

Valutaverliezen en deelnemingsvrijstelling: een belemmering?

**Door: Drs. D.J. Dragt,
Post-Master directe belastingen 2013**

Inhoudsopgave

1. Inleiding.....	2
2. Bedrijfseconomische betekenis van valutarisico's	2
3. Invloed van de winstbelasting op de waarde van de onderneming	4
4. Fiscale behandeling van valutaresultaten in Nederland	6
4.1. Valutaresultaten van vaste inrichtingen	
4.2. Valutaresultaten van deelnemingen	
5. Arrest HvJ EU C-293/06.....	7
5.1. Samenvatting van de feiten	
5.2. Prejudiciële vragen	
5.3. Conclusie A-G Sharpston, discriminatie en/of belemmering	
5.4. Beslissing van het Hof	
5.5. Relatie tot Marks & Spencer II	
5.6. Is sprake van een dispariteit?	
6. Deelnemingen versus vaste inrichtingen.....	16
7. Conclusies	19
8. Aanbeveling	20
Literatuurlijst	21

1. Inleiding

Deze verhandeling bespreekt de mogelijke gevolgen van het arrest van het HvJ EU van 28 februari 2008, “Deutsche Shell” voor de Nederlandse fiscale wettelijke bepalingen, in het bijzonder voor de deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting. Hoewel het Ministerie van Financiën zich op het standpunt stelt dat er geen gevolgen zijn, is toch zekerheidshalve besloten om een bepaling op te nemen in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, te weten artikel 28b, die beoogt te voorkomen dat een situatie ontstaat die vergelijkbaar is met die, gedurende de periode voorafgaand aan het Bosal arrest¹. In die periode kon een belastingplichtige zogenaamde art. 13, lid 1 kosten in aftrek brengen, met een beroep op strijdigheid van die bepaling met Europese recht, terwijl eventuele positieve “artikel 13, lid 1” resultaten, met name valutawinsten op “artikel 13, lid 1” leningen, onbelast bleven met een beroep op de wet.

In hoofdstuk 2 wordt om te beginnen aandacht besteed aan de bedrijfseconomische betekenis van valutarisico's, die een vennootschap gaat lopen wanneer een onderneming wordt gestart in een niet-euro omgeving. In hoofdstuk 3 is vervolgens de vraag aan de orde welke invloed uitgaat van de fiscale behandeling van de valutaresultaten die het gevolg zijn van de gelopen risico's. Wat is het bedrijfseconomische onderscheid tussen de situatie dat deze resultaten in de grondslag voor de winstbelasting worden begrepen of dat ze worden genegeerd?

In hoofdstuk 4 volgt een beschrijving van de fiscale behandeling zoals we die in Nederland kennen van valutaresultaten, voortkomend uit vaste inrichtingen enerzijds en valutaresultaten die opkomen uit deelnemingen.

Hoofdstuk 5 behandelt het arrest Deutsche Shell. Allereerst wordt kort aandacht besteed aan de feiten die ten grondslag liggen aan het geschil zoals dat in eerste instantie is voorgelegd aan de Duitse rechter. Hierna volgt een beschrijving van de prejudiciële vragen die door het Hamburgs Finanzgericht zijn gesteld aan het HvJ EU. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de conclusie van A-G Sharpston, in het bijzonder voor zover het daarbij gaat over de vraag of sprake is van discriminatie. Na bespreking van de beslissing van het HvJ EU volgt een vergelijking met het arrest Marks & Spencer II. Daarbij wordt een opsomming gegeven van de verschillen en wordt ingegaan op de noot van Wattel bij onder andere dat arrest. Ten slotte komt de vraag aan de orde of er in de casus Deutsche Shell sprake is van een zogenaamde dispariteit.

Omdat het arrest Deutsche Shell ziet op vaste inrichtingen en de probleemstelling de behandeling betreft van deelnemingen wordt in hoofdstuk 6 een vergelijking gemaakt tussen beide vormen waarin een vennootschap in het buitenland ondernemingsactiviteiten kan ontwikkelen. Daarbij wordt een onderscheid geconstateerd tussen deelnemingen waarin de vennootschap een controlerend belang heeft en deelnemingen waarbij daarvan geen sprake is.

Ten slotte worden in hoofdstuk 7 een aantal conclusies getrokken en wordt in hoofdstuk 8 een aanbeveling gedaan.

¹ HvJ EU 18 september 2003, C-168/01

2. Bedrijfseconomische betekenis van valutarisico's

Binnen de Europese Unie hebben een groot aantal landen (17) de euro als betaalmiddel, een aantal landen (10) niet, bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk, Zweden en Denemarken. Bij een grensoverschrijdende ondernemingsactiviteit, waarbij een vennootschap, gevestigd in een euroland een onderneming start in een niet-euro (maar wel EU) land ontstaat er een valutarisico. Dit geldt zowel wanneer de ondernemingsactiviteiten worden uitgeoefend in de vorm van een vaste inrichting als in de vorm van een deelneming.

De vorm waarin deze risico's zich manifesteren is divers. Om in het niet-euro land effectief te kunnen ondernemen zullen er vorderingen en schulden worden aangegaan in lokale valuta, er zullen handelstransacties worden afgewikkeld in lokale valuta en er zal, normaal gesproken, winstbelasting verschuldigd zijn die wordt berekend in lokale valuta en in diezelfde valuta moeten worden afgedragen.

Het risico wat hierdoor wordt gelopen is dat door een verandering van de wisselkoers van de lokale valuta ten opzichte van de euro resultaten ontstaan dan wel anders uitpakken. Een voorbeeld van een resultaat dat ontstaat ten gevolge van een wisselkoersverandering is de waarde mutatie die een banktegoed, een vordering of een schuld ondergaat. Daarnaast kan een verkooptransactie een hoger of lager resultaat geven omdat er tussen het moment dat de overeenkomst wordt gesloten en het moment dat de koopsom (in lokale valuta) wordt ontvangen deze valuta een waardeverandering ten opzichte van de euro ondergaat.

Een onderneming kan worden geconfronteerd met uiteenlopende risico's: afnemers die niet betalen, risico's in de productieprocessen, waardoor producten van onvoldoende kwaliteit zijn, brand, inbraak, uitval van personeel, enz. Al deze risico's hebben gemeen dat ze een eenzijdige kans op nadeel geven. Dit in tegenstelling tot valutarisico's, die tot een verlies maar ook tot een winst kunnen leiden.

Toch wordt ook een valutarisico negatief gewaardeerd. Aangenomen dat de ondernemingsactiviteit zich niet uitstrekt tot valutaspeculatie², dan brengt de kans op valutakoerswijzigingen een onzekerheid met zich mee die als ongewenst wordt ervaren. Sterker nog, de waarde van een onderneming wordt er negatief door beïnvloed.

Een algemeen erkende manier om de waarde van een onderneming te berekenen is de zogenaamde "discounted cash flow (DCF) methode". Die komt in het kort op het volgende neer. Er wordt een prognose gemaakt, over een zekere periode van (stel) 15 jaar, van de toekomstige kasontvangsten uit de onderneming, met als sluitstuk de restwaarde van de onderneming na 15 jaar. Deze verwachte kasontvangsten worden contant gemaakt en bij elkaar opgeteld, waarmee de waarde van de onderneming is berekend.

Bij de berekening van de contante waarde van de diverse, toekomstige kasontvangsten gebruikt men een disconteringsvoet. Deze is samengesteld uit twee elementen: een risicoloze vergoeding, die enkel ziet op het feit dat bedragen niet nu worden ontvangen maar op enig moment in de toekomst; een rentevergoeding enkel gebaseerd op het tijdsverloop tussen de investering en de daaruit voortkomende cash flow.

² In dat geval worden de waardemutaties van de vreemde valuta en de daarbij behorende risico's gezien als een mogelijkheid om winst te maken; van een negatieve appreciatie is dan uiteraard geen sprake.

Daarnaast zullen de vermogensverschaffers een vergoeding wensen voor de risico's die zij lopen met hun investering. Dit geldt zowel voor de verstrekkers van vreemd vermogen als voor die van eigen vermogen, hoewel die overigens wel ieder een eigen risicoprofiel hebben.

Het lopen van valutarisico is een factor die, zowel bij de verstrekkers van vreemd als bij die van eigen vermogen, zal leiden tot een hogere gevraagde risico opslag. Aangezien de disconteringsvoet die wordt gehanteerd bij de discounted cash flow methode een gewogen gemiddelde is van de gewenste vergoeding voor zowel de verschaffers van eigen als van vreemd vermogen, zal door het bestaan van een valutarisico de disconteringsvoet stijgen. Uiteindelijk heeft dit tot gevolg dat de onderneming, waarmee een valutarisico wordt gelopen, een lagere waardering krijgt dan een (overigens identieke) onderneming, die wordt gedreven zonder valutarisico³.

Het beperken van de valutarisico's, door ze af te dekken bijvoorbeeld, zal om die reden leiden tot een hogere waarde van de onderneming.

Duffhues⁴ merkt hierover op:

“het risicoprofiel van de onderneming wordt doorgaans verbeterd wanneer valutarisico's worden afgedekt. Hiervan kan een gunstig effect uitgaan op de (contante waarde van de) verwachte kasstromen, doordat de vermogensverschaffers, (...) een lagere risicopremie eisen van de onderneming.”

3. Invloed van de winstbelasting op de waarde van de onderneming

In volgende hoofdstukken zal de fiscale behandeling van valutarisico's, gelopen met vaste inrichtingen en deelnemingen, meer in detail aan de orde komen. Voor de vraag, welke invloed de behandeling van valutaresultaten in de winstbelasting heeft op de waarde van de onderneming, is het volgende van belang.

Allereerst is het belangrijk om nogmaals op te merken dat het hier in het bijzonder gaat om valutarisico's, gelopen door een (rechts)persoon, die gevestigd is in een EU-land dat tot de groep eurolanden behoort en die in een EU-land, niet euroland, een onderneming gaat drijven door middel van een vaste inrichting dan wel een dochtervennootschap. De buitenlandse onderneming handelt overwegend in de lokale valuta. Het gevolg hiervan is dat er in het land van vestiging geen valutaresultaten zichtbaar zijn en die zullen bij het bepalen van de omvang van de verschuldigde winstbelasting dan ook niet in aanmerking genomen worden.

In het land waar het hoofdhuis of de moeder is gevestigd zijn de valutaresultaten commercieel relevant. Dat wil zeggen dat ze, in positieve of negatieve zin, tot uitdrukking komen in het commerciële resultaat. Daarnaast kan het zijn dat ze in de fiscale winst tot uitdrukking komen, zoals dat in Nederland het geval is bij de valutaresultaten, behaald met

³ Het wellicht merkwaardige fenomeen doet zich voor dat de buitenlandse onderneming, actief in een niet-euro omgeving, als zodanig geen gevolgen ondervindt van het koersrisico. Een lokale ondernemer constateert dus geen extra risico, noch een lagere –theoretische- waarde. De lagere waarde ondervindt slechts het hoofdhuis / de aandeelhouder, op de lokale euromarkt.

⁴ Drs. P.J.W. Duffhues, Ondernemingsfinanciering en vermogensmarkten 2, Wolters-Noordhof, tweede druk, pag. 651.

vaste inrichtingen, of dat ze niet in de fiscale winst worden meegenomen, zoals in Nederland bij de deelnemingsvrijstelling.

Wanneer de valutaresultaten van vaste inrichtingen of buitenlandse deelnemingen tot uitdrukking komen in de bepaling van de verschuldigde winstbelasting van het hoofdhuis of de aandeelhouder, dan is er de facto sprake van een gedeeltelijke afdekking van het valutarisico.

Wanneer het vestigingsland van het hoofdhuis of de aandeelhouder een winstbelastingtarief kent van 25 %, dan zal er bij een valutawinst van 100 voor belasting een winst na belasting resteren van 75. Omgekeerd zal een verlies voor belasting van 100 resulteren in een verlies na belasting van 75. Het risico is dus feitelijk voor 25 % afgedekt.

In het vorige hoofdstuk is betoogd dat het bestaan van een valutarisico in het algemeen leidt tot een lagere waarde van de onderneming die dat risico met zich meebrengt. Daarnaast zal het afdekken van dat risico gewoonlijk een waardevermeerdering teweeg brengen; de vermogensverschaffers vragen een lagere risicopremie. De gedeeltelijke afdekking van het valutarisico, die het gevolg is van een fiscaal regime waarbij de valutaresultaten in aanmerking worden genomen bij de moeder of het hoofdhuis, heeft dus in zekere mate een waardeverhoging van het concern tot gevolg⁵. Beter gezegd: wanneer de valutaresultaten fiscaal in aanmerking worden kunnen genomen vermindert dat de waardedaling, die het gevolg is van het valutarisico.

Sanders en Stevens⁶ lijken hier anders over te denken. In een artikel over de zogenaamde “tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen”⁷, artikel 28b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, wordt onder punt 3.1 onder andere opgemerkt:

“Het buiten de deelnemingsvrijstelling houden van valutaverliezen als valutawinsten is uiteraard EU-rechtelijk de meest logische oplossing, maar is niet in het belang van veel belastingplichtigen en derhalve ook niet goed voor de concurrentiepositie van Nederland. Belangrijkste bezwaar tegen een dergelijke regeling is dat de belastingplichtigen geconfronteerd worden met een moeilijk beheersbare fiscale exposure, die in veel gevallen commercieel niet gehedged behoeft te worden.”

Deze passage is moeilijk te doorgronden. Wellicht dat de “fiscale exposure” dus de te betalen of terug te ontvangen belasting indien zich een valutaresultaat voordoet, geïsoleerd wordt beschouwd. Een deelnemingsvrijstelling die alle resultaten, behaald met de deelneming (dus inclusief valutaresultaten) omvat, is fiscaal altijd neutraal en onzichtbaar. Door nu de valutaresultaten zichtbaar te maken zal er inderdaad een positie ontstaan. Tocht lijkt het juist om die positie in samenhang te bezien met het resultaat waarop die positie betrekking heeft. Gecombineerd beschouwd geeft het valutaresultaat, na belasting, dan juist een minder onbeheersbare exposure.

⁵ Bij een valutaverlies krijg je als het ware een stukje vergoed van de fiscus, bij een valutawinst moet je een stukje afstaan aan de fiscus. De resultaten worden dus gedempt.

⁶ Mr. M. Sanders en prof. Mr. A.J.A. Stevens: De tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen, WFR 2011/1290

⁷ Opgenomen in art. 28b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969

4. Fiscale behandeling van valutaresultaten in Nederland

4.1. Valutaresultaten van vaste inrichtingen

In 1960⁸ heeft de Hoge Raad uiteen gezet hoe om te gaan met de resultaten van vaste inrichtingen bij de bepaling van de in Nederland verschuldigde winstbelasting.

De HR constateert dat er twee manieren zijn om de winst van een vaste inrichting te berekenen. De eerste manier is om die winst zelfstandig te berekenen, in lokale valuta en die winst om te rekenen in guldens (de feiten deden zich voor in het jaar 1950), gebaseerd op de aan het einde van het jaar geldende koers. De tweede manier is om de winst te bepalen als onderdeel van de totale winst van de Nederlandse vennootschap, waarbij steeds direct alle posten worden omgerekend in guldens.

Een eenvoudig voorbeeld om het verschil te demonstreren: stel de vaste inrichting bestaat slechts uit een vordering van € 1.000⁹, die een rente geeft van 5% per jaar. De koers van de euro aan het begin van het jaar is € 1 per eenheid, aan het einde van het jaar is de koers € 0,90 per eenheid. De vaste inrichtingswinst, berekend op basis van de eerste manier is € 45 (5% van 1.000, is 50 lokale eenheid * € 0,90). De winst berekend op de tweede manier bedraagt -/- € 55.

Uit dit voorbeeld blijkt duidelijk het verschil tussen beide manieren: Daar waar in de eerste berekening een winst wordt getoond van € 45, leidt de tweede berekening tot een verlies van € 55. Het verschil is uiteraard € 100, zijnde het (ongerealiseerde) valutaverlies, geleden op de vordering (€ 1.000 * (1 -/ 0,9)). Bezien vanuit het land waar de vaste inrichting is gevestigd is er een (rente)winst gerealiseerd en verder niets, Vanuit het Nederlandse hoofdhuis is er per saldo een verlies gerealiseerd, doordat de waardedaling van de vordering de rentebate heeft overtroffen.

De HR omschrijft het doel van de eenzijdige regeling ter voorkoming van dubbele belasting:

“zijnde de voorkoming van dubbele belasting, (waarbij) de buitenlandse bedrijfswinst niet hoger, maar ook niet lager moet worden gesteld dan de winst, die in het buitenland tot uiting komt of kan komen, en die aldaar dus in beginsel in een naar de winst geheven belasting kan worden betrokken (...).”

Kortom: de valutawinsten en –verliezen die een Nederlands hoofdhuis behaalt / leidt met een vaste inrichting maken geen deel uit van de vrij te stellen winst maar dienen tot uitdrukking te komen in de in Nederland te belasten winst.

4.2. Valutaresultaten van deelnemingen

Voor de behandeling van valutaresultaten, behaald met deelnemingen, is door de HR een cruciaal arrest geweest in 1982¹⁰.

Belanghebbende voert een aantal argumenten aan om de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing te laten zijn op valutaresultaten:

⁸ Hoge Raad 4 mei 1960, nr. 14218, BNB 1960/163

⁹ Het moge duidelijk zijn dat het enkel aanhouden van een vordering in beginsel geen vaste inrichting zal doen ontstaan.

¹⁰ Hoge Raad 9 juni 1982, nr. 21.142, BNB 1982/230

“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.

(...)

Zowel bij de buitenlandse vaste inrichting als bij de buitenlandse dochteronderneming is gezocht naar een stelsel, waarbij het probleem van de dubbele belasting wordt opgelost. Niet valt in te zien waarom deze gelijkgerichte uitwerking van het probleem van dubbele belasting zich niet tevens zou uitstrekken tot valutaverschillen.”

Kortom, belanghebbende doet een expliciet beroep op BNB 1960/163 en een beroep op de Hoge Raad om dezelfde redenering toe te passen bij deelnemingen. De Hoge Raad gaat hier echter niet op in:

“(...) 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 zodanig uitzondering heeft beoogd;”

Kort samengevat beroept de Hoge Raad zich dus op de tekst van de Wet, in combinatie met de wetsgeschiedenis. Nootboom gaat in zijn noot bij dit arrest nader in op de wetsgeschiedenis, waaruit hij, met de Hoge Raad, afleidt dat de wetgever geen uitzondering heeft beoogd ten aanzien van waardemutaties van deelnemingen die het gevolg zijn van valutakoersmutaties. Daarnaast merkt hij echter wel op:

“De door belanghebbende opgezette redenering – gebaseerd op deze grondmotieven- is bepaald niet ontbloomt van scherpzinnigheid.”

In 1977¹¹ had de HR overigens al beslist dat ook valutaresultaten, behaald met uit deelnemingen ontvangen dividenden, onder de werking van de deelnemingsvrijstelling gebracht moesten worden. Het ging daarbij om een koersresultaat op een dividend, luidende in lt. lires, ontstaan door een koersdaling die zich voordeed in de periode tussen de toekenning van het dividend en de uitbetaling daarvan.

5. Arrest HvJ EU C-293/06¹²

5.1. Samenvatting van de feiten

¹¹ Hoge Raad 20 april 1977, nr. 18.065, BNB 1977/162

¹² Arrest gewezen op 28 februari 2008 C-293/06, BNB 2009/84, met noot van Wattel

Deutsche Shell GmbH (“GmbH”), een rechtspersoon gevestigd in Duitsland, opende in 1974 een vaste inrichting in Italië. Vanuit de Italiaanse vaste inrichting werd aardolie en aardgas geëxploreerd en geëxploiteerd. In 1992 is de vaste inrichting beëindigd. De activa en passiva zijn ingebracht in een dochtervennootschap, die vervolgens is verkocht aan een derde.

Bij de start van de vaste inrichting heeft GmbH kapitaal ter beschikking gesteld, in de vorm van een bedrag aan Italiaanse lire. In de stukken wordt dit kapitaal aangeduid als “dotatiekapitaal”. Tussen 1974 en 1991 zijn winsten “overgemaakt” naar het hoofdhuis en afgeboekt van het dotatiekapitaal¹³.

Na inbreng, in 1992, van alle activa en passiva in een 100% dochtervennootschap resteerde een bedrag aan It. Lire. Dit bedrag werd “gerepatriëerd”¹⁴ naar het hoofdhuis, GmbH, in Duitsland. Waarschijnlijk betekent dit niet veel meer dan dat de “Italiaanse” bankrekening met het lire tegoed werd opgeheven en het resterende saldo werd overgemaakt op een Duitse bankrekening, luidende in D-mark. Met de inbreng van activa en passiva in de dochtervennootschap eindigde uiteraard het bestaan van de vaste inrichting.

Uit de feiten valt op te maken dat er van het resterende dotatiekapitaal nog een bedrag resteerde (dus na afboekingen van behaalde winsten) van ITL 83,7 mrd. Bij beëindiging van de vaste inrichting in 1992 stond er op de Italiaanse bankrekening nog een bedrag van ITL 104,3 mrd.

In ITL gemeten had de vaste inrichting dus een winst behaald, er kwamen meer ITL uit dan er waren geïnvesteerd. Gemeten in DEM echter was het resultaat negatief: de tegenwaarde van het (resterende) dotatiekapitaal, gemeten in DEM op het moment dat het geld op de Italiaanse rekening werd gezet, dus in 1974, bedroeg DEM 234,6 mio. Het bedrag aan ITL dat in 1992 op de Duitse bankrekening werden teruggestort bedroeg, uiteraard tegen de koers op dat moment, DEM 139,5 mio. In dit bedrag, zijnde de tegenwaarde van ITL 104,3 mrd, is een bedrag begrepen van DEM 111,9 mio aan “terug storting dotatiekapitaal”, zijnde de tegenwaarde van ITL 83,7 mrd.

Kortom, in Italiaanse lire gemeten werd een winst behaald van ITL 20,6 mrd. In Duitse marken gemeten werd een verlies geleden van DEM 234,6 mio -/- DEM 139,5 mio = DEM 95,1 mio. Dit verlies is opgebouwd uit een exploitatiewinst van DEM 139,5 -/- DEM 111,9 mio = DEM 27,6 mio. Anderzijds is een koersverlies geleden, door de waardedaling van de lire, vastgelegd in het “dotatiekapitaal” van DEM 122,7 mio.

Duidelijk is dat hier precies de situatie aan de orde is als die hiervoor, in punt 4.1, in een voorbeeld is uitgewerkt.

Bij de heffing van winstbelasting in Italië werd (uiteraard) geen rekening gehouden met het koersverlies. Dat was eenvoudigweg non-existent in Italië.

Bij de heffing van winstbelasting van GmbH in Duitsland werd aftrek ter voorkoming van dubbele belasting gegeven over de met de Italiaanse vaste inrichting behaalde winst, inclusief het geleden koersverlies. Deze aftrek werd gebaseerd op het Duits/Italiaanse belastingverdrag ter voorkoming van dubbele belasting uit 1925.

¹³ De woorden dotatiekapitaal en overgemaakt zijn tussen aanhalingstekens geplaatst omdat een en ander zich afspeelt binnen één en dezelfde rechtspersoon en dan kan van het doteren van kapitaal en het overmaken van winsten natuurlijk geen sprake zijn.

¹⁴ Zie vorige voetnoot

GmbH wenste bij de bepaling van de hoogte van de te betalen Duitse winstbelasting dat rekening werd gehouden met het geleden koersverlies. De Duitse fiscus weigerde dit en werd hierin gesteund door het Finanzamt. Vervolgens werd de vraag voorgelegd aan het Finanzgericht Hamburg.

5.2. Prejudiciële vragen

Het Hamburgs Finanzgericht twijfelde of de uitleg die het Finanzamt had gegeven aan de Duitse belastingwet en aan het Duits/Italiaanse belastingverdrag niet in strijd was met artikel 43 EG juncto artikel 48 EG¹⁵ en stelde een tweetal prejudiciële vragen aan HvJ EU. In essentie zijn deze vragen als volgt samen te vatten:

- a) Is het in strijd met art. 43 jo 48 EU dat Duitsland, als lidstaat van oorsprong, een wisselkoersverlies buiten aanmerking laat bij de bepaling van de belastbare winst van het hoofdhuis, hoewel datzelfde verlies niet kan worden opgenomen in de Italiaanse fiscale winst (van de vaste inrichting) en derhalve noch in de lidstaat van oorsprong noch in de lidstaat van de vaste inrichting in aanmerking genomen wordt?
- b) Zo ja, is het dan in overeenstemming met art. 43 jo 48 EU dat het valutaverlies slechts in Duitsland in aanmerking genomen wordt voor zover uit de Italiaanse vaste inrichting geen belastingvrije winst is verkregen?

De tweede vraag ziet op de situatie, en die speelt in casu ook, dat een valutaverlies optreedt in combinatie met een exploitatiewinst. De vraag is eigenlijk of het is toegestaan om deze resultaten eerst te salderen en vervolgens pas een verlies in aftrek toe te laten wanneer de valutaverliezen de exploitatiewinsten overtreffen en dan slechts voor het saldobedrag. Indien het valutaverlies kleiner is dan de exploitatiewinst dan zou dus in het geheel geen fiscale last behoeven te worden geaccepteerd.

5.3. Conclusie A-G Sharpston, discriminatie en/of belemmering

Op 8 november 2007 heeft A-G HvJ EG Sharpston geconcludeerd in de casus C-293/06¹⁶. Een heel interessante kwestie die in de conclusie wordt aangesneden is of er in het Duitse recht, zoals hier toegepast en (in ieder geval geaccordeerd door het Finanzamt) sprake is van discriminatie.

“27. Evenmin is het aanvechtbaar dat, hoewel de bepalingen betreffende de vrijheid van vestiging volgens hun bewoordingen er vooral toe strekken de gelijke behandeling van buitenlandse vennootschappen in de lidstaat van ontvangst te garanderen, zij voor de lidstaat van oorsprong niettemin ook een verbod inhouden om de vestiging van een naar zijn recht opgerichte en onder de definitie van artikel 48 EG vallende vennootschap in een andere lidstaat te bemoeilijken.

28. Een mogelijke benadering van de prejudiciële verwijzing is, na te gaan of moedermaatschappijen in een dergelijke situatie, vergeleken met de behandeling van een passend vergelijkingspunt, worden gediscrimineerd. Een andere en misschien eenvoudiger benadering is, na te gaan of het Duitse recht de vrijheid van vestiging beperkt en, zo ja, of dit gerechtvaardigd is.

(...)

29. De verwijzingsbeschikking van het Finanzgericht vergelijkt de situatie van verzoekster (...) met de situatie van een hypothetische Duitse moedermaatschappij die DEM gebruikt, die een Duitse (sic) vestiging heeft opgericht die ITL (...) gebruikt. Het Finanzgericht wijst

¹⁵ Thans: art. 49 juncto art. 54 VWEU, onderdeel van hoofdstuk 2, het recht van vestiging.

¹⁶ Onder andere gepubliceerd in V-N 2008/2.22

erop dat het wisselkoersverlies in het kader daarvan aftrekbaar zou zijn. Het lijkt evenwel ook te aanvaarden dat er mogelijkwijs geen vergelijkbare interne situatie is, aangezien een Duits filiaal nooit dotatiekapitaal in vreemde valuta zou krijgen.”

(...)

35. Hoewel een lang debat over discriminatie academisch en intellectueel zeer interessant is, lijkt het mij in de omstandigheden van de onderhavige zaak niet nodig. Voor de beantwoording van de prejudiciële vraag van het Finanzgericht acht de Commissie het niet beslissend of er discriminerende behandeling is geweest, maar of het Duitse recht leidt tot een situatie die beperkend werkt voor degenen die hun vrijheid van vestiging willen uitoefenen.

39. Ik ben het daarmee eens.”

Hier worden twee interessante vraagstukken benoemd: is het voor een eventuele strijdigheid met de vrijheid van vestiging noodzakelijk dat sprake is van discriminatie en, zo ja, welke situaties moeten dan met elkaar worden vergeleken?

Om met de laatste vraag te beginnen: de vergelijking met een Duitse moedermaatschappij die vanuit Duitsland “Italiaanse handel” drijft is bepaald niet onlogisch. Wanneer de betreffende vennootschap vanuit Duitsland actief zou zijn op de Italiaanse markt maar niet op een zodanige wijze dat sprake zou zijn van een (door Italië te belasten) vaste inrichting, dan zou die activiteit zich uiteraard in belangrijke mate afspelen in ITL. Het actief zijn op een markt met een afwijkende valuta is niet een kwestie van “dotatiekapitaal” maar een kwestie van het aanhouden van bankrekeningen, vorderingen en schulden in vreemde valuta. Of die activiteiten nu kwalificeren als vaste inrichting of niet, bij de bepaling van de winst van de moedermaatschappij worden alle activa en passiva die op de buitenlandse activiteit betrekking hebben op de generale balans in aanmerking genomen en daarbij kunnen zich valutawinsten en –verliezen voordoen. Terecht merkt het Finanzgericht op dat, bij afwezigheid van een buitenlandse vaste inrichting, deze valutaresultaten in de Duitse fiscale winst zouden zijn betrokken. In ieder geval voor de Nederlandse Hoge Raad is duidelijk dat dat ook zou moeten gelden wanneer er wel een vaste inrichting is. Zie hiervoor het in 4.1. aangehaalde arrest BNB 1960/163. De gedachte dat het Duitse recht hier discrimineert is niet onlogisch: zolang de activiteiten niet kwalificeren als vaste inrichting kunnen de valutaresultaten onbeperkt in aanmerking worden genomen bij de bepaling van de fiscale winst, zodra er een vaste inrichting is niet meer.

De eerste vraag is echter: is het wel noodzakelijk dat sprake is van discriminatie? Voor de beantwoording van die vraag zou de volgende redenering kunnen worden gevolgd. Een hoofddoelstelling van de EU is het creëren van een interne markt, waarbinnen de onderdanen van de lidstaten zich vrij kunnen bewegen en vrij economisch actief kunnen zijn. Om dat te bereiken moeten geen belemmeringen worden opgeworpen en moeten bestaande belemmeringen worden opgeruimd, behoudens uiteraard wanneer die gerechtvaardigd zijn. De eerste zorg van de EU is dus niet het voorkomen van discriminatie maar het voorkomen of wegnemen van –ongerechtvaardigde- belemmeringen.

Discriminatie is uiteraard wel nauw gerelateerd aan belemmeringen omdat discriminatie, in het economische verkeer, een ongelijkheid betekent die de gediscrimineerde partij in een slechtere positie brengt ten opzichte van niet gediscrimineerde ondernemingen, wat eerlijke concurrentie onmogelijk maakt en die dus evident een belemmering impliceert.

Hoe dan ook, hoewel discriminatie vrijwel steeds een belemmering betekent is niet bij elke belemmering sprake van discriminatie. Dat neemt echter niet weg dat ook niet discriminerende belemmeringen ongerechtvaardigde strijdigheid met de vrijheid van

vestiging kunnen opleveren. Blijkbaar is de Commissie deze mening toegedaan (zie het hiervoor geciteerde punt 35 van de conclusie) en is de A-G het hier mee eens.

Terra en Wattel¹⁷ lijken deze conclusie opmerkelijk te vinden:

“The case is special because it is one of the few, if not the only direct tax case in which one must conclude that the Court did not see a discrimination, but still condemned the measure, and therefore used a pure ‘obstacle’-based approach (...).”

Sanders en Stevens¹⁸ lijken een discriminerende situatie een voorwaarde te vinden om te kunnen spreken van een belemmering.

Wellicht moet de conclusie zijn dat er in het (dynamische) EU recht voor alles een eerste keer is. De vraag is dan of die volgende, grensverleggende stap passend en logisch is in het kader van de uiteindelijke doelstelling, zijnde een vrij toegankelijke markt zonder belemmeringen.

Daarbij is het goed om nog eens stil te staan bij het Bosman-arrest van 15 december 1995¹⁹. Hier besliste het HvJ EU dat het transfersysteem, waarbij een voetbalclub een vergoeding vraagt van de club, waarnaar een speler overstapt na afloop van zijn contract, strijdig is met de vrijheid van verkeer van werknemers. Van belang daarbij is dat het vragen van transfersommen niet alleen gebeurde bij de overgang naar een voetbalclub uit een andere lidstaat, maar ook bij de overgang van een speler naar een andere club in eigen land. Van discriminatie kon in het transfersysteem dus geen sprake zijn, grensoverschrijdende gevallen werden niet anders behandeld dan louter binnenlandse gevallen. Maar een ongeoorloofde belemmering was het wel. In het licht van dit niet fiscale arrest is de benadering die de Commissie koos in de door GmbH aangekaarte kwestie niet verrassend. Het probleem is niet zozeer de discriminatie, het gaat om de belemmering. Deze conclusie kan ook worden getrokken uit de arresten Graf²⁰ en Alpine Investments²¹

Zoals blijkt uit de conclusie heeft Duitsland wel benadrukt dat geen sprake was van discriminatie, maar nagelaten om aan te tonen dat er geen sprake was van een belemmering. De A-G komt vervolgens tot de conclusie dat er sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging omdat, als gevolg van de uitoefening van die vrijheid van vestiging, GmbH een verlies heeft geleden waarmee bij de bepaling van haar totale winst geen rekening kon worden gehouden.

De door Duitsland aangevoerde rechtvaardigingsgronden, waarop nog wordt teruggekomen, zijn volgens de A-G niet valide dus wordt het Hof in overweging gegeven de eerste vraag bevestigend te beantwoorden.

Ten aanzien van de tweede vraag, gesteld door het Finanzgericht, is de A-G relatief kort. Zowel Italië als Duitsland heeft een fiscaal stelsel dat met zich meebrengt dat het door GmbH geleden valutaverlies niet in aftrek kan worden gebracht. In Italië is dat onmogelijk omdat het verlies daar eenvoudigweg onzichtbaar is en niet bestaat. Dus kan het niet anders dan dat Duitsland het verlies, volledig, in aanmerking neemt. Kortom: ook het beperken van

¹⁷ B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law*, Kluwer Deventer 2012, blz. 564.

¹⁸ Mr. M. Sanders en prof. Mr. A.J.A. Stevens: *De tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen*, WFR 2011/1290

¹⁹ HvJ EU 15 december 1995, C-415/93

²⁰ HvJ EU 27 januari 2000, C-190/98

²¹ HvJ EU 10 mei 1995, C-384/93

de aftrekbaarheid van het verlies tot het bedrag waarmee het de overige winsten overstijgt is strijdig met het recht van vrije vestiging want belemmerend.

5.4. Beslissing van het Hof

In r.o. 30 komt het Hof tot de conclusie dat de Duitse belastingregeling, ingeval een in Duitsland gevestigde vennootschap in een andere lidstaat een entiteit wil oprichten en die lidstaat hanteert een andere geldeenheid, het economische risico vergroot. Het Hof spreekt in dit verband van een “bijkomend fiscaal risico”. Aangenomen moet worden dat daarmee wordt bedoeld op het buiten aanmerking blijven van valutaverliezen die, in het geval geen buitenlandse “entiteit” wordt opgericht, gewoon in aftrek gebracht kunnen worden.

Anders gezegd: valutaresultaten worden, ten gevolge van een winstbelasting die verliezen aftrekbaar maakt en winsten belast, deels “afgedekt”. Winsten en verliezen zijn na belasting kleiner dan voor belasting. Dat is de normale situatie. In die zin leidt dus het Duitse regime, dat die afdekking niet kent, tot een toename van het (valuta)risico.

Duitsland voert een tweetal rechtvaardigingsgronden aan. Ten eerste wordt gewezen op de samenhang van het belastingstelsel: verliezen zijn weliswaar niet aftrekbaar, maar winsten zijn niet belast. Deze rechtvaardigingsgrond wordt niet aanvaard. Allereerst ontbreekt er een rechtstreeks verband tussen het geconstateerde fiscale nadeel en een compenserend fiscaal voordeel. Bovendien, zou dat er al zijn, dan dienen de rechtstreeks samenhangende voor- en nadelen zich te manifesteren bij een en dezelfde belastingplichtige.

Als tweede rechtvaardigingsgrond voert Duitsland de verdeling aan van heffingsbevoegdheden tussen de twee betrokken lidstaten. Hier maakt het Hof korte metten mee:

“44. (...) 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 de vaste inrichting toe te rekenen inkomsten moet bepalen, kan niet worden aanvaard dat een lidstaat bij de vaststelling van de belastbare grondslag van de hoofdinzichting geen rekening houdt met een wisselkoersverlies dat de vaste inrichting, vanwege de aard van dit verlies, nooit kan lijden.”

In essentie bevestigt het HvJ EU hier de beslissing van de Nederlandse HR uit 1960, BNB 1960/163. Het is dan ook verbazingwekkend dat Duitsland in deze procedure Nederland aan zijn zijde vond. Wellicht is (of was) Nederland van mening dat de manier waarop Duitsland de aftrek ter voorkoming berekende, geen rekening houdend met valutaresultaten, weliswaar onjuist is, maar niet strijdig met de vrijheid van vestiging. Bijzonder blijft dit echter toch wel omdat, zo blijkt uit de conclusie van de A-G, Nederland Duitsland ook steunde in de tweede rechtvaardigingsgrond, de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid. Maar dat had de HR nu juist in 1960 al overtuigend weerlegd.

Ook een beperkte mogelijkheid om valutaverliezen te verrekenen (2^e prejudiciële vraag) beschouwt het Hof als een vergroting van het risico dus als een belemmering van de vrijheid van vestiging. Dat uit de vaste inrichting winst is verkregen acht het Hof niet relevant. Waar het om gaat is dat het valutaverlies ergens in aftrek gebracht moet kunnen worden en dat dat nooit in het vi-land kan zijn omdat het verlies zich daar niet manifesteert.

5.5. Relatie tot Marks & Spencer II²²

²² HvJ EU 13 december 2005, nr C-446/03, BNB 2006/72

Aangezien het in de casus C-293/06 gaat om een verlies dat opkomt bij het beëindigen van de vaste inrichting en dat in de lidstaat van vestiging niet in aftrek kan worden gebracht, is het interessant om een vergelijking te trekken met het Marks & Spencer arrest.

Ook in het laatstgenoemde arrest ging het om verliezen die onverrekend bleven bij beëindiging van de buitenlandse activiteit, maar dan in de vorm van een liquidatie van een buitenlandse deelneming. Het verlies bleef onverrekend in het buitenland omdat er geen fiscale winst meer was om het tegen af te zetten. Ook in Engeland kon het liquidatieverlies niet in aanmerking worden genomen omdat het group relief regime, waarbij verliezen kunnen worden overgedragen tussen tot dezelfde groep behorende vennootschappen, is voorbehouden aan in Engeland gevestigde rechtspersonen.

Toch zijn er wezenlijke verschillen tussen beide casus:

- a) De aard van de valutaresultaten brengt met zich mee dat die nooit in aanmerking genomen kunnen worden in het land waar de onderneming zich bevindt omdat ze daar niet zichtbaar worden, niet bestaan.
- b) Verliezen die onverrekend blijven bij de liquidatie van een rechtspersoon zijn in het algemeen reguliere ondernemingsverliezen, die in aanmerking genomen moeten en kunnen worden in het land van vestiging. Het recht van de verschillende lidstaten om belasting te heffen van de eigen inwoners brengt met zich om winsten bij de moeder onbelast te laten en verliezen niet aftrekbaar. Iedere inbreuk daarop kan het evenwicht verstoren, aldus het Hof.
- c) Daar waar het liquidatieverlies bij Marks & Spencer dus een uitzondering is op de regel dat ieder land zijn eigen resultaten belast gaat het bij Deutsche Shell om resultaten die uitsluitend bij het hoofdhuis in aanmerking genomen kunnen worden.
- d) De onmogelijkheid om valutaresultaten bij de vaste inrichting in aanmerking te nemen is dus een situatie die bij voortdoring bestaat. Het niet, op enigerlei wijze in aanmerking kunnen nemen van een liquidatieverlies is een eenmalige gebeurtenis die zodanig bijzonder is dat daarmee een inbreuk op het territorialiteitsbeginsel rechtvaardigt.
- e) Het bij voortdoring negeren van valutaresultaten is vergelijkbaar met het eenmalig negeren van een onverrekenbaar liquidatieverlies, beiden vormen een belemmering. Het is echter niet juist om de belemmering bij valutaresultaten slechts dan te zien wanneer zich een definitief verlies manifesteert bij het sluiten van de vaste inrichting.

In zijn noot bij BNB 2006/72 (Marks & Spencer II) merkt Wattel het volgende op:

“(...) het territorialiteitsbeginsel, de tweezijdigheid van de medaille en de evenwichtige heffingsverdeling worden opzij gezet door ... ja, door wat eigenlijk? Het Hof noemt geen EG-verdragsbepaling of beginsel maar gaat stilzwijgend uit van een kennelijk rechtstreeks werkend maar tot op heden onbenoemd beginsel van primair gemeenschapsrecht, dat ik maar het altijd-ergens-beginsel zal noemen (...)”

Je zou kunnen verdedigen dat Wattel hier een belangrijk element in de procedure over het hoofd ziet: Engeland kent een fiscaal systeem van “group relief”, dat de mogelijkheid biedt om liquidatieverliezen van binnenlandse deelnemingen te verrekenen met winsten van groepsmaatschappijen. Bij liquidatieverliezen, opkomend uit buitenlandse deelnemingen, bestond die mogelijkheid niet.

De redenering van het HvJ EU is als volgt: er is sprake van een ongelijke behandeling; doordat liquidatieverliezen van buitenlandse deelnemingen niet kunnen worden verrekend met binnenlandse winsten is er een discriminatie van de grensoverschrijdende situatie. Is

hiervoor een rechtvaardiging? Ja, in het algemeen wel, namelijk de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid van lidstaten. Is de bestaande regeling ook proportioneel? Nee, in situaties dat het verlies in het buitenland op geen enkele manier meer verrekend kan worden schiet deze zijn doel voorbij.

Wattel verwijst in zijn noot, ter onderbouwing van de stelling dat het HvJ EU uitgaat van het “altijd-ergens- beginsel” ook nog naar het arrest Schumacker²³, waarin werd beslist dat persoonlijke fiscale tegemoetkomingen in aanmerking genomen dienen te worden in de werkstaat, in situaties dat het inkomen (vrijwel) geheel daar werd verdiend. Wattel verwoordt het als volgt:

“(...) in de zaak Schumacker werden de persoonlijke fiscale tegemoetkomingen van natuurlijke personen overgeheveld van de woonstaat naar de werkstaat (...)”

Het lijkt er op dat hier de suggestie wordt gewekt dat de in België woonachtige Schumacker, die zijn gehele inkomen in Duitsland verdiende, de Belgische fiscale faciliteiten in aanmerking mocht nemen in Duitsland. Maar dat is natuurlijk niet aan de orde: Duitsland moest Schumacker dezelfde fiscale tegemoetkomingen verlenen (niet slechter behandelen) dan inwoners van Duitsland.

Kortom: Marks & Spencer zowel als Schumacker krijgen het gelijk aan hun zijde niet omdat zij hun tegemoetkomingen “altijd-ergens” moeten kunnen genieten, maar omdat de betreffende lidstaten zich schuldig maakten aan een niet gerechtvaardigde discriminatie. Als Engeland geen group relief zou kennen dan zou Marks & Spencer het buitenlandse liquidatieverlies niet kunnen verrekenen. Als Duitsland geen tegemoetkoming voor persoonlijke omstandigheden kende dan zou Schumacker daar ook nooit een beroep op kunnen doen.

Werpt het voorgaande nog een nader licht op de reikwijdte van het arrest Deutsche Shell? De gedachte dat Deutsche Shell in lijn ligt met Marks & Spencer omdat in beide gevallen een verlies definitief is en nergens anders meer genomen kan worden, er is sprake van liquidatie van een vaste inrichting en van liquidatie van een deelneming, lijkt onjuist. Het “altijd-ergens” beginsel is discutabel en al helemaal niet van toepassing op Deutsche Shell: er is maar één lidstaat waar het valutaverlies in aanmerking genomen kan worden en dat is in Duitsland, alleen daar doet het zich voor.

5.6. Is sprake van een dispariteit?

M. Koerts²⁴ verdedigt de stelling dat in de casus Deutsche Shell sprake is van een dispariteit en niet van een verboden belemmering. Zij concludeert dat het HvJ EU met deze beslissing inbreuk maakt van het soevereine recht van de lidstaten om directe belastingen te heffen. Ook Sanders en Stevens²⁵ zijn die mening toegedaan:

“Wanneer de benadeling van het grensoverschrijdende verkeer ontstaat door de incongruente werking van de wetgeving van twee verschillende lidstaten is er geen belemmering, maar een dispariteit, die geen schending van de verdragsvrijheden oplevert.

²³ HvJ EU 14 februari 1995, zaak C-279/93, BNB 1995/187

²⁴ “Deutsche Shell: dispariteit of belemmering van het vrije verkeer binnen de EG?”, M. Koerts, WFR 2008/725

²⁵ Mr. M. Sanders en prof. Mr. A.J.A. Stevens: De tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen, WFR 2011/1290

Het nadeel waarmee Deutsche Shell zich geconfronteerd ziet, ontstaat doordat de Duitse en Italiaanse wetgeving niet op elkaar aansluiten.”

Ter ondersteuning van haar stelling maakt Koerts onder andere de vergelijking met het arrest Kerckhaert-Morres²⁶. Het in België woonachtige echtpaar Kerckhaert-Morres ontving dividenden uit Frankrijk. België belaste zowel de binnen- als de buitenlandse dividenden tegen 25%. Frankrijk hief over het uitgekeerde dividend 15% bronbelasting in. In geding is of België gehouden is de Franse bronbelasting te verrekenen of dat Frankrijk de bronbelasting achterwege dient te laten. Het HvJ EU constateert noch het een noch het ander maar dat sprake is van een toegestane dispariteit ten gevolge van parallelle uitoefening van belastingbevoegdheden door twee lidstaten.

Het woord “dispariteit” is een wat minder gebruikelijke aanduiding van “verschil” of “ongelijkheid”. Om een verschil of een ongelijkheid te kunnen constateren moet er een vergelijking gemaakt worden, waarschijnlijk tussen twee belastingstelsels. In het geval van Kerckhaert-Morris wordt een vergelijking gemaakt tussen de behandeling van dividenden binnen het Belgische en binnen het Franse belastingstelsel. Die behandeling verschilt en dus is er een ongelijkheid (dispariteit). De voorwaarde om een dergelijke vergelijking te kunnen maken is uiteraard dat het feit dat zich voordoet, in dit geval de betaling van de Franse vennootschap aan haar Belgische aandeelhouders, in beide jurisdicties als zodanig “bestaat”.

Maar welke vergelijking moet er in de casus Deutsche Shell worden gemaakt om tot een ongelijkheid te concluderen? Behandelt Italië de valutaresultaten van de vaste inrichting anders dan Duitsland? Om dat vast te kunnen stellen zal het op zijn minst zo moeten zijn dat Italië een valutaresultaat ziet, dat het valutaresultaat als zodanig “bestaat”. Het uitzonderlijke van dit valutaresultaat is echter nu juist dat het vanuit Italiaans perspectief niet existeert. Feiten die zich binnen de fiscale jurisdictie van een lidstaat niet voordoen zullen altijd en overall dezelfde behandeling krijgen: geen enkele. In zoverre is er dus geen sprake van een ongelijkheid, want er kan geen vergelijking worden gemaakt.²⁷

Hoewel je met Koerts zou kunnen meevoelen dat er met de beslissing betreffende Deutsche Shell een inbreuk is gemaakt op het soevereine recht van lidstaten om directe belastingen te heffen kan dat niet worden onderbouwd om de feiten te kwalificeren als een dispariteit.²⁸ Het grensverleggende van Deutsche Shell is vooral het ogenschijnlijk ontbreken van het discriminatoire karakter van de Duitse behandeling van winsten van vaste inrichtingen, wat het HvJ EU er niet van weerhoudt om te concluderen dat sprake is van een belemmering.

²⁶ HvJ EU 14 november 2006, C-513/04, BNB 2007/73

²⁷ Het is heel wel denkbaar dat er in het geheel geen verschil was tussen de behandeling in Duitsland en Italië. Beide landen zullen niets (kunnen) doen met valutaresultaten die niet binnen de eigen jurisdictie tot uitdrukking komen. Daarnaast is het heel goed mogelijk dat ook bij de aftrek ter voorkoming van dubbele belasting, die beiden geven onder het bilaterale belastingverdrag, ook de door de eigen inwoner met de vaste inrichting behaalde valutaresultaten onder de aftrek ter voorkoming vallen.

²⁸ Koerts stelt dat het systeem van de Common Consolidated Corporate Taks Base de aangewezen manier is om het probleem van Deutsche Shell op te lossen. Ook aan deze conclusie lijkt de gedachte ten grondslag te liggen dat het een kwestie is van een verschil in de afbakening van de belastinggrondslag van twee lidstaten.

6. Deelnemingen versus vaste inrichtingen

Een rechtspersoon, gevestigd in een lidstaat van de EU, kan een buitenlandse onderneming drijven in de vorm van een vaste inrichting of in de vorm van een deelneming. Bij een vaste inrichting is het de rechtspersoon zelf die actief wordt in het andere land. De activa en passiva die op de vaste inrichtingsbalans staan behoren tot het vermogen van de rechtspersoon zelf.

De vennootschap kan ook een dochtervennootschap oprichten of kopen die is gevestigd in het land waar zij de onderneming wil drijven. De bezittingen en schulden behoren dan toe aan de dochteronderneming. De moedermaatschappij heeft op haar balans slechts de aandelen in de dochtervennootschap. Op het eerste oog is hier sprake van een groot verschil, maar dat is niet helemaal juist.

Het regime van de consolidatie in het Nederlandse jaarrekeningenrecht, vastgelegd in het Burgerlijk Wetboek, Titel 9 van boek 2 is gebaseerd op Europese regelgeving.²⁹

Kort gezegd komt de regeling er op neer dat er een consolidatieplicht is wanneer de moedervernootschap een controlerend belang heeft in de dochter. Daarvan kan sprake zijn wanneer de moeder meer dan 50% van de stemrechten bezit, wanneer er een centrale leiding van moeder en dochter bestaat, enz. In dat geval moeten dus de cijfers van de dochter en de moeder geconsolideerd worden. Dat wil zeggen dat er een geconsolideerde balans en een geconsolideerde winst- en verliesrekening wordt opgesteld. De bezittingen en schulden van moeder en dochter zijn samengevoegd, alsof er sprake is van één enkele rechtspersoon.

Het resultaat van die consolidatie is, bij een moeder, gevestigd in de ene lidstaat en een dochter, gevestigd in een andere lidstaat, een situatie die, in ieder geval in bedrijfseconomische zin, in wezen overeenkomt met die van één enkele rechtspersoon met een hoofdhuis in de ene lidstaat en een vaste inrichting in de andere lidstaat. Op de niet geconsolideerde balans van de moeder staan de aandelen in de dochter vermeld, in de (verplicht gestelde) geconsolideerde balans staan de activa en passiva van de dochtervennootschap opgenomen, de juridische afbakening tussen moeder en dochter wordt genegeerd.

Ook voor wat betreft de bepaling van het geconsolideerde resultaat wordt uitgegaan van een situatie alsof er slechts sprake is van één rechtspersoon, die een onderneming drijft in twee landen. Het ligt dan ook voor de hand om te veronderstellen dat, wanneer in hoofdhuis / vaste inrichting situaties er sprake is van een niet gerechtvaardigde belemmering, indien de valutaresultaten fiscaal buiten aanmerking worden gelaten, dit evenzeer geldt voor moeder / dochter situaties waarvoor de verplichting tot consolidatie geldt. In bedrijfseconomische zin zijn deze situaties immers nauwelijks van elkaar te onderscheiden.

Zoals eerder uiteengezet verschilt de behandeling van vaste inrichtingen en (buitenlandse) deelnemingen in Nederland in fiscale zin. Voor resultaten van een buitenlandse vaste inrichtingen wordt aftrek ter voorkoming van dubbele belasting gegeven, al dan niet gebaseerd op een bilateraal belastingverdrag, waarbij in het bijzonder de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de landen centraal staat. Sinds 2012 worden niet alleen de winsten uit buitenlandse vaste inrichtingen buiten beschouwing gelaten maar zijn ook de

²⁹ De basis wordt gevormd door de Zevende EEG-richtlijn, PbEG 17 juli 2003, L 178

verliezen niet meer aftrekbaar.³⁰ Ongewijzigd is de behandeling van valutaresultaten uit vaste inrichtingen: die blijven ook na 2012 buiten de vrijgestelde vaste inrichtingswinst waarvoor aftrek ter voorkoming van dubbele belasting wordt gegeven. Slechts een eventueel resterend verlies bij staking kan nog ten laste van de Nederlandse fiscale winst worden gebracht.³¹

Voor wat betreft de fiscale behandeling van deelnemingen staat niet de afbakening van de heffingsbevoegdheid ten opzichte van andere landen centraal, maar is de gedachte leidend dat dezelfde winst binnen een concern niet tweemaal belast dient te worden (de “ne bis in idem” gedachte). Er is sprake van vennootschappen “binnen één concern” indien de moeder tenminste 5% van de aandelen houdt in de dochter.

Voor een aandelenbezit waarop de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is geldt dat de winsten en verliezen, inclusief valutaresultaten, in het resultaat van de moeder zijn begrepen. Deze categorie aandelen kan dus verder buiten beschouwing blijven.

De behandeling van resultaten uit vaste inrichtingen en uit vrijgestelde deelnemingen vertoont, met de invoering van de objectvrijstelling veel overeenkomsten: winsten worden niet belast, verliezen zijn niet aftrekbaar, met uitzondering van liquidatieverliezen. Het cruciale verschil is uiteraard nog steeds de verschillende behandeling van valutaresultaten: bij vaste inrichtingen zijn die begrepen in het Nederlandse resultaat op basis van BNB 1960/163, bij deelnemingen niet, op basis van BNB 1982/230.

In gevallen dat een consolidatie van de deelneming is voorgeschreven, lijkt de moeder-dochter situatie veel op die van een hoofdhuis met een vaste inrichting. Fiscaal is een vergelijking te trekken met het fiscale eenheidsregime, de fiscale consolidatie. Aangezien de vraag of een bepaalde (fiscale) regeling leidt tot een belemmering (in dit geval van het recht van vrije vestiging) er een is van feitelijke, bedrijfseconomische aard, zal een verschil verklaard moeten kunnen worden vanuit een verschil in (bedrijfseconomische) feiten. Gegeven het feit dat het jaarrekeningenrecht consolidatie voorschrijft ligt het voor de hand om te veronderstellen dat er weinig of geen verschillen zijn. Een fiscaal gelijke behandeling tussen een hoofdhuis met buitenlandse vaste inrichting enerzijds en moeder met buitenlandse dochter waarvoor het verplichte consolidatieregime geldt anderzijds, ligt voor de hand. De ongelijke behandeling ten aanzien van valutaresultaten uit deelnemingen (ten opzichte van die uit vaste inrichtingen) is door de HR in 1982 niet overtuigend beargumenteerd. Dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever “een dergelijke uitzondering” ten aanzien van valutaresultaten niet heeft beoogd lijkt een onvoldoende rechtvaardiging.

Een andere situatie doet zich voor wanneer geen consolidatie plaatsvindt. Stel dat een moedermaatschappij 10% van de aandelen houdt in een buitenlandse dochter. Op de balans van de moeder staat dan het aandelenbezit in de deelneming. De deelnemingsvrijstelling is van toepassing omdat de 5% is overschreden. Bij een (verplichte) consolidatie van de buitenlandse deelneming wordt in de jaarrekening tot uitdrukking gebracht, zou je kunnen zeggen, dat het eigenlijk gaat om het uitoefenen, door de moedermaatschappij, van een buitenlandse onderneming. Indien geen sprake is van een (verplichte) consolidatie wordt in de jaarrekening tot uitdrukking gebracht dat het aandelenbezit in de dochter is op te vatten als een kapitaalinvestering. Een deel van het vermogen is geïnvesteerd in aandelen. Het

³⁰ De objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten, geregeld in art. 15e, Wet op de vennootschapsbelasting 1969

³¹ Geregeld in art. 15i, wet op de vennootschapsbelasting 1969

betreffende aandelenbezit overstijgt weliswaar de 5%, maar van een controlerend belang is geen sprake.

Bovenstaande constatering geeft aanleiding om te veronderstellen dat het bij (vermeende) beperkingen in relatie tot niet geconsolideerde deelnemingen eerder gaat om de vrijheid van kapitaalverkeer en niet zozeer om de vrijheid van vestiging. Het ligt ook niet voor de hand om een investering in 10% van het uitstaande aandelenkapitaal in een deelneming die in het buitenland een onderneming drijft, op te vatten als het -als ondernemer- actief worden op een buitenlandse markt.

De bepalingen die betrekking hebben op de vrijheid van kapitaal en betalingsverkeer zijn opgenomen in de artikelen 63 t/m 66 VwEU. Artikel 63, lid 1 VwEU bepaalt dat alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling zijn verboden. Dat de investering, door een rechtspersoon, inwoner van de ene lidstaat, in het aandelenkapitaal van een vennootschap, inwoner van een andere lidstaat, is op te vatten als kapitaalverkeer tussen lidstaten lijkt boven iedere twijfel verheven.

Een interessant arrest dat ziet op de vrijheid van kapitaalverkeer in relatie tot vreemde valuta is het arrest Trummer en Mayer³² van 16 maart 1999. De in Duitsland woonachtige Mayer verkocht een in Oostenrijk gelegen pand aan de in Oostenrijk woonachtige Trummer. Trummer bleef de koopsom, luidende in Duitse marken, schuldig waarbij hij hypothecaire zekerheid stelde, met het gekochte vastgoed als onderpand. De transactie ging uiteindelijk niet door omdat op grond van Oostenrijkse regelgeving een hypotheeklening, luidende in vreemde valuta, niet kon worden ingeschreven in het hypotheekregister. Betrokkenen kaartten dit aan bij de rechter, die vervolgens prejudiciële vragen stelde. Het HvJ EU kwam tot de conclusie dat in casu sprake was van (grensoverschrijdend) kapitaalverkeer en dat sprake was van een ongeoorloofde belemmering, aangezien partijen niet vrij waren in hun valutakeuze, waardoor de transactie onder omstandigheden onaantrekkelijker zou kunnen worden. Daarnaast zouden partijen kunnen worden geconfronteerd met extra kosten.

Het Nederlandse deelnemingsregime laat valutaresultaten die opkomen uit (buitenlandse) deelnemingen buiten beschouwing. Wanneer dit niet het geval zou zijn dan zou het valutarisico, gelopen met die deelneming, kleiner zijn. Immers: het belasten van valutawinsten en het in aftrek toelaten van valutaverliezen is op te vatten als een gedeeltelijke afdekking van het valutarisico. In het geval de moedermaatschappij het valutarisico wenst af te dekken is zij ook duurder uit: er moet een bruto (voor belasting) risico worden afgedekt, dat groter is dan een netto risico. Kortom: het hiervoor aangehaalde arrest lijkt een aanwijzing dat het Nederlandse deelnemingsregime een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer vormt voor niet geconsolideerde deelnemingen in landen van de Europese Unie die niet de euro als geldeenheid hanteren. De transactie kan onaantrekkelijker worden (risicovoller) en duurder.

Artikel 65, lid 1, aanhef en letter a VwEU luiden:

“Het bepaalde in artikel 63 doet niets af aan het recht van de lidstaten: De terzake dienende bepalingen van hun belastingwetgeving toe te passen die onderscheid maken tussen belastingplichtigen die niet in dezelfde situatie verkeren met betrekking tot hun vestigingsplaats of de plaats waar hun kapitaal is belegd.”

³² HvJ EU 16 maart 1999, C-222/97, NJ 1999, 714

Of de ruimte die hier wordt gegeven aan de lidstaten voor wat betreft hun fiscale wetgeving voldoende is om de deelnemingsvrijstelling de toets der Europese kritiek te laten doorstaan is twijfelachtig. Immers, de deelnemingsvrijstelling maakt, ook voor wat betreft de valutaresultaten, geen enkel onderscheid als het gaat om de vestigingsplaats of om de plaats waar het kapitaal is belegd. En voor zover het dat onderscheid materieel wel maakt, omdat valutarisico's zich nu eenmaal in het bijzonder voordoen bij buitenlandse deelnemingen, is dat in elk geval niet de bedoeling van de wetgever geweest. De kans is dus aanwezig dat het deelnemingsregime strandt op artikel 65, lid 3 VwEU, waarin is bepaald dat een wettelijke maatregel in elk geval geen verkapte beperking van het vrije kapitaalverkeer mag zijn.

Volledigheidshalve: voor zover het gaat om deelnemingen, gevestigd in derde landen bepaalt artikel 64, lid 1 VwEU dat aan per 31 december 1993 bestaande beperkingen uit hoofde van het nationale recht (of het recht van de Unie) geen afbreuk wordt gedaan. Concerns met deelnemingen in derde landen kunnen dus geen beroep doen op de strijdigheid van de Nederlandse deelnemingsvrijstelling met de vrijheid van kapitaalverkeer. Deze nationale regeling bestond immers al per 31 december 1993.

Samenvattend kan worden geconcludeerd dat er materieel weinig verschil bestaat tussen een hoofdhuis / vaste inrichting situatie en een situatie waarbij de cijfers van de dochter worden geconsolideerd in die van de moeder. In beide gevallen is de vrijheid van vestiging in het geding. Bij niet geconsolideerde deelnemingen is het juist de vrijheid van kapitaalverkeer die aandacht vraagt.

7. Conclusies

Op basis van wat hiervoor is betoogd kunnen de volgende conclusies worden getrokken.

- 1) Een vennootschap die, anders als uit speculatiemotief, valutarisico's loopt ondervindt daarvan een nadeel omdat met name vermogensverschaffers een hogere risico-opslag vragen.
- 2) De primaire belemmering die daaruit volgt wordt veroorzaakt door de lidstaten die hebben besloten (vooralsnog) de euro niet te hanteren als nationale geldeenheid.
- 3) Voor zover het gaat om vennootschappen die inwoner zijn van Nederland en die een dochteronderneming hebben in een andere lidstaat met een afwijkende geldeenheid, kan het gaan om een belemmering van de vrijheid van vestiging of van de vrijheid van kapitaalverkeer.
- 4) In gevallen waarin de Nederlandse moeder de buitenlandse dochter consolideert in haar commerciële jaarrekening, treedt een belemmering op van de vrijheid van vestiging.
- 5) Voor zover het gaat om niet-geconsolideerde deelnemingen gaat het om een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer.
- 6) Wanneer valutaresultaten, behaald met deelnemingen, in de Nederlandse fiscale winst zouden worden betrokken zou via die weg het valutarisico worden verkleind en zou de belemmering geringer zijn.
- 7) Door echter het deelnemingsregime zo in te richten dat die valutaresultaten niet in de fiscale winst zijn begrepen, daar waar valutaresultaten normaliter altijd onderdeel vormen van de fiscale winst, wordt –in zekere zin- het risico, gelopen met die deelnemingen, vergroot althans niet verkleind.

- 8) Voor dat “verhoogde” risico bestaat geen rechtvaardiging en het stelsel is evenmin in overeenstemming met de aan de deelnemingsvrijstelling ten grondslag liggende “ne-bis-in-idem” gedachte.
- 9) Hetzelfde kan, zij het met iets mindere stelligheid, gezegd worden van de situatie waarbij het gaat om niet geconsolideerde deelnemingen. Het buiten aanmerking laten van valutaresultaten is een verhoging van het risico dus een belemmering die in strijd is met de vrijheid van kapitaalverkeer.
- 10) Nederland zou er goed aan doen zich te beraden op een aanpassing van de deelnemingsvrijstelling.

8. Aanbeveling

Er zijn bijzonder weinig in Nederland gevestigde rechtspersonen die, in verband met geleden valutaverliezen, verband houdend met deelnemingen, een beroep doen op het arrest Deutsche Shell. Dat wordt niet zozeer verklaard vanuit de inschatting dat een dergelijk beroep kansloos is, veeleer houdt het verband met de gevolgen van, die optreden wanneer het HvJ EU inderdaad zou beslissen dat het Nederlandse deelnemingsregime inderdaad een niet gerechtvaardigde belemmering bevat. Het splitsen van deelnemingsresultaten in een belast valutaresultaat en een onbelast overig resultaat zal niet eenvoudig zijn. Bij geconsolideerde deelnemingen zal het al niet eenvoudig zijn, hoewel die berekeningen waarschijnlijk gelijk zijn met de berekeningen die gemaakt moeten worden in geval er een vaste inrichting tot het vennootschappelijk vermogen behoort.

Ingewikkelder wordt het echter bij deelnemingen waarin geen controlerend belang wordt gehouden. Waaruit bestaan de bezittingen en de schulden van de deelneming eigenlijk? Zit er een valutaresultaat in een dividenduitkering? In een terugbetaling van kapitaal? Het is zeer de vraag of een dergelijke uitsplitsing redelijkerwijs valt te maken.

Een mogelijke oplossing zou gevonden kunnen worden in een keuzeregime. Vennootschappen kunnen er voor kiezen valutaresultaten uit deelnemingen in de Nederlandse fiscale winst te betrekken, gegeven het bestaande regime waarbij dit in het algemeen niet zo is. Een andere mogelijkheid is om de deelnemingsvrijstelling uit te sluiten ten aanzien van valutaresultaten, met een keuzemogelijkheid om de vrijstelling uit te breiden. Een nadeel van de laatste variant is wellicht dat dan ook deelnemingen in derde landen valutaresultaten in Nederland in aanmerking kunnen nemen. Een voordeel is echter weer dat het deelnemingsvrijstellingsregime dan voor iedereen gelijk uitpakt. En een dergelijke aanpassing is ook in overeenstemming met de achterliggende doelstelling van de deelnemingsvrijstelling.

Voor wat betreft de bepaling van het in aanmerking te nemen valutaresultaat zou een set standaardvoorwaarden kunnen worden opgenomen, vergelijkbaar met de standaardvoorwaarden die gelden voor het functionele valutaregime.³³ Er zou bijvoorbeeld bepaald kunnen worden dat, bij geconsolideerde deelnemingen, alle balansposten, luidende in vreemde valuta, worden omgerekend tegen de koers aan het eind van het boekjaar. Voor niet geconsolideerde deelnemingen zouden waarderingsregels kunnen worden opgesteld, zoals een waardering tegen de (zichtbaar) intrinsieke waarde. Tevens zou als voorwaarde kunnen gelden dat een keuze niet van jaar tot jaar kan worden gemaakt maar voor een periode van bijvoorbeeld 10 jaar, om fiscaal opportunisme zoveel mogelijk te voorkomen.

³³ Art. 7, lid 5 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969

In elk geval verdient het aanbeveling dat Nederland niet alleen defensief reageert, zoals nu is gebeurd door invoering van artikel 28 b, Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

Literatuurlijst

Duffhues, drs. P.J.W., Ondernemingsfinanciering en vermogensmarkten 2, Wolters-Noordhof, 2^e druk

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

Sanders, mr. M.

en Stevens, prof. mr. A.J.A., De tussenregeling voor valutaresultaten op deelnemingen, WFR 2011/1290

Terra, B.J.M. en Wattel, P.J., European Taks Law, Kluwer Deventer 2012

Conclusie A-G Sharpston bij Deutsche Shell, V-N 2008/2.22

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

HvJ EU 15 december 1995, C-415/93 (Bosman)

HvJ EU 16 maart 1999, C-222/97 (Trummer en Mayer)

HvJ EU 18 december 2003, C-168/01 (Bosal)

HvJ EU 13 december 2005, C-446/03 (Marks & Spencer II)

HvJ EU 14 november 2006, C-513/04 (Kerckhaert-Morres)

HvJ EU 28 februari 2008, C-293/06 (Deutsche Shell)

HR 4 mei 1960, BNB 1960/163

HR 20 april 1977, BNB 1977/162

HR 9 juni 1982, BNB 1982/230