.

<sup>43</sup> J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2013, blz. 150.

<sup>44</sup> J.A.G. van der Geld, *Recente rechtspraak inzake de deelnemingsvrijstelling*, TFO 2000/51.

<sup>45</sup> J.L. van de Streek, *Cursus Belastingrecht - Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2014, Vpb.2.4.0.B.f1.



belastingplichtigen, die onderlinge transacties moeten laten plaatsvinden alsof zij derden van elkaar zijn (totaalwinstbeginsel)<sup>46</sup>. Uit verschillende arresten van de Hoge Raad<sup>47</sup> blijkt dat de Hoge Raad uitgaat van het ne-bis-in-idembeginsel<sup>48</sup>. In het falconsarrest heeft de Hoge Raad dit op de volgende manier verwoord: “De deelnemingsvrijstelling strekt ertoe te voorkomen dat in een deelnemingsverhouding dezelfde winst tweemaal in een belasting naar de winst wordt betrokken.” In het bankensyndicaatarrest heeft de Hoge Raad gezegd: “Uit deze strekking vloeit voort dat in beginsel de vergoeding voor een geldverstrekking door een moedervenootschap aan haar dochtervenootschap onder de deelnemingsvrijstelling valt wanneer deze vergoeding op grond van artikel 10 van de Wet, in verbinding met artikel 9 van de Wet, bij de dochtervenootschap niet voor aftrek in aanmerking komt.”

#### *4.2 Historie*

De deelnemingsvrijstelling is voor het eerst te vinden in de Wet op de bedrijfsbelasting 1893. De regeling hield toen in dat de moedervenootschap geen belasting af hoefde te dragen over het dividend dat ze uitkeerde aan haar aandeelhouders voor zover een dochtervenootschap belasting had ingehouden op dividend dat zij aan de moedervenootschap had uitgedeeld, mits zowel de dochtervenootschap als de moedervenootschap zich in Nederland bevonden<sup>49</sup>. Gezien het feit dat het om binnenlandse situaties ging en de regeling alleen zag op dividenden, werd er met valutaresultaten nog geen rekening gehouden. In de Wet IB 1914 was een dergelijke systematiek te vinden<sup>50</sup>. Vanaf toen kregen internationale situaties ook aandacht en werd (een deel van) ontvangen dividend uit een buitenlandse vennootschap onder voorwaarden vrijgesteld. Sinds de invoering van de Wet VPB 1969 vallen alle resultaten uit hoofde van een deelneming onder de deelnemingsvrijstelling<sup>51</sup>. Sinds 1 januari 1997 vallen valutaresultaten op een geldlening ter financiering van een deelneming onder de deelnemingsvrijstelling (zie 4.3 *Jurisprudentie*).

#### *4.3 Jurisprudentie*

---

<sup>46</sup> J. Vleggeert, *Aftrekbeperkingen van de rente in het international belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 27.

<sup>47</sup> Waaronder HR 24 mei 2002, nr. 37 021, BNB 2002/262; HR 22 november 2002 (falconsarrest), nr. 36 272, BNB 2003/34 en HR 7 februari 2014 (bankensyndicaatarrest), nr. 12/04640, V-N 2014/9.12.

<sup>48</sup> J.L. van de Streek, *Cursus Belastingrecht - Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2014, Vpb.2.4.0.B.f2.

<sup>49</sup> Q.W.J.C.H. Kok, *Cursus Belastingrecht - Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2013, Vpb.2.4.0.A.b1.

<sup>50</sup> Idem.

<sup>51</sup> J.A.G. van der Geld, *Evolutie en toekomstperspectief van de deelnemingsvrijstelling*, WFR 1994/987.

Artikel 13 Wet VPB 1969 spreekt over “voordelen uit hoofde van een deelneming” die bij het bepalen van de winst van de moeder vennootschap buiten aanmerking blijven. In BNB 1982/230 waardeerde de belanghebbende haar buitenlandse deelnemingen aan het einde van ieder boekjaar tegen de intrinsieke waarde<sup>52</sup> in guldens. Dit leidde in 1976 tot een valutaverlies wat belanghebbende wilde aftrekken van haar winst. Belanghebbende nam daarom het standpunt in dat valutaresultaten niet opkomen uit de deelneming zelf. Het standpunt luidde: “De tekst van art. 13 spreekt over "voordelen uit hoofde van een deelneming". Valutaverschillen zijn geen voor- of nadelen uit hoofde van een deelneming. De ratio van de deelnemingsvrijstelling is het voorkomen van dubbele belastingheffing. Valutaverschillen welke tot uitdrukking komen bij de waardering van een deelneming bij de moedermaatschappij worden niet in aanmerking genomen bij de winstbepaling van het lichaam, waarin wordt deelgenomen, zodat voor een uitsluiting van Nederlandse belastingheffing hierover geen reden bestaat.”

De Hoge Raad oordeelde dat de valutaresultaten wel onder de deelnemingsvrijstelling vallen<sup>53</sup>: “dat het middel de opvatting ingang wil doen vinden dat de waardeveranderingen van een deelneming, welke voortvloeien uit het koersverloop van een vreemde munteenheid waarin de waarde van de deelneming is uitgedrukt, niet behoren tot de voordelen welke ingevolge artikel 13, lid 1, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 - nader aan te duiden als de Wet - zijn vrijgesteld; dat deze opvatting evenwel niet kan worden aanvaard; dat waardeveranderingen als hiervoor bedoeld uit het bezit van de deelneming voortvloeien en derhalve zijn aan te merken als voordelen welke uit hoofde van de deelneming worden genoten; dat de in artikel 13, lid 1, van de Wet vervatte vrijstelling haar grond vindt in het streven de zogenaamde dubbele heffing van belastingen naar de winst van dochtermaatschappijen te voorkomen; 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; dat de wetsgeschiedenis geen duidelijke aanwijzingen bevat dat de wetgever een zodanige uitzondering heeft beoogd”.

---

<sup>52</sup> Dit is de waarde die de aandelen hebben op basis van de waarde van het vermogen dat de vennootschap heeft.

<sup>53</sup> E.J.W. Heithuis, *Ontwikkelingen rondom de deelnemingsvrijstelling. Valutaperikelen*, WFR 1994/705.

In BNB 1977/162 had de Hoge Raad echter besloten dat bepaalde valutaresultaten niet onder de deelnemingsvrijstelling vielen<sup>54</sup>. Die casus betrof valutaresultaten op een geldlening aangegaan ter financiering van de deelneming en “de kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van een deelneming” vallen niet onder de deelnemingsvrijstelling. Dit leidde tot de ongewenste situaties dat een valutaverlies op een lening aangegaan ter financiering van de deelneming aftrekbaar was en de waardevermindering van de deelneming niet belast was en andersom dat een valutastijging belast was en de waardevermindering van de deelneming niet. Sinds 1 januari 1997 is dit probleem opgelost: valutaresultaten op een lening aangegaan ter financiering van een deelneming vielen vanaf dat moment ook onder de deelnemingsvrijstelling<sup>55</sup>.

#### *4.3.1 Systematiek*

Valutaresultaten die worden behaald op vermogen dat in deelnemingen is geïnvesteerd, behoren tot de voordelen uit hoofde van die deelnemingen. Ze vallen dus onder de deelnemingsvrijstelling. Dit kan met een voorbeeld worden verduidelijkt.

Een Nederlandse BV heeft op 9 april 2008 100% van de aandelen in een Engelse Limited gekocht voor £800.000. Op dat moment was de koers €1= £0,80. De Nederlandse BV waardeert de Engelse Limited daarom voor €1.000.000 op haar balans. Op 3 februari 2009 heeft de BV de Engelse Limited verkocht voor £800.000. De koers was toen €1= £0,90. De waarde van de deelneming was op dat moment €888.888,89. Het valutaverlies bedraagt €111.111,11. Dit valutaresultaat komt voort uit hoofde van de deelneming en is niet aftrekbaar.

#### *4.3.2 Arrest Deutsche Shell*

Het arrest Deutsche Shell betreft een vennootschap met een vaste inrichting, maar heeft geleid tot een wijziging van de deelnemingsvrijstelling. Daarom wordt het arrest hier besproken. De in Duitsland gevestigde onderneming Deutsche Shell GmbH had vanaf 1974 een vaste inrichting in Italië<sup>56</sup>. In de periode 1974-1991 bracht Deutsche Shell geld (dotatiekapitaal) in de vaste inrichting in. De Duitse Mark werd in die periode echter meer waard ten opzichte van

---

<sup>54</sup> Idem.

<sup>55</sup> J.L. van de Streek, *Cursus Belastingrecht - Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2014, Vpb.2.4.5.B.b2.

<sup>56</sup> HvJ EG 28 februari 2008, nr. C-293/06.

de Italiaanse Lire. In Italië werd daar natuurlijk geen rekening mee gehouden, want de vaste inrichting in Italië leed daar geen verlies (= het valutaresultaat was daar niet zichtbaar, omdat het resultaat in de lokale valuta Lire werd bepaald). Toen in 1992 de vaste inrichting ophield te bestaan, was er de volgende situatie: van de DM 234.567.179 die Deutsche Shell GmbH had overgebracht naar de vaste inrichting, was na omzetting van de Italiaanse Lire nog maar DM 111.868.677 over<sup>57</sup>. Deutsche Shell GmbH wilde dit verlies aftrekken, maar dat stond de Duitse Belastingdienst niet toe. Het Finanzgericht Hamburg heeft prejudiciële vragen gesteld over deze situatie, om erachter te komen of het niet-aftrekbaar zijn van deze valutaresultaten in strijd is met de vrijheid van vestiging (artikelen 49 en 54 VwEU).

De vragen luiden als volgt:

-“Is het in strijd met artikel 52 EG-Verdrag juncto artikel 58 EG-Verdrag (49 juncto artikel 54 VwEU) [...] dat de Bondsrepubliek Duitsland als lidstaat van oorsprong een wisselkoersverlies van de binnenlandse moederonderneming bij repatriëring van het zogenoemde dotatiekapitaal dat aan een in Italië gevestigde vaste inrichting is verschaft, behandelt als deel van de winst van de vaste inrichting en op grond van de vrijstelling krachtens [...] uitsluit van de berekeningsgrondslag voor de Duitse belastingheffing, hoewel het wisselkoersverlies niet kan worden opgenomen in de voor de Italiaanse belastingheffing vast te stellen winst van de vaste inrichting, en derhalve noch in de lidstaat van oorsprong, noch in de lidstaat van de vaste inrichting in aanmerking wordt genomen?”

-“Indien de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord: is het in strijd met artikel 52 EG-Verdrag juncto artikel 58 EG-Verdrag [...] wanneer voormeld wisselkoersverlies weliswaar bij de berekeningsgrondslag voor de Duitse belastingheffing moet worden betrokken, maar als exploitatiekosten enkel in mindering mag worden gebracht voor zover uit de Italiaanse vaste inrichting geen belastingvrije winst is verkregen?”

Het Hof van Justitie beantwoordde beide vragen bevestigend en oordeelde dat er sprake was van strijd met de vrijheid van vestiging, omdat het economisch risico dat vennootschappen lopen wanneer zij in een land met een andere munt een onderneming drijven, het minder aantrekkelijk maakt om in het buitenland te ondernemen dan in het binnenland. Daarbij is wel opgemerkt dat het moet gaan om een ‘werkelijk economisch verlies’. De strijd met het EU-recht wordt niet gerechtvaardigd door de rechtvaardigingsgronden van het Finanzamt en de Duitse regering. De eerste rechtvaardigingsgrond, samenhang van het belastingstelsel, wordt

---

<sup>57</sup> Idem.

niet aanvaard, omdat er geen “rechtstreeks verband bestaat tussen het betrokken belastingvoordeel en de compensatie van dit voordeel door een bepaalde fiscale heffing”. De vergelijking tussen een wisselkoerswinst en een wisselkoersverlies is derhalve niet relevant. De tweede rechtvaardigingsgrond, verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de twee betrokken lidstaten, wordt niet aanvaard, want “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 van de hoofdinrichting geen rekening houdt met een wisselkoersverlies dat de vaste inrichting vanwege de aard van dit verlies, nooit kan lijden.”

#### *4.4 Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen*

Het arrest Deutsche Shell heeft ertoe geleid dat sommige auteurs<sup>58</sup> in de veronderstelling zijn dat valutaverliezen ook aftrekbaar zouden moeten zijn wanneer deze ontstaan in een deelnemingsverhouding. De staatssecretaris van Financiën deelt deze mening niet, maar stelde desalniettemin een wetsvoorstel<sup>59</sup> voor om de negatieve consequenties van zijn mogelijk ongelijk te voorkomen. Als Nederlandse vennootschappen, met een of meer deelnemingen, die zich beroepen op het arrest Deutsche Shell om valutaverliezen af te mogen trekken, gelijk krijgen, leidt dit er namelijk toe dat valutaverliezen op deelnemingen aftrekbaar zijn terwijl valutawinsten onder de deelnemingsvrijstelling vallen. De wet Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen<sup>60</sup> is van toepassing wanneer een belastingplichtige een valutaverlies op een deelneming ten laste van de winst heeft gebracht en dit verlies ook daadwerkelijk van de winst mag worden afgetrokken.<sup>62</sup> Als aan beide voorwaarden voldaan is, vallen valutawinsten ook niet onder de deelnemingsvrijstelling. Er is dus sprake van een keuzemogelijkheid voor belastingplichtigen.

---

<sup>58</sup> Onder wie S.C.W. Douma en B.J. Kiegebeld en J.A.R. van Eijdsen in S.C.W. Douma, *Valutaverlies op deelneming: aftrekbaar!*, NTFR 2008/2327 respectievelijk B.J. Kiegebeld en J.A.R. van Eijdsen, *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 2009, blz. 126-127.

<sup>59</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2010–2011, 32 818, nr. 2.

<sup>60</sup> Artikel 28b Wet VPB 1969

<sup>61</sup> Het wetsvoorstel is op 29 november 2011 door de Eerste Kamer is goedgekeurd en heeft terugwerkende kracht tot 18 april 2011 17.00 uur, het moment dat het wetsvoorstel is aangekondigd in een persbericht.

<sup>62</sup> Artikel 28b Wet VPB 1969.

## Hoofdstuk 5 Objectvrijstelling

Van een objectvrijstelling is sprake als een in Nederland gevestigde vennootschap winst behaalt met een vaste inrichting in het buitenland. Zoals eerder gezegd heeft een vaste inrichting geen juridische zelfstandigheid. Dat betekent dat de winsten van de vaste inrichting, zowel belast zullen worden in het land waar de vaste inrichting gevestigd is als in het land waar de rechtspersoon gevestigd is. Deze (internationale) juridisch dubbele belasting<sup>63</sup> wordt voorkomen door artikel 15e Wet VPB 1969.

### 5.1 Rechtsgrond

Voor het invoeren van de objectvrijstelling gaf de staatssecretaris van Financiën twee redenen aan: het aanknopen bij het territorialiteitsbeginsel en het meer gelijk behandelen van deelnemingen en vaste inrichtingen<sup>64</sup>. Er wordt meer aangesloten bij het territorialiteitsbeginsel om verliezen die behaald worden door een vaste inrichting niet meer ten laste te laten komen van de winst die in Nederland door de vennootschap is behaald. Deze verliezen zijn alleen aftrekbaar in het land waar de verliezen geleden zijn, tenzij de verliezen niet meer in dat land verrekend kunnen worden. Met de middelen die de overheid bespaart door de beperktere verliesverrekening, zou het bovenste vennootschapstarief van 25% verlaagd kunnen worden naar 24%, zoals destijds het plan was<sup>65</sup>. Wat betreft de meer gelijke behandeling van deelnemingen en vaste inrichtingen: verliezen op deelnemingen kunnen bij liquidatie wel verrekend worden met winsten van de moedervernootschap en door invoering van de objectvrijstelling kunnen verliezen van de vaste inrichting ook pas ten laste van de winst van het hoofdhuis komen wanneer de vaste inrichting wordt gestaakt. Ook kent de regeling een bepaling voor laag belaste vaste inrichtingen zoals de deelnemingsvrijstelling een regeling kent voor laag belaste dochterondernemingen<sup>66</sup>.

### 5.2 Historie

De objectvrijstelling van artikel 15e t/m 15j Wet VPB 1969 werd van kracht op 1 januari 2012. Voor de invoering van de objectvrijstelling kende Nederland een belastingvrijstelling om de resultaten van de vaste inrichting niet dubbel te belasten. Deze was te vinden in artikel

---

<sup>63</sup> Belasting waarbij 1 subject voor 1 object meerdere keren wordt belast (door verschillende instanties/landen).

<sup>64</sup> MvT, Belastingplan 2012, Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 14.

<sup>65</sup> A.J.A. Stevens, De objectvrijstelling, NTFR beschouwingen 2012/4.

<sup>66</sup> F.P.G. Pötgens en J.W. Bellingwout, *Objectvrijstelling voor vaste inrichtingen: Much Ado. About Nothing?*, WFR 2012/654.

31 t/m 35 Besluit voorkoming dubbele belasting 2001. Artikel 31 Bvdb 2001 luidde: “Een binnenlandse belastingplichtige is vrijgesteld van de vennootschapsbelasting die betrekking heeft op buitenlandse winst.” terwijl artikel 15e lid 1 VPB 1969 zegt: “Bij de belastingplichtige met winst uit een andere staat wordt de winst verminderd met de positieve en de negatieve bedragen van de winst uit die staat”. Deze verschillende bewoordingen zorgen voor een andere systematiek bij het voorkomen van dubbele belasting. Onder de belastingvrijstelling werd de Nederlandse belasting berekend over de wereldwinst van de belastingplichtige en daarna een vrijstelling gegeven voor winst toerekenbaar aan een vaste inrichting, terwijl onder de objectvrijstelling de Nederlandse belasting wordt berekend over de wereldwinst verminderd met de winst die toerekenbaar is aan een vaste inrichting. Deze verandering zorgt ervoor dat verlies van de vaste inrichting niet meer aftrekbaar is in Nederland<sup>67</sup>.

### 5.3 Systematiek

Om te bepalen over welk gedeelte van de winst in Nederland belasting is verschuldigd en over welk deel in het buitenland belasting moet worden betaald, moet winst worden toegerekend aan de vaste inrichting. Hiervoor zijn 2 basismethoden<sup>68</sup>: de winstsplitsing en de ondernemingsplitsing. Bij de winstsplitsing wordt de winst verdeeld aan de hand van ‘sleutels’. Zo’n sleutel kan van alles zijn: de omzet, de loonsom, het aantal verkochte producten. Voor de Rupiaharresten (zie verderop) was deze methode niet ongebruikelijk<sup>69</sup>. Tegenwoordig wordt voornamelijk de ondernemingsplitsing gebruikt, omdat in de valuta-arresten<sup>70</sup> is beslist “dat een onderneming, voor zover het de buitenlandse uitoefening van haar activiteiten betreft, als een afzonderlijk bedrijf moet worden beschouwd”<sup>71</sup>. Bij deze methode wordt gedaan alsof de vaste inrichting een zelfstandige eenheid is met zelfstandige winsten en verliezen. De winstberekening met betrekking tot onderlinge transacties gebeurt op basis van (prijs)afspraken die onafhankelijke derden met elkaar zouden maken.

---

<sup>67</sup> Verliezen van de vaste inrichting zijn alleen bij staking verrekenbaar met winst van de belastingplichtige.

<sup>68</sup> A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Kluwer, 2013, p. 160.

<sup>69</sup> Idem.

<sup>70</sup> HR 27 april 1960, nr. 14 104, BNB 1960/161, HR 4 mei 1960, nr. 14 218, BNB 1960/163, HR 4 mei 1960, nr. 14 203, BNB 1960/165 (de Rupiaharresten) en HR 10 maart 1993, nr. 28017, BNB 1993/209c.

<sup>71</sup> A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Kluwer, 2013, p. 161.

Het berekenen van het belastbaar object in Nederland gebeurt volgens de volgende formule: winst in Nederland + bijdragewinst – aftrekwinst. In de Rupiah-arresten en later in het Cruzeiro-arrest is de berekening verduidelijkt.

### 5.3.1 Rupiah-arresten

In de Rupiah-arresten<sup>72</sup> was er sprake van een Nederlandse onderneming met een vaste inrichting in Indonesië. Het Indonesisch gezag nam op 11 maart 1950 monetaire maatregelen die ervoor zorgden dat de Indonesische rupiah minder waard werd ten opzichte van andere munten<sup>73</sup>. De vraag was nu of rekening moest worden gehouden met een devaluatie in het land van de vaste inrichting<sup>74</sup>. Dit was het geval. Dat rekening moest worden gehouden met devaluatie in het land van de belastingplichtige, bleek al uit eerdere arresten<sup>75</sup>. Ook is de definitie van de aftrekwinst verduidelijkt: “...het is de winst die een buitenlandse fiscus zou belasten, indien deze aldaar de winst zou berekenen volgens de regelen die gelden voor het belasten van de winst van in Nederland gevestigde vaste inrichtingen van buitenlandse bedrijven.<sup>76</sup>” Deze definitie maakt duidelijk dat er een verschil is tussen de bijdragewinst (een gedeelte van de wereldwinst), de aftrekwinst (de winst die de vaste inrichting zou hebben als het Nederlandse systeem daar gehanteerd wordt) en de winst die in de vaste inrichting wordt belast.

### 5.3.2 Cruzeiro-arrest

In het Cruzeiro-arrest<sup>77</sup> was eveneens sprake van een valutaresultaat. Drie aspecten waren in deze zaak belangrijk<sup>78</sup>: hyperinflatie (2422% in 1993), extreme valutaverliezen en lokale compenserende maatregelen. De vraag is of de aftrekwinst hier hetzelfde moet worden berekend als bij de Rupiah-arresten, namelijk door het vermogen op 31 december van een jaar om te rekenen tegen de dan geldende koers, hetzelfde te doen op 1 januari van dat jaar en het verschil te middelen. In geval van hyperinflatie leidt deze methode, die standaard is bij deze valutaresultaten, tot valutaresultaat in de aftrekwinst en een hogere aftrekwinst dan

---

<sup>72</sup> HR 4 mei 1960, nr. 14 218, BNB 1960/161-166, m.n. van A.J. van Soest

<sup>73</sup> HR 4 mei 1960, nr 14218, BNB 1960/163.

<sup>74</sup> Volgens A.J. van Soest bleek dit ook al uit het guldenvaluatie-winstarrest.

<sup>75</sup> HR 29 april 1959, nr 13892, BNB 1960/164, m.n. van A.J. van Soest.

<sup>76</sup> Idem.

<sup>77</sup> HR 5 december 2003, nr. 37 743, BNB 2004/139.

<sup>78</sup> W. Bruins Slot en E.D.M. Gerrits, *De nadere verfijning van de Rupiah-arresten: de theorie en het Cruzeiro-arrest*, WFR 2005/813.



bijdragewinst<sup>79</sup>. De Hoge Raad heeft beslist dat onder bepaalde omstandigheden voor de omrekening van de aftrekwinst niet naar de gemiddelde jaarkoers van een munt moet worden gekeken, maar naar een andere rekeneenheid. Dit kunnen gemiddelden van een kortere periode zijn<sup>80</sup> of de gemiddelde jaarkoers van een andere valuta<sup>81</sup>.

### 5.3.3 Systematiek bij valutaresultaat op vermogen geïnvesteerd in de vaste inrichting

Bij het berekenen van de belasting van de belastingplichtige zijn 3 soorten winsten van belang:

- De winst die de belastingplichtige in Nederland heeft behaald, berekend naar Nederlandse maatstaven;
- De winst die de vaste inrichting heeft behaald, berekend naar Nederlandse maatstaven (de bijdragewinst) &
- De winst die in de vaste inrichting tot uitdrukking komt, berekend naar Nederlandse maatstaven en in de valuta van de vaste inrichting (de aftrekwinst).

Zoals eerder gezegd wordt het belastbaar object in Nederland berekend door de winst in Nederland te vermeerderen met de bijdragewinst en de aftrekwinst hiervan af te halen. Dat de bijdragewinst van de aftrekwinst verschilt als er sprake is van een valutaresultaat op geïnvesteerd vermogen in een vaste inrichting valt te verduidelijken met een voorbeeld.

#### Voorbeeld<sup>82</sup>

X BV heeft een vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk. X BV brengt op 1 januari €100.000 (dotatiekapitaal) in de vaste inrichting in. De vaste inrichting heeft op 31 december als enig activum een kortlopende vordering van £80.000. De vaste inrichting heeft geen winst gemaakt. Op 1 januari 2013 was de koers €1= £0,80. Op 31 december 2013 was de koers €1= £0,85. De bv heeft in 2013 een winst van €20.000. Het belastbaar object van X BV is in Nederland:

	de winst in Nederland	€20.000
+	de bijdragewinst ( $£80.000/0,85 = €94.117,65 - €100.000$ )	- € 5.882,35

<sup>79</sup> W. Bruins Slot en E.D.M. Gerrits, *De nadere verfijning van de Rupiah-arresten: de theorie en het Cruzeiro-arrest*, WFR 2005/813.

<sup>80</sup> In dit arrest werd gewerkt met de gemiddelde maandkoersen.

<sup>81</sup> W. Bruins Slot en E.D.M. Gerrits, *De nadere verfijning van de Rupiah-arresten: de theorie en het Cruzeiro-arrest*, WFR 2005/813.

<sup>82</sup> Losjes ontleend aan A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Kluwer, 2013, p. 165.

- de aftrekwinst (de winst in de v.i.-staat)

€0

€14.117,65

In tegenstelling tot valutaresultaten uit hoofde van de deelneming zijn valutaresultaten uit hoofde van een vaste inrichting dus wel aftrekbaar. De valutaresultaten maken immers deel uit van de bijdragewinst door de waarde van de inrichting in euro's aan het eind van het jaar te verminderen met de waarde aan het begin van het jaar.

## Hoofdstuk 6 Strijdigheid EU-recht

In hoofdstuk 4 en 5 is behandeld dat valutaresultaten op vermogen geïnvesteerd in deelnemingen niet aftrekbaar zijn en valutaresultaten op vermogen geïnvesteerd in vaste inrichtingen wel. De vraag is of dit verschil in behandeling in strijd is met het EU-recht. Om deze vraag te beantwoorden, wordt getoetst aan de voorwaarden die het Hof van Justitie in HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94 [Reinhard Gebhard] heeft gesteld om strijdigheid met het EG-verdrag vast te stellen. Achtereenvolgens wordt getoetst: de toegang tot het EU-verdrag, discriminatie/belemmering in de zin van de vrijheid van recht van vestiging, de rechtvaardigheid van het doel, de geschiktheid van het middel en de proportionaliteit van het middel.

### 6.1 Toegang tot het EU-verdrag

Om toegang te hebben tot het VwEU moet er sprake zijn van een hoedanigheid en een grensoverschrijdende situatie<sup>83</sup>. De hoedanigheid houdt in dat er een (al dan niet natuurlijk) persoon is die inwoner is van één van de EU-landen. Er is sprake van een Nederlandse vennootschap, dus aan de hoedanigheid is voldaan. De vennootschap verricht economische activiteiten en valt daarmee onder de verdragsvrijheden. Van grensoverschrijdende situaties is ook sprake. Nederlandse vennootschappen komen immers niet toe aan valutaresultaten op geïnvesteerd vermogen in een deelneming indien de deelneming ook in Nederland gevestigd is. Vaste inrichtingen kunnen per definitie niet in hetzelfde land als de vennootschap gevestigd zijn. Er is dus toegang tot het VwEU.

### 6.2 Discriminatie/belemmering

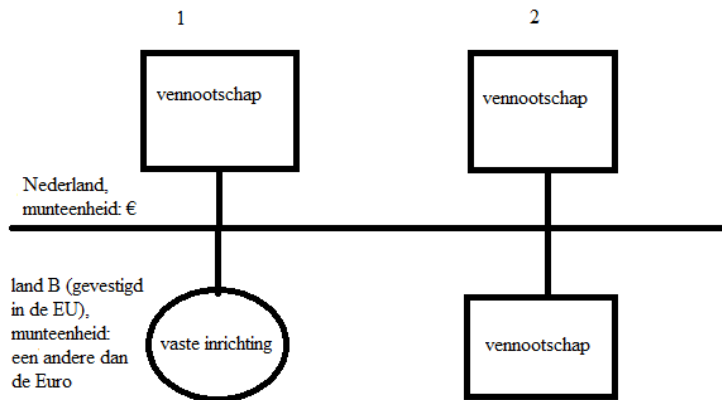
Discriminatie houdt in dat er een onderscheid tussen groepen wordt gemaakt en dat deze groepen anders worden behandeld. Om discriminatie te toetsen werd in het verleden vaak gekeken naar de nationaliteit of herkomst van een persoon, terwijl tegenwoordig de beslissende vergelijking de vergelijking tussen binnenlandse en grensoverschrijdende situaties is<sup>84</sup>. Voor de deelnemingsvrijstelling geldt dat bij het bepalen van de winst de voordelen uit hoofde van een deelneming buiten aanmerking blijven, ongeacht de vestigingsplaats van de vennootschap waarin een deelneming wordt gehouden. Voor de objectvrijstelling geldt dat voor elke vaste inrichting de bijdragewinst en aftrekwinst op dezelfde manier berekend worden en dat er bij een vaste inrichting geen sprake kan zijn van een binnenlandse situatie.

---

<sup>83</sup> B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2012, p. 26.

<sup>84</sup> B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2012, p. 37.

Beide regelingen maken geen onderscheid tussen binnenlandse en buitenlandse situaties, dus bij beide regelingen is van discriminatie geen sprake. De vraag is nu of het verschil tussen beide regelingen wat betreft valutaresultaten op geïnvesteerd vermogen in deelnemingen dan wel vaste inrichtingen een belemmering vormt. De situatie ziet er als volgt uit:



Onder de objectvrijstelling (1) maken valutaresultaten op vermogen geïnvesteerd in vaste inrichtingen onderdeel uit van de belastbare winst van de Nederlandse vennootschap, omdat de valutaresultaten wel zitten in de bijdragewinst maar niet in de aftrekwinst. Onder de deelnemingsvrijstelling (2) maken valutaresultaten op vermogen geïnvesteerd in deelnemingen geen onderdeel uit van de belastbare winst van de Nederlandse vennootschap. Valutaverliezen zijn onder de deelnemingsvrijstelling dus niet aftrekbaar.

In de jurisprudentie zijn verschillende arresten te vinden waarin het Hof van Justitie zich uitspreekt over landen die buitenlandse vaste inrichtingen anders behandelen dan buitenlandse deelnemingen. In het arrest-Columbus Container Services heeft het Hof overwogen 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”<sup>85</sup>. In HvJ EG, 4 juni 2009, nr. C-439/07 en het arrest X Holding herhaalt het Hof deze overweging. In X Holding voegde het Hof daaraan toe: “Aangezien - zoals in punt 38 van het onderhavige arrest is uiteengezet - in een andere lidstaat gevestigde vaste inrichtingen en niet-ingezeten dochterondernemingen zich niet in een vergelijkbare situatie bevinden wat de verdeling van de heffingsbevoegdheid betreft, is de lidstaat van oorsprong bijgevolg niet verplicht om op niet-ingezeten dochterondernemingen dezelfde fiscale regeling toe te passen als die welke

<sup>85</sup> HvJ EG 6 december 2007, nr. C-298/05.

geldt voor buitenlandse vaste inrichtingen.”<sup>86</sup> In deze zaak bevond de niet-ingezeten dochtervennootschap zich niet in dezelfde positie als een vaste inrichting dat zou doen, want als de dochtervennootschap op eenzelfde wijze behandeld zou worden als de vaste inrichting, is er de vrijheid om te bepalen in welk land de verliezen van de dochtervennootschap in aftrek komen. In een situatie waarin een Nederlandse vennootschap valutaresultaten op vermogen geïnvesteerd in een deelneming/vaste inrichting lijdt, is van vrijheid geen sprake: de valutaresultaten kunnen alleen in aftrek komen bij de Nederlandse vennootschap. Op basis van het arrest X Holding is de lidstaat van oorsprong (Nederland) wel verplicht om op niet-ingezeten dochterondernemingen dezelfde fiscale regeling toe te passen. Er is daarom sprake van een belemmering van de vrijheid van recht van vestiging.

### 6.3 *Rechtvaardiging*

Er zijn 2 soorten rechtvaardigingsgronden: geschreven en ongeschreven. De geschreven rechtvaardigingsgronden voor het recht van de vrijheid van vestiging zijn:

- uitoefening van het openbaar gezag<sup>87</sup>
- de toepasselijkheid van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen waarbij een bijzondere regeling is vastgesteld voor vreemdelingen welke bepalingen uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid gerechtvaardigd zijn<sup>88</sup>

De ongeschreven rechtvaardigingsgronden die door het HvJ zijn toegestaan<sup>89</sup> (mits goed toegepast):

- de doeltreffendheid van fiscale controles
- de verstoring van een bilaterale internationale overeenkomst
- de samenhang van het belastingsysteem
- een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten
- de bestrijding van ontwijking van nationaal (belasting)recht en misbruik van gemeenschapsrecht
- de redenen om grensoverschrijdende verliesverrekening uit te sluiten

---

<sup>86</sup> HvJ EG 25 februari 2010, nr. C-337/08.

<sup>87</sup> Artikel 51 VwEU

<sup>88</sup> Artikel 52 VwEU

<sup>89</sup> D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht – Europees belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2014, EBR.5.1.2.C.

### 6.3.1 *Geschreven rechtvaardigingsgronden*

De rechtvaardigingsgrond ‘uitoefening van het openbaar gezag’ houdt in dat de artikelen die specifiek van toepassing zijn op het recht van vrijheid van vestiging niet gelden voor ‘werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag’ (door de betrokken lidstaat)<sup>90</sup>. De tweede geschreven rechtvaardigingsgrond houdt in dat de artikelen die specifiek van toepassing zijn op het recht van vrijheid van vestiging niet gelden met betrekking tot bepaalde bepalingen die een bijzondere regeling voor vreemdelingen bevatten. Als een Nederlandse vennootschap in het buitenland een deelneming of vaste inrichting heeft, voert hij (over het algemeen) geen werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag uit<sup>91</sup>. Zouden vennootschappen dat doorgaans wel doen, dan moet het geval zijn dat of vennootschappen met (een) deelneming(en) die werkzaamheden uitvoeren of vennootschappen met (een) vaste inrichting(en) deze werkzaamheden uitvoeren<sup>92</sup>. Dit is niet aan de orde. De deelnemingsvrijstelling en de objectvrijstelling bevatten beide geen bijzondere regeling voor vreemdelingen. De tweede rechtvaardigingsgrond is daarmee ook uitgesloten.

### 6.3.2 *Ongeschreven rechtvaardigingsgronden*

De doeltreffendheid van fiscale controles houdt in dat een land maatregelen mag treffen omwille van een duidelijke en nauwkeurige controle<sup>93</sup>. De maatregelen moeten wel evenredig zijn. Een voorbeeld is het hanteren van een langere navorderingstermijn van buitenlandse spaartegoeden indien die tegoeden zijn verzwegen en er geen aanwijzingen voor die tegoeden waren<sup>94</sup>. De verstoring van een bilaterale internationale overeenkomst geldt alleen voor overeenkomsten tussen een lidstaat van de Europese Unie en een derde land en is daarom niet van toepassing op het recht van vrijheid van vestiging<sup>95</sup>. De rechtvaardigingsgrond “de noodzaak om de samenhang van het nationale belastingstelsel te handhaven” is aan de orde als er een samenhang is tussen een fiscaal voordeel dat gegeven wordt en het nadien belasting van de bate die de belastingplichtige ontvangt. Een voorbeeld is het aftrekbaar zijn van pensioenpremies en het belasting van de uitkeringen<sup>96</sup>. Een belemmering van een verkeersvrijheid mag bestaan als zonder die belemmering er geen samenhang meer van het

---

<sup>90</sup> Artikel 51 VwEU

<sup>91</sup> Dit houdt in dat een vennootschap over het algemeen geen overheidstaken zijn opgedragen.

<sup>92</sup> Anders is er immers geen sprake van een gerechtvaardigd onderscheid tussen de regeling betreffende een vennootschap met een buitenlandse deelneming en een vennootschap met een vaste inrichting.

<sup>93</sup> D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht – Europees belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2014, EBR.5.1.3.E.

<sup>94</sup> Idem.

<sup>95</sup> D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht – Europees belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2014, EBR.5.1.4.

<sup>96</sup> D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht – Europees belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2014, EBR.5.1.5.A.

nationale belastingsysteem meer is, waarbij het moet gaan om een belemmering die de doelstelling die met de belastingregeling wordt nagestreefd, helpt te realiseren<sup>97</sup>. De samenhang geldt alleen als rechtvaardigingsgrond als het gaat om samenhang op nationaal niveau en die samenhang niet wordt opgegeven in een bilateraal belastingverdrag<sup>98</sup>. De samenhang houdt in dat er een rechtstreeks verband moet zijn tussen het fiscale voordeel en de fiscale heffing binnen 1 belastingsoort en 1 belastingplichtige<sup>99100</sup>. De “evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten” houdt in dat een land ervoor mag zorgen dat belasting over activiteiten die plaatsvinden in dat land ook daadwerkelijk geheven kan worden door dat land<sup>101</sup>. Een gevolg hiervan is dat buitenlandse verliezen niet in verrekend hoeven te worden met binnenlandse winsten<sup>102</sup>. De rechtvaardigingsgrond “bestrijding van ontwijking van nationaal (belasting)recht en misbruik van gemeenschapsrecht” bestaat uit twee delen. Bestrijding van misbruik van gemeenschapsrecht, waarbij een persoon gebruik wil maken van een EU-regel die niet voor die persoon bedoeld is, is een rechtvaardigingsgrond als er sprake is van een objectief en subjectief element<sup>103</sup>. Het objectieve element houdt in dat het doel van de regeling niet bereikt wordt en dat de objectieve omstandigheden kunstmatig/louter formeel zijn<sup>104</sup>. Het subjectieve element ziet op het motief van de belastingplichtige: “de bedoeling om een door de gemeenschapsregeling toegekend voordeel te verkrijgen door kunstmatig de voorwaarden te creëren waaronder het recht op dat voordeel ontstaat”<sup>105</sup>. Als het gaat om misbruik op nationaal niveau, waarbij een persoon met behulp van het recht van de Europese Unie probeert nationale wetgeving te omzeilen, geldt in het algemeen dat landen mogen voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van hun wet- en regelgeving<sup>106</sup>. Bij “de redenen om grensoverschrijdende verliesverrekening uit te sluiten” zorgen 2 of 3 bepaalde redenen samen ervoor dat een belemmering wordt gerechtvaardigd<sup>107</sup>. Het gaat om: evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid, double dipping en belastingontwijking.<sup>108</sup> De afzonderlijke redenen konden in het arrest (Marks &

---

<sup>97</sup> Idem.

<sup>98</sup> Idem.

<sup>99</sup> D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht – Europees belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2014, EBR.5.1.5.F.

<sup>100</sup> Een uitzondering hierop is het arrest-Papillon waarbij het rechtstreekse verband niet binnen 1 belastingplichtige, maar binnen een moeder en dochter in concernverband aanwezig was.

<sup>101</sup> D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht – Europees belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2014, EBR.5.1.6.

<sup>102</sup> Idem.

<sup>103</sup> D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht – Europees belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2014, EBR.5.1.7.B.a.

<sup>104</sup> Idem.

<sup>105</sup> Idem.

<sup>106</sup> Idem.

<sup>107</sup> D.M. Weber, *Belastingrecht – Europees belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2014, EBR.5.1.8.

<sup>108</sup> Idem.

Spencer II<sup>109</sup>) waarin deze redenen voor het eerst samen werden gebruikt ter rechtvaardiging niet leiden tot een rechtvaardiging voor de belemmering. Inmiddels is ‘de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid’ een zelfstandige rechtvaardigingsgrond en kunnen ook 2 van de 3 redenen leiden tot rechtvaardiging<sup>110111</sup>.

De rechtvaardigingen die het Finanzamt in de zaak-Deutsche Shell aandroeg voor het niet in aftrek toestaan van valutaverliezen, “de samenhang van het belastingstelsel en de verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de twee betrokken lidstaten”<sup>112</sup>, zijn door het HvJ EU niet aanvaard. Tussen valutaverliezen en valutawinsten bestaat volgens het Hof van Justitie geen rechtstreeks verband. De verdeling van de heffingsbevoegdheden is niet aan de orde, want de vaste inrichting kan “vanwege het aard van het verlies” het valutaverlies nooit lijden.

Gezien het feit dat de verstoring van een bilaterale internationale overeenkomst alleen ter rechtvaardiging kan dienen bij een overeenkomst tussen een lidstaat van de EU en een niet-lidstaat, blijven er nog 3 mogelijkheden over om het verschil tussen de deelnemingsvrijstelling en de objectvrijstelling te rechtvaardigen. De doeltreffendheid van fiscale controles kan niet gebruikt worden ter rechtvaardiging, want Nederland hanteert met beide regelingen geen zwaardere maatregelen voor grensoverschrijdende situaties dan voor binnenlandse situaties en tussen de regelingen bestaat geen verschil wat betreft de mogelijkheid tot het uitvoeren van een duidelijke en nauwkeurige controle. De bestrijding van ontwijking van nationaal (belasting)recht en misbruik van gemeenschapsrecht kan evenmin zorgen voor de rechtvaardiging. Een Nederlandse vennootschap die in het buitenland actief is middels een vaste inrichting of deelneming, heeft die rechtsvorm gekozen op basis van niet-fiscale gronden<sup>113</sup>. Het houden van een deelneming is op zichzelf geen omstandigheid waarbij het doel dan wel het resultaat het ontgaan van belasting is. Ten slotte kan ook de rechtvaardigingsgrond ‘redenen om grensoverschrijdende verliesverrekening uit te sluiten’ geen uitkomst bieden. De valutaresultaten kunnen alleen bij de Nederlandse vennootschap

---

<sup>109</sup> HvJ EG 13 december 2005, nr. C-446/03.

<sup>110</sup> D.M. Weber, *Belastingrecht – Europees belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2014, EBR.5.1.8.

<sup>111</sup> Zo ging het in Lidl Belgium om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en de voorkoming van dubbele verliesverrekening/double dipping. In Oy AA ging het om de voorkoming van dubbele vrijstelling van winst/double dipping en het vermijden van belastingontwijking.

<sup>112</sup> HvJ EG 28 februari 2008, nr. C-293/06.

<sup>113</sup> Het grote verschil tussen een deelneming en een vaste inrichting is immers de juridische behandeling/ (on)zelfstandigheid.



opkomen, waardoor verdeling van de heffingsbevoegdheid en double dipping niet aan de orde zijn. Van belastingontwijking is zoals eerder gezegd ook geen sprake. Al met al is er geen rechtvaardiging voor het verschil in behandeling van valutaresultaten behaald op vermogen dat geïnvesteerd is in deelnemingen en valutaresultaten behaald op vermogen dat geïnvesteerd is in vaste inrichtingen.

#### *6.4 Conclusie*

Volgens het beslisboom dat het Hof van Justitie in HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94 [Reinhard Gebhard] heeft opgesteld om strijdigheid met het EG-verdrag vast te stellen, is het verschil tussen de deelnemingsvrijstelling en de objectvrijstelling een belemmering die niet gerechtvaardigd is. Als het Hof van Justitie EU in een arrest zal beslissen dat valutaresultaten die worden behaald op vermogen dat in deelnemingen is geïnvesteerd aftrekbaar moeten zijn, krijgen belastingplichtigen die hun valutaverliezen willen aftrekken te maken met artikel 28b Wet VPB 1979. In de literatuur is echter de vraag opgekomen of artikel 28b Wet VPB 1979 wel in overeenstemming is met het EU-recht.

#### *6.5 Beslisboom Wet tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen*

Om toegang te hebben tot het VwEU moet er, zoals eerder gezegd, sprake zijn van een hoedanigheid en een grensoverschrijdende situatie. Vennootschappen die onder artikel 28b Wet VPB 1979 vallen, zijn inwoner van Nederland. Aan de hoedanigheid is daarmee voldaan. Ook is er sprake van economische activiteiten en een grensoverschrijdende situatie. Zonder grensoverschrijdende situatie zullen er immers geen valutaresultaten zijn.

Artikel 28b Wet VPB 1979 houdt in dat een belastingplichtige die een valutaverlies mag aftrekken<sup>114115</sup> en ook daadwerkelijk een valutaverlies ten laste van haar winst brengt, alle valutawinsten die zij met haar deelnemingen behaalt tot haar winst moet rekenen. Dit leidt tot indirecte discriminatie. De regeling maakt geen onderscheid tussen binnenlandse situaties en grensoverschrijdende situaties, maar gezien het feit dat de regeling betrekking heeft op valutaresultaten zal deze (vrijwel) uitsluitend worden toegepast in grensoverschrijdende

---

<sup>114</sup> Op grond van mogelijke nog te wijzen jurisprudentie die zegt dat valutaresultaten op vermogen geïnvesteerd in deelnemingen afgetrokken moeten kunnen worden.

<sup>115</sup> Op basis van de letterlijke tekst van het eerste lid is het ook mogelijk dat in andere situaties valutaverliezen aftrekbaar zijn. Daarop wordt hier niet ingegaan. Meer informatie is te vinden in S.A.W.J. Strik, *Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het wetsvoorstel Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen (nr 32818)*, 2011, p. 3.

situaties. De regeling zorgt ervoor dat wanneer de valutawinsten die de belastingplichtige tot haar winst moet rekenen hoger zijn dan de valutaverliezen die de belastingplichtige kan aftrekken, de belastingplichtige in Nederland door de grensoverschrijdende situatie meer belasting verschuldigd is dan wanneer er sprake zou zijn van een binnenlandse situatie<sup>116</sup>.

Naar mijn mening kan de indirecte discriminatie worden gerechtvaardigd door de samenhang van het belastingsysteem. Hiervoor is nodig dat “er een rechtstreeks verband bestaat tussen het betrokken belastingvoordeel en de compensatie van dit voordeel door een bepaalde fiscale heffing. Bovendien moet het rechtstreekse verband op basis van de door de betrokken belastingregeling nagestreefde doelstelling zijn aangetoond op het niveau van de betrokken belastingplichtigen door een strikte correlatie tussen de aftrekbaarheid en de belastingheffing.”<sup>117</sup> In het arrest-Deutsche Shell was hier volgens het Hof van Justitie geen sprake van, maar naar mijn mening is er in deze situatie wel aan voldaan. Artikel 28b Wet VPB 1979 stelt dat een valutaverlies slechts aftrekbaar is als daaraan de consequentie is verbonden dat valutawinsten belastbaar zijn. Als de belastingplichtige besluit een valutaverlies niet af te trekken, worden valutawinsten ook niet belast. Er is in artikel 28b dus een rechtstreeks verband tussen (aftrekbare) valutaverliezen en valutawinsten. Dit rechtstreekse verband is ook het doel van de bepaling en doet zich voor binnen 1 belastingplichtige.

De volgende vraag is of artikel 28b geschikt is om de mogelijke strijdigheid van artikel 13 Wet VPB 1979 met het EU-recht weg te nemen. In de literatuur wordt gewezen op het arrest-Gielen. Daar oordeelde het Hof van Justitie dat de keuzemogelijkheid die de buitenlands belastingplichtige had om als binnenlands belastingplichtige aangemerkt kan worden, niet de discriminerende gevolgen wegneemt van de regeling voor buitenlands belastingplichtigen<sup>118</sup>. De Wilde en Wisman<sup>119</sup> stellen zich op het standpunt dat de keuzemogelijkheid die er in het arrest-Gielen is dezelfde is als die in de situatie waarin de vennootschap kiest of hij valutaresultaten onder de deelnemingsvrijstelling wil laten vallen of niet. Artikel 28b Wet VPB pas aan de orde als blijkt dat artikel 13 VPB 1979 een belemmering vormt. De belastingplichtige kiest vervolgens of hij zich neerlegt bij de belemmering of dat hij zich

---

<sup>116</sup> S.A.W.J. Strik, *Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het wetsvoorstel Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen (nr 32818)*, 2011, p.6.

<sup>117</sup> HvJ EG, 28 februari 2008, nr. C-293/06.

<sup>118</sup> HvJ EG, 18 maart 2010, nr. C-440/08.

<sup>119</sup> M. de Wilde en C. Wisman, *Tussenregeling valutaresultaten; gooit Gielen roet in het eten?*, NTFR 2011/1646.

beroept op de jurisprudentie waarin is beslist dat valutaverliezen aftrekbaar moeten kunnen zijn met als gevolg dat op basis van artikel 28b Wet VPB 1979 valutawinsten ook belast zijn. Opgemerkt moet worden dat in de zaak-Gielen sprake was van een discriminatie, terwijl de deelnemingsvrijstelling mogelijk een belemmering is zonder onderscheid en belemmeringen zonder onderscheid doorgaans milder beoordeeld worden<sup>120121</sup>. Sanders en Stevens<sup>122</sup> stellen zich op het standpunt dat de Nederlandse regering niet zal betogen dat belastingplichtigen zich door artikel 28b niet belemmerd zien vanwege de mogelijkheid om zich te verzetten tegen de belemmering van de deelnemingsvrijstelling, waardoor het Hof van Justitie ook niet zal beslissen dat de regeling strijd oplevert met het EU-recht. Het feit dat de Nederlandse regering dat wellicht niet zal betogen, betekent niet dat de regeling geen strijd oplevert en dat er geen geschiktere maatregelen zijn. Een regeling die valutaresultaten van Nederlandse vennootschappen uit de deelnemingsvrijstelling haalt, zonder keuzemogelijkheid, zorgt ervoor dat binnenlandse situaties niet bevoordeeld worden ten opzichte van buitenlandse situaties en dat vennootschappen met vaste inrichtingen hetzelfde behandeld worden als vennootschappen met deelnemingen. Daarom neig ik naar de opvatting dat artikel 28b niet geschikt is om de belemmering van de deelnemingsvrijstelling weg te nemen.

Als artikel 28b Wet VPB 1979 geschikt is, moet nog bekeken worden of de maatregel proportioneel is. Dit is mijns inziens niet het geval. Als een valutaverlies van één deelneming afgetrokken wordt, worden valutawinsten van alle deelnemingen belast. Ook worden valutawinsten die opgekomen zijn tussen 18 april 2011, 17.00 uur<sup>123</sup> en 29 november 2011<sup>124</sup> belast, wat strijdig is met het rechtszekerheidsbeginsel. Artikel 28b moet, om naar mijn mening proportioneel te zijn, ervoor zorgen dat slechts valutawinsten die vanaf 29 november 2011 zijn opgekomen, belast kunnen worden en moet slechts de valutawinsten belasten voor zover valutaverliezen hebben geleid tot minder aftrek.

---

<sup>120</sup> D.M. Weber, *Belastingrecht – Europees belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2014, EBR.5.0.8.

<sup>121</sup> De Wet tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen zorgt voor indirecte discriminatie, maar het doel van de wet is het wegnemen van een mogelijke belemmering van de deelnemingsvrijstelling.

<sup>122</sup> M. Sanders en A.J.A. Stevens, *De tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen*, WFR 2011/1290.

<sup>123</sup> Het tijdstip waarop het wetsvoorstel is aangekondigd.

<sup>124</sup> Het moment waarop het wetsvoorstel is goedgekeurd.

## Literatuurlijst

### *Boeken*

- J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2013.
- A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Kluwer, 2013.
- Q.W.J.C.H. Kok, *Cursus Belastingrecht - Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2013.
- B.J. Kiekebeld en J.A.R. van Eijdsen, *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 2009.
- K. Lenaerts en P van Nuffel, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen: Maklu 2003.
- C. van Raad, *Cursus Belastingrecht – Internationaal belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2014.
- J.L. van de Streek, *Cursus Belastingrecht - Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2014.
- B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2012.
- J. Vleggeert, *Aftrekbeperkingen van de rente in het international belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2009.
- D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht – Europees belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

### *Tijdschriftartikelen*

- 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.C.W. Douma, *Valutaverlies op deelneming: aftrekbaar!*, NTFR 2008/2327.
- J.A.G. van der Geld, *Evolutie en toekomstperspectief van de deelnemingsvrijstelling*, WFR 1994/987.
- J.A.G. van der Geld, *Recente rechtspraak inzake de deelnemingsvrijstelling*, TFO 2000/51.
- E.J.W. Heithuis, *Ontwikkelingen rondom de deelnemingsvrijstelling. Valutaperikelen*, WFR 1994/705.
- B.J. Kiekebeld, *Verenigbaarheid met het EG-recht van de huidige regeling inzake het liquidatieverlies bij buitenlandse deelnemingen*, WFR 2000/980.
- R.H. van Ooik, *Het Verdrag van Lissabon: Structuur en Overzicht*, SEW 2008.
- F.P.G. Pötgens en J.W. Bellingwout, *Objectvrijstelling voor vaste inrichtingen: Much Ado About Nothing?*, WFR 2012/654.
- M. Sanders en A.J.A. Stevens, *De tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen*, WFR 2011/1290.
- A.J.A. Stevens, *De objectvrijstelling*, NTFR beschouwingen 2012/4.

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

### *Jurisprudentie*

HR 27 april 1960, nr. 14 104, BNB 1960/161.

HR 4 mei 1960, nr. 14 218, BNB 1960/161-166, m.n. van A.J. van Soest.

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

HR 4 mei 1960, nr. 14 203, BNB 1960/165.

HR 10 maart 1993, nr. 28017, BNB 1993/209c.

HR 24 mei 2002, nr. 37 021, BNB 2002/262.

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

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

HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, V-N 2014/9.12.

HvJ EU 28 januari 1986, nr. 270/83.

HvJ EG 13 december 2005, nr. C-446/03.

HvJ EG 6 december 2007, nr. C-298/05.

HvJ EG 28 februari 2008, nr. C-293/06.

HvJ EG, 4 juni 2009, nr. C-439/07.

HvJ EG 17 november 2009, nr. C-169/08.

HvJ EG 25 februari 2010, nr. C-337/08.

HvJ EG, 18 maart 2010, nr. C-440/08.

HvJ EU 11 maart 2010, nr. C-384/08.

### *Overige*

[http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/decisionmaking\\_process/114534\\_nl.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/114534_nl.htm)

<http://www.europa-nu.nl>

<http://www.europadecentraal.nl>

MvT, Belastingplan 2012, Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3.

Kamerstukken II 2011-2012, 33 003, nr. 3.

S.A.W.J. Strik, *Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het wetsvoorstel Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen (nr. 32818)*, 2011.

Tweede Kamer, vergaderjaar 2010–2011, 32 818, nr. 2.