

## Weekblad voor Fiscaal Recht, Verslag YIN-seminar Belastingplan 2012

Vindplaats:	WFR 2012/28	Bijgewerkt tot:	05-01-2012
Auteur:	Mr. T.P. J. van der Pol en M. Evers LL.M. <sup>[1]</sup>		

### Verslag YIN-seminar Belastingplan 2012

Op vrijdagmiddag 18 november organiseerde het Nederlandse Young IFA Network een seminar over het Belastingplan 2012. Aan de hand van drie presentaties en een reeks stellingen gingen sprekers en publiek met elkaar in debat over de objectvrijstelling en de renteaftrekproblematiek. Deze bijdrage doet verslag van een dynamische gedachtewisseling over beleidskeuzen, effecten, rechtvaardigheid en het Unierecht in relatie tot maatregelen die per 1 januari gemeengoed zijn.

#### 1 Inleiding

Een dag nadat de Tweede Kamer het debat over het Belastingplan 2012 afrondde, organiseerde het Nederlandse Young IFA Network (hierna: YIN)<sup>[2]</sup> een seminar over de objectvrijstelling en de rente-aftrekbeperkingen. Het eerste onderwerp werd belicht middels een beknopte technische analyse door Maarten de Wilde.<sup>[3]</sup> Het tweede onderwerp werd ingeleid door Michiel Sunderman<sup>[4]</sup> en Gerrit de Keizer<sup>[5]</sup> en nodigde uit tot een levendige discussie tussen de aanwezigen. Gezien de hoge opkomst mochten de onderwerpen op grote interesse rekenen. Hoewel de aanwezigen bij YIN-bijeenkomsten spreken op persoonlijke titel, kunnen zij gezien hun achtergrond in de adviespraktijk, overheid of wetenschap de onderwerpen als geen ander vanuit het eigen kennisgebied en ervaringen kritisch beschouwen.

#### 2 Objectvrijstelling

De Wilde kondigde aan dat zijn boodschap over de objectvrijstelling een verdrietige was. De veel gewaardeerde belastingvrijstelling voor vaste-inrichtingswinsten wordt afgeschaft en vervangen voor wat in de fiscale volksmond een objectvrijstelling wordt genoemd. Technisch is deze vrijstelling echter vormgegeven als een fictieve winstbijtelling. Bij winsten uit buitenlandse ondernemingsactiviteiten is voorzien in toevoeging van een fictief bedrag aan de heffingsgrondslag. Deze is identiek doch in teken (+ / —) tegengesteld aan de behaalde buitenlandse ondernemingswinst. Een *stakingsverlies* is aftrekbaar. De Wilde beoordeelde de maatregel als wetgevingstechnisch vakwerk. Vakwerk waaraan niettemin onrechtvaardigheden kleven. De kerndoelstelling van de objectvrijstelling is beëindiging van tijdelijke verliesimport bij buitenlandse ondernemingsactiviteiten. Volgens De Wilde lijkt de wetgever blijkens de memorie van toelichting de bestaande belastingvrijstellingsmethodiek als een onbedoeld cadeau te beschouwen, dat belastingplichtigen nu ontnomen wordt. Men spreekt van wegneming van een timingvoordeel als onderdeel van een meer gelijke fiscale behandeling tussen buitenlandse deelneming en vaste inrichting. Verliesimport als kennelijke anomalie. Volgens De Wilde is het echter de vraag of niet vooral sprake is van het creëren van een timing *nadeel* in plaats van het wegnemen van een voordeel. Immers geldt: vandaag verlies, morgen pas aftrek. Hij vroeg zich af of de verliesverrekeningsbeperking niet juist de anomalie is? Het betreft toch reële verliezen die ineens niet meer in aftrek komen. Double dipstructuren lijken overigens doeltreffend doorkruist. Ook lijken voortijdige verliesnemingsroutes effectief afgesneden.

Zoals ook naar voren kwam in de discussie over aan het publiek voorgelegde stellingen, lijkt de objectvrijstelling het voor ondernemingen minder aantrekkelijk te maken buitenlandse markten te gaan verkennen. In de ogen van De Wilde staat dit in schril contrast met de mededeling van de Europese Commissie van 23 oktober 2001,<sup>[6]</sup> waarin de onmogelijkheid van binnengrensoverschrijdende verliesverrekening juist als één van de belangrijkste belemmeringen voor het ontplooiën van ondernemingsactiviteiten binnen de interne markt wordt aangeduid.

De objectvrijstelling lijkt juridisch onaantastbaar, aangezien er waarschijnlijk noch met een beroep op het verdragenrecht noch het Unierecht een gat in geschoten kan worden. Wat betreft het verdragenrecht lijkt in de ogen van De Wilde en het merendeel van het publiek de goede verdragstrouw niet te worden geschonden. Als woonstaat is Nederland blijkens de voorkomingsbepalingen in de belastingverdragen doorgaansbevoegd buitenlandse inkomensbestanddelen in de heffingsgrondslag te betrekken. Nederland lijkt daar echter niet toe verplicht. Nederland dient vervolgens weliswaar voorkoming te verlenen, maar alleen als het buitenlandse inkomsten betreft die in de Nederlandse heffingsgrondslag begrepen zijn. En bij buitenlandse ondernemingswinsten lijkt hieraan na toepassing van de objectvrijstelling niet te zijn voldaan. Steun voor deze benadering vond De

Wilde in de driehoeksarresten van de Hoge Raad.<sup>[7]</sup> Daaruit blijkt volgens hem dat buitenlandse inkomsten na toepassing van een belastingvermindering volgens de methode van de belastingvrijstelling onder belastingverdrag NL-Staat A feitelijk geen deel meer uitmaken van de heffingsgrondslag. Nederland hoeft dan voor toepassing van belastingverdrag NL-Staat B voor die inkomsten geen voorkoming te verlenen. Volgens de Hoge Raad is voor belastingverdrag NL-Staat B niet aan de grondslageis voldaan. Als bij een belastingvermindering reeds niet aan de grondslageis is voldaan, lijkt dit te meer gelden waar buitenlands inkomen na toepassing van een fictieve correctiemaatregel tot nihil wordt genivelleerd. De correctie vindt dan reeds bij de vaststelling van het heffingsobject plaats. En dat gaat wetssystematisch aan een belastingvermindering vooraf. Verdragsverplichtingen om voorkoming te verlenen, lijken daarmee adequaat de pas te zijn afgesneden.

Wat betreft het Unierecht lijkt het met de *objectvrijstelling* gecreëerde timingnadeel naar de huidige stand van dit rechtsgebied niet op bezwaren te stuiten. In de zaak-Marks & Spencer<sup>[8]</sup> heeft het Hof van Justitie EU timingnadelen gesanctioneerd. Al verdient opmerking dat hetzelfde hof een liquiditeitsnadeel in de gevoegde zaken Metallgesellschaft/Hoehchst met de verkeersvrijheden onverenigbaar oordeelt.<sup>[9]</sup> Bovendien is voorzien in een aftrekregeling voor stakingsverliezen waarmee aan de *M&S-final losses exception* lijkt te zijn voldaan. Men zou nog kunnen twisten over de vraag of van strijdigheid met de verkeersvrijheden sprake is waar verliezen lokaal niet meer verticaal kunnen worden verrekend, terwijl van een stakingsverlies vanuit Nederlands perspectief geen sprake is. Deze conclusie lijkt afhankelijk van een nadere uitlegging van genoemd arrest, in laatste instantie door het Hof van Justitie EU zelf. Overigens zag een enkele aanwezige wel een unierechtelijk risico in de objectvrijstelling en het daarbij inbegrepen

timingnadeel. In de discussie over de unierechtelijke consequenties van de maatregel kwam verder de interessante vraag op of de objectvrijstelling wellicht effect heeft op de verhouding tussen het Unierecht en het Nederlandse fiscale-eenheidsregime. Enkele aanwezigen achtten het namelijk mogelijk dat de objectvrijstelling de Nederlandse verdedigingslinie ondermijnt die is gebruikt in de zaak-X Holding<sup>[10]</sup> in de sfeer van de rechtvaardigingsgronden. Het niet langer in aftrek toestaan van vaste-inrichtingsverliezen neemt een van de belangrijkste (politieke) bezwaren weg aan het niet-toestaan van de grensoverschrijdende fiscale eenheid. Als na invoering van de objectvrijstelling een grensoverschrijdende fiscale eenheid zou zijn toegestaan, zou verliesimport nog steeds onmogelijk zijn. Wat is dan nog de reden om buitenlandse groepsmaatschappijen voeging te ontzeggen?

Op de vraag wat hij ervan vindt dat positieve valutaresultaten feitelijk nog in de Nederlandse grondslag worden meegenomen, antwoordde De Wilde dat het consistent is om zowel positieve als negatieve valutaresultaten in aanmerking te nemen. Wanneer welke valutaresultaten precies moeten worden genomen volgt volgens hem niet uit het arrest-Deutsche Shell<sup>[11]</sup>. Het tijdstip van winstneming lijkt een voor de lidstaten autonome aangelegenheid. In Nederland betreft het daarmee een kwestie van goed koopmansgebruik. De wetgever lijkt hier enige beleidsvrijheid te hebben te beslissen wanneer deze resultaten in acht worden genomen.

### 3 Renteaftrek

Sunderman<sup>[12]</sup> en De Keizer<sup>[13]</sup> waren als IFA-branchrapporteurs<sup>[14]</sup> de aangewezen personen om de rente-aftrekmaatregelen van het Belastingplan 2012 in te leiden onder het motto: "Rente-aftrek, never a dull moment". Eerstgenoemde leidde het publiek door een overzicht van de turbulente ontwikkelingen in de wetwijziging voor *excessief* gefinancierde overnameholdings, artikel 15ad van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Het voorstel voor renteaftrek ten aanzien van overnameholdings zag er op Prinsjesdag geheel anders uit dan na de behandeling in de Tweede Kamer. Eerst beoogde de regering voor het bepalen van welk gedeelte van de overnameschuld excessief is een schuld:eigen vermogen ratio van 2:1 te hanteren, waarbij het eigen vermogen gecorrigeerd werd voor niet in de fiscale eenheid opgenomen deelnemingen en de bij de overname betaalde goodwill gedurende een periode van tien jaren diende te worden afgeschreven. Sunderman maakte de ingrijpende gevolgen van het oorspronkelijke voorstel duidelijk aan de hand van een voorbeeld waarbij sprake was van een overname die in een 1:1 vreemdvermogen-eigenvermogenverhouding was gefinancierd. De uitwerking van de oorspronkelijk voorgestane bepaling schoot volgens Sunderman haar doel voorbij en bovendien zou er sprake zijn van een verkapte reparatie van het Bosalgat, waarbij de belastingplichtige feitelijk gestraft werd voor het feit dat hij interest betaalt voor de aanschaf van een deelneming. Het bepalen van het 'excessieve' gedeelte van de overnameschuld door het koppelen van de hoogte van de overnameschuld aan de hoogte van de overnameprijs in het door de NOB gesuggereerde en door de wetgever overgenomen<sup>[15]</sup> huidige voorstel valt aanzienlijk redelijker uit, zoals Sunderman illustreerde met een uitwerking van dezelfde casus als voor het oorspronkelijke wetsvoorstel. Daarmee strookt volgens Sunderman het door de Tweede Kamer aangenomen voorstel beter met het oorspronkelijke doel van de bepaling.

De Keizer op zijn beurt ging in op het dilemma rond de renteaftrek. Zoals later ook bij de publieksdiscussie over voorgelegde stellingen aan bod kwam, lopen de meningen overigens uiteen of er wel een Bosalgat is. Critici, waaronder Sunderman, menen dat niet gesproken kan worden van een *gat*. Waar een *gat* refereert aan een *onbedoeld* heffingslek, zouden de bestaande renteaftrekmogelijkheden bewust omarmd zijn door de wetgever als middel voor versteviging van het fiscale vestigingsklimaat. Dit is echter vooral een semantische kwestie. Volgens De Keizer staat in ieder geval vast dat de wetgever voor ingewikkelde keuzen staat. Enerzijds is er de opinie van de voorzitter van het Topteam Hoofdkantoren, Van Keulen, die strekt tot het afraden van een algemene beperking van de deelnemingsrente.<sup>[16]</sup> Anderzijds is er de motie van Bashir en Van Vliet,<sup>[17]</sup> waarin de politieke doelstelling is vastgelegd om het Bosalgat te dichten. De staatssecretaris broedt nog op de vormgeving van de uiteindelijke maatregel, wat geen eenvoudige opgave is. Het geschetste dilemma bleek in ieder geval het publiek bezig te houden en was de basis voor een levendige discussie, die goed aansloot op de door de sprekers in te leiden stellingen.

Bij de behandeling van de stellingen kwam het maken van drastische en fundamentele keuzen aan de orde. Sunderman betwijfelde of het zin heeft altijd maar door te gaan met maatwerkbepalingen, waarop De Keizer niet uitsloot dat de tijd zal komen dat de wetgever toe zal moeten geven dat niet elk probleem is op te lossen met weer een nieuwe bepaling. Een groot deel van de aanwezigen betuigde zich inmiddels voorstander van de stelling dat het beter is één ruwe bepaling dan vijf maatwerkbepalingen tegen ongewenste renteaftrek te hebben. Anderen wezen op het belang van een discussie over kwaliteit boven kwantiteit: het gaat niet om het aantal regelingen, maar wel om de kwaliteit ervan. En te allen tijde zou voorkomen moeten worden dat als hoofdregel gaat gelden dat rente *niet* aftrekbaar is, *tenzij* de belastinginspecteur toestemming tot aftrek geeft.

De renteaftrekdiscussie werd afgerond met een gedachteswisseling over het overgangsrecht, dat in de dagen ervoor in de Tweede Kamer nog zo uitdrukkelijk aan bod was gekomen. De meningen liepen uiteen in hoeverre overgangsrecht toegankelijk moet zijn voor partijen die al enige jaren konden zien aankomen dat de renteaftrek ingeperkt zou gaan worden. De meerderheid van de aanwezigen leek soepele overgangstermijnen bij wetwijzigingen als deze te omarmen. Een betrouwbare wetgever laat bestaande situaties volgens hen in stand, ook al leidt dat tot voordeel voor structuren waartegen een wetwijziging gericht is.

#### Voetnoten

#### Voetnoten

- [1] J. van der Pol is werkzaam bij Freshfields Bruckhaus Deringer LLP te Amsterdam. M. Evers is verbonden aan het Ministerie van Financiën en aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.
- [2] YIN stelt zich ten doel meer IFA-leden aan te trekken in het begin van hun fiscale carrière en biedt een podium voor ontwikkeling van internationale contacten en kennisuitwisseling.
- [3] Maarten de Wilde is als docent en promovendus verbonden aan de Erasmus School of Law van de Erasmus Universiteit Rotterdam. Daarnaast is hij verbonden aan Loyens & Loeff.

## Kluwer Navigator documentselectie

- 
- [4] Werkzaam bij Clifford Chance LLP te Amsterdam en lid van de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB.
  - [5] Voorzitter Coördinatiegroep Taxhavens en Concernfinanciering van de Belastingdienst.
  - [6] Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité van 23 oktober 2001, COM (2001) 582 def.
  - [7] HR 8 februari 2002, BNB 2002/184 (Japanse royalty) en HR 11 mei 2007, BNB 2007/230 (Diehoeksinterest 2).
  - [8] HvJ EU 13 december 2005, nr. C-446/03, Jur. 2005, p. I-10837 (Marks & Spencer).
  - [9] HvJ EU 8 maart 2001, gevoegde zaken C-397/98 en C/410/98, Jur. 2001, p. I-1727 (Metallgesellschaft en Hoechst).
  - [10] HvJ EU 25 februari 2010, nr. C-337/08, Jur. 2011, p. I-1215 (X Holding B.V.); HR 24 juni 2011, nr. 09/05115, NTFR 2011, 1428; V-N 2011/32.11.
  - [11] HvJ EG 28 februari 2008, nr. C-293/06, Jur. 2008, p. I-1129 (Deutsche Shell).
  - [12] Werkzaam bij Clifford Chance LLP te Amsterdam en lid van de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB.
  - [13] Voorzitter Coördinatiegroep Taxhavens en Concernfinanciering van de Belastingdienst.
  - [14] Sunderman en De Keizer hebben voor het IFA-jaarcongres 2012 te Boston het Nederlandse branch report inzake het onderwerp "Debt/Equity Conundrum" voorbereid.
  - [15] Vijfde NvW bij het Belastingplan 2012, Kamerstukken II 2010/11, 33 003, nr. 30. Op moment van schrijven van deze bijdrage ligt het Belastingplan 2012 voor bij de Eerste Kamer, met geplande behandeling op 12 en 13 december.
  - [16] Op verzoek van het kabinet heeft de voorzitter van het topteam Hoofdkantoren in overleg met de voorzitters van de overige Topteams een opinie geformuleerd over de fiscale behandeling van deelnemingsrente, zie brief van 17 juni 2011, 'Opinie met betrekking tot de fiscale behandeling van deelnemingsrente', zie top-sectoren.nl. In het rapport Met hoofdkantoren naar de top — Actie-agenda ter versterking van het vestigingsklimaat, de acquisitie en het behoud van internationale bedrijven en talenten van 17 juni 2011, opgesteld door het Topteam Hoofdkantoren, is de opinie onder meer verwerkt tot de aanbeveling 'wees voorzichtig met de deelnemingsrente'.
  - [17] Kamerstukken II 2010/11, 32 800, nr. 17.
- 

©2013 Kluwer. Alle rechten voorbehouden.