

Reactie van het Register Belastingadviseurs (RB) op het ter consultatie voorgelegde concept van de ‘Wet terugvordering staatssteun’

Het RB heeft met belangstelling kennisgenomen van het ter consultatie voorgelegde concept ‘Wet terugvordering staatssteun’. Het RB merkt op dat het een goede ontwikkeling is dat regelmatig regelingen ter consultatie worden voorgelegd, zodat partijen daarop kunnen reageren. De afgelopen tijd zijn er vele internetconsultaties gestart. Het RB spreekt zijn waardering uit voor deze werkwijze en hoopt dat deze ook in de toekomst wordt gehanteerd.

In de memorie van toelichting is aangegeven dat het Europese recht verplicht om onterecht verstrekte staatssteun onverwijld terug te vorderen. Het RB heeft dan ook begrip voor de achterliggende reden van de internetconsultatie/het wetsvoorstel. Desondanks geeft de conceptregeling aanleiding tot het maken van enkele opmerkingen. Hierbij wordt uitgegaan van de nummers van de artikelen zoals in het concept wetsvoorstel zijn aangehouden.

Vertrouwensbeginsel begunstigden/belastingplichtigen

In de Memorie van toelichting is opgemerkt dat staatssteun veel gedaanten kan aannemen. Zo kan staatssteun worden verstrekt in een bestuursrechtelijke, fiscaalrechtelijke of privaatrechtelijke verhouding. Het RB vraagt zich af hoe het vertrouwensbeginsel uitwerkt in bijvoorbeeld de situatie dat een belastingplichtige en de Belastingdienst, volledig legitiem, een afspraak maken, waarover de Europese Commissie achteraf aangeeft dat er sprake is van onterecht verstrekte staatssteun. Noch de Belastingdienst noch de belastingplichtige gingen uit van staatssteun. Het RB vraagt zich af in hoeverre de belastingplichtige nog een beroep kan doen op het vertrouwensbeginsel als de Europese Commissie een Commissiebesluit uitbrengt. Het RB raadt aan om de verhouding tussen dit wetsvoorstel en de algemene rechtsbeginselen, meer specifiek het vertrouwensbeginsel, nader toe te lichten.

Artikel 1 - begrip begunstigde

Artikel 1 van het wetsvoorstel bevat definities. Het eerste begrip dat wordt gedefinieerd is het begrip 'begunstigde', wat wordt ingevuld als *onderneming in de zin van de artikelen 101, eerste lid, en 107, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, die staatssteun ontvangt als gevolg van een steunmaatregel als bedoeld in laatstgenoemd artikelonderdeel*.

Het RB constateert dat de gegeven definitie niet geheel overeenkomt met hetgeen in de Memorie van Toelichting is vermeld. Uit onderdeel 4.4 van de Memorie van Toelichting volgt namelijk dat ook bedrijven die indirect staatssteun hebben ontvangen als 'begunstigde' worden gezien. Naar de mening van het RB kan dan ook beter worden gekozen om:

- (i) uit te gaan van de definitie zoals in het wetsvoorstel is opgenomen, waardoor uitsluitend de 'direct begunstigde' onder de wettelijke regeling valt. Gevolg is dan dat het wel gemakkelijk wordt gemaakt om de terugvordering te omzeilen. Zie ook de Memorie van Toelichting; of
- (ii) de voorgestelde wettelijke definitie aan te passen, zodat duidelijk blijkt dat ook 'indirect begunstigten' worden aangemerkt als begunstigde.

Artikel 3 - rente

Uit artikel 3, lid 2 van het wetsvoorstel volgt nog dat er rente verschuldigd kan zijn in geval van terugvordering. Krachtens artikel 14 en 16, lid 2 van de Procedureverordening vangt de termijn aan op de datum waarop voor de begunstigde de steun beschikbaar was. Het RB vraagt zich af welk moment dit concreet is in geval van een belasting. Is dat de datum dat een aanslag wordt opgelegd, de datum dat de aanslag onherroepelijk vast komt te staan, de datum dat de belastingplichtige de verschuldigde belasting betaalt (die achteraf gezien hoger moest zijn)? Het RB vraagt om een nadere verduidelijking.

Artikel 3 - terugvordering gelijksoortige staatssteun

In artikel 3, lid 3 van het wetsvoorstel is aangegeven dat openstaande betalingsverplichtingen jegens de begunstigde vervallen, als de naleving ervan zou leiden tot de verstrekking van gelijksoortige staatssteun als moet worden teruggevorderd. In de Memorie van Toelichting is als voorbeeld genoemd een periodieke betalingsverplichting. Het RB heeft begrip voor die situatie. Desondanks

benadrukt het RB dat een zorgvuldige beoordeling moet worden gemaakt of er sprake is van gelijksoortige staatssteun. In feite kunnen openstaande betalingsverplichtingen slechts vervallen als de omstandigheden voor toekenning daarvan exact gelijk waren. Het RB denkt dan bijvoorbeeld aan belastingaanslagen die betrekking hebben op verschillende jaren. Het RB vraagt zich af hoe bijvoorbeeld wordt omgegaan met de toepassing van een speciale fiscale regeling in verschillende belastingjaren. Meer specifiek, hoe wordt voor volgende jaren/het lopende jaar met een speciale regeling omgegaan, als die regeling wordt aangemerkt als onterechte staatssteun. Wordt de speciale regeling dan voor de volgende jaren/het lopende jaar buiten toepassing verklaard?

Artikel 4 - onduidelijkheid reikwijdte bewaarplicht

Het RB vraagt zich af hoe een begunstigde weet/kan weten dat er sprake is van staatssteun. Daarbij is het RB van mening dat als de staatssteun voortvloeit uit de toepassing van een belastingwet, ervan uit mag worden gegaan dat de begunstigde in beginsel niet weet/behoorde te weten dat hij begunstigde is. Het RB geeft in overweging om dit als bewijsvermoeden op te nemen.

Artikel 4 van het wetsvoorstel bepaalt feitelijk dat een begunstigde de op de verstrekking van staatssteun betrekking hebbende of met die verstrekking samenhangende informatie, gedurende de verjaringstermijn van (in beginsel) tien jaar dient te bewaren. Doet de begunstigde dit niet, dan kan hij zich in beginsel niet beroepen op krachtens Nederlands recht geldende verjarings-, bewaar- of vernietigingstermijnen. De begunstigde kan dan slechts een beroep doen op dergelijke termijnen als hij aannemelijk maakt dat hij niet wist of behoorde te weten begunstigde te zijn.

Naar de mening van het RB is deze bepaling, alsmede de toelichting daarop, onvoldoende duidelijk. De verjaringstermijn in artikel 17 van de procedureverordening is tien jaar. Deze termijn is erg verwarrend nu deze afwijkt van de meeste reguliere Nederlandse termijnen (namelijk vijf of zeven jaren). Als de staatsteun zijn grondslag vindt in de toepassing van een belastingwet is die langere termijn voor de begunstigde onbekend. Het RB verzoekt dan ook om een nadere toelichting op die termijn van informatieverstrekking. Het RB raadt aan om te verduidelijken wanneer de termijn van tien jaar in belastingzaken aanvangt. Is dat op het moment dat een speciaal regime/specifieke regeling wordt toegepast, is dat bij het moment dat de materiële belastingschuld ontstaat, bij het onherroepelijk worden van de belastingaanslag et cetera.

Verder is niet duidelijk wat onder de *verstrekking van staatssteun betrekking hebbende of met die verstrekking samenhangende informatie* moet worden verstaan. Het RB verzoekt de bij deze consultatie en dit wetsvoorstel betrokken Ministeries om nader te verduidelijken welke gegevens in belastingzaken moeten worden bewaard.

Verder merkt het RB op dat de bewaartermijn uit de procedureverordening kan worden geschorst of gestuit. Het RB vraagt om een nadere verduidelijking over hoe een begunstigde kennis kan nemen wanneer de termijn is verstreken en de informatie dus niet langer hoeft te worden bewaard?

Artikel 5 - schorsende werking

Uit de Memorie van Toelichting volgt dat op een terugvorderingsbeschikking titel 4.4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) van toepassing is. De afdelingen 4.4.2 en 4.4.3 gelden niet. In de Memorie van Toelichting is aangegeven dat, als de begunstigde in verzuim is, het bestuursorgaan een dwangbevel kan uitvaardigen (zie artikel 5, lid 2, wetsvoorstel juncto artikel 4:115 Awb). Voorts wordt gesteld dat verzet geen schorsende werking heeft en dat de begunstigde uitwinning kan voorkomen door een voorziening te vragen ex artikel 438, lid 2, Wetboek van Rechtsvordering.

Terugvorderingen op basis van de AWR en/of Invorderingswet geschieden volgens de regels van de Invorderingswet 1990. Daar bepaalt artikel 17 Invorderingswet 1990 expliciet dat verzet schorsende werking heeft en dat deze slechts door een rechtelijke oordeel opzij kan worden gezet (zie ook Hoge Raad, 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1188). Het RB verzoekt om een nadere toelichting op de verhouding tussen artikel 17 Invorderingswet en het voorgestelde artikel 63ab Invorderingswet.

Door het buiten toepassing verklaren van de artikelen 25, 26 en 27 Invorderingswet 1990 heeft de begunstigde geen mogelijkheid om, als hij het terug te vorderen bedrag niet (in één keer) kan betalen, beslaglegging te voorkomen. Het RB wijst erop dat dit grote gevolgen kan hebben, zelfs het faillissement of het eind van de onderneming. Naar de mening van het RB moet dit zoveel mogelijk worden voorkomen. Het RB verzoekt dan ook om maatwerk, zoals bij het vorige wetsvoorstel (Kamerstukken 31.418). Het RB mist in het wetsvoorstel een nadere toelichting op hoe wordt omgegaan met invorderingsmaatregelen en –problemen. Denk aan de situatie van een (dreigend) faillissement.

Verder constateert het RB dat bezwaar en beroep in eerste en enige aanleg bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) kan worden ingesteld. Naar de mening van het RB komt de rechtsbescherming in het gedrang nu er slechts één nationaalrechtelijke instantie is waar beroep kan worden aangetekend. Het RB geeft in overweging de gebruikelijke rechtsgang open te stellen.

Artikel 7 - duidelijkheid onrechtmatigheid staatssteun

Artikel 7 van het wetsvoorstel maakt het mogelijk c.q. verplicht voor het bestuursorgaan om een beschikking te wijzigen als die in strijd is met artikel 108, lid 3 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

In de toelichting bij dit artikel is vermeld dat het soms, op grond van een advies van de Commissie of uitspraak, duidelijk is dat sprake is van onrechtmatige staatssteun. Voor gevallen waarin nog geen terugvorderingsbeschikking van de Commissie aanwezig is maar waarin volgens een advies van de Commissie wel duidelijk is dat er in strijd met artikel 108, lid 3 een beschikking is vastgesteld, moet de beschikking worden gewijzigd. Opgemerkt moet worden dat een advies van de Commissie niet per definitie betekent dat dit uiteindelijk strijd oplevert. Het definitieve besluit zou naar de mening van het RB andersluidend kunnen zijn dan het eerdere advies. Het RB is dan ook van mening dat deze bepaling zeer terughoudend moet worden toegepast. Het RB verzoekt de betrokken Ministeries overigens om nader toe te lichten wanneer sprake is van 'duidelijk in strijd zijn met'. Tenslotte vraagt het RB hoe Nederland uitvoering zal geven aan deze bepaling, met andere woorden, hoe wijzigd Nederland een gegeven beschikking? Is dat intrekking, opschorting of iets anders? Mocht nu op enig moment alsnog blijken dat er géén sprake was van staatssteun, volgt dan een nieuwe beschikking en vanaf welk moment?

Artikel 8 - terugvordering

Uit de toelichting op artikel 8 volgt dat terugvorderingen waarvoor al rechtshandelingen zijn verricht, door kunnen gaan op basis van de huidige regeling. Terugvordering op basis van de regeling van het wetsvoorstel kan in beginsel pas als dit wetsvoorstel in werking is getreden. Er is wel een keuzemogelijkheid om de voorgestelde regeling toe te passen op de op basis van het huidige recht ingestelde terugvorderingen. Uit de voorgestelde regeling en de toelichting volgt niet wie de keuze kan maken. Het RB neemt aan dat deze keuzemogelijkheid voorbehouden is aan het betreffende

bestuursorgaan. Het RB is van mening dat een dergelijke keuze leidt tot materieel terugwerkende kracht van de thans voorgestelde regeling en vraagt hier een toelichting op. Verder vraagt het RB zich af of er een beperking in tijd is voor het alsnog kiezen en toepassen van de nieuwe regeling. Verder benadrukt het RB dat hier een risico bestaat op willekeur (en mogelijk een verslechtering van de (rechts)positie) ten opzichte van begunstigden. Dit dient zoveel mogelijk te worden voorkomen.

Artikel 10 - kwalificatie staatssteun als belasting

In belastingzaken wordt de onterecht verstrekte staatssteun als belasting teruggevorderd. Het RB leidt hieruit af, en vraagt om bevestiging, dat de teruggevorderde bedragen in internationaal verband als verrekenbare belasting kan worden beschouwd. Tevens leidt het 'etiket' belasting er, volgens het RB, toe leidt dat de verschuldigde bedragen aftrekbaar zijn naar aard van de betreffende belasting. Het RB raadt aan om de consequenties van de kwalificatie als belasting nader toe te lichten.

Artikel 10 - terugvordering staatssteun

Terugvordering van onterecht verstrekte staatssteun vindt als uitgangspunt plaats via de regels van dit wetsvoorstel. Staatssteun die voortvloeit uit een belastingwet wordt teruggevorderd via navordering en naheffing uit de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR). Uit artikel 10 van het wetsvoorstel volgt dat de reguliere regels van de belastingwetgeving worden toegepast. Met andere woorden: er wordt een navorderings- c.q. naheffingsaanslag opgelegd. Verjaringstermijnen en voorwaarden die de fiscale wetgeving voorschrijft, zijn niet van toepassing. Het is daarom essentieel dat de begunstigde expliciet ervan op de hoogte wordt gebracht dat de opgelegde belastingaanslag ziet op een terugvordering vanwege onterecht verstrekte staatssteun. Het RB stelt daarbij voor om een terugvordering van staatssteun niet samen te laten lopen met eventuele andere fiscale correcties. Het RB geeft in overweging om de terugvordering van staatssteun in een separate belastingaanslag vast te stellen, vergezeld met een toelichtende brief.

Deze reactie is opgesteld door de Commissie Wetsvoorstellen van het Register

Belastingadviseurs. In het bijzonder hebben hieraan bijgedragen J.H.P.M. Raaijmakers RB en mr. A.T. Pahladsingh RB.

Indien u vragen en/of opmerkingen heeft naar aanleiding van deze reactie, dan kunt u contact opnemen met mr. A.T. Pahladsingh via apahladsingh@rb.nl of 0345-547000.

Culemborg, 26 juli 2016