

Naschrift bij R.H.C. Luja, een vrijstelling voor hybride rente: dispariteit of steunmaatregel?

Gepubliceerd in *Weekblad Fiscaal Recht* 2014/7076, blz. 1590-1591

J. Vleggeert, Associate Professor at the Institute of Tax Law of the University of Leiden
j.vleggeert@law.leidenuniv.nl

NASCHRIFT

Mr.dr. J. Vleggeert

Allereerst wil ik de auteur bedanken voor zijn reactie. Ik maak graag gebruik van de door de redactie geboden mogelijkheid om hierop te reageren. In mijn artikel¹ kom ik tot de conclusie dat de vrijstelling van rente op een hybride lening niet kan worden gerechtvaardigd door de doelstelling om dubbele belasting te voorkomen in gevallen waarin de rente bij de debiteur in aftrek is gekomen. Luja betoogt echter dat het hier gaat om een mismatch en dat het daarom niet duidelijk is of het voordeel moet worden toegerekend aan degene die aftrek toestaat of degene die vrijstelt. Om die reden zou geen sprake zijn van een selectieve regeling maar van een dispariteit. Deze redenering impliceert dat de vrijstelling van de rente rechtstreeks voortvloeit uit de kwalificatie van de lening als een deelnemerschapslening. Dat is echter niet zo. Om de rente vrij te kunnen stellen, moet men namelijk twee stappen doorlopen. Stap 1 betreft de kwalificatie van de lening als een deelnemerschapslening. Indien sprake is van een deelnemerschapslening wordt de lening behandeld als eigen vermogen en de rente als dividend. De rente op een deelnemerschapslening en dividend op aandelen zijn in beginsel onderworpen aan vennootschapsbelasting. Om deze vergoedingen vrij te kunnen stellen, is het nodig om in stap 2 na te gaan of de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Alleen als dat het geval is, zijn deze vergoedingen vrijgesteld. De vrijstelling van de rente op een deelnemerschapslening is dus niet het gevolg van de kwalificatie van de lening als eigen vermogen maar van de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Vanuit de doelstelling om dubbele belasting te voorkomen, valt echter niet te verklaren waarom rente wordt vrijgesteld die bij de debiteur in aftrek is gekomen. De vrijstelling van de rente op een deelnemerschapslening is daarom het gevolg van de inconsistente wijze waarop de deelnemingsvrijstelling is vormgegeven. Deze inconsistentie is te wijten aan Nederland. De vrijstelling van rente op een deelnemerschapslening is daarom geen dispariteit maar steun.

In dit kader voert Luja verder aan dat bij de debiteur aftrekbare rente voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling niet anders wordt behandeld dan aftrekbaar dividend. Deze observatie ontnemt echter niet het steunkarakter aan de vrijstelling van rente op een deelnemerschapslening die bij de debiteur in aftrek is gekomen. Integendeel, uit deze opmerking blijkt alleen maar dat de vrijstelling van aftrekbaar dividend vanuit steunoptiek ook verdacht is.²

In par. 3 van zijn bijdrage gaat Luja in op de mogelijkheid om binnen de kaders van het staatssteunrecht voor (gelijkgesteld) dividend een bijzonder regime te hanteren. Zijn conclusie is dat de staatssteunregels er niet aan in de weg staan dividenden of rente onbelast te laten zolang het nationale regime intern consistent is. Zoals ik al heb aangegeven, is het probleem juist dat de deelnemingsvrijstelling niet consistent is waar het aftrekbare rente en aftrekbaar dividend betreft.

¹ J. Vleggeert, Is de vrijstelling van rente op een hybride lening een onrechtmatige steunmaatregel?, WFR 2014/7069, blz. 1325-1332.

² Ik deel evenmin Luja's kritiek op mijn derde argument voor prima facie selectiviteit. Ik ga daar nu niet verder op in.

Ten slotte wijs ik erop dat de wijziging van de moederdochterrichtlijn³ de discussie over de behandeling van rente op een deelnemerschapslening niet zal beëindigen.⁴ De richtlijn kan immers alleen van toepassing zijn op een direct aandelenbezit van een moedermaatschappij in een dochtermaatschappij. De richtlijn is dus niet van toepassing op situaties waarin de meetrekregeling van art. 13 lid 5 onderdeel b Wet VPB 1969 van toepassing is. Ook is de richtlijn niet van toepassing in de verhouding met derde landen. Dat de selectiviteitsvoldoende discussiestof oplevert, blijkt overigens nog maar eens uit twee recent gewezen arresten van het Gerecht van de EU.⁵

³ Zie voor de Richtlijn die op 8 juli 2014 door de Raad is aangenomen:
<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=NL&t=PDF&f=ST+10996+2014+INIT>.

⁴ Zie ook A. Gunn, <http://www.eutaxexpert.com/ecofin-discusses-parent-subsiary-directive/>

⁵ Gerecht 7 november 2014, T-399/11 (Santander) en T-219/10 (Autogrill). Zie hierover S.C.W. Douma, Houdt het dan nooit op? Worstelingen met selectiviteit, NTFR 2014/2653.