

No.W06.11.0119/III

's-Gravenhage, 1 juni 2011

Bij Kabinetsmissive van 12 april 2011, no.11.000950, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Financiën, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 in verband met de invoering van een tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen (Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel strekt ertoe een valutawinst op een deelneming tot de fiscale winst te rekenen, echter alleen in het geval waarin een belastingplichtige een valutaverlies op een deelneming daadwerkelijk ten laste van zijn fiscale winst brengt en deze aftrek (door in hoogste instantie het Hof van Justitie van de Europese Unie) ook wordt gehonoreerd. De voorgestelde regeling werkt terug tot en met het tijdstip<sup>1</sup> waarop het persbericht is uitgebracht waarin het wetsvoorstel is aangekondigd en waarin de te treffen maatregelen zijn beschreven.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt naar aanleiding van het wetsvoorstel een aantal opmerkingen over het belasten van valutawinsten, de wettelijke vormgeving en de terugwerkende kracht.

Zij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het voorstel wenselijk is.

#### 1. Inleiding

Op 28 februari 2008 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) in de zaak Deutsche Shell een arrest gewezen over de fiscale behandeling van valutaverliezen op het vermogen dat in een *vaste inrichting* is geïnvesteerd.<sup>2</sup> Kort gezegd komt het arrest erop neer dat *valutaverliezen inzake een vaste inrichting* ten laste van de winst van Deutsche Shell moeten kunnen worden gebracht.<sup>3</sup>

Gelet op het arrest Deutsche Shell neemt een aantal belastingplichtigen in Nederland het standpunt in dat dit arrest ook moet worden toegepast bij *deelnemingen* en dat dus ook *valutaverliezen op deelnemingen* ten laste van de winst moeten kunnen worden gebracht (valutaverliezen op deelnemingen - en ook valutawinsten op deelnemingen - vallen thans<sup>4</sup> onder een wettelijke vrijstelling, de zogenoemde deelnemingsvrijstelling).

In de toelichting op het voorstel wordt de verwachting uitgesproken dat dit standpunt aanleiding zal geven tot procedures. Dit betekent dat eerst wanneer deze procedures

<sup>1</sup> Vrijdag 8 april 2011, 17.00 uur.

<sup>2</sup> Zaak C-293/06. Deze valutaverliezen waren in de periode 1974-1991 (vóór de invoering van de euro) geleden door Deutsche Shell, een kapitaalvennootschap met zetel en bedrijfsleiding in Duitsland, die een vaste inrichting in Italië had opgericht.

<sup>3</sup> Deze uitspraak in de zaak Deutsche Shell had geen directe gevolgen voor de fiscale behandeling van vaste inrichtingen in Nederland, aangezien deze behandeling, zoals de memorie van toelichting aangeeft (paragraaf 1, eerste volle alinea, op drie na laatste volzin), plaatsvindt in lijn met deze uitspraak.

<sup>4</sup> Naar de huidige stand van wet en jurisprudentie in Nederland behoren valutaresultaten (zowel valutaverliezen als valutawinsten) die worden behaald met het in deelnemingen geïnvesteerde vermogen tot de voordelen uit hoofde van een deelneming (de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969). De Hoge Raad heeft dit in 1982 beslist (Hoge Raad 9 juni 1982, 21 142, BNB 1982/230).

zijn afgewikkeld, vast zal komen te staan of, en zo ja in welke gevallen, *valutaverliezen op deelnemingen* in aftrek kunnen worden gebracht.<sup>5</sup> Indien in die procedures zou komen vast te staan dat valutaverliezen op deelnemingen - "in bepaalde gevallen" zoals de toelichting stelt - in aftrek kunnen worden gebracht, zou dat tot de onevenwichtige situatie leiden dat valutawinsten nog wel onder de deelnemingsvrijstelling vallen en dus niet in de heffing worden betrokken.<sup>6</sup> Een dergelijke onevenwichtigheid is, mede vanuit budgettair oogpunt, niet wenselijk, aldus de toelichting. Het wetsvoorstel voorziet daarom in een belastingheffing over *valutawinsten op deelnemingen*.

Het wetsvoorstel (hierna: de Tussenregeling) heeft een bijzonder karakter. Belastingheffing over een valutawinst op een deelneming (hierna: valutawinst) zal zich ingevolge de Tussenregeling voordoen indien:

1°. een valutaverlies op een deelneming (hierna: valutaverlies) ook daadwerkelijk door een belastingplichtige ten laste van zijn fiscale winst is gebracht, en

2°. er een definitieve uitspraak van de Nederlandse belastingrechter is (al dan niet naar aanleiding van een uitspraak van het HvJ EU) dat dit valutaverlies ten laste van de fiscale winst moet kunnen komen.

De Tussenregeling belast aldus valutawinsten uitsluitend bij die belastingplichtigen "die valutaverliezen in aftrek brengen en hun claim ook gehonoreerd zien".<sup>7</sup> De toelichting voegt hier aan toe: "Voor alle duidelijkheid wordt opgemerkt dat ingeval de belastingplichtige in het ongelijk wordt gesteld en valutaverliezen niet in aftrek mogen worden gebracht, de voorgestelde regeling geen gevolgen heeft".<sup>8</sup> De Tussenregeling sluit daarmee aan bij de keuze en het feitelijk handelen van een individuele belastingplichtige en belast diens valutawinst uitsluitend indien zijn handeling (claim) - het ten laste van de winst brengen van een valutaverlies - door de rechter wordt gehonoreerd.

Samengevat en kort gezegd, bestaan er voor een belastingplichtige twee mogelijkheden. Enerzijds kan hij kiezen voor toepassing van de huidige wettelijke regeling, die door het voorstel niet wordt gewijzigd (hij laat zijn valutaverliezen en -winsten dus vallen onder de deelnemingsvrijstelling). Anderzijds kan hij kiezen voor het opzoeken van de gang naar de rechter (door een valutaverlies in aftrek te brengen) met de daarbij behorende rechtsonzekerheid gedurende de periode van de procedure, en met twee mogelijke gevolgen. Verliest hij de procedure, dan vallen zijn valutaverliezen en -winsten onder de deelnemingsvrijstelling en heeft de Tussenregeling geen gevolgen. Wint hij de procedure (zijn valutaverlies moet in aftrek komen) dan koppelt de Tussenregeling daar aan vast dat zijn valutawinsten vanaf de datum van het persbericht alsnog moeten worden belast.

De Afdeling heeft begrip voor de overweging van de regering dat het eventueel ontstaan van de mogelijkheid valutaverliezen in aftrek te brengen, vergezeld zal moeten gaan van het belasten van valutawinsten. De daartoe voorgestelde Tussenregeling geeft haar aanleiding over de modaliteiten van deze regeling het volgende op te merken.

<sup>5</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 1, eerste volle alinea, laatste twee volzinnen.

<sup>6</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 1, op twee na laatste volle alinea.

<sup>7</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 1, laatste volle alinea, eerste volzin.

<sup>8</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 1, laatste volle alinea, op twee na laatste volzin. Zie ook het persbericht (vijfde alinea), paragraaf 4 van het algemeen deel van de memorie van toelichting alsmede de artikelsgewijze toelichting (eerste volzin van de toelichting op artikel I, onderdeel B).

## 2. Belasten valutawinsten

Zoals onder punt 1 is aangegeven, hangt voor een belastingplichtige het al of niet belasten van zijn valutawinsten af van de definitieve uitkomst van een gerechtelijke procedure. Die afhankelijkheid impliceert dat de Tussenregeling tot het tijdstip waarop die definitieve uitspraak vaststaat, rechtsonzekerheid met zich brengt, althans voor die belastingplichtige die kiest voor aftrekbaarheid van valutaverliezen.

Het is niet duidelijk om welke te belasten valutawinsten het nu precies gaat. Die onduidelijkheid bestaat ook bij de regering en komt met zoveel woorden vooral tot uitdrukking in de fictiebepaling van het voorgestelde artikel 28b, vierde lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb 1969) en in de toelichting op dat lid. Die toelichting geeft aan "Zolang het HvJ EU daarover niet heeft beslist, is niet duidelijk of en welke valutaverliezen ten laste van de winst kunnen worden gebracht" en "Om overkill te vermijden is in het vierde lid geregeld dat het eerste lid niet van toepassing is op positieve valutaresultaten als vaststaat dat wanneer dit resultaat negatief zou zijn dit niet in aftrek zou kunnen komen". De wetgever creëert hier een theoretische evenwichtigheid tussen valutawinsten en valutaverliezen door te zeggen dat alleen die soorten valutawinsten belast gaan worden die overeenkomen met de soorten verliezen die aftrekbaar zullen blijken te zijn.

Bovendien moet worden afgewacht of de Tussenregeling, na het uiteindelijke oordeel van de rechter in de te voeren procedures, wel ongewijzigd in stand kan blijven. De afhankelijkheid van de definitieve uitkomst van toekomstige rechtspraak impliceert immers dat bij de vormgeving van de Tussenregeling geen rekening is gehouden (en per definitie ook niet kan worden gehouden) met eventuele nuanceringen in die rechterlijke uitspraak. Deze nuanceringen zouden ertoe kunnen leiden dat de Tussenregeling achteraf niet juist blijkt te zijn en alsnog moet worden genuanceerd en aangepast.

De Afdeling merkt op dat op deze punten eerst zekerheid zal bestaan indien de rechter zijn definitieve oordeel heeft uitgesproken in een procedure die een belastingplichtige voert over de aftrekbaarheid van een valutaverlies.

Zowel het persbericht<sup>9</sup> als het algemeen deel van de memorie van toelichting<sup>10</sup> gaan ervan uit dat de vraag of het valutaverlies van een belastingplichtige ten laste van zijn fiscale winst moet komen, zal worden voorgelegd aan het HvJ EU. Ook de artikelsgewijze toelichting geeft aan dat het in aftrek toelaten van een valutaverlies afhangt van "de jurisprudentie van het HvJ EU".<sup>11</sup> Terecht is niet gespecificeerd dat deze jurisprudentie door een Nederlandse rechter dient te worden ingeleid. Gelet op het onderwerp kunnen immers ook vragen worden voorgelegd door een rechter in een andere (EU) staat, waar een soortgelijke regeling als de regeling voor de valutaresultaten in de deelnemingsvrijstelling ter discussie staat.<sup>12</sup> Het HvJ EU zou, naast een prejudiciële uitspraak, ook een uitspraak kunnen doen naar aanleiding van een ingebrekestelling door de Europese Commissie. In zo'n procedure zou de Europese Commissie, mede gelet op de uitspraak van het HvJ EU in de zaak

<sup>9</sup> Vijfde alinea.

<sup>10</sup> Paragraaf 1, laatste en voorlaatste alinea.

<sup>11</sup> Toelichting op artikel 1, onderdeel B, eerste volzin; zie ook de voorlaatste volzin van deze toelichting.

<sup>12</sup> De Afdeling wijst erop dat ook nog een mogelijkheid is dat het EFTA Court een uitspraak doet of dat het, in een procedure waar een niet-EUlidstaat bij betrokken is, zou kunnen gaan om het vrij verkeer van kapitaal.

Deutsche Shell, tot actie overgaan indien zij van oordeel zou zijn dat de Nederlandse belastinginspecteur de bepalingen over het vrij verkeer van vestiging onjuist toepast. Het is onzeker wanneer de "jurisprudentie van het HvJ EU" definitief vaststaat.

Uit de toelichting komt niet duidelijk naar voren waarom is gekozen voor een regeling met deze onzekerheden voor een belastingplichtige en of is overwogen om aan belastingplichtigen een keuzemogelijkheid te bieden om valutaresultaten (positief én negatief) buiten de deelnemingsvrijstelling te houden op een wijze die los staat van de uitkomst van te voeren procedures. Daarmee zou geen onzekerheid bestaan over het antwoord op de vraag welke valutaverliezen aftrekbaar zijn en welke valutawinsten belast.

Evenmin wordt in de toelichting ingegaan op de vraag in hoeverre er ten gevolge van het arrest van het HvJ EU in de zaak Deutsche Shell in andere lidstaten (dan wel, gelet op het vrij verkeer van kapitaal, met derde landen) vergelijkbare problemen spelen en, zo ja, wat daar de stand van zaken van eventuele procedures is, dan wel hoe die problemen daar zijn opgelost. Informatie daarover is van belang omdat, zoals de zaak Deutsche Shell leert, wellicht langs die weg antwoorden kunnen worden gevonden.

De Afdeling adviseert in de memorie van toelichting op deze aspecten in te gaan en daarmee uitgebreider te motiveren waarom is gekozen voor de in het wetsvoorstel vormgegeven Tussenregeling.

### 3. Wettelijke vormgeving

Zoals in punt 1 is aangegeven is het oogmerk van de Tussenregeling om aan te sluiten bij de keuze en het feitelijk handelen van een individuele belastingplichtige en bij het door de rechter honoreren van diens claim. De Afdeling merkt het volgende op over de wettelijke vormgeving van de Tussenregeling.

a. Gelet op het oogmerk van de Tussenregeling om voor het belasten van valutawinsten aan te sluiten bij de keuze en het feitelijk handelen van een individuele belastingplichtige, behoeft de formulering van het voorgestelde artikel 28b, eerste lid, van de Wet Vpb 1969 verduidelijking. De zinsnede "Indien [...] een negatief valutaresultaat [...] ten laste van de winst komt, of is gekomen" suggereert dat al direct bij de inwerkingtreding van de Tussenregeling (en met terugwerkende kracht tot de datum van het persbericht) een negatief valutaresultaat wettelijk ten laste van de winst mag "komen".<sup>13</sup> En dat is niet het geval en evenmin beoogd. Van het objectief ten laste van de winst "komen" van een valutaverlies zal pas sprake kunnen zijn indien uiteindelijk de rechter definitief daartoe beslist. Het gebruik van de woorden "daadwerkelijk" en "brengen" in persbericht en artikelsgewijze toelichting is hier van belang. Zij hebben een andere betekenis dan "komen", en geven aan hoe een belastingplichtige feitelijk handelt.

De Afdeling adviseert de tekst van artikel 28b, eerste lid, van de Wet Vpb 1969 in overeenstemming te brengen met het oogmerk van de Tussenregeling.

b. Zoals ook in punt 1 is aangegeven zal er ingevolge de Tussenregeling pas sprake kunnen zijn van belastingheffing over een valutawinst indien een belastingplichtige daadwerkelijk een valutaverlies ten laste van zijn winst brengt. Gelet

<sup>13</sup> Gewezen zij hier bijvoorbeeld op artikel 9 van de Wet Vpb 1969 waarvan de tekst luidt "Bij het bepalen van de winst komen mede in aftrek:".

daarop is het niet duidelijk of de Tussenregeling ook geldt indien een belastingplichtige zich bij zijn aangifte in eerste instantie aan het deelnemingsregime houdt (en dus een valutaverlies niet ten laste van zijn fiscale winst brengt) maar vervolgens bezwaar maakt tegen de opgelegde aanslag.

De Afdeling adviseert hier duidelijkheid over te bieden en het wetsvoorstel zo nodig aan te vullen.

c. Ook het oogmerk van de Tussenregeling om uitsluitend een valutawinst te belasten in de situatie waarin de rechter het in aftrek brengen van een valutaverlies honoreert, komt niet tot uitdrukking in de voorgestelde tekst van artikel 28b, eerste lid, van de Wet Vpb 1969.

De Afdeling adviseert de tekst van artikel 28b, eerste lid, van de Wet Vpb 1969 in overeenstemming te brengen met het oogmerk van de Tussenregeling.

#### 4. Terugwerkende kracht

Artikel II van het wetsvoorstel bepaalt dat de Tussenregeling in werking treedt met ingang van de dag na de dag van uitgifte van het Staatsblad waarin de wet wordt geplaatst, en terugwerkt tot en met vrijdag 8 april 2011, 17.00 uur (het tijdstip van aankondiging van het wetsvoorstel in het persbericht). Onder de omstandigheden zoals onder punt 1 verwoord, worden vanaf dit tijdstip gerealiseerde valutawinsten belast. Voor het geval ervan moet worden uitgegaan dat de Tussenregeling (per saldo) leidt tot een verzwaring van de belastingheffing, merkt de Afdeling het volgende op. Zoals de Raad van State al eerder heeft opgemerkt<sup>14</sup>, dient aan belastingmaatregelen die een verzwaring van de belastingheffing inhouden geen terugwerkende kracht te worden gegeven, tenzij bijzondere omstandigheden een afwijking van deze regel rechtvaardigen. Die omstandigheden kunnen worden gevormd door een omvangrijk oneigenlijk gebruik of misbruik van een wettelijke voorziening of door aanmerkelijke aankondigingseffecten. Bij een eventuele terugwerkende kracht dient de maatregel voor belastingplichtigen in elk geval voldoende kenbaar te zijn.

##### *omvangrijk oneigenlijk gebruik of misbruik*

Van oneigenlijk gebruik of misbruik zal naar het oordeel van de Afdeling in casu geen sprake kunnen zijn.

##### *aanmerkelijke aankondigingseffecten*

Zonder de terugwerkende kracht bestaat er vrees voor anticipatiegedrag bestaande uit het voorkomen van heffing over valutawinsten, namelijk door deelnemingen - op of vóór de dag van uitgifte van het Staatsblad waarin de wet wordt geplaatst - over te dragen aan een concernlichaam<sup>15</sup> dat in Nederland is gevestigd. Uit de toelichting komt niet naar voren in hoeverre sprake zou kunnen zijn van aanmerkelijke aankondigingseffecten. Zo is onduidelijk hoeveel gevallen het betreft en in welke omvang die gevallen zich zullen kunnen voordoen.

##### *voldoende kenbaarheid*

Zo terugwerkende kracht op basis van een toets aan vorenstaande criteria gerechtvaardigd moet worden geacht, dient het voorstel bovendien voldoende kenbaar te zijn. Die kenbaarheid dient zodanig te zijn dat "de marktdeelnemers die de economische handelingen waarop de wet doelt verrichten, van de komende

<sup>14</sup> Voor een meer uitvoerige uiteenzetting zij verwezen naar Kamerstukken II 1994/95, 24 172, A, punten 1 en 2.

<sup>15</sup> Artikelsgewijze toelichting op artikel II.

vaststelling van deze wet en de voorgenomen terugwerkende kracht op zodanige wijze in kennis zijn gesteld dat zij in staat zijn te begrijpen welke gevolgen de voorgenomen wetswijziging voor hun handelingen heeft".<sup>16</sup> De kenbaarheid van de voorstellen zal moeten volgen uit het persbericht van 8 april 2011. Belastingplichtigen zullen aan de hand van het persbericht de vraag moeten kunnen beantwoorden wat de fiscale gevolgen zijn van de verkoop van een deelneming met latente valutawinst.

Uit het persbericht volgt niet of alleen de valutawinst van de deelneming waarop het verlies is geleden in de heffing wordt betrokken, of de valutawinst van alle deelnemingen. Ook is niet duidelijk welke valutawinsten belast gaan worden, aangezien nog niet vaststaat welke valutaverliezen volgens de definitieve rechterlijke uitspraak ten laste van de winst moeten worden gebracht.<sup>17</sup>

De Afdeling adviseert om op de genoemde aspecten in te gaan, daarbij in het bijzonder aandacht te besteden aan de rechtsonzekerheid die vanaf de datum van het persbericht tot het tijdstip van de definitieve rechterlijke uitspraak zal bestaan met betrekking tot de vraag welke valutawinsten belast gaan worden en welke niet, en zo nodig het voorstel aan te passen.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De vice-president van de Raad van State,

---

<sup>16</sup> HvJ EG 26 april 2005, nr. C-376/02 (Stichting Goed Wonen II, BNB 2008/36c\*).

<sup>17</sup> Verwezen zij hier naar hetgeen onder punt 2 hiervoor is opgemerkt.