

de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs  
Commissie Wetsvoorstellen

mr. drs. S.A.W.J. Strik  
voorzitter Commissie Wetsvoorstellen

Aan de Vaste commissie voor Financiën van de  
Tweede Kamer der Staten-Generaal  
**Mr. R.F. Berck**  
Postbus 20018  
2500 EA DEN HAAG

Amsterdam, 1 september 2011

**Betreft:        Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse  
Orde van Belastingadviseurs op het wetsvoorstel Tussenregeling  
valutaresultaten op deelnemingen (nr 32818)**

Geachte leden van de Commissie,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: de Orde) heeft met belangstelling kennisgenomen van het wetsvoorstel Tussenregeling valutaresultaten deelnemingen. Dit geeft de Orde aanleiding voor een aantal opmerkingen. De Orde begint met een samenvatting.

*Samenvatting*

De Orde heeft moeite met het wetsvoorstel. De belangrijkste bezwaren van de Orde zijn de volgende.

1. Het wetsvoorstel leidt naar de mening van de Orde onder omstandigheden tot een disproportionele heffing over valutawinsten ter zake van deelnemingen. Naar de mening van de Orde zou de heffing beperkt moeten worden tot het bedrag dat de belastingplichtige op grond van het arrest Deutsche Shell en daarmee verband houdende (toekomstige) rechtspraak ten laste van de winst heeft gebracht.

*De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB toetst fiscale wetsvoorstellen op strijdigheid met het recht, effectiviteit en efficiency, terugwerkende kracht, uitvoerbaarheid, administratieve lastendruk en fiscaal vestigingsklimaat.*

2. Voorts zou de heffing over valutawinsten niet mogen gelden voor deelnemingen van de belastingplichtige ter zake waarvan geen valutaverliezen zijn afgetrokken, maar moeten worden beperkt tot valutawinsten op de deelneming ten aanzien waarvan valutaverliezen zijn afgetrokken.
3. Ten slotte vindt de Orde dat er geen voldoende zwaarwegende redenen zijn voor (formele en materiële) terugwerkende kracht van de voorgestelde regeling.

Deze punten worden hierna verder toegelicht.

### *Commentaar*

1. De Orde constateert dat de heffing over positieve valutaresultaten die is voorzien in het eerste lid van het voorgestelde artikel 28b niet zonder meer is beperkt tot het bedrag dat de belastingplichtige aan valutaverliezen ten laste van de winst heeft gebracht, maar geldt voor alle positieve valutawinsten ter zake van deze deelneming. Als de Orde het goed ziet kan er aldus een situatie ontstaan waarin de belastingplichtige ter zake van een deelneming € 1 aan valutaverliezen ten laste van de winst heeft gebracht, en vervolgens onder omstandigheden te maken krijgt met een heffing over € 1 miljoen aan valutawinsten. De Orde vermag niet in te zien waarom de heffing over valutawinsten niet wordt beperkt tot het bedrag van de valutaverliezen dat (per saldo) daadwerkelijk ten laste van de winst is gebracht. Naar de mening van de Orde zou een wetsvoorstel dat dient ter reparatie van een onwenselijke aftrekpost niet verder mogen strekken dan het herstellen van de gevolgen daarvan. Dit is volgens de Orde slechts anders als zwaarwegende argumenten daartoe nopen, hetgeen naar de mening van de Orde hier niet het geval is en ook uit de toelichting op het wetsvoorstel niet blijkt.
2. De Orde constateert voorts dat de heffing over positieve valutaresultaten die is voorzien in het eerste lid van het voorgestelde artikel 28b niet is beperkt tot valutawinsten ter zake van de deelneming ten aanzien waarvan valutaverliezen zijn afgetrokken, maar ook geldt voor valutawinsten van ‘andere’ deelnemingen. De voorgestelde regeling kan er bijvoorbeeld toe leiden dat een belastingplichtige die een valutaverlies van € 1 ter zake van een kleine EU-deelneming in Bulgarije (of een andere lidstaat buiten de Eurozone) ten laste van de winst heeft gebracht, vennootschapsbelasting moet betalen ter zake van € 1 miljoen aan valutawinsten op een andere deelneming in bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk, zonder dat ter zake van die laatste deelneming ooit een bedrag aan valutaverlies ten laste van de winst is

*De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB toetst fiscale wetsvoorstellen op strijdigheid met het recht, effectiviteit en efficiency, terugwerkende kracht, uitvoerbaarheid, administratieve lastendruk en fiscaal vestigingsklimaat.*

gebracht. De Orde is er zich van bewust dat het vierde lid van het voorgestelde artikel 28b de heffing over valutawinsten beperkt tot deelnemingen waarvoor een valutaverlies niet aftrekbaar zou zijn. De Orde is desalniettemin van mening dat er geen noodzaak is voor een heffing over valutawinsten ter zake van andere (potentiële Deutsche Shell-) deelnemingen van de belastingplichtige dan de deelneming ter zake waarvan valutaverliezen ten laste van de winst zijn gebracht.

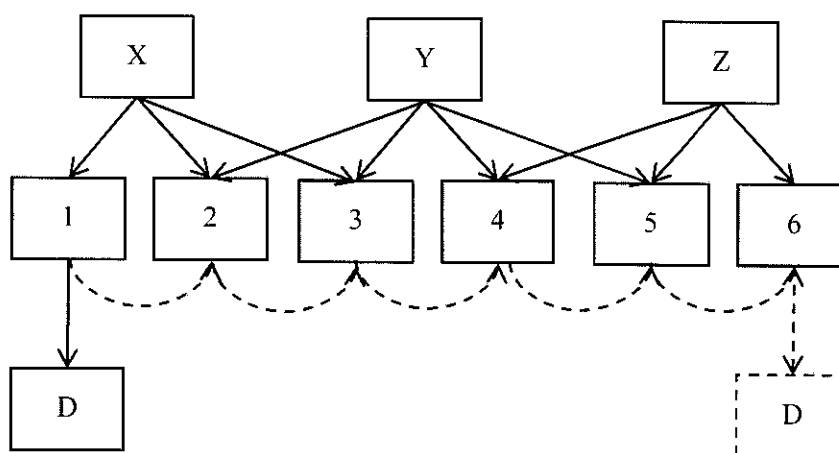
3. Gesteld dat uit de toekomstige rechtspraak van het Europese Hof van Justitie blijkt dat valutaverliezen in EU-verhoudingen zonder meer aftrekbaar zouden zijn, dan verbindt het onderhavige wetsvoorstel daaraan, door de (naar de mening van de Orde te) ruime werking, voor een belastingplichtige (in de toekomst) potentieel zeer nadelige fiscale gevolgen. De Orde vraagt zich af of het voor de belastingplichtige in dat geval überhaupt mogelijk is om af te zien van de aftrek van een valutaverlies, nu in dat geval deze aftrekbaarheid direct volgt uit de toepassing van het (Europese) recht. Afzien van de aftrekpost zou immers neerkomen op het doen van aangifte naar een te hoog bedrag aan belastbare winst, waarbij de deelnemingsvrijstelling niet op de gehele winst wordt toegepast. De Orde verzoekt de staatssecretaris in te gaan op deze merkwaardige consequentie.
  
4. De Orde neemt aan dat het de bedoeling is dat de heffing over de valutawinsten zich alleen kan voordoen als de aftrekpost is gebaseerd op de Europese rechtspraak naar aanleiding van het arrest Deutsche Shell. De Orde constateert echter dat, op grond van de letterlijke tekst van het voorgestelde eerste lid van artikel 28b, de heffing over positieve valutaresultaten zich ook voordoet in alle andere situaties waarin er een valutaverlies ter zake van een deelneming ten laste van de winst is gebracht. Valutaverliezen zijn immers ook buiten de toepassing van het EU-recht soms aftrekbaar, bijvoorbeeld indien sprake is van een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming (hierna: beleggingsdeelneming) in de zin van artikel 13, lid 9, Wet VPB 1969. Dan geldt de deelnemingsvrijstelling immers niet en zijn valutakoersverliezen zonder meer aftrekbaar (zie artikel 13aa in verbinding met artikel 23c Wet VPB 1969). De beleggingsdeelneming is in de wettelijke systematiek immers ook een 'deelneming'. Daarnaast kunnen valutaverliezen sowieso in aftrek worden gebracht op grond van de liquidatieverliesregeling van artikel 13d Wet VPB 1969 (zie ook punt 10 hierna). De Orde verzoekt de staatssecretaris om de wettekst zo aan te passen dat de heffing over positieve valutaresultaten zich alleen voordoet als valutaverliezen, in afwijking van de

huidige regeling neergelegd in de Wet VPB 1969, op grond van het EU-recht ten laste van de winst zijn gebracht.

5. Uit de memorie van toelichting blijkt dat het de bedoeling is dat er ter zake van de heffing over valutawinsten niet mag worden gecompartmenteerd. Volgens de toelichting is in het eerste lid geregeld dat de valutawinsten die opkomen in of na het boekjaar waarin de verliezen in aftrek worden gebracht, in de heffing worden betrokken. Het is de Orde niet geheel duidelijk wat er wordt bedoeld met 'opkomen'. Wordt met het begrip 'opkomen' bedoeld het tijdstip aan te duiden waarin de valutawinsten op grond van de gewone jaarwinstregels tot de winst zouden moeten worden gerekend? De Orde verzoekt om een nadere toelichting. Kan de staatssecretaris bevestigen dat valutawinsten die op grond van de gewone jaarwinstregels vóór 8 april 2011, 17.00 uur tot de jaarwinst kunnen worden gerekend niet op grond van het eerste lid van artikel 28b kunnen worden belast?
6. In het voorgestelde tweede lid van artikel 28b wordt het eerste lid van overeenkomstige toepassing verklaard op een positief valutaresultaat uit hoofde van een deelneming die direct of indirect is verkregen van een verbonden lichaam voor zover bij dat lichaam de deelnemingsvrijstelling geen toepassing zou hebben gevonden. Uit de memorie van toelichting blijkt dat hiermee is bedoeld te voorkomen dat de heffing over valutawinsten eenvoudig kan worden voorkomen door de desbetreffende deelneming binnen concern over te dragen. De Orde is van mening dat de letterlijke tekst van de voorwaarde '(...) voor zover bij dat lichaam de deelnemingsvrijstelling geen toepassing zou hebben gevonden' te ruim is. Het gaat immers slechts om situaties waarin de deelnemingsvrijstelling geen toepassing zou hebben gevonden op grond van het eerste lid van artikel 28b. Het zal bijvoorbeeld niet de bedoeling zijn dat het tweede lid ook in werking treedt als een deelneming is verkregen van een verbonden lichaam dat in het buitenland is gevestigd. De letterlijke wettekst is echter zo ruim geformuleerd dat dit wel zo kan worden uitgelegd.
7. Het is de Orde niet geheel duidelijk hoe de woorden 'direct of indirect is verkregen van een verbonden lichaam' in het tweede lid van het voorgestelde artikel 28b dienen te worden verstaan. De Orde vraagt zich bijvoorbeeld af of de regeling van het tweede lid ook van toepassing is indien in de hierna geschetste structuur de deelneming D is overgedragen. Stel dat in de hieronder getekende structuur alle belangen exact een derde groot zijn. BV 1 heeft valutaverliezen ten laste van de

*De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB toetst fiscale wetsvoorstellen op strijdigheid met het recht, effectiviteit en efficiency, terugwerkende kracht, uitvoerbaarheid, administratieve lastendruk en fiscaal vestigingsklimaat.*

winst gebracht als bedoeld in het voorgestelde artikel 28b. Vervolgens wordt deelneming D via de BV's 2, 3, 4 en 5 overgedragen aan BV 6. Omdat er steeds een gezamenlijke moedermaatschappij is die een belang van een derde heeft in zowel de verkoper als de koper, is er steeds sprake van een overdracht aan een verbonden lichaam. Is BV 6 nu over een valutawinst op grond van het tweede lid van artikel 28b vennootschapsbelasting verschuldigd? De Orde is van mening dat dit niet het geval zou moeten zijn, aangezien in een dergelijke uitleg ook een volstrekt derdeconcern te maken kan krijgen met de heffing over valutawinsten terwijl dit derdeconcern geen valutaverlies ten laste van de winst heeft gebracht. De Orde is van mening dat deze situatie gezien dient te worden als een indirecte verkrijging, waarbij geen sprake is van een verkrijging van een verbonden lichaam (vennootschap 6 ten opzichte van vennootschap 1).



8. Het vierde lid van het voorgestelde artikel 28b, beperkt kort gezegd de heffing over de valutawinsten ter zake van een deelneming tot deelnemingen die in theorie onder de reikwijdte van het Deutsche Shell arrest vallen. De Orde vraagt zich af of de regeling van het vierde lid cumuleert met de regeling van het tweede lid van het voorgestelde artikel 28b, en wat de gevolgen daarvan zouden kunnen zijn. Ter toelichting het volgende. Stel dat komt vast te staan dat een meerderheidsdeelneming in een derde land niet onder de reikwijdte van het Deutsche Shell-arrest kan vallen, maar een minderheidsdeelneming in een derde land wel. Ter zake van de minderheidsdeelneming zijn valutaverliezen ten laste van

*De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB toetst fiscale wetsvoorstellen op strijdigheid met het recht, effectiviteit en efficiency, terugwerkende kracht, uitvoerbaarheid, administratieve lastendruk en fiscaal vestigingsklimaat.*

de winst gebracht. Stel dat de minderheidsdeelneming in een US vennootschap (die dus in theorie onder de regeling van het tweede lid valt) wordt overgedragen aan een Nederlandse concernvennootschap die ook al een belang bezit in de US vennootschap. Na de overdracht is er geen sprake meer van een minderheidsdeelneming, maar van een meerderheidsdeelneming. Is het dan zo dat op grond van het vierde lid de na de overdracht gerealiseerde valutawinst wel onder de deelnemingsvrijstelling valt, omdat een valutaverlies op grond van de (veronderstelde) Europese jurisprudentie ingeval van een meerderheidsdeelneming niet ten laste van de winst zou kunnen worden gebracht?

9. De Orde vraagt zich af of de voorgestelde nieuwe regeling in strijd is met het Europese recht. Immers in grensoverschrijdende situaties zal de heffing ingeval van een valutawinst die het valutaverlies overtreft per definitie hoger uitvallen dan in zuiver binnenlandse verhoudingen. Bovendien werpt het arrest door de daarin opgenomen ruime werking en de daaruit volgende sanctieheffing voor belastingplichtige een grote drempel op om zich te beroepen op het arrest Deutsche Shell.
10. De Orde vraagt zich af wat de strekking van het wetsvoorstel is indien blijkt dat het Europese Hof van Justitie beslist dat valutaverliezen alleen ingeval van liquidatie van de deelneming aftrekbaar zijn. Zou dat betekenen dat de heffing zich ook zou beperken tot positieve valutaresultaten (van bijvoorbeeld andere deelnemingen) die bij liquidatie worden behaald? Vallen in dat geval gewone koerswinsten onder de deelnemingsvrijstelling? Vallen dan eventuele koerswinsten die bij liquidatie tot uitdrukking komen in de winst, maar die zijn opgekomen in een eerder jaar wel onder de deelnemingsvrijstelling? Heeft het claimen van een liquidatieverlies op grond van de bestaande wettelijke regeling in artikel 13d Wet VPB 1969 dat deels bestaat uit een valutaverlies tot gevolg dat ter zake van andere deelnemingen een valutawinst dient te worden belast?
11. De Orde vraagt zich af of het de bedoeling is om op basis van dit wetsvoorstel aan belastingplichtigen die ten aanzien van een potentiële Deutsche Shell-deelneming de deelnemingsvrijstelling toepassen op een gerealiseerde valutawinst, een aanslag ter behoud van rechten op te leggen in afwachting van een definitieve duidelijke beslissing van het Europese Hof van Justitie over de aftrekbaarheid van verliezen.

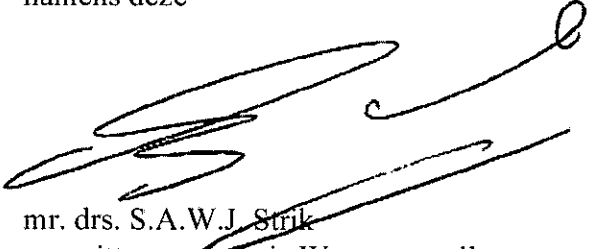
12. Naar de mening van de Orde schiet de motivering voor de aan het wetsvoorstel verbonden formele en materiële terugwerkende kracht te kort. De Orde is van mening dat valutawinsten die vóór 8 april 2011, 17.00 uur zijn opgekomen bij latere realisatie in ieder geval niet onder de nu voorgestelde heffing zouden moeten vallen. De Orde heeft in ieder geval geen sympathie voor deze terugwerkende kracht, omdat de overheid zich niet houdt aan het rechtsbeginsel van rechtszekerheid. De gedachte dat de rechtsonzekerheid niet door het wetsvoorstel wordt opgeroepen, maar door de onzekerheid in de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie, is te kort door de bocht. De onzekerheid ziet namelijk op de zekerheid die door het wetsvoorstel wordt weggenomen, te weten de zekerheid dat voor datum persbericht op basis van het Deutsche Shell arrest het standpunt kan worden ingenomen dat een valutaverlies in aftrek kan worden gebracht op een deelneming zonder correctie met eventuele valutawinsten. De reparatie van de onjuistheid in de Nederlandse wetgeving, te weten de strijdigheid met de vrijheid van vestiging, met materieel terugwerkende kracht tot vóór datum persbericht, zorgt voor rechtsonzekerheid voor situaties ontstaan voor die datum. De Orde is derhalve van mening dat de materieel terugwerkende kracht niet verder dient terug te gaan dan tot de datum van het persbericht en daarmee de rechtszekerheid te handhaven voor gevallen van voor de datum van het persbericht. De valutawinsten die vóór 8 april 2011 om 17.00 uur zijn opgekomen zouden derhalve bij latere realisatie in ieder geval niet onder de nu voorgestelde heffing moeten vallen.

Een afschrift van deze brief is heden verzonden aan de staatssecretaris van Financiën.

Uiteraard is de orde graag bereid het bovenstaande nader toe te lichten.

Hoogachtend,

de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs,  
namens deze



mr. drs. S.A.W.J. Strik  
voorzitter commissie Wetsvoorstellen

*De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB toetst fiscale wetsvoorstellen op strijdigheid met het recht, effectiviteit en efficiency, terugwerkende kracht, uitvoerbaarheid, administratieve lastendruk en fiscaal vestigingsklimaat.*