

WFR 2018/42

Verlag 45e Fiscale Conferentie "Overheidslichamen"

VERSLAG VAN DE 45E FISCALE CONFERENTIE "OVERHEIDSLICHAMEN" GEHOUDEN OP 30 NOVEMBER EN 1 DECEMBER 2017 TE ZEIST

N.L.C. HEUBERGER LL.M. EN MEVR. MR. A.A.E. OVERMEER¹

1 Inleiding

Op 30 november en 1 december 2017 vond in Zeist de 45e Fiscale Conferentie plaats.² Onder leiding van prof. dr. S.A. Stevens³ zijn gedurende twee dagen belasting-ambtenaren en belastingadviseurs met elkaar in discussie gegaan over de vennootschapsbelastingplicht van overheidslichamen. De conferentie werd georganiseerd door de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB) en de Belastingdienst. De conferentie was georganiseerd, omdat inmiddels al aardig wat praktijkervaring is opgedaan met de per 1 januari 2016 van toepassing zijnde Wet modernisering vennootschapsbelastingplicht overheidsondernemingen. Hoog tijd dus om te bespreken tegen welke vragen in de praktijk wordt aangelopen.

2 Ontwikkelingen wetgeving

Mr. C.L. Gosen⁴ start de conferentie met een overzicht van de ontwikkelingen die hebben geleid tot invoering van de Wet modernisering vennootschapsbelastingplicht overheidsondernemingen in haar huidige vorm, waarin, kort gezegd, overheidsondernemingen vennootschapsbelastingplichtig zijn geworden voor zover zij een onderneming drijven. Het doel van de wet is om een gelijk speelveld te creëren tussen de private markt enerzijds en de activiteiten van publiekrechtelijke overheidslicha-

men anderzijds en is een gevolg van het feit dat het oude stelsel door de Europese Commissie werd gekwalificeerd als onverenigbare staatssteun.

Gosen legt uit dat overheidslichamen door hun publieke en maatschappelijke rol een veelheid aan activiteiten verrichten. Daarbij staat niet het maken van winst voorop, maar het behartigen van de maatschappelijke taak. Bij de vormgeving van de wet is aansluiting gezocht bij de bekende Vpb-begrippen zoals "het drijven van een onderneming" en "zakelijk handelen". De toepassing van deze begrippen op overheidslichamen dwingt echter de invulling van bekende fiscale leerstukken opnieuw te doordenken. Daarnaast speelt dat het begrip "onderneming" in de Wet VPB 1969 niet (geheel) aansluit op het Europeesrechtelijke begrip "onderneming", dat wil zeggen het uitoefenen van een economische activiteit.

3 Staatssteun

Het onderwerp staatssteun is in deskundige handen van prof. dr. R.H.C. Luja⁵. Hij begint zijn presentatie met een korte toelichting van het begrip staatssteun en het toetsingskader dat hierbij dient te worden gehanteerd.

Als een maatregel staatssteun vormt dan betekent dit echter niet automatisch dat het ook verboden staatssteun betreft. Er is een variëteit aan steunkaders, op grond waarvan staatssteun is toegestaan zoals:

1. niet-economische diensten in het algemeen belang (klassieke overheidstaken, zoals het verstrekken van vergunningen);

¹ N.L.C. Heuberger LL.M. is werkzaam bij Ernst & Young Belastingadviseurs LLP, mw. mr. A.A.E. Overmeer is werkzaam bij de Belastingdienst.

² De conferentie werd gehouden onder de Chatham House Rule. Er kunnen geen rechten worden ontleend aan de uitspraken die zijn gedaan tijdens deze conferentie.

³ Prof. dr. S.A. Stevens is partner bij HVK Stevens belastingadviseurs en tevens hoogleraar aan Tilburg University.

⁴ Mr. C.L. Gosen is werkzaam bij het Ministerie van Financiën.

⁵ Prof. dr. R.H.C. Luja is hoogleraar Rechtsvergelijkend belastingrecht aan Maastricht University en tevens verbonden aan Loyens & Loeff N.V.

2. diensten in het algemeen economisch belang (o.a. postdiensten en openbaar vervoer);
3. sociale diensten in het algemeen belang (o.a. kinderopvang en sociale huisvesting); en
4. “normale” steun aan private ondernemingen, ook in publieke context (werkgelegenheid en milieu).

Overheden hebben mogelijkheden om te voorkomen dat steun aan overheidsondernemingen als verboden staatssteun wordt aangemerkt. Dit komt omdat overheden veel vrijheid hebben om diensten aan te wijzen als “diensten in het algemeen economisch belang”. Hierdoor kunnen in de praktijk verschillen ontstaan tussen gemeenten, indien de ene gemeente ervoor kiest om bepaalde activiteiten aan te wijzen als diensten in algemeen belang en een andere gemeente hier niet toe besluit. Dit kan een rol spelen bij overheidsondernemingen die op verzoek van hun gemeente of provincie een niet-marktconforme prijsstelling hanteren ten behoeve van inwoners.

Naar aanleiding van het recente arrest-Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania⁶ gaat Luja vervolgens in op de onderwijsvrijstelling. Het Hof van Justitie EU lijkt activiteiten van onderwijsinstellingen sneller als economisch aan te merken dan de Europese Commissie. Mogelijk moeten de activiteiten van een onderwijsinstelling per activiteit worden beoordeeld en dat roept de vraag op of de bestaande vrijstelling in art. 6b Wet VPB 1969 in overeenstemming is met het kader van het Hof van Justitie EU.

Verder vraagt Luja aandacht voor een belangrijk verschil bij de uitleg van het begrip “onderneming”. Voor de Vpb wordt geen onderneming verondersteld, indien een winststreven ontbreekt. Dat is anders indien in concurrentie wordt getreden. Als een activiteit structureel verlieslatend is (waarmee geen bescheiden bestaan mogelijk is) wordt daarmee niet in concurrentie getreden. Op grond van het Europees recht kan echter wel sprake zijn van een economische activiteit, ook indien deze structureel verlieslatend is.

Tot slot wijst Luja kort op de problematiek van het verstrekken van een bodemlozeput-lening, onzakelijke lening of onzakelijke borgstelling door overheden in hun rol als aandeelhouder, nu dit erop kan wijzen dat sprake is van steun omdat niet-markconform is gehandeld.

4 Subjectieve belastingplicht

Mw. mr. R. Vreeker⁷ gaat vervolgens in op de cruciale vraag wanneer – voor fiscale doeleinden – een onderneming wordt gedreven. Hiervoor is het allereerst van belang de verschillende activiteiten van een lichaam te identificeren en te beoordelen of deze moeten worden geclusterd. Hoewel er jurisprudentie bestaat over de afbakening van activiteiten, ontbreekt een duidelijke definitie van het begrip “activiteit” en geeft de jurisprudentie weinig concrete normen. Vanuit de praktijk blijkt hier echter wel behoefte aan te zijn, aldus Vreeker.

Vreeker geeft aan dat voor de afbakening van activiteiten verschillende criteria een rol (kunnen) spelen. Vervolgens wordt door de aanwezigen gediscussieerd of en in hoeverre het beleid van een publiekrechtelijk lichaam van invloed is op de clustering van activiteiten. Een activiteit kan vervolgens alleen als fiscale onderneming worden aangemerkt indien daarmee winst wordt behaald. De toerekening van kosten en opbrengsten aan activiteiten blijkt echter in de praktijk lastig te zijn.

Mw. mr. E. de Keizer⁸ gaat in op een andere open norm die in de praktijk problematisch blijkt, namelijk de scheidslijn tussen “normaal vermogensbeheer” en ondernemingsactiviteiten (dienstverlening). Vastgoed is een belangrijke bezitting van veel publiekrechtelijke lichamen. Vanuit de deelnemers wordt de hoop geuit dat de wetgever voor zowel het begrip “activiteit” als voor het onderscheid tussen “normaal vermogensbeheer” en “meer dan normaal vermogensbeheer” in de toekomst meer guidance geeft.

5 Een vergelijk met de BTW

Voor veel publiekrechtelijke lichamen is de Vpb-plicht een nieuw fenomeen. In de BTW bestaat daar echter veel meer ervaring mee. Mr. dr. J.J.P. Swinkels⁹ maakt in zijn presentatie een vergelijking tussen de BTW en de Vpb, specifiek met betrekking tot gemeenten. Hoewel een aantal leerstukken in de BTW en Vpb hetzelfde zijn, benadrukt Swinkels dat deze een volstrekt andere inhoud kunnen hebben. Deels is dit terug te voeren op het gegeven dat de BTW transactie gericht is en de Vpb een winstbelasting betreft. Ook heeft de BTW, in tegenstelling tot de Vpb, een sterk Europeesrechtelijke grondslag.

Het eerste onderwerp waar Swinkels aandacht aan besteedt, betreft de clustering van activiteiten. Swinkels

⁶ HvJ EU 27 juni 2017, nr. C-74/16 (Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania).

⁷ Mw. mr. R. Vreeker is werkzaam bij de Belastingdienst.

⁸ Mw. mr. E. de Keizer is werkzaam bij de Belastingdienst.

⁹ Mr. dr. J.J.P. Swinkels is o.a. werkzaam bij de gemeente Utrecht.

licht toe dat het clusteringsvraagstuk in de BTW redelijk eenvoudig is, aangezien activiteiten die met elkaar verband houden veelal tot één activiteit worden samengevoegd. In de BTW wordt derhalve vaak gesproken over een vastgoedbedrijf, een grondbedrijf, een sportbedrijf en/of een afvalbedrijf, zonder dat er discussie bestaat over de vraag of hier wellicht meerdere afzonderlijke activiteiten onderkend dienen te worden.

Tijdens de discussie blijkt het toetsingskader voor de clustering van activiteiten in de BTW en de Vpb te verschillen. Voor de BTW zijn er richtlijnen wanneer een activiteit opgaat in de hoofdactiviteit, waarbij causaliteit, redelijkheid en noodzakelijkheid belangrijke begrippen zijn. Tevens is in de BTW over "clustering" inmiddels diverse jurisprudentie gepubliceerd. Voor de Vpb is deze jurisprudentie er (nog) niet en lijkt zodoende een normenkader te ontbreken voor de afbakening van een activiteit en de daaropvolgende vraag of twee of meerdere activiteiten al dan niet geclusterd dienen te worden.

Swinkels vervolgt zijn presentatie door aandacht te besteden aan het begrip "normaal vermogensbeheer". Tussen "normaal vermogensbeheer" in de Vpb en BTW bestaan belangrijke verschillen. Waar belastingplichtigen voor de Vpb veelal proberen te onderbouwen dat activiteiten kwalificeren als "normaal vermogensbeheer" om belastingheffing te voorkomen, probeert men voor de BTW juist als belastingplichtig te worden aangemerkt om aftrek van BTW op kosten te kunnen claimen. Activiteiten die voor de Vpb kwalificeren als "normaal vermogensbeheer" worden via een wetsfictie voor de heffing van BTW aangemerkt als een economische activiteit. Uitzondering hierop betreft het houden van aandelen en obligaties als belegger of het aanhouden van een spaarrekening, dit betreft geen economische activiteit in de zin van de BTW.

Aansluitend besteedt Swinkels aandacht aan de verschillen tussen de fiscale eenheid in de BTW en de Vpb, de aftrek van BTW op kosten, vermogensetikettering en sfeerovergangen. Tot slot refereert Swinkels kort aan het begrip "concurrentie". Een gemeente is in beginsel niet BTW-plichtig, indien zij handelt als overheid, tenzij hierbij een verstoring van mededinging van enige betekenis optreedt. Om te beoordelen of dergelijke verstoring optreedt, dient voor de BTW niet enkel te worden gekeken naar de feitelijke concurrentie, maar ook naar de potentiële concurrentie met andere (Europese) partijen. Daarbij moet ook buiten de grenzen van een gemeente en Nederland worden gekeken¹⁰, de specifieke plaatselijke markt

is niet van belang. In dit kader loopt momenteel een procedure over de vraag of parkeren op straat concurreert met het parkeren in een parkeergarage.¹¹

6 Onzakelijk handelen bij overheidslichamen

Drs. R.P.J. van den Brekel¹² start met de fundamentele vraag of art. 8b Wet VPB 1969 van toepassing is op lichamen die potentieel belastingplichtig zijn, of dat er eerst sprake dient te zijn van belastingplicht alvorens dit artikel aan de orde kan komen. Vervolgens gaat hij in op de gevolgen van de toepasselijkheid van art. 8b Wet VPB 1969, zowel de inhoudelijke als de formele aspecten (zoals de documentatieverplichting). Hij betoogt dat de toepassing van het arm's length-beginsel nuttig kan zijn voor een zekere objectivering van de prijsstellingen tussen onderdelen van overheidsorganisaties. De meningen van de deelnemers zijn verdeeld over de relevantie van een totaalwinstcorrectie bij de beoordeling van het winststreven in het kader van de subjectieve belastingplicht. Lastig in deze discussie is het feit dat de toekomstige resultaten niet bepaald kunnen worden, hetgeen waarschijnlijk de reden is waarom de wetgever aansluit bij de jaarwinst. Concluderend stelt Van den Brekel dat voor de toepassing van art. 8b Wet VPB 1969 op transacties tussen overheidslichamen, beide lichamen Vpb-plichtig dienen te zijn.

7 Vrijstellingen

Met de invoering van de Wet modernisering vennootschapsbelastingplicht overheidsondernemingen is tevens een aantal nieuwe vrijstellingen in de Wet VPB 1969 geïntroduceerd.

Drs. G.J.W. de Ruiter¹³ legt uit dat de objectvrijstellingen bedoeld zijn om:

1. het ruime ondernemingsbegrip en de daaruit voortvloeiende reikwijdte van de belastingplicht in te beperken; en
2. rechtsvorm- en organisatieneutraliteit te bewerkstelligen.

¹¹ Uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden van 18 mei 2016, nr. AWB 15/00019, V-N 2016/1111 en uitspraak van Rb. Gelderland van 3 november 2016, nr. AWB 15/2830, V-N 2016/2338. Concl. A-G Ettema van 31 augustus 2017, nr. 16/03254, V-N 2017/48.15.

¹² Drs. R.P.J. van den Brekel is werkzaam bij Ernst & Young Belastingadviseurs LLP.

¹³ Drs. G.J.W. de Ruiter is werkzaam bij Deloitte Belastingadviseurs B.V.

¹⁰ HvJ EG 16 september 2008, nr. C-288/07 (Isle of Wight Council), V-N 2008/47.21; HvJ EU 19 januari 2017, (National Roads Authority), BNB 2017/167.

Zonder de objectvrijstellingen zouden alle activiteiten die aan de ondernemingscriteria voldoen in de Vpb-heffing worden betrokken; ook typische overheidstaken. De wetgever wilde voorkomen dat de fiscaliteit van invloed is op de wijze waarop belastingplichtigen activiteiten organiseren, bijvoorbeeld het al dan niet uitbesteden of verzelfstandigen van activiteiten en het aangaan van samenwerkingsverbanden.

Tot slot wijst De Ruiter erop dat de Europese Commissie kritisch is ten aanzien van vrijstellingen. Dit is ook de reden waarom geen bagatelvrijstelling voor overheidslichamen is ingevoerd.

Objectvrijstellingen

Mr. drs. F.J. Roodenberg¹⁴ gaat vervolgens in op de vrijstelling voor interne diensten. Deze vrijstelling is primair bedoeld voor een publiekrechtelijk lichaam dat zowel interne als externe prestaties verricht, zoals bijvoorbeeld een ICT-afdeling van een gemeente die ook voor andere gemeenten diensten verricht. Moeten de interne en de externe activiteiten als één ondernemingsactiviteit gekwalificeerd worden of valt de interne activiteit daar automatisch buiten omdat niet aan het economische verkeer wordt deelgenomen? Omdat hier de meningen over verdeeld zijn, bestaat het risico dat interne prestaties ook de belastingplicht ingetrokken worden. Omdat dit in strijd is met doel en strekking van de wet, biedt de vrijstelling voor interne diensten een pragmatische oplossing. Hierdoor heeft de wet echter geen systematisch sluitende werking.

De Ruiter gaat vervolgens in op de voorwaarden van de quasi-inbestedingsvrijstelling. Een opmerkelijk feit is dat de vrijstelling niet geldt indien niet 100% van de aandelen wordt gehouden door een publiekrechtelijke rechtspersoon. Hij vergelijkt daarnaast een Nederlandse BV die aan haar buitenlandse moeder concerndiensten verleent. Deze concerndiensten worden fiscaal niet genegeerd. In binnenlandse verhoudingen kunnen de concernvennootschappen een fiscale eenheid aangaan. Volgens De Ruiter kan daarom de vraag gesteld worden in hoeverre deze vrijstelling recht doet aan het uitgangspunt van rechtsvormneutraliteit. Per 1 januari 2017 kunnen activiteiten die kwalificeren als "normaal vermogensbeheer" niet meer worden vrijgesteld onder de quasi-inbestedingsvrijstelling. De Ruiter is van mening dat de reikwijdte van deze reparatie beperkt is, omdat het enkel ter beschikking stellen van een vermogensbestanddeel door een publiekrechtelijke rechtspersoon in het algemeen geen onderneming is.

Ook de uitvoering van overheidstaken kan vrijgesteld zijn. Er is sprake van een overheidstaak indien de uit-

voering daarvan voortvloeit uit de wet, maar zo bevoegt Roodenberg, ook een indirecte samenhang met een wettelijke basis kan voldoende zijn. De overheidstakenvrijstelling geldt niet als in concurrentie wordt getreden. Of dat het geval is moet volgens hem worden beoordeeld vanuit het perspectief van de aanbieder. Achtergrond van de wet is immers het creëren van een gelijk speelveld voor ondernemers die diensten aanbieden op een markt. Onduidelijk is echter welke markt (lokaal, nationaal of internationaal) in aanmerking moet worden genomen, om te bepalen of in concurrentie wordt getreden.

De uitleg van het concurrentie criterium roept ook vragen op bij de vrijstelling voor dienstverleningsovereenkomsten. Mw. mr. N.M.J.A. Boelee¹⁵ merkt in haar bijdrage op dat het concurrentie criterium getoetst moet worden op het niveau van de overheidstaak. In principe wordt met de *feitelijke* uitvoering van de taak immers altijd in concurrentie getreden. Opgemerkt wordt dat de vrijstelling daarom gezien kan worden als een zogenoemde "verlegde overheidstakenvrijstelling".

De samenwerkingsvrijstelling is slechts van toepassing bij reële samenwerkingsverbanden. Roodenberg legt uit dat op het niveau van het lichaam getoetst moet worden of sprake is van geïnstitutionaliseerde evenredigheid. Ingeval de samenwerking is vormgegeven door middel van een gemeenschappelijke regeling is dit eenvoudiger aan te tonen dan in geval er sprake is van privaatrechtelijke samenwerking. De geïnstitutionaliseerde evenredigheid zal in dat geval namelijk veelal blijken uit de GR-overeenkomst. De Belastingdienst heeft negen niet-cumulatieve aanknopingspunten geformuleerd om te kunnen bepalen of sprake is van reële samenwerking. Hierdoor kan een privaatrechtelijk samenwerkingsverband bij voldoende positieve indicatoren ook profiteren van de vrijstelling.

Subjectvrijstellingen

In de wet zijn ook de subjectieve vrijstellingen uitgebreid. Boelee schetst het spanningsveld tussen de vrijstellingen voor onderwijs en zorg opgenomen in art. 6b Wet VPB 1969 en art. 5 lid 1 onderdeel c Wet VPB 1969. Deze lopen niet helemaal gelijk ten aanzien van de voorwaarden. In het kader van de bekostigingstoets is van belang dat niet alle betalingen van publieke lichamen automatisch kwalificeren als publieke middelen. De wet biedt een open norm met betrekking tot de afbakening van de 90% norm. Het voordeel daarvan is dat het flexibel is. In de praktijk kan gezocht worden naar passende criteria mits deze maar consistent worden toegepast. Tot slot wordt door de deelnemers opgemerkt dat het in het licht van de rechtsvormneu-

¹⁴ Mr. drs. F.J. Roodenberg is werkzaam bij de Belastingdienst.

¹⁵ Mw. mr. N.M.J.A. Boelee is werkzaam bij de Belastingdienst.

traliteit een gemis is dat de objectieve vrijstellingen niet gelden voor dochtervennootschappen van zorg- en onderwijsinstellingen.

8 Openingsbalans

Indien een overheidslichaam belastingplichtig wordt, moet een openingsbalans worden opgesteld. Dr. mr. J.M. van der Heijden RA¹⁶ en prof. dr. A.O. Lubbers¹⁷ laten in een duo-presentatie hun licht schijnen over dit onderwerp dat ook in de praktijk de gemeoederen stevig bezighoudt.

Eerst leggen ze uit dat de functie van de openingsbalans is het toerekenen van de totale winst van een onderneming aan de onbelaste en belaste periode.¹⁸ Lubbers wijst erop dat de regels die gelden voor het opstellen van de openingsbalans (totaalwinst) afwijken van de regels met betrekking tot het vaststellen van de jaarwinst en dat de belangen uiteenlopen. In het kader van de jaarwinst is het wenselijk kosten zo snel mogelijk te nemen en is het vormen van een voorziening derhalve gewenst. Bij het opstellen van de openingsbalans zal de belastingplichtige echter liever geen voorziening vormen, omdat die uitgaven dan te zijner tijd niet meer als kosten in aftrek kunnen worden gebracht.

Bij het opmaken van de openingsbalans moet worden bepaald welke vermogensbestanddelen behoren tot de (belaste) onderneming. De uitgangspunten daarvoor zijn te vinden in de vermogensetiketteringsregels. Toepassing leidt in de praktijk tot verschillende praktische vragen, zoals bijvoorbeeld bij het gemengd gebruik van vastgoed (voor zowel vrijgestelde als belaste prestaties). Lubbers werpt hierbij de vraag op hoe het gebruikspercentage gemeten dient te worden en meer specifiek of daarbij alle vermogensbestanddelen (bijvoorbeeld de computers of bureaus van een gemeente) afzonderlijk moeten worden beschouwd of dat een complexbenadering kan worden gehanteerd. Kan bijvoorbeeld de inventaris van een gemeente volledig toegerekend worden aan de afdeling facilitaire zaken of moet het worden toegerekend aan elke activiteit afzonderlijk? Van der Heijden is van mening dat het vertrekpunt bij vermogensetikettering met betrekking tot dergelijke vermogensbestanddelen een complexbenadering zou moeten zijn.

¹⁶ Dr. mr. J.M. van der Heijden RA is werkzaam bij de Belastingdienst/Vastgoedkenniscentrum en als senior lecturer verbonden aan Nyenrode Business Universiteit.

¹⁷ Prof. dr. A.O. Lubbers is als hoogleraar Belastingrecht verbonden aan Leiden University en aan Lubbers, Boer & Douma.

¹⁸ Kamerstukken II 2014/15, 34 003 nr. 3, p. 14.

Vervolgens gaat Lubbers in op de toerekening van schulden. Vanwege de totaalfinanciering bij veel (directe) overheidslichamen, ontbreekt doorgaans een direct verband tussen het activum en de financiering daarvan. De pragmatische oplossing zoals die in de parlementaire geschiedenis van de wet is aangegeven, namelijk daarvoor aansluiten bij het risicoprofiel van de onderneming, roept in de praktijk vragen op. Temeer omdat overheidslichamen met betrekking tot hun risicoprofiel en de wijze van financieren niet goed vergelijkbaar zijn met ondernemingen in de private sector.

Van der Heijden stelt de concrete waardering van vermogensbestanddelen op de openingsbalans aan de orde. Volgens vaste jurisprudentie dienen vermogensbestanddelen te worden gewaardeerd tegen de waarde in het economische verkeer.¹⁹ Hierbij is een drietal zaken van belang:

1. het gaat erom wat een koper bereid is te betalen, niet wat een eigenaar in het verleden zelf heeft betaald voor het vermogensbestanddeel (kopersperspectief);
2. niet relevant is de waarde die het vermogensbestanddeel voor de eigenaar vertegenwoordigt, maar wat de waarde voor de potentiële koper is (marktgegeven); en
3. de waarde in het economische verkeer dient per vermogensbestanddeel te worden bepaald.

Het laatste onderwerp waar Van der Heijden en Lubbers aandacht aan besteden, is het goodwill verbod van art. 33 Wet VPB 1969. Impliceert dit verbod dat negatieve goodwill ("badwill") niet hoeft te worden gepassiveerd? En "hoe moet worden omgegaan met onderrentabiliteit in de waardering van de individuele vermogensbestanddelen?", zijn enkele prikkelende vragen die aan bod komen. Door sommige deelnemers wordt betoogd dat het spiegelbeeld van het goodwillverbod impliceert dat onderrentabiliteit geëlimineerd moet worden uit de openingsbalans, zelfs als dit tot uitdrukking komt in de waarde van een vermogensbestanddeel. Uit de wetsgeschiedenis van art. 33 Wet VPB 1969 blijkt echter niet dat de wetgever heeft stil gestaan bij de mogelijkheid van badwill, waardoor de fiscale behandeling onduidelijk blijft.

Een alternatief systeem

Het is vaste jurisprudentie dat vermogensbestanddelen moeten worden gewaardeerd op de waarde in het economische verkeer. Mw. mr. B.F.M. Coebergh²⁰ durft het aan om dat uitgangspunt fundamenteel ter discussie te stellen. Zij wijst eerst op de bezwaren van het huidige systeem. In haar visie gaat het hierbij hoofdzakelijk om de volgende twee aspecten:

¹⁹ HR 5 februari 1969, nr. 16 047, BNB 1969/63.

²⁰ Mw. mr. B.F.M. Coebergh is werkzaam bij PwC en als buiten promovenda verbonden aan Tilburg University.

1. er vindt in sommige situaties belastingheffing plaats over niet-gerealiseerde voordelen; en
2. de belastingheffing sluit niet aan bij de bedrijfsuitoefening.

Bij het formuleren van een alternatief systeem hanteert Coebergh drie criteria. Het systeem moet:

1. in overeenstemming zijn met het totaalwinstbeginsel: enkel de daadwerkelijk gerealiseerde winsten moeten in de heffing worden betrokken;
2. passen bij bedrijfsuitoefening: de belastingheffing sluit aan bij het jaar van de bedrijfsuitoefening; en
3. praktisch hanteerbaar zijn.

Op basis van voorgaande toetsingscriteria stelt Coebergh als alternatief voor om uit te gaan van een systeem van toerekening van inkomsten en uitgaven (voordeeltoerekening): in dit systeem worden enkel de daadwerkelijk genoten voordelen in de belastingheffing betrokken. Dit wordt bereikt door inkomsten aan de hand van het veroorzakingsbeginsel toe te rekenen aan de bedrijfsuitoefening in de onbelaste/belaste periode. Ten aanzien van de uitgaven wordt in dit systeem van voordeeltoerekening aangesloten bij het matchingbeginsel, waardoor uitgaven en inkomsten zo veel als mogelijk aan elkaar worden gekoppeld. Een onrendabele top wordt in dit systeem toegerekend aan de hele periode van gebruik.

Het veroorzakingsbeginsel zal nog verder moeten worden ingevuld. Welke omstandigheden veroorzaken een resultaat; is dat bijvoorbeeld het sluiten van een overeenkomst, de uitvoering daarvan, of beide?

9 Financiering overheidsbedrijf

De bijzondere positie van overheidsbedrijven kan goed worden geïllustreerd door te kijken hoe nieuwe regels uitwerken op overheidsorganisaties. In zijn bijdrage vraagt drs. G.J. de Keizer²¹ zich af hoe de ATAD-richtlijnen moeten worden toegepast op overheidsondernemingen. In de earningsstrippingregeling is een franchise van € 1.000.000 per belastingplichtige toegestaan. De Keizer vraagt zich af hoe dit uitpakt bij de staat, dat één lichaam is maar uit meerdere belastingplichtigen bestaat. Volgens De Keizer zou onze nationale wetgeving geen probleem moeten opleveren, maar de richtlijn kent het concept van "belastingplichtige ondernemingen" niet. Verder vraagt De Keizer zich af of, en zo ja hoe, een gemeente een beroep kan doen op de groepstoets (mocht deze worden ingevoerd). Die toets is immers gebaseerd op commerciële cijfers. Een ander aandachtspunt, hoewel wellicht theoretisch, is het feit dat

de richtlijn geen nuance kent inzake beperkte belastingplicht ten aanzien van de Controlled Foreign Company (CFC)-wetgeving. Is het bij het toepassen van de CFC-regels van belang of de CFC-vennootschap al dan niet aan het belaste deel is toe te rekenen?

Mw. mr. J.H.T.M. Pennings-Korsten²² schets vervolgens de werking van revolverende fondsen van de overheid. Deze fondsen verstrekken gelden onder bijzondere voorwaarden om publieke of maatschappelijk belangrijke projecten te financieren. De bedoeling is dat aflossingen, rendementen en/of rente steeds opnieuw ingezet kunnen worden. Vervolgens wordt door de aanwezigen gediscussieerd over de fiscale duiding van een financieel instrument waarbij het resultaat geheel afhankelijk is van de winst en een voorwaardelijke terugbetalingsverplichting is opgenomen. Pennings-Korsten betwijfelt of een dergelijk instrument een lening is. Ten eerste is er slechts een voorwaardelijke terugbetalingsverplichting en ten tweede wordt er bij dergelijke constructies geen rente overeengekomen. De Keizer beoordeelt de lening vanuit art. 8b Wet VPB 1969. Hij constateert dat de maatschappelijke doelstelling van een dergelijk fonds op gespannen voet staat met het fiscale uitgangspunt dat partijen zakelijk met elkaar moeten handelen. Als het financiële instrument een lening is dan is het mogelijk een onzakelijke lening. Anderen wijzen erop dat een financieel instrument ook als een winstrecht kan worden gekwalificeerd.

10 Capita Selecta en afsluiting

In zijn afsluiting wijst Stevens nog op een aantal opvallende knelpunten en inconsistenties in het systeem. Hij noemt onder andere het feit dat overheidsorganisaties en stichtingen niet in een fiscale eenheid voor de Vpb kunnen worden opgenomen. Ook de slechte aansluiting tussen de reorganisatiefaciliteiten in de overdrachtsbelasting en de vennootschapsbelasting is een doorn in zijn oog. Een risico in het bestaande systeem is dat de belastingplicht wordt uitgehold door vermogen ter beschikking te stellen en hij wijst erop dat zijns inziens de onderwijsvrijstelling kwetsbaar is in het licht van het verbod van staatsteun.

Tot slot werpt Stevens de vraag op of – nu er beter zicht bestaat op de activiteiten waar concurrentievervalsing dreigt – in de wet volstaan kan worden met een limitatieve opsomming van belaste activiteiten. Na twee dagen discussie sluit Stevens de conferentie af met de constatering dat er nog genoeg praktijkvragen zijn om op te lossen en er ruimte is voor verder onderzoek.

²¹ Drs. G.J. de Keizer is werkzaam bij de Belastingdienst.

²² Mw. mr. J.H.T.M. Pennings-Korsten is werkzaam bij de Belastingdienst.