Over de Tachtigjarige Oorlog, de Spanish Tax Lease en andere Spaans/Nederlandse zee- en veldslagen

Mr. D.E. van Sprundel[1,2,3]

1 Inleiding

De laatste jaren is tussen Nederland en Spanje veel gestreden op de voetbalvelden. Zoals bekend won in 2010 Spanje en op dit wereldkampioenschap heeft Nederland na een aarzelende eerste helft een swingende tweede helft laten zien. Uiteindelijk heeft Nederland in het laatste toernooi het beste resultaat behaald (voor het moment is het wel de vraag of het komend toernooi wordt gehaald).

In andere, heikelere, kwesties – zoals de Tachtigjarige Oorlog – is zwaar gevochten en ook de Nederlandse en Spaanse scheepsbouwers liggen al jaren met elkaar in de clinch.

In deze laatste situaties is het moeilijk een winnaar aan te wijzen[4], maar uit deze bijdrage zal blijken dat Spanje momenteel de beste kaarten in handen heeft. Spanje heeft namelijk nog wel een combinatie van fiscale maatregelen die bijdraagt aan economische groei én is goedgekeurd door de Europese Commissie. Het is de vraag of dit binnen Europa bijdraagt aan een *level playing field*.

Spaanse scheepsbouwers konden met ingang van 1 januari 2002 tegen aanzienlijk lagere prijzen schepen produceren doordat investeerders fiscaal gunstig werden behandeld door gebruik te maken van versnelde afschrijving, in (volgtijdige) combinatie met de tonnageregeling.[5] Deze maatregel stond in de markt bekend als de *Sistema Español de Arrendamiento Fiscal*, de Spanish Tax Lease (STL). De Europese Commissie (EC) heeft – mogelijk mede op instigatie van Nederlandse scheepsbouwers[6], maar in

1 *Verbonden als International Tax Partner bij Mazars Paardekooper Hoffman N.V. te Rotterdam en daarnaast werkzaam als wetenschappelijk medewerker/promovendus aan het Fiscaal Economisch Instituut van de Faculteit der Economische Wetenschappen van de Erasmus Universiteit Rotterdam.*

2 *Volledigheidshalve merk ik op dat ik de informatie inzake Spanje via de openbare bronnen heb achterhaald en dat ik mijn bevindingen heb gedeeld met collega's in Spanje.*

3 *Deels gebaseerd op de scriptie van C.W. van Zwienen MSc 'Staatssteun binnen de Nederlandse en Spaanse scheepvaart- en scheepsbouwsector nader bekeken; Een onderzoek naar de Spanish Tax Lease en de gevolgen voor de toepassing van de willekeurige afschrijving, het tonnageregime en scheepsCVs voor staatssteundoeleinden' (datum 30 september 2013). Helaas lukte het Van Zwienen niet om voldoende tijd vrij te maken voor het samen schrijven van het artikel.*

4 *Op donderdag 25 september 2014 organiseerde de European School of Law en de Stichting Europese Fiscale Studies – beide onderdeel van de Erasmus Universiteit Rotterdam – gezamenlijk het seminar 'Staatssteun in en rondom zeehavens'. Tijdens dit seminar, dat onderdeel uitmaakt van het Transport and Maritieme Tax Law Programme, is tijdens één van de onderdelen ingegaan op de Spaanse tax lease en de toepasbaarheid van de Nederlandse willekeurige afschrijving vanaf 2009. Op 25 september 1639 – 375 jaar geleden – werd bij Duinkerke – voorafgaand aan de slag bij Duins een vloot van Spaanse schepen door dertien kleine schepen van Tromp onderschept.*

5 *EC, Press Release, IP/11/825, Brussel, 1 juli 2011 maakt gewag van kortingen van 20% tot 30% onder de marktprijs.*

6 *Ik kan dit niet met expliciete bewijzen staven, maar zonder van tendentieuze berichtgeving te worden beticht, lijkt het er wel op. Zie ook de uitlating van de heer Zoeteman van Netherlands Maritime Technology in het Financieele Dagblad van 19 mei 2014.*

ieder geval naar aanleiding van klachten van scheepsbouwers uit Europese lidstaten – hier onderzoek naar ingesteld en deze structuur deels als onrechtmatige staatssteun bestempeld. De Spaanse eurocommissaris Joaquín Almunia oordeelde naar aanleiding van deze klachten in de definitieve beschikking van 17 juli 2013 dat de STL gedeeltelijk niet verenigbaar is met het Europese staatssteunregime.[7] De staatssteun dient te worden terugbetaald. Benadrukt dient te worden dat voor een bepaalde periode geen terugbetaling wordt verlangd en dat niet iedereen die voordeel heeft genoten, dit voordeel hoeft terug te betalen. Zo hoeven de reders de staatssteun niet terug te betalen, maar de investeerders wel gedeeltelijk; slechts de genoten staatssteun na april 2007[8] dient terugbetaald te worden.[9]

Op hun beurt menen Spaanse scheepsbouworganisaties uit Baskenland en Galicië dat Nederlandse scheepsbouwers ook onrechtmatige staatssteun hebben genoten. Zij willen dat de EC de steunmaatregelen voor de Nederlandse scheepsbouwers uit de jaren 2009, 2010 en 2011 (en mogelijk ook voor het tweede deel van 2013?) onderzoekt.[10] In deze niet-gepubliceerde klacht wordt gesteld dat Nederland onrechtmatige staatssteun heeft verleend door het accommoderen en goedkeuren van belastingstructuren waarin de tijdelijke willekeurige afschrijving, het tonnageregime en de scheeps-CV worden gecombineerd. Het is mij nog niet bekend of inderdaad nadere stappen zullen worden gezet, maar naar ik uit de wandelgangen begrijp, heeft de EC onlangs voor de tweede keer vragen gesteld. Zoals ik hieronder uiteen zal zetten, is de voormalige Nederlandse regeling op hoofdlijnen vergelijkbaar met een nieuwe – de hieronder te beschrijven – Spanish Tax Lease 2 (de STL2) – en ik vraag me af of de Spaanse scheepsbouworganisaties zich realiseren dat een procedure over de Nederlandse regeling ook gevolgen voor de STL2 zou kunnen hebben (en mogelijk ook vice versa). Deze aanklacht is wellicht een represaille van de Spaanse scheepsbouwers op de eerdere mogelijke klachten van Nederlandse belangenverenigingen.

Inmiddels, ondanks dat deze strijd nog niet is gestreden, doet zich al een nieuwe kwestie voor. Met ingang van 1 januari 2013 heeft Spanje namelijk een nieuwe financieel/fiscaal aantrekkelijke maatregel. Deze maatregel – in combinatie met andere maatregelen – wordt in de markt gezet als STL2. Deze (combinatie van) maatregel(en) is goedgekeurd door de EC, omdat deze niet selectief zou zijn.[11] De Nederlandse scheepsbouwers hebben op hun beurt beroep tegen de beschikking[12] van de Commissie ingesteld, omdat de STL2 grote overeenkomsten vertoont met de niet-toegestane eerste versie – STL – én het proces van de goedkeuring volgens hen bepaald niet transparant is verlopen.[13]

In onderdeel 2 van deze bijdrage wordt eerst de STL en de werking van deze structuur besproken. Vervolgens wordt in onderdeel 3 een Nederlandse belastingstructuur uiteengezet die de tijdelijke willekeurige afschrijving, het tonnageregime en de scheeps-CV combineerde.

7 *Besluit 2014/200/EU van de Commissie van 17 juli 2013 inzake Spaanse belasting-leaseregeling, PbEU 2014, L 114, p. 1; zie ook EC, Press Release, IP/13/706, Brussel, 17 juli 2013.*

8 *Omdat een vergelijkbare Engelse zaak (beschikking van de Commissie van 8 mei 2001 inzake steunmaatregel nr. N618/1998 (Brittany Ferries), PbEG 2002, L 12, p. 33) wellicht enige onzekerheid heeft kunnen veroorzaken, behoeft de ontvangen staatssteun tot 30 april 2007 niet te worden terugbetaald. Op die datum heeft de EC haar oordeel met betrekking tot een vergelijkbare Franse maatregel, die zij eveneens als onrechtmatig aanmerkte, gepubliceerd (EC, Press Release, IP/06/1852, Brussel, 20 december 2006, officieel als beschikking gepubliceerd op 30 april 2007 (PbEG L 112/41, 2007/256/EG)).Op die datum is dus ook ieder gewettigd vertrouwen, dat voordien bestond, geëindigd.*

9 *Hoewel deze problematiek – de kwantificering van de staatssteun, welke partijen wel en voor welke periode de staatssteun moet worden terugbetaald – ook interessant is voor een nadere beschouwing, valt deze analyse gezien de beperkte toegestane omvang buiten het bestek van deze bijdrage. In een groot aantal zaken – T-701/13, T-702/13, T-705/13, T-704/13, T-703/13, T-2/14, T-3/14, T-700/13, T-719/13, T-1/14R, T-31/14, T-29/14, T-5/14, T-4/14, T-10/14, T-6/14, T-18/14, T-16/14, T-443/14, T-461/14, T-432/14, T-484/14, T-24/14, T-491/14, T-514/14, T-508/14, T-515/13 – komt deze vraag nog aan bod. Tijdens het seminar (zie voetnoot 4) begrepen de toehoorders van een afgevaardigde van de Europese Commissie dat er inmiddels meer dan vijftig zaken aanhangig zijn.*

10 *Het Financieele Dagblad, 9 februari 2013: 'Spaanse scheepsbouwers klagen Nederland in Brussel aan'.*

11 *Besluit van de Commissie van 20 november 2012 inzake steunmaatregel SA.34736 (12/N): Early depreciation of assets acquired through a financial leasing (PbEU 2012, C 384/1, p. 2); zie ook EC, Press Release, IP/12/1241, Brussel, 20 november 2012.*

12 *Na inwerkingtreding van het VEU en VWEU wordt het oordeel van de Commissie in een besluit neergelegd. Voordien was dat een beschikking. In deze bijdrage heb ik het steeds over een beschikking.*

13 *Het Financieele Dagblad van 19 mei 2014 'Nederlandse scheepsbouwers slepen Europese Commissie voor de rechter'. De hoorzitting in zaak T-140/13 (Scheepsbouw Nederland (tegenwoordig Netherlands Maritime Technology Association) – Commissie) heeft op donderdag 10 juli 2014 plaatsgevonden. Het arrest op 9 december 2014 gewezen.*

Als reactie op het besluit van 17 juli 2013 heeft de Spaanse wetgever verschillende wetswijzigingen doorgevoerd met als doel een "*EU-proof*" opvolger van de STL in de markt te zetten. Deze STL2 wordt in onderdeel 4 besproken. Daarop aansluitend wordt in onderdeel 5 onderzocht of de Nederlandse structuur en de STL2-kenmerken van onrechtmatige staatssteun bevatten. Tot slot volgt in onderdeel 6 een overzicht met daarin een samenvatting van mijn belangrijkste conclusies. Aangetoond zal worden dat, gezien de huidige stand van het Europees recht en het beleid, de Nederlandse steunmaatregelen na 2010 niet onder de categorie van verboden staatssteun vallen, ondanks het feit dat de vraag naar nieuwe zeeschepen in Nederland was toegenomen door deze maatregelen.[14] Tot slot wordt – mede gezien de omvang van deze bijdrage en aangezien niet iedere structuur identiek is geïmplementeerd – volstaan met het signaleren dat het risico op staatssteun zowel bij bepaalde Nederlandse structuren voor 2009 als voor de STL2 reëel is.

2 Spanish Tax Lease (1 januari 2002-30 april 2007)

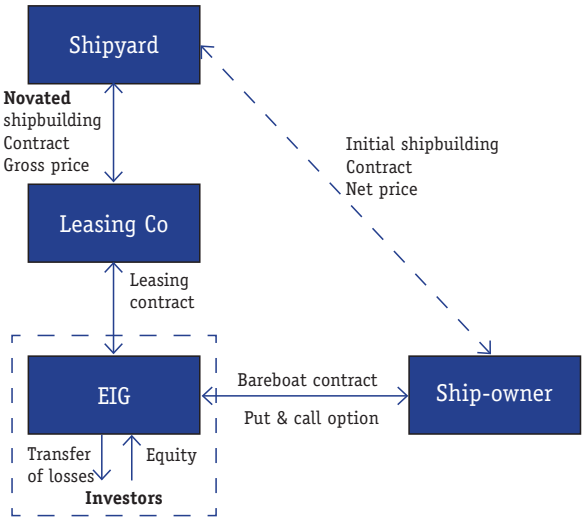
2.1 Inleiding

Door toepassing van de STL sinds 1 januari 2002 konden scheepvaartmaatschappijen zeeschepen van Spaanse werven kopen tegen een prijs die 20% tot 30% lager was dan de gebruikelijke marktprijs (zoals ook bevestigd door de EC). Een scheepvaartmaatschappij kon deze gunstige prijs krijgen onder de voorwaarde dat zij aanvaardde het zeeschip niet rechtstreeks van de scheepswerf te kopen, maar van een Spaans economisch samenwerkingsverband (EIG) die door een bank was opgezet.[15] De STL was overigens niet vooraf ter goedkeuring aan de EC voorgelegd.

2.2 Opzet structuur

Voor het opzetten van de STL was een belangrijke organiserende rol weggelegd voor de begeleidende bank. De bank richtte de EIG op en verkocht de participaties vervolgens aan investeerders. De investeerders waren Spaanse belastingplichtigen die over voldoende belastbare grondslag beschikten. Over het algemeen verrichtten zij geen scheepvaartactiviteiten.

Niet de scheepvaartmaatschappij, maar een leasemaatschappij sloot een contract voor de bouw van het zeeschip met de Spaanse scheepswerf. Vervolgens leasete de EIG het zeeschip voor een periode van drie tot vijf jaar. Tevens verplichtte de EIG zich tot koop van het zeeschip aan het eind van de leaseperiode (*leasing optie*). Bij oplevering van het zeeschip, doorgaans één tot drie jaar later, verhuurde de EIG het zeeschip aan de scheepvaartmaatschappij door middel van een zogenoemde "*bareboat charter agreement*". Daarbij werd contractueel vastgelegd dat de scheepvaartmaatschappij verplicht is het zeeschip aan het eind van de verhuurperiode over te nemen ("*bareboat charter*" optie).[16]



De voordelen van de STL bestonden uit twee elementen, namelijk eerst de vervroegde en versnelde afschrijving van het zeeschip volgens de reguliere systematiek van de vennootschapsbelasting, en ten tweede de verkoopwinst

14 *Brief KNVR aan de voorzitter en leden van de Commissie Scheepvaartpolitiek, Economische en Juridische Zaken (CEZ), Werkgroep Financiële en Fiscale Onderwerpen van 30 november 2010. In dit onderzoek wordt mede verwezen naar Monitor 2010, De Nederlandse maritieme cluster, NML.*

15 *EIG staat voor "Economic Interest Grouping" en is een transparante entiteit met rechtspersoonlijkheid, opgericht door verschillende achterliggende participanten voor het uitvoeren van bepaalde handelingen.*

16 *Bedacht dient te worden dat de zeeschepen die in rompbevrachting zijn gegeven ("bareboat" charter out) in Nederland op grond van art. 3.22 lid 5, onderdeel a onder 1 Wet IB 2001, niet kwalificeren voor het tonnageregime. In Nederland moet, ingevolge art. 3.22 lid 5, onderdeel c Wet IB 2001, juist sprake zijn van een time charter-overeenkomst. Binnen Europa zijn er overigens maar een paar landen die bareboat charter out onder de tonnageregeling scharen. Ook dient voor de Nederlandse structuur de CV een onderneming te drijven. Daarnaast maakt het OESO Modelverdrag een onderscheid tussen volledige verhuur inclusief bemanning en verhuur van alleen een schip ("bareboat"). In het eerste geval is in beginsel art. 8 OESO Modelverdrag van toepassing en het tweede geval wordt de verhuuropbrengst gezien als een royaltybetaling die valt onder art. 12 OESO Modelverdrag.*

die resulteerde uit de verkoop van het zeeschip die niet belast werd onder het Spaanse tonnageregime. Door de bepalingen van de vervroegde en versnelde afschrijving[17] te combineren was het voor de EIG mogelijk het zeeschip binnen een periode van drie tot vier jaar volledig af te schrijven. Deze vervroegde en versnelde afschrijving resulteerde in een groot fiscaal verlies voor de EIG. Omdat de EIG fiscaal transparant is, werden de verliezen toegerekend aan de achterliggende Spaanse investeerders. Zij konden deze verliezen direct verrekenen met winsten behaald uit andere ondernemingsactiviteiten.

Door de versnelde afschrijving was de boekwaarde van het zeeschip lager dan de marktwaarde. Hierdoor ontstond een latente belastingverplichting. Wanneer het nieuwe zeeschip (bijna) volledig was afgeschreven, opteerde de EIG voor toepassing van het tonnageregime.[18] Dit gebeurde na volledige afschrijving van het zeeschip, maar vóór de uitoefening van de *bareboat charter*-optie tussen de EIG en de scheepvaartmaatschappij. Als een direct gevolg viel de verkoopwinst onder het tonnageregime.

Het Spaanse tonnageregime bevat bepalingen ter vermijding van extra voordelen of potentiële misbruiken met betrekking tot oude en tweedehands schepen die opteren voor het tonnageregime. De Spaanse wet[19] bepaalt dan ook dat in het eerste jaar waarin het tonnageregime wordt toegepast, of het jaar waarin een tweedehands zeeschip wordt aangekocht, er een reserve gevormd dient te worden ter grootte van het verschil tussen de normale marktwaarde en de netto boekwaarde.[20] Echter, een zeeschip dat door uitoefening van de leaseoptie eigendom was geworden van de EIG, werd op basis van een specifieke bepaling in de Spaanse wet[21] als nieuw aangemerkt. Hierdoor waren de regelingen die door de EC waren goedgekeurd en misbruik dienden tegen te gaan niet van toepassing en werd de verkoopwinst volledig vrijgesteld.

17 *Ingevolge art. 115 Texto Refundido de la Rey del Impriesto de Sociedadis ("Coordinated Text of the Law on Corporate Taxation", TRLIS).*

18 *Ingevolge art. 124 tot en met 128 TRLIS.*

19 *Ingevolge art. 125 lid 2 TRLIS.*

20 *Deze bepaling is min of meer vergelijkbaar met de Nederlandse Zeescheepvaart Onbelaste Reserve (art. 3.23 lid 2 en 3 Wet IB 2001).*

21 *Ingevolge art. 50 lid 3 Reglamento del Impusto sobre Sociedadis ("Regulation on Corporate Taxation", RIS). Hierbij dient opgemerkt te worden dat deze bepaling noch is aangemeld, noch is goedgekeurd door de EC.*

3 Nederlandse scheeps-CV

3.1 Inleiding

De structuren die in Nederland zijn toegepast, combineerden – in meer of mindere mate – het gebruik van de tijdelijke willekeurige afschrijving die van toepassing was in de jaren 2009, 2010, 2011 en de tweede helft van 2013[22], het tonnageregime en de commanditaire vennootschap. Het primaire doel van de structuur was het bespoedigen van de financiering voor de bouw van zeeschepen. Gedurende de periode dat deze structuren werden toegepast, waren de banken terughoudend met het verstrekken van krediet waardoor scheepvaartmaatschappijen vaak moeilijkheden ondervonden bij het zoeken naar financiering voor een nieuw aan te kopen zeeschip.[23] Behalve in 2009 – de wetgever heeft de *theoretische* (zie voetnoot 25) omissie gerepareerd[24] – werden de regelingen wel gecombineerd, maar niet onmiddellijk volgtijdig zoals hierna wordt uiteengezet.[25]

22 *Mij zijn overigens geen structuren uit deze periode bekend.*

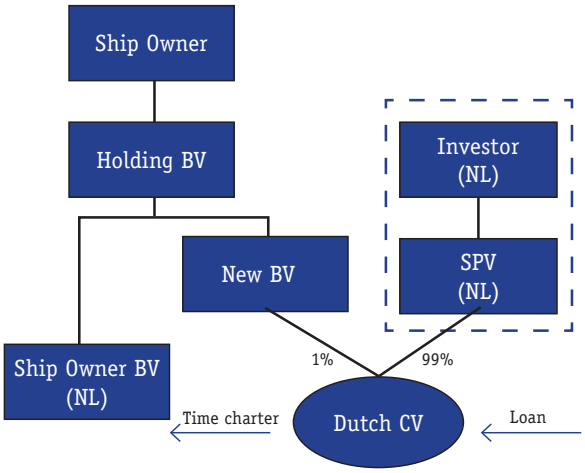
23 *Banken financieren in de regel maar 60% van het schip. Omdat veel reders het (ook) financieel zwaar hadden, was het bepaald een uitdaging om een scheepsfinanciering te verkrijgen. Zie ook voetnoot 16 van de bijdrage van D.E. van Sprundel & K. Dans, 'To tax or not to tax. Vallen rente-inkomsten onder het tonnageregime?', WFR 2011/593.*

24 *Met ingang van 1 januari 2010 is dit expliciet opgenomen in de Uitvoeringsregeling willekeurige afschrijving 2001. Zie de brieven van het Ministerie van Financiën van 28 november 2009, V-N 2009/62.10, 'Geen dubbel voordeel bij investeringen in zeeschepen' en de brief van de staatssecretaris van 29 januari 2010, nr. AFP 2009/077BU, V-N 2010/12.3. Zie uitgebreider D.E. van Sprundel, 'Investeren in zeeschepen: the Netherlands rule the waves', Forfaitair 212, maart 2011, onderdeel 1.3.*

25 *Volgens een nieuwsbericht uit het NRC van 31 oktober 2014 'Strop voor fiscus, onderzoek naar investering in schepen' dreigt voor de Belastingdienst een strop van € 500 miljoen. In zijn brief van 11 november 2014 (DGB/2014/6169U) geeft de staatssecretaris aan dat "het prematuur [is] om te concluderen of de regels al dan niet zijn nageleefd en of er daadwerkelijk correcties zullen worden aangebracht" en "Gelet op de context van het artikel ga ik ervan uit dat het lid Bashir hier doelt op het 'tonnageregime'. Dit is een bijzonder regime voor de zeescheepvaart waarbij de fiscale winst op forfaitaire wijze wordt bepaald. Het door het lid Bashir genoemde effect doet zich niet in die mate voor als wordt verondersteld in het genoemde artikel, omdat het tonnageregime pas voor het eerst tien jaar na de investering kan worden toegepast. Op het moment dat kan worden gekozen voor het tonnageregime is het voordeel van de tijdelijke willekeurige afschrijving in de jaren 1 en 2 (nagenoeg geheel) gecompenseerd door de hogere belastinggrondslag in de latere jaren (jaren 3 tot en met 10)." Mij is gebleken dat er (in 2009) in*

3.2 Opzet structuur

De scheepswerf[26] (Investor) richtte voor de bouw van het zeeschip een *Special Purpose Vehicle* (SPV) op. De scheepswerf vormde samen met de SPV een fiscale eenheid ingevolge art. 15 Wet VPB 1969. De scheepvaartmaatschappij/reder/scheepseigenaar (Ship Owner) die het zeeschip uiteindelijk wilde kopen richtte New BV op. Vervolgens gingen de SPV en New BV een samenwerkingsverband aan in de vorm van een besloten commanditaire vennootschap (Dutch CV), waarbij de SPV de commanditaire vennoot was en New BV de beherend vennoot. Het zeeschip werd door de CV op basis van een *time charter*-overeenkomst verhuurd aan een dochtermaatschappij van de scheepvaartmaatschappij (Ship Owner BV).[27]



Door het transparante karakter van de CV werd de tijdelijke willekeurige afschrijving in feite toegepast door de achterliggende participanten en dus met name de Investor.[28] De verliezen die in de SPV ontstonden door toepassing van de willekeurige afschrijving konden afgezet worden tegen de winsten van de Investor.[29] Daarbij dient opgemerkt te worden dat het niet relevant is wat de oorsprong is van die winsten. Dit kunnen dus ook winsten zijn die niet verband hielden met de verkoop van het zeeschip.

Na een minimale periode van drie jaar werd de SPV aan de Ship Owner verkocht, die daarmee volledig eigenaar van het nieuw gebouwde zeeschip werd.[30] Omdat de aandelen van de SPV en niet het zeeschip zelf werden verkocht, hoefde over het verschil tussen de fiscale boekwaarde en verkoopprijs van het zeeschip niet afge-

de markt structuren zijn opgezet waarbij beide faciliteiten nagenoeg volgtijdig (na drie jaar en binnen tien jaar) zijn gecombineerd (althans dat is in ieder geval geprobeerd). De Belastingdienst is deze structuren gaan aanpakken. De staatssecretaris is hiervan op de hoogte en heeft onlangs wederom aangegeven dat het nog te prematuur is om mededelingen te doen over een lopend onderzoek van de Belastingdienst (brief van 12 november 2014 (AFP/2014/1100)).

26 *In tegenstelling tot de Spaanse regeling was het voor zover mij bekend de niet gepubliceerde informele wens van de Nederlandse belastingdienst dat de Investor in de zeescheepsbranche actief was (dan wel veel affiniteit en raakvlakken met deze branche had). Bij de Spaanse regelingen waren de investeerders juist wel "branchevreemd". Naar ik begrijp zijn in de praktijk in Nederland overigens ook Investors ingestapt die branchevreemd waren (NRC van 12 november 2014 'Wiebes onvolledig over schepen') en het is de vraag of dit handig is geweest, niet alleen om fiscale redenen, maar ook voor andere risico's: D.E. van Sprundel, 'Investeren in zeeschepen: the Netherlands rule the waves', Forfaitair, maart 2011.*

27 *Een ander aandachtspunt bij het opzetten van deze structuur is dat – in tegenstelling tot de Spaanse regelingen – een bareboat charter overeenkomst niet toegepast kan worden. Bij een dergelijke overeenkomst wordt namelijk alleen het (kale) schip, dus zonder bemanning, verhuurd. De CV zou onder deze voorwaarden niet kwalificeren als een onderneming, omdat terbeschikkingstelling van een gebruiksrecht geen actieve handeling is. Daarnaast kunnen er complicaties ontstaan met betrekking tot de deelnemingsvrijstelling ingevolge, art. 13 lid 12 onderdeel c Wet VPB 1969.*

28 *Waarbij de investeerders met de Belastingdienst de afspraak probeerden te maken dat over de contractsprijs en niet over de voortbrengingskosten mag worden afgeschreven.*

29 *Zie HR 30 november 2007, nr. 41 577, BNB 2008/32 waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat een verlies ontstaan door willekeurige afschrijving voor een commanditaire vennoot niet beperkt is tot zijn commanditaire inleg.*

30 *Doorgaans worden deze structuren op voorhand met de Belastingdienst vastgelegd door middel van een vaststellingsovereenkomst. Een van de voorwaarden die de Belastingdienst daarbij stelde is dat de structuur minimaal drie jaar in stand diende te blijven. Deze termijn van drie jaar ging in vanaf het tijdstip waarop het zeeschip in exploitatie wordt genomen. Ook mochten er geen bijzondere prijsafspraken worden gemaakt met betrekking tot de verkoop van het schip en de investeerders dienden zich garant te stellen voor terugbetaling van het genoten vennootschapsbelastingvoordeel indien de willekeurige afschrijving in de driejaarsperiode moet worden teruggenomen. Voor zover mij bekend, stelde de Spaanse belastingdienst dergelijke eisen niet.*

rekend te worden. In feite bleef de belastinglatentie die ontstaan is door de versnelde afschrijvingen intact. De eventuele vervreemdingswinst die bij verkoop ontstaan was, viel onder de deelnemingsvrijstelling.[31]

In dit voorbeeld is het uitgangspunt dat de structuur in 2011 was toepast.[32] Verder wordt aangenomen dat New BV ervoor gekozen had het tonnageregime met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2011 toe te passen. Zij was dan ook, ingevolge art. 3.22 lid 5 onderdeel d Wet IB 2001, grotendeels verantwoordelijk voor het onderhouds-, bemannings- en technisch management van het zeeschip. Het gevolg was dat New BV door de samenloopregeling tijdelijke willekeurige afschrijving en tonnageregime slechts gebruik kon maken van de tonnageregeling als de willekeurige afschrijving wordt teruggenomen.[33] Deze regeling bepaalde dat de tijdelijke willekeurige afschrijving bij toepassing werd teruggenomen wanneer er binnen tien jaar werd overgestapt op het tonnageregime. Hiermee werd buiten twijfel gesteld dat het niet mogelijk was om een onbedoeld fiscaal voordeel bij investeringen in zeeschepen te creëren door de tijdelijk willekeurige afschrijving en het tonnageregime volgtijdig of binnen een korter tijdsbestek dan tien jaar te combineren.[34]

Omdat de SPV de tijdelijke willekeurige afschrijving wel had toegepast was zij gebonden aan de tienjaarstermijn. Wanneer toch binnen die termijn geopteerd werd voor het tonnageregime, had dat als gevolg dat de boekwaarde van het zeeschip werd gesteld op de boekwaarde die zou zijn bereikt indien geen willekeurige afschrijving had plaatsgevonden. De SPV kon dus pas weer voor het eerst in 2021 opteren voor het tonnageregime.

Het ontstane voordeel was met name van tijdelijke aard, immers de afschrijving werd in latere jaren weer ingelopen. Daarnaast was op korte termijn – in tegenstelling tot de STL of de situatie in Nederland voor 2009 (indien en voor zover de Belastingdienst abusievelijk toch een tonnagebeschikking zou hebben afgegeven, zie voetnoot 25) – geen sprake van een permanent voordeel.

4 STL2

4.1 Inleiding

Hoewel het onderzoek door de EC naar de STL nog niet afgerond was, kondigde de Spaanse overheid reeds wijzigingen aan met betrekking tot de STL.[35] Op 28 december 2012 publiceerde het officiële Spaanse staatsblad een pakket belastingmaatregelen met het doel de overheidsfinanciën te versterken en de economische groei te bevorderen.[36] Deze wet wijzigt onder andere het *tax lease*-systeem dat bedoeld is voor de aanschaf van bepaalde activa, die niet in een serie vervaardigd worden.[37] De nieuwe wetgeving rondom STL is per 1 januari 2013 in werking getreden.

4.2 Opzet structuur

In essentie is de structuur niet veranderd. De wijzigingen hebben voornamelijk betrekking op formele en uitvoeringsaspecten van de structuur. Zo was vóór de wetswijziging van 27 december 2012 toestemming van het Ministerie van Financiën vereist voor het toepassen van de vervroegde en versnelde afschrijving. In feite bepaalde het ministerie door wie en vanaf welk tijdstip er vervroegd afgeschreven mocht worden. Zoals ik heb begrepen, kwamen buitenlandse partijen daarvoor eigenlijk niet in aanmerking. Daarnaast bleek in de praktijk dat de versnelde en vervroegde afschrijving alleen openstond voor zeeschepen die waren aangekocht door een EIG. De wetswijzigingen beogen een bredere werking te geven waardoor meer belastingplichtigen een beroep kunnen doen op de versnelde en vervroegde afschrijving. Zo staat de regeling nu ook open voor treinen, vliegtuigen en andere niet in serie vervaardigde activa. Daarbij maakt het niet uit of het activum in Spanje of daarbuiten is geproduceerd[38] en is de versnelde en vervroegde afschrijving automatisch van toepassing. De enige formele eis is dat bij toepassing de belastingplichtige het Ministerie van Financiën vooraf op de hoogte

31 *Bij verbreking van de fiscale eenheid treedt de sanctiebepaling van art. 15ai Wet VPB 1969 niet in werking omdat binnen die fiscale eenheidsperiode geen stille reserves zijn overgegaan tussen Investor en de SPV. Zie D.E. van Sprundel & J. van Strien, 'Certificering, verpanding en (lenings)overeenkomsten bij een fiscale eenheid. Blijft de doos van Pandora gesloten?', WFR 2010/1323 over de fiscale gevolgen bij een ongeplande verbreking van de fiscale eenheid*

32 *Hiervan uitgaande diende de Ship Owner het schip ingevolge art. 13 lid 1 Uitvoeringsregeling willekeurige afschrijving 2001 uiterlijk voor 1 januari 2014 in gebruik te hebben genomen.*

33 *Zie Persbericht Ministerie van Financiën 28 november 2009, V-N 2009/62.10 en Ministeriële regeling 17 december 2009, nr. DB 2009-735M, Stcrt. 2009, 20549.*

34 *Zie voetnoot 24.*

35 *Zie omtrent de aankondiging van de STL2 de parlementaire vragen van Belder (EFD) aan de EC van 10 november 2011, E-010269/2011 en van 19 april 2012, E-004075/2012.*

36 *Wet 16/2012 van 27 december 2012.*

37 *In het bijzonder gaat het om art. 115 TRLIS waarin de vervroegde en versnelde afschrijving geregeld is.*

38 *De STL is blijkbaar gebruikt voor 273 zeeschepen en deze schepen werden – op een enkele uitzondering na – allemaal in Spanje geproduceerd.*

dient te stellen.[39] De Spaanse wet is op verschillende punten gewijzigd en bepaalt dat voortaan elke lessee mag beginnen met afschrijven op het moment dat de bouw van het activum begint, indien cumulatief wordt voldaan aan de volgende voorwaarden:
- het moet gaan om materiële vaste activa die gedekt worden door een financiële leaseovereenkomst waarvan de leasetermijnen grotendeels betaald zijn voordat de bouw klaar is; *en*
- waarvan de bouwperiode ten minste twaalf maanden bedraagt; *en*
- die niet in serie geproduceerd worden, wat inhoudt dat de activa unieke ontwerp- en bouwvereisten dienen te hebben.

Daarnaast worden de eisen geschrapt die bepalen dat de activa, die door een financiële leaseovereenkomst gedekt worden, aan een derde partij, die niet verbonden is met de EIG, geleased moeten worden en gebruikt zullen worden voor haar ondernemingsactiviteiten. Tevens is het niet meer vereist dat de achterliggende participanten van de EIG verbonden blijven tot het einde van het belastingtijdvak waarin de leaseovereenkomst eindigt.

Tot slot zijn de formele vereisten met betrekking tot de versnelde en vervroegde afschrijving van bepaalde activa ingetrokken. Ook werd de bepaling geschrapt dat zeeschepen, die door uitoefening van een *"bareboat"-optie* aangekocht zijn, bij optatie voor het tonnageregime niet kwalificeerde als gebruikt.[40] Hierdoor wordt de gevormde belastinglatentie als een vordering opgenomen die binnen een bepaalde termijn wordt ingelopen. Er is dan geen permanent voordeel. In essentie werkt de STL2 grofweg op dezelfde wijze als de hiervoor behandelde Nederlandse scheeps-CV. Naar ik begrijp kan de belastinglatentie die ontstaan is door de versnelde afschrijvingen bij de Spaanse variant overigens intact blijven door de verkoop; dit kan door er een houdstervennootschap boven te hangen of om de EIG geruisloos om te zetten in een kapitaalvennootschap (*sociedad de responsabilidad limitada*). Beide acties hebben blijkbaar geen directe fiscale belastinggevolgen in Spanje.[41] Ik vraag me af dit inderdaad het geval is (de Spaanse literatuur is bepaald niet eenduidig of duidelijk op dit punt[42]). Wat daar ook van zij, doordat het (tijdelijke) voordeel permanent gemaakt zou kunnen worden, lijkt de combinatie van maatregelen op de oude niet toegestane STL-structuur. Mijns inziens is de stelling dat de maatregel ten onrechte is goedgekeurd dan – zeker het gezien het hieronder te behandelen selectieve karakter – goed te verdedigen. Volgtijdig worden een versnelde afschrijving en de tonnageregeling gecombineerd waardoor – vide de STL – de Europese Commissie mogelijk wenst in te grijpen.

5 Nadere staatssteunanalyse

5.1 Inleiding

Zoals hierboven is uiteengezet, bood de STL aanmerkelijke belastingvoordelen waardoor Spaanse scheepsbouwers goedkoper konden produceren als gevolg van de niet-aangemelde en onrechtmatig verkregen staatssteun. In 2012 werd de STL2 echter door de EC goedgekeurd aangezien geen sprake was van selectiviteit. Op grond van art. 107 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) worden onder staatssteun of steunmaatregelen immers (a) maatregelen van de EU-lidstaten begrepen, (b) die in welke vorm ook bekostigd, (c) de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties ("selectiviteit"), (d) vervalsen of dreigen te vervalsen, (e) voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de EU-lidstaten ongunstig beïnvloedt.[43] Staatssteun is onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, tenzij één van de uitzonderingen genoemd in art. 107 lid 2 VWEU van toepassing is (zoals steun van sociale aard voor individuele gebruikers, steun tot herstel van natuurrampen of de stimulering van bepaalde achterstandsregio's) dan wel deze overeenkomstig art. 108 lid 3 VWEU is aangemeld en door de EC is goedgekeurd op basis van art. 107 lid 3 VWEU (bijvoorbeeld ter stimulering van economische bedrijvigheid). De toetsing van staatssteun kan op twee verschillende niveaus plaatsvinden: (i)

39 *Art. 115 lid 11 TRLIS: de Commissie acht relevant dat slechts voorafgaande mededeling voorgeschreven is en dus geen voorafgaande toestemming van de autoriteiten, zie randnummer 36 van het besluit van de Commissie van 20 november 2012.*

40 *Art. 49 en art. 50 lid 3 RIS zijn ingetrokken.*

41 *Het lijkt erop dat de claim oneindig wordt uitgesteld. Een eventuele Spaanse antimisbruikregeling – zoals een samenloopbepaling tussen de vervroegde en versnelde afschrijving en het tonnageregime – is mij niet bekend. Mogelijk heeft de Spaanse wetgever dit bewust over het hoofd gezien?*

42 *Marta Villar Ezcurra, 'State Aid and Tax Lease Regimes in the Shipbuilding Industry: Lessons Learned from a Spanish Case', European Taxation 2014/10.*

43 *In de literatuur worden overigens twee benaderingen gevolgd om te bepalen of er sprake is van staatssteun. Een ruime benadering en een enge benadering. Kort samengevat dient bij de enge benadering aan alle vijf voorwaarden (a t/m e) te worden voldaan en bij de ruime benadering zijn de eerste drie voorwaarden voldoende om te spreken van staatssteun. Voor meer achtergrondinformatie kan bijvoorbeeld worden geraadpleegd: B. Hessel & A. Neven, Staatssteun en het EG-recht, Deventer: Kluwer 2001, p. 25 e.v., respectievelijk P.C. Adriaanse, Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun (Europese Monografieën nr. 82), Deventer: Kluwer 2006, p. 16-20.*

op het niveau van de toegepaste individuele belastingmaatregelen, onafhankelijk van de rol die deze (steun) maatregelen in de desbetreffende structuur vervullen; (ii) op het niveau van de belastingstructuur als één geheel.[44]

5.2 STL

De EC is van mening dat de STL voldoet aan de vijf cumulatieve voorwaarden van art. 107 lid 1 VWEU zoals hierboven vermeld en dat daarom sprake is van staatssteun. Het lijkt erop[45] dat de STL exclusief gebruikt is in transacties waar scheepvaartmaatschappijen nieuwe schepen, die in aanmerking kwamen voor toepassing van het tonnageregime,[46] kochten van Spaanse scheepswerven op één uitzondering na.[47] Eén van de voorwaarden om gebruik te kunnen maken van deze regeling was expliciete goedkeuring vooraf door het Spaanse ministerie van Economie en Financiën.

Verder blijkt uit de beschikbare informatie dat een leasingcontract in samenhang met de vervoegde afschrijving de enige omstandigheid is waarbij een dergelijk contract door de belastingautoriteit werd goedgekeurd. Al met al volgt hieruit dat zonder de verleende toestemming van de belastingautoriteit, het effect van het leasingcontract vooraf niet goedgekeurd was, het gekochte schip ingevolge de Spaanse wet[48] niet als nieuw werd aangemerkt, de afschermmaatregelen[49] van toepassing waren en de vervreemdingswinst belast werd.[50]

In het onderzoek naar de STL is een voorlopige conclusie[51] en een uiteindelijke beschikking[52] van de EC verschenen. De EC kwam in het voorlopige oordeel tot de conclusie dat sprake was van onrechtmatige steun, die is verleend aan bepaalde EIG's en haar achterliggende investeerders, de scheepvaartmaatschappijen, de scheepswerven, de *leasing companies*, de banken en andere tussenpersonen. Opvallend is dat de EC in haar uiteindelijke besluit van 17 juli 2013 oordeelde dat alleen de verleende steun die bij de EIG en haar achterliggende investeerders terecht is gekomen teruggevorderd dient te worden (en wel vanaf de periode april 2007: zie hiervoor nader voetnoot 11). De belangrijkste reden om zo te handelen is dat de EC meent dat het voordeel door de EIG aan de reders is gegeven en daarom niet uit staatsmiddelen is bekostigd. De Spaanse regeling verplicht de EIG niet om het voordeel door te geven. Het doorgeven van het voordeel is een onderdeel van een vrijwillig overeengekomen transactie tussen derden, waarbij de overheid geen partij was, zodat volgens de Commissie het voordeel van de reders niet aan de Spaanse overheid is toe te rekenen.[53]

44 *Zie ook de diverse artikelen van P. Kavelaars en R. H.C. Luja uit het Weekblad, P. Kavelaars, 'Staatssteun in the picture', NTFR-B 2012/8 en R.H.C. Luja, Assessment and Recovery of Tax Incentives in the EC and the WTO: A View on State Aids, Trade Subsidies and Direct Taxation, Metro: Intersentia 2013.*

45 *http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/241188/241188_1245123_41_2.pdf "(73) According to complainants, informal contacts take place between the tax administration and the arranging banks in the context of the filing of the requests pursuant to article 115, paragraph 11, TRLIS (pre-filing contacts). These contacts would allegedly be responsible for the refusal by Spanish banks to arrange appropriate STL structures in certain circumstance, among others when the vessel is intended to be built outside Spain. No legal rule de jure prevents the financing of vessels built in non Spanish shipyards but despite the publication of a ruling clarifying this point, only one small contract involves a French shipyard. As this contract concerns a vessel built on behalf of a Spanish shipping and shipbuilding group, the Commission doubts that this can even be considered as an exception. The Commission has doubts that the quasi-absence of contracts involving foreign ships can be explained by pure commercial considerations from the banks involved. The advantage granted to the shipping companies would therefore seem to be further selective in favour of those companies investing in vessels built in Spain."*

46 *De STL werd alleen voor dat soort schepen gebruikt en dus niet voor schepen die niet in aanmerking kwamen voor toepassing van het tonnageregime zoals tweedehandsschepen, binnenvaartschepen en andere activa, nieuw of tweedehands.*

47 *Uit de informatie verstrekt door de Spaanse instanties blijkt dat in totaal 21 verschillende Spaanse én één Franse scheepswerf hebben geprofiteerd van de STL. Daarbij wordt door de EC nog eens opgemerkt dat het zeeschip dat op de Franse scheepswerf gebouwd werd in opdracht gebeurde van een Spaanse scheepsbouwgroep. De EC twijfelt of dit daadwerkelijk een uitzondering betrof (één uitzondering op 273 schepen!).*

48 *Art. 50 lid 3 RIS*

49 *Art. 125 lid 2 TRLIS*

50 *C(2011) 4494 final, r.o. 67-70.*

51 *Besluit van de Commissie tot opening van de formele onderzoeksprocedure, C(2011) 4494 final, PbEU 2011, C 276, p. 5.*

52 *EC, Press Release, IP/13/706, Brussel, 17 juli 2013.*

53 *De selectieve voordelen werden dus verleend met behulp van staatsmiddelen. Ze zijn duidelijk toerekenbaar aan de Spaanse staat, omdat ze de EIG's en hun investeerders begunstigen. Dit is echter niet het geval voor de voordelen die door de scheepvaartmaatschappijen worden genoten, en a fortiori voor de indirecte voordelen die naar de scheepswerven en de tussenpersonen vloeien (zie randnummer 169 van het besluit van 17 juli 2013). Eén van de andere sprekers van het seminar – A. Gunn – was nader op deze materie ingegaan. Zie het verslag van het seminar 'Staatssteun in en rondom zeehavens', WFR 2015/xxx.*

5.3 STL2

De STL2 is door de EC reeds aangemerkt als een algemene maatregel die niet strijdig is met Europees recht.[54] De Spaanse regeling lijkt een zogenoemde "open eind"-regeling te zijn die voor treinen, vliegtuigen en andere niet in serie vervaardigde activa een fiscale fiscaliteit biedt. Hoewel de EC de regeling heeft goedgekeurd, kan wel worden afgevraagd of dit juist is. Kan een belastingplichtige er wel op vertrouwen dat er geen sprake van staatssteun is?

Immers, bepaalde niet in serie vervaardigde activa mogen een beroep doen op de regeling en de vraag is of dat niet te specifiek is. Het lijkt erop dat deze maatregelen geen horizontale steunmaatregelen, maar sectorale regelingen zijn die marktverstorend werken. In het goedkeurende besluit merkt de EC kort op dat ze heeft onderzocht dat de maatregelen niet exclusief op bepaalde sectoren of activiteiten zijn toegespitst. Volgens de EC kunnen alle in Spanje belastingplichtige vennootschappen gebruikmaken van de regeling, ongeacht sector, vestiging, grootte, juridische vorm of waar de vermogensbestanddelen zich bevinden. De EC constateert zelf dat de algemene maatregelen in een zekere zin toch selectief zouden kunnen uitwerken. Ik heb geen nadere studie naar het gebruik van de regeling gedurende het lopende jaar gedaan[55], maar ben niet bij voorbaat overtuigd. Een belangrijke belemmering – goedkeuring vooraf door de Spaanse belastingdienst – is weliswaar vervallen, maar voordat investeerders instappen willen zij – zeker bij de grote bedragen die spelen bij de scheepsbouw – zekerheid. Die zekerheid ontstaat onder andere op het moment dat de Spaanse belastingdienst een ruling afgeeft. Het zou mogelijk zijn dat de Spaanse belastingdienst toch impliciet een bepaalde discretionaire controle heeft. Op grond van bestaande jurisprudentie kan dit mogelijk toch staatssteunrisico's opleveren.[56] Op deze punten is de openbare informatie over de Spaanse fiscale regeling mijns inziens niet zonder meer volledig en glashelder, vandaar mijn vraagtekens. Idealiter zou mijns inziens een dergelijke goedkeuring van de EC mogelijk een tijdelijk/voorwaardelijk karakter moeten hebben; er kan wel worden vertrouwd op de regeling, maar de regeling wordt na bijvoorbeeld drie jaar geëvalueerd in verband met het voortdurend toezicht van de EC op goedgekeurde steunregelingen (als bedoeld in art. 108 lid 1 VWEU). In theorie kan de EC wijzigingen in de regeling verlangen alvorens een goedkeuring af te geven of een goedkeuring afgeven en verplichtingen opleggen die het toezicht op naleving van het besluit vergemakkelijken.[57] Echter, dit is niet gebeurd bij deze beschikking.

Inmiddels heeft Scheepsbouw Nederland/*Netherlands Maritieme Industry* beroep bij het Gerecht tegen het besluit van de EC ingediend.[58] Deze organisatie van Nederlandse scheepsbouwers is kort samengevat de mening toegedaan dat de EC haar vooronderzoek niet volledig en toereikend heeft gedaan en dat er te weinig informatie beschikbaar was bij de EC om STL2 als een goedgekeurde aangemelde maatregel aan te merken. De EC had dus de formele onderzoeksprocedure als bedoeld in art. 108 lid 2 VWEU moeten openen. Op 10 juli 2014 heeft de hoorzitting plaatsgevonden. Het arrest is op 9 december 2014 gewezen.[59]

5.4 Arrest Europese Commissie / Scheepsbouw Nederland (T-140/13)

Kort en goed heeft het Hof van Justitie het beroep van Scheepsbouw Nederland afgewezen. Volgens het Hof zijn er – ondanks dat de onderzoeksperiode langer dan twee maanden heeft geduurd – geen bijkomende omstandigheden naar voren gekomen die aantonen dat de Europese Commissie tegen serieuze problemen is aangelopen tijdens de analyse van de STL2. Louter het feit dat een onderzoek langer duurde dan twee maanden – in casu zes maanden – is niet voldoende. Ook heeft het Hof van Justitie het argument dat het onderzoek van de Europese Commissie onvolledig of onvoldoende was – gezien de andere feiten en de vergelijking tussen de STL en de STL2 in ogenschouw nemende – afgewezen. Tevens was er nog de selectiviteit waartegen bezwaar werd gemaakt. Dit argument wordt door het Hof van Justitie

54 *EC, Press Release, Brussel, 20 november 2012, IP/12/1241 en EC, SA.34736 (12/N): Early depreciation of assets acquired through a financial leasing, PbEU 2012, C 384/1, p. 2.*

55 *De Spaanse economie is ongeveer twee keer zo groot als de Nederlandse economie en er zouden genoeg andere sectoren zijn, die deze regeling kunnen gebruiken. Zie www.spainbusiness.com voor een overzicht van de belangrijkste industriële focusgebieden in Spanje. Wel heb ik kunnen constateren dat de omzet van de Spaanse scheepsbouwindustrie in drie jaar tijd is verzesvoudigd (periode 2003-2005)!*

56 *Zie HvJ EU 26 september 1996, nr. C-241/94 (Franse Republiek vs. Commissie van de Europese Gemeenschappen) en HvJ EU 17 juni 1999, nr. C-295/97 (Industrie Aeronautiche e Meccaniche Rinaldo Piaggio SpA en International Factors Italia SpA — (Ifitalia), Dornier Luftfahrt GmbH en Ministero della Difesa).*

57 *Zie art. 7 lid 3 en 4 van Verordening nr. 659/1999 (de Procedureverordening, PbEG 1999, L 83, p. 1, zoals nadien gewijzigd).*

58 *HvJ EU, hoorzitting van 10 juli 2014 (Scheepsbouw Nederland vs. Commissie) (T-140/13).*

59 *De zaak is aanhangig bij het Gerecht. Bij deze procedures wordt – anders dan bij het Hof van Justitie EU – geen conclusie door de advocaat-generaal genomen.*

om meerdere redenen afgewezen.[60] Er kan nog binnen twee maanden beroep worden aangetekend. Dit dient dan uiterlijk 7 februari 2015 gebeurd te zijn.[61] Hoewel mijns inziens nog het nodige op dit arrest valt af te dingen – de processtukken zijn niet openbaar – zijn er (zoals hierboven vermeld) argumenten denkbaar die in het arrest vooralsnog niet in detail naar voren zijn gekomen, met name op het punt van de selectiviteit. Ook was het aardig geweest als meer aandacht was besteed aan de vraag waarom de Europese Commissie van een formele onderzoeksprocedure had afgezien. In het geval van een formele onderzoeksprocedure hadden partijen vooraf commentaar kunnen leveren. De kans op een eventuele rechtsgang – zeker bij dit gevoelige onderwerp – was dan kleiner geweest. Tevens zou een partij in geval van een geschil, dan veel moeite hebben gehad bij het succesvol bepleiten van het feit dat ze rechtstreeks en individueel geraakt zou zijn. Gezien de omvang van deze bijdrage laat ik een verdere analyse buiten beschouwing.

Los van de uiteindelijke uitkomst, lijkt het er wel op dat ondernemers met een gerust hart gebruik kunnen maken van de STL2. Een behoedzaam ondernemer moet zich ervan vergewissen dat steun rechtmatig wordt verleend. Door de nationale overheid gewekt vertrouwen wordt niet gehonoreerd. Door EU-instellingen gewekt vertrouwen echter wél: zie ook de overwegingen van de EC ten aanzien van de terugvordering van de voordelen van STL in het licht van *Britanny Ferries*.[62] Het arrest versterkt de positie van deze ondernemers alleen maar.

5.5 Nederlandse scheeps-CV

Nederland heeft – door de willekeurige afschrijvingsmaatregel uit de jaren 2009-2011 en de tweede helft van 2013 – een tijdelijke versnelde afschrijving gehad. Tijdens de Nederlandse parlementaire behandelingen is meermaals geconstateerd dat de regel tijdelijk van aard was en als crisismaatregel moest dienen. Wat de tijdelijke willekeurige afschrijving betreft, is sprake van een renteloos belastinguitstel.[63] Bij de invoering van de tijdelijke willekeurige afschrijving in 2009 werd ingeschat dat het bedrijfsleven door deze regeling een liquiditeitsimpuls van € 1,75 miljard (cumulatief 2009 en 2010) genoot.[64] Bij dit bedrag kunnen wel de nodige vraagtekens worden gezet, omdat bij de tijdelijke herinvoering van de willekeurige afschrijvingsmaatregel in 2013 het liquiditeitsvoordeel voor de jaren 2013 en 2014 samen op € 400 miljoen werd geschat.[65] De misgelopen rente[66] over dit belastinguitstel gaat direct ten koste van de staatsmiddelen. Dit geldt ook voor de overgebleven belastinglatentie die van rechtswege verdwijnt, wanneer het schip na de eerste tienjaarstermijn van het tonnageregime wordt vervreemd.

De overdracht van deze staatsmiddelen vindt plaats door toepassing van de Nederlandse belastingwetgeving en in sommige gevallen door middel van verleende zekerheid door de Nederlandse belastingautoriteit. Zo zijn vaststellingsovereenkomsten afgesloten waarbij door de Nederlandse belastingautoriteit extra voorwaarden werden gesteld, zoals de hoogte van het minimaal in te brengen eigen vermogen. Al met al is uit bovenstaande constateringen duidelijk op te maken dat de steun toe te schrijven is aan de Nederlandse staat.

De deelnemende partijen en begunstigden van deze structuur opereren in een omgeving die binnen de EU en EER gekenmerkt wordt door hevige concurrentie op wereldwijd niveau in onder andere de scheepsbouw en scheepvaart. Belastingvoordelen zullen voor een (groot) deel in de vorm van een korting worden omgezet. In de STL-procedure behoefde volgens de EC een deel van de korting welke verleend was aan de reder niet teruggevorderd te worden, omdat het niet door de staat werd betaald maar door de EIG/investeerders. Mogelijk zou dan ook hier de positie ingenomen kunnen worden dat het voordeel niet door de staat is bekostigd. Echter, het is zeer aannemelijk dat deze mate van voordelen een verstorende werking hebben op de mededinging tussen de verschillende scheepvaartmaatschappijen. Zeker om-

60 *Zie hiervoor de rechtsoverwegingen 93 en verder (HvJ EU 9 december 2014, T-140/13).*

61 *Het is mij niet bekend of er een hoger beroep is of wordt ingesteld.*

62 *Beschikking van de Commissie van 8 mei 2001 inzake steunmaatregel nr. N618/1998 (Brittany Ferries), PbEG 2002, L 12, p. 33).*

63 *Raadpleeg over de laatste stand van zaken bij renteloos uitstel van betaling de bijdrage van Y.M. Tigelaar-Klootwijk, 'De onrechtmatigheid van renteloos uitstel van betaling', WFR 2014/972. Met Prinsjesdag is overigens onlangs aangekondigd dat voor de dividendbelasting ook een renteregeling gaat gelden.*

64 *Ministeriële regeling 10 december 2008, nr. DB2008/697M, Stcrt. 2008, 246, V-N 2008/62.18.*

65 *Nieuwsbericht Ministerie van Financiën van 28 juni 2013, nr. DB2013/335M, Stcrt. 2013, 18345, V-N 2013/32.16.*

66 *Echter, mede gezien het feit dat de Nederlandse staatsleningen een zeer lage rente hebben, is het nadeel voor de Nederlandse schatkist alleen maar kleiner geworden dan oorspronkelijk begroot.*

dat de voordelen betrekking hebben op activa met een lange levensduur is het waarschijnlijk dat de kortingen resulteren in lagere operationele kosten. Hierdoor kunnen de begunstigden hun marktpositie op een blijvende manier versterken en vasthouden. Het ligt daarom voor de hand dat de besproken structuren de mededinging verstoren en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden. Dat leidt niet tot de conclusie dat sprake is van staatssteun omdat aan álle criteria van staatssteun dient te zijn voldaan.

Wanneer een steunmaatregel bepaalde ondernemingen of bepaalde producties begunstigt ten opzichte van andere die zich – gelet op de doelstelling van de maatregel – in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden, is sprake van een selectieve maatregel.

In beginsel stond de willekeurige afschrijving voor iedere belastingplichtige open.[67] Desalniettemin werden, ingevolge art. 13 tot en met 15 Uitvoeringsregeling willekeurige afschrijving 2001 wel verschillende voorwaarden gesteld met betrekking tot de toepassing van deze faciliteit. Tevens werden ingevolge art. 13 lid 2 Uitvoeringsregeling willekeurige afschrijving 2001 bepaalde categorieën bedrijfsmiddelen uitgezonderd. Te denken viel aan gebouwen, woonschepen, bromfietsen, motorrijwielen, personenauto's, dieren en immateriële activa. Sectoren waartoe deze activa behoorden, werden in feite uitgesloten van de willekeurige afschrijving. In de toelichting werden deze uitsluitingen niet nader toegelicht.[68] Wel werd erop gewezen dat de uitsluitingen in grote lijnen overeenkomen met de uitsluitingen die golden in het kader van de vroegere Wet investeringsrekening. Die waren destijds ook niet nader gemotiveerd.

Gedurende de periode dat de willekeurige afschrijving kon worden toegepast zijn vergelijkbare structuren in de markt gezet waarbij geen zeeschepen, maar vliegtuigen en windmolenparken werden gefinancierd.[69] Belastingplichtigen met voldoende belastingcapaciteit fungeerden als investeerders en maakten gebruik van de willekeurige afschrijving. Na de met de belastingautoriteit overeengekomen termijn werd de SPV, met daarin het desbetreffende activum, ontvoegd en verkocht aan de uiteindelijke koper. Het enige verschil ten opzichte van de scheeps-CV is dat in deze structuren door geen enkele partij het tonnageregime werd toegepast. Dit is ook logisch omdat voor toepassing van het tonnageregime, ingevolge art. 3.22 Wet IB 2001 sprake moet zijn van winst uit zeescheepvaart.

In de in deze bijdrage beschreven structuren wordt een CV gebruikt om de bouw en exploitatie van een zeeschip te financieren. De financiering door middel van het aangaan van een CV is een financieringswijze die in principe gebruikt kan worden voor de financiering van elk gewenst bedrijfsmiddel of elke gewenste activiteit. Deze financieringswijze is dan ook niet beperkt tot (zee)schepen, maar komt dus ook voor in relatie tot vastgoed of vliegtuigen. Verder is de CV één van de rechtsvormen voor het drijven van een onderneming, net zoals bijvoorbeeld een VOF. Daarnaast gelden vanuit fiscaal oogpunt voor de belastingheffing bij CV's de normale regels en zijn geen bijzondere faciliteiten van toepassing die alleen gelden voor CV's. Bij de Nederlandse regeling lijkt geen sprake te zijn van selectiviteit. Er wordt dus niet aan alle voorwaarden van staatssteun voldaan.

6 Conclusie

In deze bijdrage heb ik de STL, STL2 en de Nederlandse scheeps-CV met elkaar vergeleken. Het is hierbij inmiddels duidelijk dat de EC vindt dat de STL oneigenlijke staatssteun was die (deels) terugbetaald dient te worden. Blijkbaar is de STL2 volgens de EC – en inmiddels ook volgens het Hof van Justitie blijkens het arrest van 9 december 2014 – wel toegestaan, maar op grond van de mij beschikbare informatie is de conclusie minder duidelijk te trekken.

Mogelijk loopt Spanje het grootste risico, maar niet op de terugvordering van onrechtmatige staatssteun. Indien de structuur aanslaat en buitenlandse partijen ook toegelaten (moeten) worden, kan Spanje ten onder gaan aan haar eigen wetgevingssucces. Immers, als het voordeel 20% bedraagt en schepen van 100 miljoen euro worden ingebracht gaat 20 miljoen euro ten koste van de schatkist (als het fiscale voordeel inderdaad permanent lijkt te zijn). Spanje kan zich in die situatie mogelijk zelf op het standpunt stellen dat sprake is van staatssteun (al is een (groot) tekort voor een schatkist volgens het Hof van Justitie EU geen rechtvaardigingsgrond).

Feit is wel dat de Nederlandse scheeps-CV's destijds niet zijn aangemeld en vooralsnog ook niet onder vuur liggen van Brussel. Ik zie echter wel – voor de enkele structuren waarbij de tonnageregeling tegelijkertijd is gecombineerd met de tonnageregeling – risico's voor bepaalde structuren uit 2009. Echter, gezien de huidige stand van het Europese recht en het beleid, concludeer ik dat de Nederlandse steunmaatregelen die in 2010, 2011 en de tweede helft van 2013 golden (en de struc-

67 *Destijds was de willekeurige-afschrijvingsmaatregel vanwege het algemene karakter niet als mogelijke staatssteun aangemeld.*

68 *Ministeriële regeling 10 december 2008, nr. DB2008/697M, Stcrt. 2008, 246, V-N 2008/62.18.*

69 *De Nederlandse belastingautoriteit heeft ook omtrent deze structuren actief vaststellingsovereenkomsten gesloten en daarmee vooraf zekerheid verleend inzake de fiscale risico's en gevolgen.*

Regeling	Soort voordeel	Grootte fiscaal voordeel	Staatssteun?
STL (2002)	Permanent fiscaal voordeel dat selectief uitpakt	Korting van 20-30% van het zeeschip	Staatssteun, zie ook EC beslissing
DTL (2009)	Permanent fiscaal voordeel dat mogelijk selectief uitpakt	Voordeel dat vergelijkbaar met STL zou moeten zijn	Mogelijk staatssteun (idem STL)
DTL (2010, 2011, 2012 en deel 2013	Financieringsvoordeel	n.v.t.	Geen staatssteun
STL 2 (2013)	Financieringsvoordeel	n.v.t.	Geen staatssteun (aangemeld) Terecht?

turen uit 2009 die niet ook de tonnageregeling combineerden), ondanks dat is gebleken dat door deze maatregelen de vraag naar de bouw van nieuwe zeeschepen in Nederland was toegenomen, niet de conclusie van verboden staatssteun oplevert. Ik heb mijn bevindingen samengevat in bovenstaande tabel.

Tot slot vind en vond ik de versnelde willekeurige afschrijving uit de crisisjaren 2009, 2010, 2011 en de tweede helft van 2013, een goede (tijdelijke) maatregel. Echter, Spanje ziet blijkbaar mogelijkheden om zijn begroting op orde te krijgen en tegelijkertijd zijn economie aan te jagen. Als Nederland kunnen we niet achterblijven, zeker omdat de economische groei in Europa weer dreigt af te remmen en Nederland momenteel geen echte fiscale faciliteit heeft die economische groei stimuleert.[70] Ik roep de wetgever dan ook op om goed na te denken over mogelijkheden om de Nederlandse economie aan te praat te blijven houden, temeer daar de miljoennennota geen prikkels bevatte.[71] In tijden van crisis blijken maatregelen om de economie aan te jagen positief uit te werken (een Keynesiaans stimuleringsbeleid).[72] Mede gezien de discussie over de vorige regelingen (zie voetnoot 25) lijkt een nog betere inkadering van dergelijke fiscale maatregelen echter blijkbaar benodigd.

Idealiter is het het beste om een Europese gelijkluidende regelgeving op te stellen. Nu beconcurreren Europese scheepsbouwers elkaar door middel van fiscale maatregelen – Spanje heeft de STL2 die is goedgekeurd en Nederland heeft geen prikkel meer – die wederzijds onduidelijkheid creëren. Er zijn weliswaar zogenoemde *EU Guidelines*[73] die binnen Europa een gelijk *level playing field* zou moeten bewerkstellingen, maar uit andere onderzoeken blijkt dat de praktijk bepaald weerbarstig is.[74] Onduidelijkheid is niet goed voor de markt. Idealiter zou Europa moeten ingrijpen om zorg te dragen voor een level playing field. Het is niet aannemelijk dat Europa ingrijpt. De lachende derden zijn landen in Azië en Amerika wat (wederom) ten koste gaat van de Europese economie.

70 De Spaanse regel pakt vooralsnog goed uit. Zie bijvoorbeeld het Financieele Dagblad van 7 januari 2015: "Goedkope Spaanse scheepswerf wekt wrevel Nederlandse rivalen op". Volgens de (Nederlandse) partij die de bestelling bij de Spaanse werf heeft geplaatst, heeft de belastingconstructie echter geen rol gespeeld bij het gunnen van de order. Op grond van de openbare informatie lijkt mij dat de STL2 in ieder geval niet in het nadeel van de Spaanse werf werkt.

71 'Geen plussen maar ook geen minnen voor het bedrijfsleven in de Miljoenennota', het Financieele Dagblad van 12 september 2014. Inmiddels blijkt dit ook uit de gegevens die openbaar zijn gemaakt. Ook recentelijke debatten in de Kamer hebben hier geen verandering in aangebracht.

72 Zie bijvoorbeeld opinie D.E. van Sprundel, "Vervroegd afschrijven impuls voor economie", het Financieele Dagblad van 25 maart 2014 en D.E. van Sprundel, "Belastingplan 2012: Wat zit er (niet) in?", Forfaitair december 2011. Tijdens "De Grote Nabeschouwing" – een lezing verzorgd door de Rabobank – van 23 september 2014 gaf hoofdeconoom van de Rabobank en hoogleraar Wim Boonstra de optie om grote noodzakelijke infrastructurele projecten in de tijd naar voren te halen, zoals verhoging van dijken, zeeweringen en verbeteren infrastructuur en de vergroening van de energievoorziening (voordelen: sterk vliegwiel, goed om de opbouwde kennis internationaal te exporteren, lage rentestand voor de overheid. Echter, staat op gespannen voet met de Europese (begrotings)regels). Inmiddels heeft Juncker plannen gemaakt omtrent een Europees investeringsfonds (waar Nederland bijzonder in is geïnteresseerd: Financieele Dagblad van 27 november 2014 "Nederland vlast op extra geld uit Europees investeringsfonds".

73 Voor zeevervoer: Communautaire richtsnoeren betreffende overheidssteun voor het zeevervoer, PbEG 1997, C 205/5. Voor scheepsbouw tot 1 juni 2014: Kaderregeling inzake staatssteun aan de scheepsbouw, PbEU 2011, C 364/9 (2011/C 364/06) en na 1 juni 2014: Kaderregeling betreffende staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie, PbEU 2014, C 198/1 (2014/C 198/01).

74 Zie bijvoorbeeld D.E. van Sprundel & K. Dans, 'Whether or Not Interest Income Should Fall under the Scope of Tonnage Tax Regime', European Taxation, december 2011.