



Deelnemingsvrijstelling ter zake van valutaverliezen binnen internationaal concern terecht toegepast

NTFR2014-1578

Rechtbank Den Haag 13 februari 2014, nr.13/533

Rechtbank Den Haag 13 februari 2014, nr.13/3363

Belastingjaar/tijdvak	2008 en 2009	 Brondocument
Trefwoorden	concernniveau, eurovordering, toepassingsbereik, valutawinst, vrijheid van vestiging	
Wetsartikelen	Wet VPB 1969-art. 13 Awb-art. 10:3 VWEU-art. 43 VWEU-art. 48 VWEU-art. 49 VWEU-art. 54	
Auteur	mr. F. Boulogne 	
ECLI	ECLI:NL:RBDHA:2014:5668	

vorig [volgend](#)

Samenvatting

Belanghebbende, een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting, is een internationaal opererend concern. In 2008 en 2009 hebben binnen het concern diverse transacties/rechtshandelingen plaatsgevonden, waaronder de inbreng van een deelneming in een dochtervennootschap, een dividenduitkering, de overdracht van een deelneming en een aflossing van een renteloze achtergestelde kredietfaciliteit. Ter zake hiervan heeft belanghebbende in haar VPB-aangiften forse valutaverliezen in aanmerking genomen. De inspecteur heeft de aftrek geweigerd omdat de valutaverliezen volgens hem onder de deelnemingsvrijstelling vallen.

De rechtbank stelt voorop dat een valutaverlies dat voortvloeit uit een deelneming onder de deelnemingsvrijstelling valt en in beginsel bij de winstbepaling niet in aanmerking wordt genomen. Zij oordeelt vervolgens dat HvJ 28 februari 2008, zaak C-293/06 (Deutsche Shell GmbH), NTFR 2008/561 niet van toepassing is omdat de transacties/rechtshandelingen niet hebben geleid tot definitieve valutaverliezen. De verliezen zijn namelijk het gevolg van interne reorganisaties waarbij het uiteindelijke belang in de daarbij betrokken dochtervennootschappen binnen het concern in stand bleef. Ook is niet sprake van een liquidatie. Het arrest van het HvJ noopt in dit geval dus niet tot afwijking van de hoofdregel. De inspecteur heeft de deelnemingsvrijstelling terecht toegepast en de valutaverliezen terecht niet in aftrek toegelaten, aldus de rechtbank. (Beroep ongegrond.)

Commentaar (mr. F. Boulogne[A])

Binnen het concern waartoe belanghebbende behoort, vinden diverse transacties plaats waardoor zij valutaverliezen lijdt. Deze valutaverliezen zijn onder de deelnemingsvrijstelling niet aftrekbaar en de vraag rijst of het EU-recht (art. 49 VWEU, vrijheid van vestiging) tot aftrek dwingt.

Anders gezegd, kan de reikwijdte van het Deutsche Shell-arrest (hiervoor aangehaald) – Duitsland moest aftrek toestaan van een valutaverlies dat ontstond bij de vervreemding van een Italiaanse vaste inrichting – worden opgerekt tot valutaverliezen uit hoofde van een deelneming?

De rechtbank overweegt in r.o. 16 dat: 'in het arrest Deutsche Shell (...) een belangrijke voorwaarde is gesteld om het valutaverlies bij het hoofdhuis in aanmerking te mogen nemen, te weten dat het moet gaan om een definitief geleden valutaverlies.' Omdat, anders dan in Deutsche Shell, de verliezen uit interne reorganisaties ontstonden en er daarom vanuit het concern gezien geen sprake is van 'definitief geleden' valutaverliezen, is de aftrek ervan volgens de rechtbank terecht

geweigerd.

Waar toert de rechtbank de eis van 'definitief geleden' vandaan? Op grond van art. 13, lid 1, Wet VPB 1969 blijven 'de voordelen uit hoofde van een deelneming' buiten aanmerking. Onder het algebraïsche begrip 'voordelen' kunnen valutaverliezen worden geschaard, ook indien deze 'definitief' zijn. In het arrest Deutsche Shell rept het HvJ met geen woord over 'definitief geleden' verliezen. Wel refereert het een paar keer aan een 'werkelijk economisch verlies' (onder andere in r.o. 24 en 25), wat in die zaak volgens het Finanzamt en de Duitse regering niet zou zijn geleden omdat (i) Deutsche Shell en de vaste inrichting een ondeelbare economische entiteit vormden en (ii) er binnen de groepsbalans voortdurend financiële schommelingen bestonden als gevolg van wisselkoersfluctuaties (r.o. 24). In r.o. 31 stelt het HvJ echter op individueel niveau vast dat de vestiging van Deutsche Shell GmbH in Italië door middel van een vaste inrichting onderhevig was aan een bijkomend fiscaal risico wanneer zij aan deze vaste inrichting een dotatiekapitaal verschafte in een andere munteenheid (de Italiaanse lire) dan de Duitse mark.

De introductie van de 'definitief geleden'-eis suggereert dat de rechtbank het Deutsche Shell-arrest op één hoop gooit met het Marks & Spencer-arrest (HvJ 13 december 2005, zaak C-446/03, NTFR 2005/1718). In laatstgenoemd arrest verzocht het warenhuis om de verliezen die zijn dochterondernemingen hadden geleden op het vaste deel van het continent af te trekken van zijn Britse winst. De Britse groep relief-regels beperkten zulke verliesoverdracht tot in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschappen. Het HvJ oordeelde dat deze beperking een belemmering van de vrijheid van vestiging vormde, die niettemin gerechtvaardigd kon worden door de noodzaak om dubbele verliesverrekening tegen te gaan, de verdeling van heffingsbevoegdheid te bewaken en misbruik te voorkomen. Indien de buitenlandse verliezen echter 'definitief' zijn, dat wil zeggen, zij kunnen in de bronstaat niet meer benut worden (r.o. 55), dan moeten zij volgens het HvJ in de woonstaat in aanmerking worden genomen.

Indien 'operationele' verliezen 'definitief geleden' zijn, bestaat geen gevaar van dubbele verliesverrekening (de mogelijkheden in de bronstaat zijn immers al uitgeput) en evenmin kan een belastingplichtige in dat geval spelen met waar de verliezen in aftrek komen. Hier ontpopt zich het onderscheid met valutaverliezen, die naar hun aard slechts tot uitdrukking komen in de lidstaat van de moedervenootschap en daarom nooit aanleiding kunnen geven tot dubbele verliesverrekening of een 'spelen met verliezen'. Hoe vaak een dochtervenootschap ook binnen het concern wordt overgedragen, hetzelfde valutaverlies zal niet twee keer genomen kunnen worden. In Deutsche Shell oordeelde het HvJ dat de weigering valutaverliezen in aftrek toe te staan evenmin gerechtvaardigd kan worden door de noodzaak om de coherentie van het belastingsysteem te bewaken of de verdeling van heffingsbevoegdheid te handhaven.

Hoewel Deutsche Shell en Marks & Spencer tot eenzelfde uitkomst leidden – de woonstaat moet in een grensoverschrijdende situatie verliezen in aftrek toestaan – is de problematiek wezenlijk verschillend vanwege de omstandigheid dat valutaverliezen naar hun aard slechts in de woonstaat tot uitdrukking komen.[1] Tegen die achtergrond is de Marks & Spencer-eis van 'definitief geleden' in casu irrelevant. Naar mijn mening heeft de rechtbank daarom in strijd met het EU-recht beslist dat de aftrek van de valutaverliezen afstuit op de omstandigheid dat deze zijn ontstaan als gevolg van transacties binnen het concern. Drie maanden na de uitspraak van de rechtbank heeft de Zweedse rechter prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ over de aftrek van valutaverliezen uit hoofde van een deelneming.[2]

Overigens, om te voorkomen dat valutaverliezen in aftrek komen, terwijl valutawinsten onbelast blijven onder de deelnemingsvrijstelling, is art. 28b Wet VPB 1969 ingevoerd; indien een belastingplichtige op grond van het EU-recht erin slaagt valutaverliezen op deelnemingen ten laste van de winst te brengen, vallen opgekomen valutawinsten op die deelnemingen en alle andere deelnemingen in het jaar van verliesneming en latere jaren niet langer onder de deelnemingsvrijstelling. Deze regeling lijkt mij, afgezien van de mogelijke overkill in de regeling, in beginsel in overeenstemming met het EU-recht.[3]

[1] Ook de staatssecretaris van Financiën trekt dit onderscheid (nota naar aanleiding van het verslag van 9 december 2011): 'dit volgt niet alleen uit het arrest inzake Deutsche Shell *maar ook uit de arresten inzake de definitieve verliezen* (cursivering door Boulogne)'.
[2] Zaak C-686/13, zie <http://tinyurl.com/lhhpmcw>.

[3] Zie ook de conclusie van A-G Kokott in de zaak National Grid Indus (conclusie van 8 september 2011, zaak C-371/10, NTFR 2011/2188, punt 82).

[1] mr. F. Boulogne is werkzaam bij PwC