

# Vrij Gesteld

## 101.

*In “Vrij Gesteld” geeft een lid van de redactie of een gastauteur zijn eigen mening, kritiek of commentaar op een fiscaal item dat hem of haar is opgevallen. Er is ook ruimte voor reactie hierop.*

### Het einde van een tijdperk: bronheffing op netto-inkomen! Met dank aan de Commissie, Brisal en KBC

Meer dan 10 jaar heeft het geduurd. 10 jaar discussie en onzekerheid in Europa over de grondslag van bronheffingen op rentebetalingen. Op het bruto- of het netto-inkomen?

Met een glashelder zomers arrest in de zaak *Brisal* heeft het Hof van Justitie eindelijk een einde gesteld aan de discussie<sup>1</sup>. Het Hof besluit dat indien lidstaten ingezetene dienstverrichters toelaten om kosten in aftrek te brengen van hun belastbare inkomsten, buitenlandse dienstverrichters dit recht ook hebben. Zo niet belemmert de betrokken lidstaat het vrij verkeer. Het feit dat bronstaten op basis van dubbelbelastingverdragen het recht hebben een bronheffing op de bruto rente te vestigen, verandert hier niets aan. Een resultaat waarop ondernemingen die zich op de internationale financiële markt financieren (te) lang hebben moeten wachten.

Het *Brisal*-arrest betekent ook het einde van een tijdperk. Een tijdperk waarin het bruto-inkomen evident als grondslag van bronheffingen gold om de eenvoudige reden dat dit zo ingebakken zit in het OESO-Modelverdrag en daarmee ook in alle dubbelbelastingverdragen. Binnen de EU geldt voortaan de *Brisal*-regel. Het *Brisal*-arrest is het 363<sup>ste</sup> arrest van het Hof van Justitie inzake directe belastingen<sup>2</sup> en verdient de titel “mijlpaalarrest” meer dan ooit te meer daar het m.i. ook geldt voor royaltybetalingen.

Het verhaal begint in juli 2005 toen de Europese Commissie in haar Green Paper inzake hypothecaire kredieten voor de eerste maal aangaf actie te nemen tegen discriminatoire regels in de financiële sector<sup>3</sup>. De Commissie dacht overigens de wind in de zeilen te hebben nu het Hof in de zaak *Gerritse* duidelijk had laten verstaan dat het vrij dienstenverkeer zich er tegen verzet dat niet-ingezetenen worden belast op hun bruto-inkomen zonder aftrek van bedrijfskosten terwijl ingezetenen worden belast over hun netto-inkomen na aftrek van kosten<sup>4</sup>.

De Commissie startte een eerste testcase tegen Portugal, niet

toevallig ook de staat waartegen Brisal 10 jaar later ten strijde trok. Zoals zovele landen destijds belastte Portugal buitenlandse kredietverstrekkers aan de bron op de bruto rente terwijl Portugese banken enkel op netto-basis, d.w.z. na aftrek van de kosten, werden belast. Ondanks het feit dat het bronheffingstarief lager ligt dan het tarief waartegen lokale banken in de Portugese vennootschapsbelasting worden belast, zag de Commissie in de verschillende berekeningsbasis een schending van het vrij dienstenverkeer en het vrij verkeer van kapitaal. Het Hof heeft die zaak echter afgewezen omdat de Commissie de belemmering onvoldoende had aange-toond<sup>5</sup>. Naar verluidt heeft de Commissie steeds spijt gehad dat de zaak toen niet beter werd onderbouwd.

De Commissie ondernam een tweede poging in een zaak tegen Finland dat buitenlandse pensioenfondsen zwaarder belastte dan Finse pensioenfondsen. Het Hof heeft toen besloten dat de Finse regeling inderdaad het vrij verkeer schond doch niet op basis van het bruto/netto-argument dat de Commissie naar voor had gebracht<sup>6</sup>. De discussie bleef aldus open.

Drie maal is scheepsrecht dacht de Commissie en ze ondernam een derde poging, ditmaal tegen Duitsland. Buitenlandse pensioenfondsen die Duitse dividenden en interesten ontvangen worden immers onderworpen aan een bevrijdende bronheffing op bruto basis terwijl Duitse pensioenfondsen op netto basis worden belast. Met verwijzing naar de zaak *Gerritse* moest Duitsland volgens de Commissie buitenlandse fondsen minstens toelaten de transactie- en bankkosten alsook de personeelskosten verbonden aan de Duitse investeringen in aftrek te brengen. Echter, ook deze zaak heeft het Hof afgewezen, dit om dezelfde reden als de eerdere zaak tegen Portugal. Volgens het Hof toonde de Commissie onvoldoende aan welke kosten in rechtstreeks verband stonden met de Duitse investeringen<sup>7</sup>.

1. HvJ 13 juli 2016, C-18/15, *Brisal-KBC Finance Ireland*.

2. Voor een overzicht zie [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/resources/documents/common/infringements/case\\_law/court\\_cases\\_direct\\_taxation\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/common/infringements/case_law/court_cases_direct_taxation_en.pdf).

3. Persbericht Europese Commissie, 19 juli 2005, IP/05/971, “Financial services: Commission launches consultation on action in the EU mortgage market”.

4. HvJ 12 juni 2003, C-234/01, *Gerritse*.

5. HvJ 17 juni 2010, C-105/08, *Commissie / Portugal*.

6. HvJ 8 november 2012, C-342/10, *Commissie / Finland*.

7. HvJ 22 november 2012, C-600/10, *Commissie / Duitsland*.



Na deze drie pogingen heeft de Commissie de handdoek goegoid en geen nieuwe inbreukprocedures opgestart. Naar ik begriip verkoos de Commissie te wachten op een concreet geschil dat bij wijze van prejudiciële vraagstelling aan het Hof zou worden voorgelegd om zich vervolgens bij de belastingplichtige aan te sluiten. Met het *Brisal*-arrest heeft de Commissie na vele jaren geduld haar doel bereikt.

Op de vraag welke kosten in mindering kunnen worden gebracht, antwoordt het Hof in lijn met eerdere rechtspraak<sup>8</sup> dat niet-ingezetenen dezelfde kosten moeten kunnen aftrekken als ingezetenen. Het Hof verwijst daarbij niet alleen naar reiskosten, verblijfkosten en kosten voor juridisch en fiscaal advies maar ook naar financieringskosten. In navolging van advocaat-generaal KOKOTT bevestigt het Hof bovendien dat ook een deel in de algemene kosten van de schuldeiser kunnen worden beschouwd als noodzakelijk voor de kredietverstrekking en dat dit deel dus ook voor aftrek in aanmerking komt. Het Hof gaat hiermee verder dan zijn eerder standpunt inzake bronheffing op dividenden. In de *Société Générale*-zaak heeft het Hof immers geoordeeld dat kosten die rechtstreeks verband houden met de inning van een dividend aftrekbaar zijn maar de financieringskost van de aandelen niet. Deze kost heeft volgens het Hof immers betrekking op het houden van de deelneming en houdt geen recht-

streeks verband met de inning van de dividenden als zodanig<sup>9</sup>.

Indien een lening met vreemd vermogen wordt gefinancierd, betekent het *Brisal*-arrest thans concreet dat de grondslag van een eventuele bronheffing minstens beperkt moet blijven tot de spread tussen de inkomende en uitgaande rente. Een ware kentering in het internationaal fiscaal recht waartegen lidstaten zich lang maar tevergeefs hebben verzet. Onder deze lidstaten bevond zich overigens ook België dat zich in de *Brisal*-procedure samen met Denemarken achter Portugal had geschaard. Een opvallende tussenkomst omdat België rentebetalingen aan EU-kredietinstellingen in een *Brisal*-situatie vrijstelt van roerende voorheffing<sup>10</sup>. Anderzijds ook te begrijpen daar enkel banken in de enge betekenis van het woord van deze vrijstelling kunnen genieten. Alle andere soorten kredietverstrekkers kunnen zich voortaan op de *Brisal*-regel beroepen. Net zoals vandaag fondsen in gans Europa op basis van de *Santander*-rechtspraak<sup>11</sup> nog steeds procedures opstarten tot teruggaaf van bronheffingen lijkt het in de sterren geschreven dat menig onderneming ook haar weg zal vinden naar het *Brisal*-arrest.

Het mag nogmaals gezegd: “L’Europe vaut bien une messe!”

Koen MORBÉE<sup>12</sup>

8. HvJ 15 februari 2007, C-345/04, *Centro Equestre da Lezíria Grande* en HvJ 13 juli 2016, C-18/15, *Brisal-KBC Finance Ireland*, r.o. 45.

9. HvJ 17 september 2015, gevoegde zaken C-10/14, C-14/14 en C-17/14, *Miljoen, X en Société Générale*.

10. Art. 107, § 2, 5° KB/WIB 1992.

11. HvJ 10 mei 2012, zaken C-338/11 t.e.m. C-347/11, *Santander Asset Management e.a.*

12. Advocaat Tiberghien.

