



Ministerie van Infrastructuur en Milieu

Analyse gevolgen mogelijke transitie ProRail voor omzetbelasting,
vennootschapsbelasting, overdrachtsbelasting en dividendbelasting

14 oktober 2016

INHOUDSOPGAVE

1	MANAGEMENTSAMENVATTING	3
2	VRAAGSTELLING, DOEL EN UITGANGSPUNTEN	13
2.1	VRAAGSTELLING EN DOEL ONDERZOEK	13
2.2	UITGANGSPUNTEN	13
2.3	PROCES	16
2.4	DISCLAIMER	17
3	VENNOOTSCHAPSBELASTING	18
3.1	HUIDIGE SITUATIE	18
3.2	GEVOLGEN TRANSITIE	19
3.3	SITUATIE NA TRANSITIE	20
3.4	AANBEVELINGEN	22
4	BTW	24
4.1	HUIDIGE SITUATIE	24
4.2	GEVOLGEN TRANSITIE	26
4.3	SITUATIE NA TRANSITIE	27
4.4	AANBEVELINGEN	32
5	OVERDRACHTSBELASTING	33
5.1	HUIDIGE SITUATIE	33
5.2	GEVOLGEN TRANSITIE	33
5.3	SITUATIE NA TRANSITIE	34
5.4	AANBEVELINGEN	35
6	DIVIDENDBELASTING	36
6.1	HUIDIGE SITUATIE	36
6.2	GEVOLGEN TRANSITIE	36
6.3	SITUATIE NA TRANSITIE	36
7	VOORKEURSRROUTE	37

1 MANAGEMENTSAMENVATTING

In opdracht van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu (hierna: Ministerie van I&M) heeft BDO onderzocht welke fiscale gevolgen de eventuele transitie van ProRail B.V. (hierna: ProRail) naar een publiekrechtelijk rechtsvorm met zich mee brengt voor ProRail zelf, het Ministerie van I&M en overige partijen. Daarbij zijn vier eindscenario's onderzocht te weten een Agentschap, ZBO zonder rechtspersoonlijkheid, een ZBO met rechtspersoonlijkheid en een Agentschap met ZBO-bestuur (hybride variant). Voor de berekening van de financiële impact zijn de cijfers over 2015 als basis genomen. Uiteraard kunnen deze bedragen jaarlijks fluctueren.

Los van de gewenste publiekrechtelijke rechtsvorm of de gevolgde transitieroute zijn de conclusies van ons onderzoek op hoofdlijnen als volgt samen te vatten:

Btw: Effect op jaarlijks budget

Agentschap, ZBO zonder rechtspersoonlijkheid of hybride variant

De transitie van ProRail van de huidige private BV-structuur naar het publieke domein als juridisch onderdeel van het Ministerie van I&M (in de vorm van een Agentschap of ZBO zonder rechtspersoonlijkheid) heeft voor de btw de volgende gevolgen:

- De huidige jaarlijkse subsidiestroom vanuit het Ministerie van I&M aan ProRail van in totaal € 1,447 miljard waarover thans € 304 miljoen btw wordt berekend zal transformeren naar een interne Agentschap-/ZBO-bijdrage waarover geen btw is verschuldigd. Daarmee vervalt een jaarlijkse kostenpost voor het Ministerie ter grootte van die € 304 miljoen.
- De gebruiksvergoeding die thans zonder btw aan de vervoerders in rekening wordt gebracht, maar waarover op basis van een afspraak met het Ministerie van Financiën de btw afzonderlijk aan het Ministerie van I&M wordt berekend, zal ook na transitie zonder btw aan de vervoerders in rekening worden gebracht. Richting de vervoerders treedt hierin dus geen wijziging op. Wel heeft de transitie tot effect dat het in rekening brengen van btw over de gebruiksvergoeding door ProRail aan het Ministerie van I&M niet langer aan de orde is, aangezien de gebruiksvergoeding na transitie niet langer door een derde (lees: het private ProRail) wordt geïnd. Daarmee vervalt een jaarlijkse kostenpost voor het Ministerie ter grootte van € 67 miljoen.
- Doordat de taken van ProRail na transitie hoofdzakelijk als overheidsactiviteiten van het (onderdeel van het) Ministerie van I&M zullen kwalificeren, brengt dit zoals gezegd met zich mee dat hierover geen btw is verschuldigd. Daar staat tegenover dat er ook geen recht meer bestaat op aftrek van btw op kosten en investeringen toerekenbaar aan die activiteiten. Dit creëert een jaarlijkse kostenpost van circa € 309 miljoen aan niet langer aftrekbare btw die thans door ProRail wordt genoten.

Per saldo leidt de transitie vanuit btw-perspectief en op grond van het bovenstaande tot een jaarlijks positief effect op het gezamenlijke budget van het Ministerie van I&M en Pro Rail van circa

€ 62 miljoen, gebaseerd op de cijfers over 2015. Wat wij onder gezamenlijk budget verstaan lichten wij hierna nader toe bij het onderdeel 'Effecten derden'.

ZBO met rechtspersoonlijkheid

Bij de keuze voor een ZBO met rechtspersoonlijkheid rijst de vraag of zij haar taken ook als overheid verricht. Voor het antwoord op die vraag is onder meer van belang welke juridische bevoegdheden/wettelijke taken het ZBO meekrijgt krachtens o.a. de Instellingswet. Om volledige duidelijkheid hierover te krijgen is afstemming met het Ministerie van Financiën/de Belastingdienst nodig. Indien de conclusie is dat voor de taken als spoorwegbeheerder sprake is van overheidshandelen, gelden dezelfde conclusies als hierboven beschreven voor het Agentschap en ZBO zonder rechtspersoonlijkheid met een jaarlijks positief budgettair btw-effect van circa € 62 miljoen. Indien niet als overheid wordt gehandeld, verandert er voor de btw op hoofdlijnen in feite niets ten opzichte van de huidige situatie van ProRail/de BV-structuur. Hierbij speelt dan wel de vraag of de in het verleden gemaakte afspraken ten aanzien van de btw ook door de ZBO met rechtspersoonlijkheid kunnen worden gecontinueerd.

Btw: Effecten derden

Het Ministerie van I&M droeg in 2015 middels de subsidies een bedrag van € 1,447 miljard bij aan ProRail. Daar kwam zoals eerder aangegeven nog een bedrag bij aan - bij het Ministerie van I&M niet-aftekbare - btw van € 304 miljoen over die subsidie plus de eveneens niet-aftekbare btw van € 67 miljoen over de gebruiksvergoeding. De totale bijdrage/last van Ministerie van I&M m.b.t. ProRail bedroeg in 2015 aldus € 1,818 miljard. Indien na de transitie ditzelfde bedrag/dezelfde last van, in het voorbeeld over 2015, € 1,818 miljard door het Ministerie van I&M wordt vrijgemaakt ten behoeve van de activiteiten van ProRail (lees: het Agentschap of ZBO zonder rechtspersoonlijkheid) zal dit als gevolg van de transitie transformeren van een bruto naar een netto bijdrage. In dat geval ontvangt ProRail dus € 1,818 miljard netto van het Ministerie van I&M in plaats van de € 1,447 miljard in de huidige situatie terwijl de bijdrage/last van het Ministerie van I&M gelijk blijft. Met deze netto stijging van € 371 miljoen wordt ProRail (lees: het Agentschap/ZBO zonder rechtspersoonlijkheid) dan gecompenseerd voor het nadeel van het verlies op aftrek van voorbelasting dat is gekwantificeerd op € 309 miljoen. Per saldo resteert zelfs een voordeel ter grootte van de eerder genoemde circa € 62 miljoen.

Vervoerders

Noch de transitie noch de keuze voor de rechtsvorm heeft vanuit btw-perspectief directe consequenties voor de vervoerders: de gebruiksvergoeding blijft zonder btw. Daarbij geldt als enige kanttekening en voorwaarde dat bij de keuze voor de ZBO met rechtspersoonlijkheid hierbij de afspraak met het Ministerie van Financiën op basis waarvan de btw aan het Ministerie van I&M in rekening wordt gebracht wordt gehandhaafd.

Ook leidt de transitie zoals aangegeven en uitgaande van een gelijkblijvende (bruto) bijdrage vanuit het Ministerie van I&M, niet tot nadelige btw-consequenties voor het Ministerie van I&M en ProRail, waardoor de angst dat die hogere btw-druk wordt verdisconteerd in een hogere gebruiksvergoeding vanuit btw-perspectief zonder grond is.

Gemeenten en provincies

Voor de gemeenten en provincies treedt evenmin een wijziging op. De bijdragen aan 'spoorse werken' blijft zonder heffing van btw (waarbij weer in de keuze van ZBO met rechtspersoonlijkheid de voorwaarde geldt dat de huidige gedragslijn van ProRail c.q. het standpunt van het Ministerie van Financiën in dit kader wordt gehandhaafd). De bijdragen aan infrastructurele voorzieningen door gemeenten en provincies waarbij laatstgenoemden het feitelijke gebruik en/of de feitelijke beschikkingsmacht over de aangelegde voorzieningen krijgen, blijven ook na transitie en ongeacht de keuze voor de rechtsvorm belast met btw.

Voorts is er net als richting de vervoerders en uitgaande van een gelijkblijvende (bruto) bijdrage vanuit het Ministerie van I&M, geen reden om de niet-aftrekbare btw op kosten en investeringen op het niveau van ProRail (lees: het Agentschap/ZBO zonder rechtspersoonlijkheid) door te berekenen aan de gemeentes en/of provincies aangezien de transitie tot een jaarlijks positief btw-effect op het gezamenlijke budget van het Ministerie van I&M en Pro Rail leidt van circa € 62 miljoen waarin die niet-aftrekbare btw reeds is meegenomen.

Btw: Transitiefase / eenmalige herziening van btw

De transitie als zodanig kan leiden tot herziening/correctie van in de afgelopen tien jaren in aftrek gebrachte btw op investeringen in spoorweginfrastructuur. De bandbreedte van deze eenmalige herziening/heffing ligt tussen de € 0 (geen herziening) en € 605 miljoen (volledige herziening).

Vennootschapsbelasting: analyse

Ongeacht het eindscenario of de te bewandelen route, leidt de transitiefase tot een potentieel risico voor de vennootschapsbelasting (hierna: Vpb) over de stille reserves die aanwezig zijn op het moment van de transitie en (afhankelijk van de situatie) de vrijval van voorzieningen. De waarde in het economische verkeer van de bedrijfsmiddelen is op dit moment niet in te schatten. Indien de waarde van de materiële vaste activa die volgt uit de jaarrekening als indicatief richtsnoer voor de bandbreedte wordt genomen (bij gebrek aan andere waarderingen), dan bedraagt het Vpb-risico ca. € 4 mld. Wij merken op dat er op dit moment geen enkele aanleiding is om te veronderstellen dat de waarde in het economische verkeer overeenkomt met de waarde uit de jaarrekening.

De keuze voor een ZBO met rechtspersoonlijkheid leidt voor de Vpb bij voortgezette exploitatie tot een vergelijkbare positie als de huidige situatie bij ProRail. De keuze voor een Agentschap, ZBO zonder rechtspersoonlijkheid of een hybride variant leidt tot een andere positie voor de Vpb, waardoor de administratieve lasten ten opzichte van de uitgangssituatie mogelijk toenemen. Per

cluster van activiteiten dient namelijk beoordeeld te worden of sprake is van een ondernemingsactiviteit en zo ja, hoe de fiscale balans en winst-en-verliesrekening dient te worden ingericht. Indien blijkt dat de ProRail activiteiten allemaal niet-belast dan wel vrijgesteld zijn, nemen de administratieve lasten na de initiële beoordeling af ten opzichte van de huidige situatie. ProRail is in de huidige situatie voornemens om af te zien van alle objectieve vrijstellingen. Deze keuzemogelijkheid komt dan te vervallen voor alleen de ProRail-activiteiten. De keuze om al dan niet af te zien van de objectieve vrijstellingen dient dan namelijk gemaakt te worden op het niveau van het Ministerie van I&M. Dit zou kunnen leiden tot een nadeliger positie voor de Vpb. Aangezien deze beoordeling op totaalniveau van het Ministerie van I&M gemaakt moet worden, kunnen wij een mogelijk financieel nadeel op dit moment niet kwantificeren.

Vennootschapsbelasting - oplossingsrichtingen

Wij zien een aantal mogelijkheden om Vpb-heffing te voorkomen dan wel te beperken en doen daartoe de volgende aanbevelingen:

- Treed in overleg met de Belastingdienst over de waardering/waarderingsmethodiek van de vermogensbestanddelen van ProRail. Het verschil tussen de waarde in het economische verkeer op transitiedatum en de fiscale boekwaarde bepaalt immers de omvang van het Vpb-risico. Hoe dichter de waarde in het economische verkeer op transitiedatum bij de fiscale boekwaarde ligt, hoe lager het Vpb-risico. Het is zelfs mogelijk dat de waarde in het economische verkeer lager is dan de fiscale boekwaarde. Dit zou kunnen leiden tot een fiscaal verlies waarmee de eventuele vrijval van de fiscale voorzieningen kan worden verrekend. In de bandbreedte houden wij derhalve € 0 als ondergrens aan.
- Onderzoek de mogelijkheden voor toepassing van objectvrijstellingen (overheidstakenvrijstelling en quasi-inbestedingsvrijstelling) door ProRail in 2016. Hierbij dient tevens aandacht besteed te worden aan de vraag of toepassing van de objectvrijstellingen leidt tot een eindafrekening in verband met sfeerovergang en de vraag of compartimentering (toepassing van de vrijstelling alleen over de periode waarin een beroep op de vrijstelling wordt gedaan, in casu vanaf 1 januari 2016 tot transitiedatum) aan de orde is.
- Onderzoek de mogelijkheden voor ProRail ten aanzien van de situatie tot 2016 onder de oude Vpb-wetgeving. Indien de activiteiten met de activa met stille reserves tot 2016 buiten de belaste sfeer zouden kunnen blijven, zouden deze tegen de waarde in het economische verkeer per 1 januari 2016 op de fiscale openingsbalans per die datum gewaardeerd worden. Bij de transitie is het Vpb-risico dan beperkt tot de waardemutatie in de periode van 1 januari 2016 tot transitiedatum. Gezien de zorgvuldige afweging die is gemaakt door ProRail in overleg met het Ministerie van Financiën en de Belastingdienst ten aanzien van de uitleg en toepassing van de oude wetgeving, lijken de mogelijkheden op voorhand beperkt.

Voor al deze drie aanbevelingen adviseren wij nader onderzoek en vervolgens afstemming met de Belastingdienst.

Overdrachtsbelasting

Heffing van overdrachtsbelasting kan worden voorkomen door het toepassen van vrijstellingen. Afstemming met de Belastingdienst is noodzakelijk. Verder vindt op basis van de beschikbare informatie in beperkte mate alsnog heffing over eerder verkrijgingen plaats. Dit is op basis van verkregen informatie niet te kwantificeren en wij verwijzen voor een toelichting hierop naar paragraaf 5.3.

De keuze voor een Agentschap, ZBO zonder rechtspersoonlijkheid of een hybride variant en naar onze mening zelfs een ZBO met rechtspersoonlijkheid leidt tot een voordeliger positie voor de overdrachtsbelasting voor toekomstige verkrijgingen ten opzichte van de huidige situatie. In dat geval kan namelijk gebruik gemaakt worden van de vrijstelling voor overheidslichamen. Dit voordeel kan op dit moment niet gekwantificeerd worden.

Dividendbelasting

Dividendbelasting levert in enkele situaties een last op die beperkt blijft tot een rentelast in verband met voorfinanciering en een administratieve last.

Voorkeursroute - oplossingsrichting

Bij de uitvoering van onze werkzaamheden hebben we diverse routes voor de transitie beoordeeld. De vanuit fiscale optiek meest optimale route voor de transitie van ProRail naar een publiekrechtelijke rechtsvorm lijkt op basis van ons onderzoek:

1. Juridische fusie van ProRail in Railinfratrust B.V. (hierna: RIT), waarbij alle vermogensbestanddelen van ProRail onder algemene titel worden verkregen door RIT.
2. Ontbinding van RIT bij koninklijk besluit met toepassing artikel 125 Spoorwegwet waarbij alle vermogensbestanddelen van RIT om niet onder algemene titel worden verkregen door de Staat.
3. Inbreng (juridisch en/of administratief, afhankelijk van het eindscenario) van alle vermogensbestanddelen van voormalig ProRail/RIT door de Staat in een Agentschap, ZBO met rechtspersoonlijkheid, ZBO zonder rechtspersoonlijkheid of hybride variant.

Wij merken op dat wij alleen een beoordeling hebben gedaan vanuit fiscale optiek. Het splitsen van het economische en juridisch eigendom bij de totstandkoming van de structuur had niet alleen een fiscale component, maar ook een politiek-beleidsmatige component. Deze politiek-beleidsmatige component is niet meegewogen bij de fiscale afweging voor deze oplossingsrichting. Daarnaast merken wij op dat de bestuursrechtelijke dimensie van het gebruik van het koninklijk besluit op grond van artikel 125 Spoorwegwet geen onderdeel is van ons onderzoek. Wij adviseren om in het juridische onderzoek aandacht te besteden aan de overgang onder algemene titel, de politiek-beleidsmatige component en de bestuursrechtelijke dimensie.

In verband met het behouden van de mogelijkheid om gebruik te maken van deze voorkeursroute, adviseren wij om het geplande besluit om RIT te ontbinden per 1 januari 2017 vooralsnog op te schorten. Wij adviseren om deze voorkeursroute nader uit te werken met inachtneming van de uitkomsten van de overige onderzoeken inzake de transitie.

Bandbreedte fiscale risico's

Hieronder geven we een schematische weergave van financiële (fiscale) risico's in de volgende twee scenario's: ZBO met rechtspersoonlijkheid versus ZBO zonder rechtspersoonlijkheid/Agentschap/Hybride variant. De btw-gevolgen zijn in de schematische weergaven op de drie pagina's hierna nader in beeld gebracht.

Agentschap/ZBO zonder rechtspersoonlijkheid/hybride variant

	Vpb	dividendbel.	Btw	overdrachtsbel.*
Ministerie van I&M	pm	geen	bate: ca 371 mln	pm**
ProRail	last: 0-4 mld	geen	last: ca 309 mln	geen
Vervoerders	geen	geen	geen	geen
Gemeenten en Provincies	geen	geen	btw	geen

* De heffing van overdrachtsbelasting zou in alle scenario's voorkomen moeten kunnen worden.

** Beperkt nadeel in verband met mogelijke terugname eerder toegepaste vrijstellingen (zie onderdeel 5.3). Mogelijk voordeel bij toekomstige verkrijgingen van onroerend goed door Ministerie van I&M door toepassing subjectvrijstelling. Noch dit nadeel noch dit voordeel is te kwantificeren.

ZBO met rechtspersoonlijkheid

	vpb	dividendbel.	btw	overdrachtsbel.*
Ministerie van I&M	geen	geen	geen**	pm**
ProRail	last: 0-4 mld	geen	geen**	geen
Vervoerders	geen	geen	geen	geen
Gemeenten en Provincies	geen	geen	geen	geen

* De heffing van overdrachtsbelasting zou in alle scenario's voorkomen moeten kunnen worden.

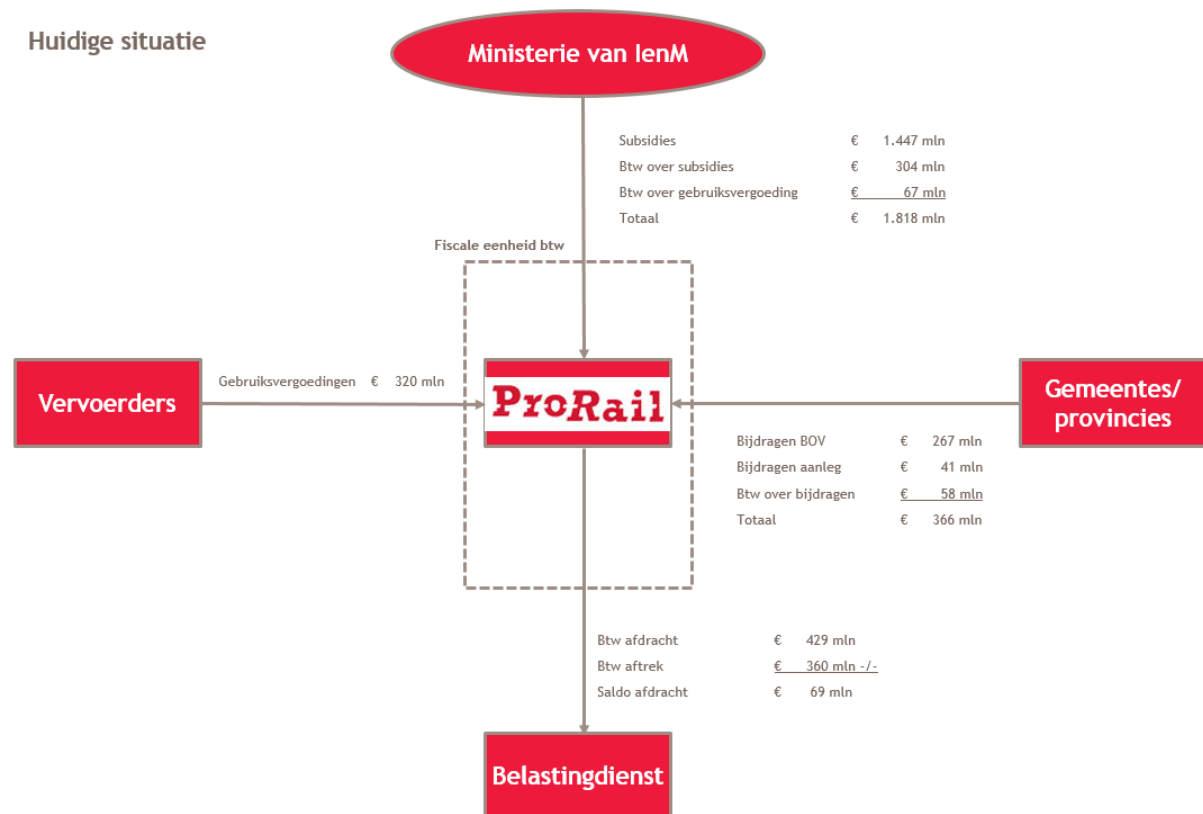
** Uit bovenstaand schema volgt dat er geen wijziging optreedt ten opzichte van de huidige situatie. Dit geldt alleen en enkel onder de voorwaarde dat het ZBO met rechtspersoonlijkheid voor de btw niet als overheid handelt. Als daarvan wel sprake is geldt in feite het plaatje op de pagina hiervoor (van het Agentschap, hybride variant en de ZBO zonder rechtspersoonlijkheid). Het al dan niet handelen als overheid dient met de Belastingdienst/Ministerie van Financiën te worden afgestemd (zie ook paragraaf 4.5 van dit rapport).

Schematische weergave van de fiscale geldstromen

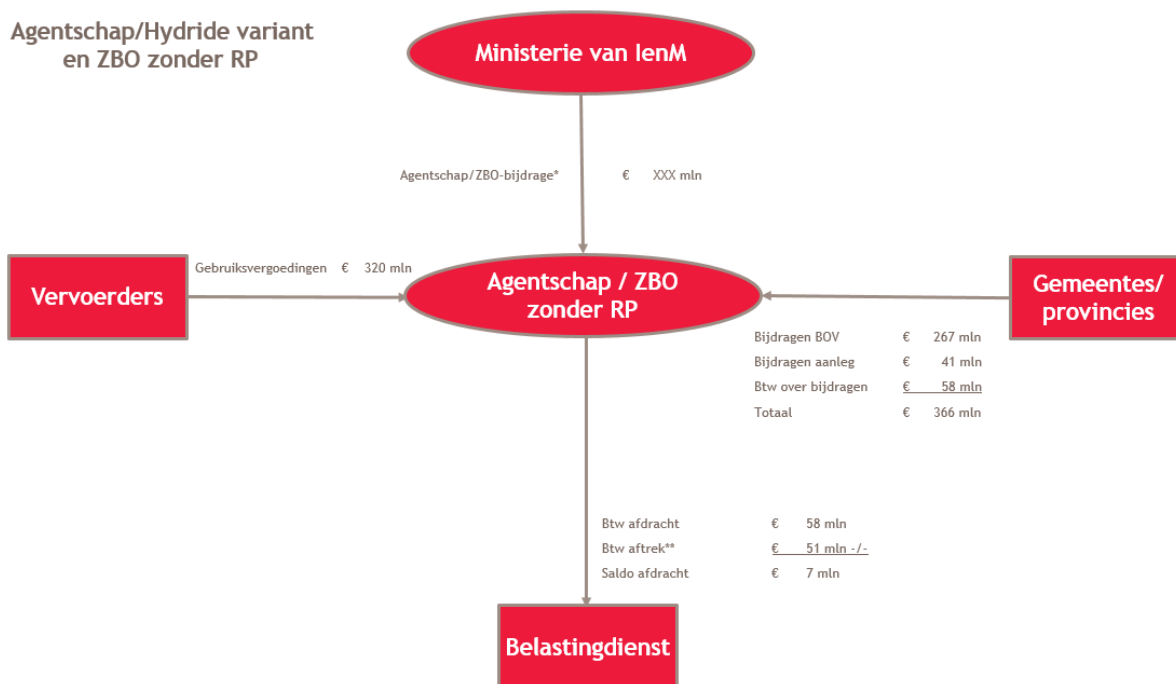
Hieronder treft u schematische weergaven van de fiscale geldstromen aan voor de volgende situaties:

1. Huidige situatie
2. Eindsituatie: ZBO zonder rechtspersoonlijkheid/Agentschap/hybride variant
3. Eindsituatie: ZBO met rechtspersoonlijkheid

In deze schema's hebben wij alleen de btw-geldstromen opgenomen die wij kunnen kwantificeren. Geldstromen die in de drie situaties niet afwijken en geldstromen die niet zijn in te schatten/kwantificeren zijn niet opgenomen.



Agentschap/Hydride variant
en ZBO zonder RP



*Nog te bepalen door partijen, maar geen btw hierover vanwege interne geldstroom.

**Het betreft een ruwe schatting van het resterende recht op aftrek op basis van budgetverhoudingen. Hierbij is gerekend met een budget voor beheer en onderhoud / gebruiksvergoedingen en bijdragen derden van € 1.285 mln waarvan € 39 mln belast is met btw. De btw op toerekenbare kosten bedraagt € 212 mln. $\frac{€ 39}{€ 1.285} \times € 212$ komt afgerond uit op € 6,5 mln btw. Voor aanleg is gerekend met een budget van € 790 mln waarvan € 237 mln is belast met btw. De btw op toerekenbare kosten bedraagt € 148 mln. $\frac{€ 237}{€ 790} \times € 148$ komt afgerond uit op € 44,5 aan btw. $€ 6,5 + € 44,5 = € 51$ mln.

ZBO met RP*



* Uit bovenstaand schema volgt dat er geen wijziging optreedt ten opzichte van de huidige situatie dit geldt alleen en enkel onder de voorwaarde dat het ZBO met rechtspersoonlijkheid voor de btw niet als overheid handelt. Als daarvan wel sprake is geldt in feite het plaatje op de pagina hiervoor (van het Agentschap, hybride variant en de ZBO zonder rechtspersoonlijkheid). Het al dan niet handelen als overheid dient met de Belastingdienst/Ministerie van Financiën te worden afgestemd (zie ook paragraaf 4.5 van dit rapport).

Voorts is uitgangspunt in dit overzicht dat de afspraak inzake de btw over de gebruiksvergoeding gecontinueerd kan worden. Mocht dat niet het geval zijn, dan zou één van de scenario's kunnen zijn dat vervoerders mogelijk btw in rekening gebracht gaan krijgen van het ZBO/het ministerie. Aangezien de vervoerders btw-belaste prestaties verrichten bestaande uit het vervoer van personen en/of goederen, kunnen zij die btw dan in aftrek brengen en vormt die mogelijke btw bij hen dus geen kostenpost.

2 VRAAGSTELLING, DOEL EN UITGANGSPUNTEN

2.1 VRAAGSTELLING EN DOEL ONDERZOEK

Het Ministerie van I&M onderzoekt momenteel welke publiekrechtelijke organisatievorm het beste past bij de taken van ProRail. In dat kader worden relevant geachte aspecten nader onderzocht, waaronder fiscaliteit. Het Ministerie van I&M heeft de behoefte aan een fiscale analyse die ondersteunt bij het kwantificeren van de financiële risico's van een eventuele transitie.

BDO heeft de opdracht gekregen om (minimaal) te onderzoeken:

- Welke gevolgen voor de Vpb, btw, overdrachtsbelasting en dividendbelasting optreden bij een eventuele transitie van ProRail naar een agentschap, ZBO zonder rechtspersoonlijkheid, ZBO met rechtspersoonlijkheid dan wel een hybride vorm;
- Welke potentiële effecten een transitie heeft voor de diverse betrokken partijen: medeoverheden (provincies en gemeenten hoofdzakelijk), vervoerders, ProRail, Ministerie van I&M en de fiscus met betrekking tot bovengenoemde belastingen.

De door BDO uitgevoerde analyse richt zich op de beantwoording van de bovenstaande vragen.

BDO is verzocht om (in iedere geval) de volgende zaken in het rapport te laten zien:

- Een schematische weergave van de fiscale geldstromen;
- Een bandbreedte van de financiële (fiscale) risico's.

Deze rapportage heeft tot doel inzicht te verschaffen in de resultaten en bevindingen naar aanleiding van de uitgevoerde analyse, waarbij specifiek aandacht wordt geschonken aan het kwantificeren van de financiële risico's van de diverse potentiële eindscenario's. In de hoofdstukken drie t/m zes behandelen we achtereenvolgens de Vpb, btw, overdrachtsbelasting en dividendbelasting. Daarbij schenken we aandacht aan de huidige situatie van ProRail, de transitiefase en de diverse eindscenario's. Daarnaast doen wij een aantal aanbevelingen.

2.2 UITGANGSPUNTEN

De door ons uitgevoerde analyse is gebaseerd op de volgende gegevens en uitgangspunten.

Ontvangen documenten/bestanden:

- Jaarrekening 2015 ProRail
- Gedeponeerde Jaarrekening Relined 2015
- Gedeponeerde jaarrekening Keyrail 2014
- Factsheet fiscaal v1 (intern stuk ProRail) (.xls)
- Factsheet fiscaal toel cijfers (intern stuk ProRail) (.doc)

- Fiscale aspecten transitie ProRail (intern stuk ProRail) (.ppt)
- Kasstroomoverzicht (intern stuk ProRail) (.xls)
- Rondrekening kopie (intern stuk ProRail) (.xls)
- Herzieningsbtw (intern stuk ProRail) (.xls)
- Aangifte Vpb 2014 ProRail
- Overzicht fiscaal/commerciële verschillen winst-/verliesrekening in de aangifte Vpb 2014 RIT
- Overzicht fiscaal/commerciële verschillen balans in de aangifte Vpb 2014 RIT
- Door fiscaliste ProRail ingevuld vragenbestand van BDO '20160920 vragen' (.doc)
- Brief van het Ministerie van Financiën van 18 december 2000 aan de Nederlandse Spoorwegen inzake de Btw-positie taaksector
- Brief d.d. 9 juli 2002 van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat aan de Belastingdienst inzake de gebruiksvergoeding spoorweginfrastructuur en omzetbelasting
- Brief Ministerie van Financiën aan Ministerie van Verkeer en Waterstaat d.d. 10 september 2002 inzake gebruiksvergoeding spoorweginfrastructuur en omzetbelasting
- Brief Ministerie van Financiën aan ProRail d.d. 15 september 2005 inzake de Btw-positie van ProRail BV
- Brief Ministerie van Financiën aan Interprovinciaal overleg d.d. 23 mei 2013 inzake btw-gevolgen bijdragen infrastructurele werken
- Brief Ministerie van Financiën aan VNG overleg d.d. 23 mei 2013 inzake btw-gevolgen bijdragen infrastructurele werken

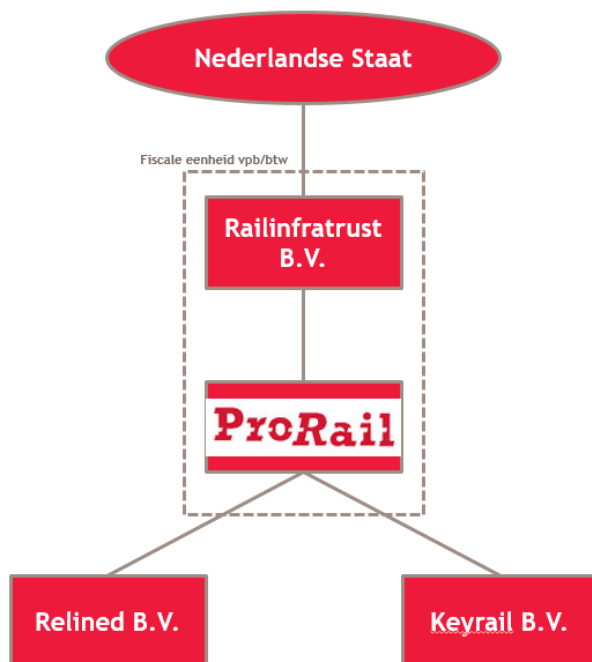
Uitgangspunten op basis van mondelinge afstemming met de fiscaliste van ProRail (Mw. I. van Gent) d.d. 21 september 2016:

- Aankopen van onroerende zaken vinden plaats door RIT waarna de economische eigendom wordt geleverd aan ProRail. De omgekeerde situatie waarbij ProRail aankoopt en de juridische eigendom doorlevert aan RIT komt ook voor.
- Infrastructuur wordt gerealiseerd door ProRail. ProRail en RIT worden door natrekking respectievelijk economisch en juridisch eigenaar.
- Investeringsubsidies van het Ministerie van I&M worden voor de Vpb direct afgeboekt op de boekwaarde van infrastructurele werken. In de jaarrekening worden deze subsidies onder overlopende passiva verantwoord. Deze werkwijze is overeengekomen met de Belastingdienst.
- Onder de tot 1 januari 2016 geldende wetgeving is niet op detailniveau onderzocht voor welke activiteiten van ProRail aangifte Vpb moest worden gedaan. Uit pragmatisch oogpunt is met instemming van de Belastingdienst altijd aangifte gedaan voor alle activiteiten in plaats van enkel de belaste activiteiten. Gezien het financiële resultaat van ProRail heeft deze werkwijze materieel geen effect gehad.
- Onder de nieuwe wetgeving op het gebied van de Vpb met ingang van 1 januari 2016 heeft ProRail het voornemen om af te zien van de toepassing van alle objectvrijstellingen.

- Het voornemen bestaat om Keyrail B.V. nog in 2016 te ontbinden.
- Het besluit is genomen om RIT per 1 januari 2017 te ontbinden.
- Tussen RIT, ProRail, Relined B.V. en Keyrail B.V. vinden geen onderlinge transacties plaats, behoudens de genoemde transacties bij onroerende zaken en het ter beschikking stellen van glasvezelkabels door ProRail aan Relined B.V. tegen een vergoeding.
- De afgelopen drie jaren hebben transacties plaatsgevonden tussen RIT en ProRail met toepassing van de interne reorganisatievrijstelling voor de overdrachtsbelasting waarvoor aanhoudings- of voortzettingsvereisten gelden zoals omschreven in artikel 5b van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer.

Structuur

ProRail is een 100% dochtervennootschap van RIT, welke op haar beurt een 100% dochtervennootschap is van het Ministerie van I&M. ProRail heeft daarnaast twee dochtervennootschappen, Relined B.V. en Keyrail B.V. De huidige structuur is als volgt schematisch weer te geven:



Momenteel is nog geen definitieve keuze gemaakt voor de gewenste nieuwe rechtsvorm. Uitgangspunt van het kabinetsbeleid is dat er in dit geval wordt gekozen voor een Agentschap, tenzij een ZBO wenselijker is. Vanuit Europeesrechtelijke perspectief moeten de capaciteitsverdeling en verkeersleiding non-discriminatoir worden uitgevoerd en derhalve onder een eigen bestuur staan. Om recht te doen aan de Europese eisen komt mogelijk een 'hybride variant' in beeld waarbij sprake is van een agentschap met een zelfstandig bestuur voor de capaciteitsverdeling en verkeersleiding. In deze variant is volgens opgaaf nog steeds sprake van een Agentschap.

Overige uitgangspunten:

- Op basis van de ons ter beschikking staande informatie verricht ProRail de volgende activiteiten:
 - o Het beschikbaar stellen van capaciteit voor vervoerders;
 - o Beheren en onderhouden van de infrastructuur;
 - o Uitbreiden en vernieuwen stations en spoor;
 - o Activiteiten voor derden:
 - Realiseren van onderdoorgangen;
 - Aanleggen van parkeerterreinen;
 - Bijzondere stations verbouwingen.
- In de hybride variant (Agentschap met ZBO bestuur) is geen sprake van een afzonderlijke rechtspersoon (e-mail mw. H. Schröter d.d. 28 september 2016).

2.3 PROCES

In het kader van de totstandkoming van dit rapport hebben wij het volgende proces gevolgd:

- Op 16 september 2016 heeft de heer Christ van het Ministerie van I&M de interne factsheet van ProRail over de fiscale consequenties van een eventuele transitie toegestuurd naar de heer Cremers van BDO;
- Op maandag 19 september 2016 heeft een telefonische bespreking plaatsgevonden tussen mw. Van Gent van ProRail en de heren Bakx en Witlox van BDO met als doel om vragen te stellen over het factsheet en de achtergronden van de totstandkoming daarvan;
- Op dinsdag 20 september 2016 heeft BDO een lijst met vragen over de positie van de ProRail gemaald naar de heer Christ en mw. Van Gent;
- Op woensdag 21 september 2016 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen de heer Christ, mw. Van Gent en de heren Bakx en Witlox in Utrecht. Doel van het gesprek was het bespreken en verder uitdiepen van de feiten aan de hand van de toegestuurde vragenlijst;
- Op dinsdag 27 september 2016 heeft een bespreking plaatsgevonden bij het Ministerie van I&M tussen de heren Christ en de heer Lombaers van het Ministerie van I&M en de heer Cremers van BDO om de voorlopige bevindingen te bespreken;
- Op dinsdag 27 september 2016 heeft de heer Bakx per mail verzocht om nog niet ontvangen gegevens. Deze gegevens zijn op het moment van het toesturen van de conceptrapportage vrijwel allemaal ontvangen.
- Op woensdag 5 oktober 2016 is de conceptrapportage per mail verstuurd door BDO aan de heer Christ;
- Op vrijdag 7 oktober 2016 is de conceptrapportage in Den Haag besproken door de heer Cremers en de heer Bakx met de heer Christ, de heer Lombaers en de heer Wierenga (allen Ministerie van I&M) en mevrouw Schuurmans en de heer Lodder (FEZ, Ministerie van

Financiën). De opmerkingen vanuit het Ministerie van I&M, ProRail en het Ministerie van Financiën op de conceptrapportage zijn tijdens dit overleg besproken.

2.4 DISCLAIMER

Wij hebben ons fiscale onderzoek gebaseerd op de uitgangspunten en gesprekken met ProRail en Ministerie van I&M en de ontvangen informatie zoals nader uiteengezet in paragraaf 2.2 en 2.3. Indien de aan ons gepresenteerde en ter beschikking gestelde feiten en gegevens onverhoopt onjuist, onvolledig of anders blijken te zijn, kan dit erin resulteren dat de bevindingen in dit rapport herzien moeten worden. Daarnaast zijn onze werkzaamheden beperkt tot die zaken waarvan u hebt aangegeven dat ze van belang zijn voor uw onderzoek. Ons onderzoek heeft alleen betrekking op fiscale gevolgen van de transitie en gaat derhalve niet in op bijvoorbeeld juridische aspecten als bestuursrechtelijke en staatsrechtelijke zaken.

De aard van de opdracht brengt met zich mee dat op het in dit rapport opgenomen cijfermateriaal en toelichtingen daarop geen accountantscontrole is toegepast en dat tevens geen beoordelingsopdracht is uitgevoerd. Een en ander impliceert dat aan onze rapportage geen zekerheid kan worden ontleend omtrent de getrouwheid van het in dit rapport opgenomen cijfermateriaal en toelichtingen daarop.

Dit rapport voorziet niet in gevolgen, gebeurtenissen of omstandigheden welke mogelijk aan het licht zijn gekomen na het opleveren van deze rapportage, te weten 12 oktober 2016. De conclusies en standpunten in deze rapportage zijn gebaseerd op de wetgeving, parlementaire geschiedenis, jurisprudentie en publicaties zoals deze per datum van het rapport bekend waren.

3 VENNOOTSCHAPSBELASTING

3.1 HUIDIGE SITUATIE

ProRail vormt samen met RIT een fiscale eenheid voor de Vpb (hierna: FE Vpb) en doet jaarlijks aangifte. Tot en met 2014 heeft zij voor al haar activiteiten een aangifte Vpb ingediend.

Vpb-positie t/m 2015

Onder de wetgeving tot en met 2015 waren slechts de in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 genoemde activiteiten van overheidslichamen onderworpen aan de Vpb (waaronder begrepen situaties waarin deze activiteiten werden uitgeoefend in een zogenoemd indirect overheidslichaam). Een indirect overheidslichaam was onder meer een vennootschap waarvan de aandelen voor 100% direct of indirect in bezit waren van de Staat (artikel 2, lid 7 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969). Alle niet in de wet genoemde activiteiten vielen buiten de belastingplicht voor de Vpb. Een overheidslichaam diende een aangifte Vpb in waarin alleen de onderworpen (belaste) activiteiten waren opgenomen.

Naar wij hebben begrepen is door ProRail, met goedkeuring van het Ministerie van Financiën en de Belastingdienst, in het verleden een welbewuste afweging gemaakt ten aanzien van de uitleg en toepassing van de oude wetgeving waarbij alle belangen zorgvuldig zijn afgewogen om uit te gaan van volledige onderworpenheid van ProRail voor de Vpb. Deze werkwijze heeft geleid tot beperkte administratieve lasten voor ProRail. Het financiële effect was tevens te verwaarlozen, aangezien het fiscale resultaat nagenoeg nihil was. ProRail beschikt als logisch gevolg van deze werkwijze over een volledige fiscale balans ultimo 2015.

Vpb-positie per 1 januari 2016

Per 1 januari 2016 is de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 gewijzigd. Een indirect overheidslichaam in de rechtsvorm van een B.V., zoals ProRail, is nu in beginsel volledig belastingplichtig voor de Vpb. Dat houdt tevens in dat alle activa en passiva gewaardeerd moeten worden op de fiscale balans. Aangezien alle activa en passiva van ProRail reeds op de fiscale balans waren opgenomen, is de eindbalans 2015 gelijk aan de beginbalans 2016.

Voor bepaalde activiteiten kan een beroep worden gedaan op een objectvrijstelling die het resultaat van de betreffende activiteit(en) vrijstelt. De wet biedt de mogelijkheid om af te zien van de wettelijke toepassing van objectvrijstellingen. ProRail heeft de gevolgen van de nieuwe wetgeving inmiddels besproken met haar fiscaal adviseur en is voornemens af te zien van toepassing van de objectvrijstellingen. Hierdoor kiest ProRail, evenals in de situatie tot 1 januari 2016, voor een behandeling als integraal belastingplichtig lichaam. Reden voor het afzien van de

objectvrijstellingen is beperking van administratieve lasten. De keuze voor het afzien van objectvrijstellingen geldt voor een periode van minimaal 5 jaar. Materieel zal de aangifte Vpb 2016 naar verwachting weinig verschillen met voorgaande jaren, aangezien het verwachte fiscale resultaat verliesgevend dan wel nihil zal blijven. Wel heeft deze keuze tot gevolg dat ook de waardeontwikkelingen (positief dan wel negatief) van activa en passiva die toerekenbaar zijn aan mogelijk vrijgestelde activiteiten belast c.q. aftrekbaar zijn.

3.2 GEVOLGEN TRANSITIE

3.2.1 Impact mogelijke routes transitie

De transitie van ProRail kan op diverse manieren worden vormgegeven. Dit kan door (een combinatie van) de volgende stappen:

- Liquidatie van ProRail en RIT;
- Activa-passiva transactie;
- Juridische fusie;
- Artikel 125 Spoorwegwet.

Voor de leesbaarheid van deze rapportage hebben wij de wettelijke details van de verschillende stappen en mogelijkheden van de transitie achtwege gelaten. In deze paragraaf gaan wij derhalve niet nader in op de verschillende (fiscale) voorwaarden die gelden voor bijvoorbeeld toepassing van de faciliteiten voor een juridische fusie.

Uit ons onderzoek volgt dat de wijze waarop de omzetting plaatsvindt voor de heffing van Vpb niet bepalend is. Onafhankelijk van de te kiezen route, dient voor de heffing van Vpb op enig moment te worden beoordeeld of sprake is van de realisatie van stille reserves (het verschil tussen de waarde in het economische verkeer en de fiscale boekwaarde van de activa ten tijde van de transitie).

3.2.2 Hoofdregel: heffing over stille reserves bij overdracht

De overdracht van de activiteiten van ProRail naar een andere rechtsvorm leidt er in beginsel toe dat Vpb wordt geheven over de op dat moment gerealiseerde stille reserves binnen ProRail, d.w.z. het eventuele verschil tussen de waarde in het economische verkeer en fiscale boekwaarde van de aanwezige activa (m.n. spoorwegennet, onroerend goed). Of de overdracht juridisch plaatsvindt onder bijzondere of algemene titel doet hiervoor niet ter zake.

De waarde in het economische verkeer kent de volgende definitie: de prijs die bij aanbidding van de zaak ter verkoop op de meest geschikte wijze na de beste voorbereiding door de meest biedende gegadigde daarvoor zou zijn besteed. In de praktijk wordt veelal aangesloten bij de hoogste van de directe en indirecte opbrengstwaarde. De directe opbrengstwaarde is de waarde bij verkoop van de individuele activa en passiva. De indirecte opbrengstwaarde is de waarde bij het gebruik binnen de

onderneming. Deze begrippen worden op basis van verschillende bedrijfseconomische waarderingmethoden verder ingevuld.

Voor het bepalen van de omvang van het Vpb-risico is de cruciale vraag welke waarde in het economische verkeer moet worden toegekend aan de materiële vaste activa van ProRail op het moment van transitie. Dit dient nader te worden onderzocht. Voor het bepalen van een indicatieve bandbreedte hebben we aanknopingspunten gezocht in de jaarrekening. Conform de aangifte Vpb bedraagt de fiscale boekwaarde circa € 1,6 miljard. In de commerciële jaarrekening bedraagt de boekwaarde circa € 17,4 miljard (op basis van historische uitgaafprijs). Het verschil is grotendeels te verklaren door de wijze waarop de investeringsbijdragen zijn afgeboekt. Uitgaande van deze waarden, bedraagt het Vpb-risico circa € 4 miljard. Wij merken op dat er op dit moment geen enkele aanleiding is om te veronderstellen dat de waarde in het economische verkeer overeenkomt met de waarde uit de jaarrekening. Overigens merken wij op dat de Belastingdienst extra kritisch is op de onderbouwing van een zakelijke prijs indien sprake is van een transactie tussen gelieerde partijen.

In de aangifte Vpb 2014 zijn daarnaast een aantal fiscale voorzieningen (omgevingswerken, jubileumuitkering, reorganisatievoorziening, dubieuze debiteuren) opgenomen. Op het moment van overdracht vallen deze voorzieningen mogelijk vrij ten gunste van de fiscale winst (dit is afhankelijk van de te kiezen route). Hierover is in beginsel Vpb verschuldigd. Per saldo leidt de vrijval van de voorzieningen tot een mogelijke Vpb-heffing van circa € 50 miljoen (zijnde voorzieningen ad circa € 200 miljoen x 25% Vpb).

3.2.3 Bandbreedte Vpb-risico

Op basis van bovenstaande bedraagt de bandbreedte van het Vpb-risico € 0 tot € 4 miljard. Of de facto sprake is van Vpb-heffing hangt af van de behaalde boekwinst of het boekverlies bij de overdracht van het spoor netwerk. Wordt het spoor netwerk lager gewaardeerd dan de huidige fiscale boekwaarde dan ontstaat mogelijk een verlies waarmee de baten als gevolg van de eventuele vrijval van de diverse voorzieningen worden gecompenseerd. Van Vpb-heffing is dan geen sprake.

3.3 SITUATIE NA TRANSITIE

Voor de Vpb-gevolgen voor de ProRail-activiteiten na de transitie maken we onderscheid tussen de 'transparante' rechtsvormen, namelijk Agentschap, ZBO zonder rechtspersoonlijkheid en de hybride variant, en de 'niet-transparante' rechtsvormen, namelijk ZBO met rechtspersoonlijkheid.

3.3.1 Agentschap / ZBO zonder rechtspersoonlijkheid / hybride variant

Wettelijk kader

Indien de activiteiten van ProRail worden ondergebracht in een Agentschap, ZBO zonder rechtspersoonlijkheid of een hybride variant, betekent dit voor ProRail dat:

- geen zelfstandige aangifte Vpb meer in hoeft te worden gediend. De activiteiten van ProRail maken voor de Vpb onderdeel uit van de aangifte van het Ministerie van I&M;
- enkel aangifte gedaan hoeft te worden over activiteiten die als 'onderneming' kwalificeren, niet over alle activiteiten.

Beoordelen activiteiten

Het Ministerie van I&M is alleen belastingplichtig voor ondernemingsactiviteiten. Bij de transparante rechtsvormen dient derhalve per activiteit van ProRail beoordeeld te worden of deze een onderneming vormt. Indien activiteiten nauw verweven zijn, dan dient de beoordeling of sprake is van een onderneming op het niveau van het cluster van activiteiten te worden toegepast.

Er is sprake van een onderneming bij een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid die deelneemt aan het economische verkeer met het oogmerk om winst te maken. Van een winst oogmerk is al sprake indien structureel overschotten worden behaald. Op totaalniveau bezien hebben de activiteiten van ProRail de afgelopen jaren niet tot overschotten geleid. Aangezien de ondernemingstoets per (cluster van) activiteit(en) dien te worden uitgevoerd, kan niet op voorhand worden gezegd dat geen sprake is van ondernemingsactiviteiten. De uitkomst zou kunnen zijn dat de situatie na transitie ten aanzien van de Vpb nadeliger is dan de uitgangssituatie. Dit is het geval indien activiteiten die tot overschotten leiden kwalificeren als ondernemingsactiviteit en activiteiten die een tekort laten zien niet kwalificeren als ondernemingsactiviteiten. Dit dient nader onderzocht te worden.

Vrijstellingen en afzien van vrijstelling

Indien activiteiten van ProRail als belaste ondernemingsactiviteiten kwalificeren, dient te worden onderzocht of gebruikgemaakt kan worden van een objectvrijstelling. Objectvrijstellingen stellen het resultaat van een activiteit vrij van Vpb. Dit vergt nader onderzoek (zie ook 3.4.2).

ProRail kan niet meer zelfstandig afzien van het toepassen van de objectvrijstellingen in de wet. Bij de transparante rechtsvormen is ProRail niet meer zelfstandig aangifteplichtig maar maken de belaste en vrijgestelde activiteiten onderdeel uit van alle belaste en vrijgestelde activiteiten van het Ministerie van I&M. Het afzien van de toepassing van de vrijstelling van overheidstaken kan slechts worden gerealiseerd voor het volledige overheidslichaam (i.c. het Ministerie van I&M) en niet voor enkele activiteiten van dit overheidslichaam. Dit heeft tot gevolg dat een fiscale analyse per activiteit moet plaatsvinden om te kunnen beoordelen welke activiteiten wel en welke activiteiten niet onderdeel uitmaken van de aangifte van het Ministerie van I&M.

Fiscale administratie

Voor wat betreft de belaste en vrijgestelde activiteiten geldt dat een fiscale administratie moet worden gevoerd (en aangifte moet worden gedaan). Hierbij is het niet relevant dat over de vrijgestelde activiteiten uiteindelijk geen Vpb verschuldigd is. Dit betekent mogelijk dat een splitsing moet worden aangebracht in de administratie van (de activiteiten van) ProRail, waarin een onderscheid wordt gemaakt in deze typen activiteiten. Het voeren van een fiscale administratie leidt mogelijk tot een aanvullende (administratieve) last, aangezien niet één op één kan worden aangesloten bij de administratie van ProRail.

3.3.2 ZBO met rechtspersoonlijkheid

Wettelijk kader

Indien de activiteiten van ProRail worden ondergebracht in een ZBO met rechtspersoonlijkheid (hierna: ZBO met RP), betekent dit voor ProRail dat:

- ProRail zelfstandig aangifteplichtig blijft.
- enkel aangifte gedaan hoeft te worden over activiteiten die als 'onderneming' kwalificeren, niet over alle activiteiten.

Ten aanzien van het beoordelen van de activiteiten en toepassing van de vrijstellingen geldt hetzelfde als hiervoor in 3.3.1 is genoemd. Het meest relevante verschil betreft de mogelijkheid tot afzien van de objectieve vrijstellingen.

Afzien van vrijstelling

ProRail heeft in haar huidige vorm het voornemen om af te zien van toepassing van de wettelijke objectvrijstellingen. Ook als ProRail een ZBO met rechtspersoonlijkheid wordt kan zij deze keuze zelfstandig maken.

Fiscale administratie

In afwijking van de transparante rechtsvormen dient ingeval van een ZBO met rechtspersoonlijkheid zelfstandig aangifte te worden gedaan. Dit leidt tot een extra administratieve last.

3.4 AANBEVELINGEN

Bij de uitvoering van de fiscale analyse hebben wij enkele mogelijkheden geïdentificeerd die het Vpb-risico kunnen beperken. Wij merken op dat de hierna volgende aanbevelingen allemaal oplossingsrichtingen betreffen die nader onderzocht moeten worden en afstemming met de Belastingdienst behoeven.

3.4.1 Overleg belastingdienst inzake waardering / waarderingmethodiek

Treed in overleg met de Belastingdienst over de waardering/waarderingmethodiek van de materiele vaste activa van ProRail. Het verschil tussen de waarde in het economische verkeer op

transitiedatum en de fiscale waarde bepaalt immers de omvang van het Vpb-risico. Hoe dichterbij de waarde in het economische verkeer op transitiedatum bij de fiscale waarde ligt, hoe lager het Vpb-risico. Het is zelfs mogelijk dat de waarde in het economische verkeer lager is dan de fiscale waarde. Dit zou kunnen leiden tot een fiscaal verlies waarmee de vrijval van de voorzieningen kan worden verrekend. In de bandbreedte houden wij derhalve € 0 als ondergrens aan.

3.4.2 Nader onderzoek toepassing objectvrijstellingen

Onderzoek de mogelijkheden voor toepassing van objectvrijstellingen (overheidstakenvrijstelling en quasi-inbestedingsvrijstelling) door ProRail vanaf 2016. Hierbij dient tevens aandacht besteed te worden aan de vraag of toepassing van de objectvrijstellingen leidt tot een eindafrekening in verband met sfeerovergang en de vraag of compartimentering (toepassing van de vrijstelling alleen over de periode waarin een beroep op de vrijstelling wordt gedaan, in casu vanaf 1 januari 2016 tot transitiedatum) aan de orde is.

3.4.3 Nader onderzoek mogelijkheden oude Vpb-wetgeving

Onderzoek de mogelijkheden voor ProRail ten aanzien van de situatie tot 2016 onder de oude Vpb-wetgeving. Indien de activiteiten met de activa met stille reserves tot 2016 buiten de belaste sfeer zouden kunnen blijven, zouden deze tegen de waarde in het economische verkeer per 1 januari 2016 op de fiscale openingsbalans per die datum gewaardeerd worden. Bij de transitie is het Vpb-risico dan beperkt tot de waardemutatie in de periode van 1 januari 2016 tot transitiedatum. Gezien de zorgvuldige afweging die is gemaakt door ProRail in overleg met het Ministerie van Financiën en de Belastingdienst ten aanzien van de uitleg en toepassing van de oude wetgeving, lijken de mogelijkheden op voorhand beperkt.

4 BTW

4.1 HUIDIGE SITUATIE

ProRail vormt een fiscale eenheid btw met RIT. De btw-relevante omzet van deze fiscale eenheid kan worden onderverdeeld in twee categorieën. Hierna wordt verder gesproken over ProRail, aangezien daarin de operationele activiteiten zijn ondergebracht. Deze worden hierna besproken.

1. Beheer, onderhoud en vervanging

Deze omzetcategorie ziet op het beheren, onderhouden en vernieuwen van stations, sporen en bijbehorende faciliteiten. De omzet wordt gerealiseerd vanuit een btw-belaste subsidie van het Ministerie van I&M, gebruiksvergoedingen en bijdragen van derden.

- De subsidie bedraagt jaarlijks circa € 924 mln, vermeerderd met btw. De belastbaarheid van de subsidie is gebaseerd op afspraken met het Ministerie van Financiën.
- De gebruiksvergoedingen bedragen jaarlijks circa € 320 mln, vermeerderd met btw. Op basis van afstemming met het Ministerie van Financiën (brief van het Ministerie van Financiën van 29 november 2000 aan de NS) brengt ProRail de btw over de gebruikersvergoedingen in rekening bij het Ministerie van I&M, dus los van de vergoeding die aan de gebruikers/vervoerders in rekening wordt gebracht. Achtergrond van deze regeling was o.a. dat sprake was van een publiekrechtelijk heffing op basis van de Spoorwegwet die door ProRail namens het Ministerie wordt geïnd. In verband met de komst van de nieuwe Spoorwegwet in 2003 is door het Ministerie van Verkeer en Waterstaat in een brief van 9 juli 2002 de vraag voorgelegd aan het Ministerie van Financiën of die wijziging ertoe leidt dat ProRail op basis van de nieuwe Spoorwegwet separate prestaties levert aan de spoorwegondernemingen waarvoor de vergoeding bestaat uit de in rekening gebrachte gebruiksvergoeding. Dit omdat in de nieuwe (thans de huidige) Spoorwegwet in artikel 27 en 59 is bepaald dat een spoorwegonderneming slechts toegang heeft tot de hoofdspoorwegen indien dit voortvloeit uit een (private) toegangsovereenkomst tussen die onderneming en de beheerder (thans ProRail). De vraag komt in dat kader op of de btw over de gebruiksvergoeding niet aan de betrokken spoorwegondernemingen in rekening moet worden gebracht. In de brief van 10 september 2002 (nr. DGB 2002-03810) heeft het Ministerie van Financiën aangegeven dat de btw over de gebruiksvergoeding nog steeds door Railinfrabeheer B.V. aan het Ministerie van - destijds genaamd - Verkeer en Waterstaat in rekening moet worden gebracht en dat zij in dit kader nog steeds als btw-ondernemer optreedt. In de brief van 15 september 2005 van het Ministerie van Financiën aan, en over de btw-positie van, ProRail wordt verwezen naar de hiervoor aangehaalde brief van 10 september 2002 en is opgemerkt dat afstemming over de handhaving van dit genoemde standpunt met de voor ProRail competente inspecteur moet plaatsvinden. Of die afstemming ook heeft plaatsgevonden is ons niet bekend en daarvan hebben wij geen

stukken ingezien. Wel is door ProRail aangegeven dat de systematiek diverse keren door de Belastingdienst is beoordeeld, voor het laatst in het kader van het Horizontaal Toezicht in 2013.

- De bijdragen van derden bedragen jaarlijks circa € 41 mln. De bijdragen worden ontvangen in situaties waarbij derden, met name provincies en gemeenten, meebetalen aan beheer en onderhoud van infrastructurele werken. Op basis van aanwijzingen van het Ministerie van Financiën brengt ProRail over deze bijdragen btw in rekening indien de derde het feitelijke gebruik of de feitelijke beschikkingsmacht over de aangelegde voorziening krijgt. Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn bij kruisende voorzieningen (zoals een kruising van weg en spoor). Indien de derde geen feitelijk gebruik of feitelijke beschikkingsmacht krijgt (bijvoorbeeld bijdrage voor de aanleg van een extra perron) ook wel binnen ProRail aangeduid als de 'spoorse werken', wordt over de bijdrage geen btw in rekening gebracht. Op basis van een voorzichtige inschatting wordt € 39 mln met btw in rekening gebracht en € 2 mln zonder btw.

ProRail brengt, behoudens wettelijke uitsluitingen, alle btw op aan deze activiteit toerekenbare kosten in aftrek. Dit bedrag bedraagt naar schatting op jaarbasis € 212 mln.

N.B. Wij hebben de correspondentie van het Ministerie van Financiën d.d. 23 mei 2013 (overigens gericht aan de Vereniging van Nederlandse Gemeenten en het Interprovinciaal Overleg) ingezien over de btw-behandeling van bijdragen van provincies en gemeenten voor infrastructurele werken. Ook hebben wij de diverse correspondentie met het Ministerie van Financiën inzake de btw-kwalificatie en behandeling van de gebruiksvergoedingen ingezien.

2. Aanlegsubsidies

Deze omzetcategorie ziet op de aanleg van nieuwe stations, sporen en bijbehorende faciliteiten. De omzet wordt gerealiseerd vanuit een btw-belaste subsidie van het Ministerie van I&M en vanuit bijdragen van derden.

- De subsidie bedraagt jaarlijks circa € 523 mln, vermeerderd met btw. De belastbaarheid van de subsidie is gebaseerd op afspraken met het Ministerie van Financiën. ProRail brengt, behoudens wettelijke uitsluitingen, alle btw op aan deze activiteit toerekenbare kosten in aftrek. Naar schatting bedraagt dit bedrag op jaarbasis € 98 mln.
- De bijdragen van derden bedragen jaarlijks circa € 267 mln. De bijdragen worden ontvangen in situaties waarbij derden, met name provincies en gemeenten, meebetalen aan de aanleg van infrastructurele werken. Op basis van aanwijzingen van het Ministerie van Financiën brengt ProRail over deze bijdragen btw in rekening indien de derde het feitelijke gebruik of de feitelijke beschikkingsmacht over de aangelegde voorziening krijgt (zie de nadere toelichting bij beheer, onderhoud en vervanging). Circa € 237 mln wordt met btw in rekening gebracht en circa € 30 mln zonder btw. De hieraan toerekenbare btw op kosten en investeringen bedraagt circa € 50 mln.

Investerings

ProRail heeft de afgelopen jaren diverse investeringen in gebruik genomen. Met name met de ingebruikname van de Betuwelijn in 2007 zijn aanzienlijke bedragen gemoeid. Uit een voorzichtige

berekening van ProRail blijkt dat indien ProRail de btw op in gebruik genomen investeringen over de afgelopen jaren in (begin) 2016 ineens zou moeten herzien, hier een bedrag van circa € 625 mln mee gemoeid zou zijn. Bij een herziening ineens op 1 januari 2017 zou de herzieningstermijn van de Betuwelijn verlopen zijn, waarvan wij de impact inschatten op een vermindering van de herziening met circa € 20 mln. Dit is een inschatting omdat wij geen zicht hebben op de investeringen in 2016 die dan eveneens herzien zullen moeten worden, maar niet zijn opgenomen in bovenstaand bedrag (wat is gebaseerd op een gemiddeld investeringsniveau van de 5 voorafgaande jaren (2011-2015)).

4.2 GEVOLGEN TRANSITIE

Voor de btw dient te worden beoordeeld of in het kader van de overgang van de bezittingen van ProRail btw verschuldigd is. Daarnaast dient te worden beoordeeld of herziening van btw en/of een fictieve levering voor de btw aan de orde komt.

Overgang bezittingen/activiteiten

De overgang van bezittingen/activiteiten tegen vergoeding is in beginsel belast met btw. Indien geen vergoeding in rekening wordt gebracht, is geen sprake van btw-heffing maar kunnen nadelige gevolgen voor het aftrekrecht aan de orde komen. Als sprake is van de overgang van een geheel of een gedeelte van een algemeenheid van goederen (artikel 37d van de Wet op de omzetbelasting 1968), al dan niet tegen vergoeding of in de vorm van inbreng, worden voor de btw geacht geen leveringen en diensten plaats te vinden. Dit wordt ook wel het niet-leveringsbeginsel genoemd. Als sprake is van de overgang van een algemeenheid van goederen, treedt degene op wie de bezittingen overgaan voor wat betreft de btw-posities in de plaats van de overdrager.

Uit Europese jurisprudentie volgt dat sprake is van de overgang van een algemeenheid van goederen indien zaken die tezamen een onderneming vormen waarmee een autonome economische activiteit kan worden uitgeoefend overgaan. Indien bijvoorbeeld uitsluitend voorraden worden verkocht, is geen sprake van een algemeenheid van goederen. Daarnaast is geoordeeld dat de verkrijger van de onderneming de bedoeling moet hebben om de overgedragen onderneming verder te exploiteren en dus niet direct te staken (ook wel het 'voorzettingsvereiste'¹).

Naar onze mening kwalificeert de overgang van alle activiteiten van ProRail naar de Staat of een ZBO met RP voor de btw als de overgang van een algemeenheid van goederen. De activiteiten van ProRail kwalificeren naar onze mening als een onderneming waarmee een autonome economische activiteit kan worden uitgeoefend.

In voorgaand kader rijst de vraag of de transitie van ondernemershandelingen naar overheidshandelingen zoals in paragraaf 4.3 hierna wordt besproken ertoe leidt dat niet aan het

¹ Waarbij overigens geldt dat niet die specifieke activiteit hoeft te worden voortgezet, maar de overnemer met de betreffende algemeenheid van goederen een economische activiteit gaat verrichten/voortzet.

voortzettingsvereiste van artikel 37d Wet op de omzetbelasting wordt voldaan. In dit kader is relevant dat de btw-richtlijn de mogelijkheid biedt om het niet-leveringsbeginsel buiten toepassing te laten indien de verkrijger niet volledig belastingplichtig is (artikel 19 btw-richtlijn). Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat deze mogelijkheid zo moet worden uitgelegd dat daaronder ook de situatie valt waarbij de verkrijger voor diens activiteiten in het geheel geen belastingplichtige is (zie het arrest Zita Modes, Hof van Justitie EU 27 november 2003, C-497/01, r.o. 30 en het arrest Christel Schriever, Hof van Justitie EU 10 november 2011, C-444/10, r.o. 21). Nederland heeft geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om het niet-leveringsbeginsel buiten toepassing te laten wanneer de verkrijger voor de activiteiten niet/niet volledig btw-plichtig is.

Aldus rijst de vraag of artikel 37d wet op de omzetbelasting in casu van toepassing is. Belangrijk bij die discussie is mogelijk ook dat de activiteiten voor een deel als ondernemer worden voortgezet (zie paragraaf 4.3).

Herziening

Voor investeringsgoederen geldt een herziening. Roerende zaken worden voor de btw vijf jaren gevolgd, onroerende zaken tien jaren. Dit noemen we de herzieningsperiode. Als het gebruik van deze goederen gedurende de herzieningsperiode wijzigt, is het mogelijk dat een deel van de btw die eerst in aftrek is gebracht, moet worden terugbetaald aan de Belastingdienst. Dit fenomeen heet herziening.

Indien sprake is van een overgang van een algemeenheid van goederen zoals hiervoor beschreven, treedt de Staat (het Agentschap of de ZBO zonder rechtspersoonlijkheid) of de ZBO met RP als verkrijger voor de btw in de plaats van ProRail. Lopende herzieningsperiodes gaan hierdoor over op de verkrijger. Wij beschrijven hierna in paragraaf 4.3 de mogelijke impact hiervan.

4.3 SITUATIE NA TRANSITIE

4.3.1 AGENTSCHAP/HYBRIDE VARIANT

Voor de btw is cruciaal of de activiteiten van ProRail na de transitie kwalificeren als overheidshandelen of ondernemershandelen. Als sprake is van (gedeeltelijk) overheidshandelen, dan vallen de activiteiten (deels) buiten het bereik van de heffing van btw en kan dit effect hebben op het recht op aftrek van voorbelasting. Is sprake van ondernemershandelingen, dan blijven de prestaties (voor zover van toepassing) belast met btw en bestaat recht op aftrek van voorbelasting binnen de wettelijke kaders.

Overheidshandelen

Overheidshandelen vindt plaats als cumulatief aan twee voorwaarden is voldaan, namelijk:

1. er is sprake van een publiekrechtelijk lichaam; en
2. de handelingen worden als overheid verricht.

Van het verrichten van handelingen als overheid is sprake in het geval werkzaamheden worden verricht op basis van een specifiek voor het publiekrechtelijk lichaam geldend juridisch regime, zoals bijvoorbeeld een publiekrechtelijke taakopdracht. Er is geen sprake van overheidshandelingen indien handelingen worden verricht onder dezelfde juridische voorwaarden als die voor private marktdeelnemers gelden, zoals bijvoorbeeld de levering van onroerende zaken. Er is ook geen sprake van overheidshandelen wanneer dit leidt of zou kunnen leiden tot verstoring van de mededinging ten opzichte van andere marktpartijen.

Op basis van artikel 5 juncto 16 van de Spoorwegwet is de Minister van Infrastructuur en Milieu belast met de zorg voor de aanleg en het beheer van de hoofdspoorweginfrastructuur en kan hij een of meer concessies verlenen voor het beheer van de hoofdspoorweginfrastructuur. Voor deze taak is dus een specifiek juridisch regime geschapen waarvan de uitvoering is opgedragen aan de Minister. De handelingen van de Minister moeten worden toegerekend aan de Staat. Een Agentschap is juridisch gezien een 'afdeling' van de Staat. Indien ervoor wordt gekozen om de taak onder te brengen in een Agentschap, moeten de handelingen van het Agentschap worden toegerekend aan de Staat. Aangezien de Staat als publiekrechtelijk lichaam kwalificeert, is bij het verzorgen van de aanleg en het beheer van de hoofdspoorweginfrastructuur door de Staat naar onze mening sprake van overheidshandelen. Steun voor onze visie vinden wij in diverse Europese jurisprudentie, met name het arrest Commissie tegen Nederland (Hof van Justitie EU, 12 september 2000, C-408/97). In deze zaak was de vraag aan de orde of de exploitatie van tolwegen door een Nederlands overheidslichaam kwalificeerde als overheidshandelen. Het Europese Hof van Justitie bevestigde de Nederlandse praktijk dat sprake was van overheidshandelen omdat de handelingen werden verricht door een publiekrechtelijk lichaam krachtens een specifiek voor dat lichaam geldend juridisch regime. Verstoring van de mededinging was in de betreffende zaak niet gesteld c.q. aangetoond. Ook uit de procedure omtrent de aanleg van de Noord-Zuidlijn, waarin de Hoge Raad op 12 september 2008 arrest heeft gewezen (nr. 39 859), blijkt dat de zorg voor de (lokale) spoorweginfrastructuur een overheidstaak is. In die zaak was evenwel sprake van het gebruik van het spoor voor btw-belaste diensten van personenvervoer door datzelfde overheidslichaam. In casu is daarvan geen sprake.

Voor de gebruiksvergoedingen geldt dat deze worden geheven als publiekrechtelijke (gebruiks-) vergoeding op basis van de Spoorwegwet (artikel 62 en richtlijn 2012/34/EU). Op het moment dat deze vergoeding door het Agentschap als beheerder en onderdeel van het ministerie van I&M en op grond van een wettelijke taak/opdracht in rekening wordt gebracht is sprake van de vergoeding voor een overheidsprestatie.

Bij de uitvoering van de taken in het kader van het aanleggen en beheren van de hoofdspoorweginfrastructuur in de vorm van een Agentschap is naar onze mening samengevat sprake van overheidshandelen. Als gevolg hiervan hoeft geen btw in rekening te worden gebracht over de inkomsten zoals de Agentschap-bijdrage van het Ministerie van I&M en gebruiksvergoedingen aan de vervoerders. Dit levert een jaarlijkse besparing op bij het Ministerie van I&M van circa € 371 miljoen, namelijk de thans niet-aftrekbare btw over de subsidies en gebruiksvergoedingen. Daar staat tegenover dat in beginsel ook geen recht op aftrek bestaat voor de hieraan toerekenbare voorbelasting. Momenteel bedraagt de door Pro Rail jaarlijks in aftrek te brengen voorbelasting toerekenbaar aan (1) het beheren, onderhouden en vernieuwen van stations, sporen en bijbehorende faciliteiten en (2) de aanleg van nieuwe stations, sporen en bijbehorende faciliteiten in totaal circa € 309 mln.

Ondernemershandelen

Voor handelingen die buiten de hiervoor bedoelde (overheids-)taakstelling worden uitgevoerd of die niet volgens een specifiek juridisch overheidsregime worden verricht, is sprake van ondernemershandelen. Dit geldt voor de handelingen waarbij derden zoals gemeenten en provincies bijdragen aan het beheren, onderhouden en aanleggen van infrastructurele werken en daarvan ook de feitelijke beschikkingsmacht/het feitelijke gebruik krijgen, zo blijkt uit het in dit kader door het Ministerie van Financiën ingenomen standpunt in de brieven van 23 mei 2013. In die brieven wordt aangegeven dat van deze feitelijke beschikkingsmacht/het feitelijke gebruik in beginsel alleen sprake zal zijn bij kruisende voorzieningen, zoals bijvoorbeeld het geval kan zijn bij een verkeerstunnel onder een spoorweg.

Wij leiden hieruit af dat deze bijdragen van derden (gemeenten/provincies) m.b.t. de infrastructurele voorzieningen dus in beginsel geen betrekking hebben of kunnen kwalificeren als een bijdrage voor het aanleg van de spoorweginfrastructuur als zodanig. Mocht dit anders zijn, dan vernemen wij dit graag omdat dit effect kan hebben op de door ons ingenomen standpunten. Voor de zogenoemde bijdragen aan 'spoorse werken' wordt thans op basis van de in de brieven van 23 mei 2013 door het Ministerie van Financiën ingenomen standpunten geen btw berekend. Bij een transitie naar een agentschap zal dit ongewijzigd blijven te meer daar de aanleg van 'spoorse werken' dan als overheidstaak zal kwalificeren. De (beperking van de) aftrek van voorbelasting voor overheidsactiviteiten hebben wij hiervoor reeds besproken. Voor ondernemershandelingen dient per geval te worden beoordeeld of sprake is van btw-belaste of btw-vrijgestelde handelingen. Het recht op aftrek van voorbelasting bestaat voor zover de kosten en investeringen zijn toe te rekenen aan de btw-belaste handelingen.

Administratieve lastenverzwaring

Tot slot zal ook sprake zijn van een administratieve lastenverzwaring, aangezien in de administratie onderscheid moet worden gemaakt naar de opbrengsten en kosten tussen handelen als overheid en handelen als ondernemer.

Herziening

Doordat de prestaties van het Agentschap gedeeltelijk gaan kwalificeren als overheidshandelen, bestaat voor de betreffende handelingen zoals gemeld geen recht op aftrek van btw. In dat kader komt de vraag op of de verkrijger (het Agentschap als plaatsvervanger van ProRail) gedurende de herzieningsperiode op grond van herziening nog btw verschuldigd wordt. Zoals uitgewerkt in paragraaf 4.2, kwalificeert de overgang van de bezittingen/activiteiten van ProRail mogelijk als de overgang van een algemeenheid van goederen, waardoor de verkrijger voor de btw in de plaats treedt van ProRail. De verkrijger neemt in dat geval de lopende herzieningsperiodes van ProRail over. Op basis van de wet, jurisprudentie en besluiten van de Staatssecretaris van Financiën (25 november 2011, BLKB 2011/641M, paragraaf 4.3 en 25 januari 2012, BLKB2012/175M, paragraaf 2.4.1) komt herziening evenwel niet aan de orde als activiteiten wijzigen van ondernemersactiviteiten naar overheidsactiviteiten. Herziening kan derhalve uitsluitend aan de orde komen als de activiteiten wijzigen van btw-belaste naar btw-vrijgestelde activiteiten. Daarvan is in dit geval geen sprake.

Fictieve interne levering

Een fictieve interne levering die leidt tot heffing van btw kan aan de orde komen als goederen, waarvoor bij de aanschaf recht op aftrek van btw bestond, kort gezegd worden onttrokken aan het bedrijf in het kader van privégebruik of gebruik voor andere dan bedrijfsdoeleinden. Een dergelijke fictieve levering kan ook aan de orde komen wanneer een ondernemer zijn onderneming beëindigt en daarbij goederen in eigendom houdt. Indien de onderneming onder toepassing van genoemd artikel 37d Wet op de omzetbelasting als algemeenheid van goederen zal overgaan op de Staat/het Agentschap is van een onttrekking voor bedrijfsdoeleinden/bedrijfsbeëindiging geen sprake. Belangrijk bij die discussie is mogelijk ook dat de activiteiten voor een deel als ondernemer worden voortgezet. Uit een besluit van de Staatssecretaris van Financiën (25 november 2011, BLKB 2011/641M, paragraaf 5.2.5) zou kunnen worden afgeleid dat de gedeeltelijke omzetting van de activiteiten van ondernemershandelen naar overheidshandelen leidt tot fictieve levering voor de btw op grond van een onttrekking in het kader van privégebruik/gebruik voor andere dan bedrijfsdoeleinden. Daartegenover staat diverse jurisprudentie (zie onder andere het arrest Gemeente 's-Hertogenbosch, Hof van Justitie EU 10 september 2014, C-92/13, r.o. 25 en het arrest Landkreis Potsdam-Mittelmark Hof van Justitie EU 15 september 2016, C-400/15 met name r.o. 31) waaruit valt af te leiden dat de 'kleurverandering' van economische naar niet-economische/overheidsactiviteiten per definitie niet kan worden gekwalificeerd als een onttrekking in het kader van privégebruik/gebruik voor andere dan bedrijfsdoeleinden. De btw-richtlijn biedt weliswaar de mogelijkheid om bij de bestemming van goederen voor niet-belaste sectoren van de bedrijfsuitoefening een fictieve btw-heffing toe te passen, maar van deze regeling heeft de Nederlandse wetgever geen gebruik gemaakt.

De bandbreedte van deze mogelijke eenmalige herziening/heffing ligt tussen de € 0 (geen herziening/heffing) en € 605 miljoen (volledige herziening/heffing).

4.3.2 ZBO zonder RP

Een ZBO zonder RP kwalificeert juridisch gezien als onderdeel van de Staat. De btw-gevolgen van deze variant zijn daarom hetzelfde als voor een Agentschap. Naar onze mening is bij de uitvoering van de taken aanleg en beheer van de hoofdspoorweginfrastructuur sprake van overheidshandelen, waardoor geen btw in rekening hoeft te worden gebracht over de ZBO-bijdrage vanuit het Ministerie van I&M en gebruiksvergoedingen aan de vervoerders. De bijdragen van gemeentes en provincies die het feitelijke gebruik/de feitelijke beschikkingsmacht over infrastructurele werken krijgen blijven wel belastbaar met btw en ter zake bestaat recht op aftrek van voorbelasting binnen de wettelijke kaders. Een nadere toelichting is opgenomen in paragraaf 4.3.1.

Administratieve lastenverzwaring

Tot slot zal ook sprake zijn van een administratieve lastenverzwaring, aangezien in de administratie onderscheid moet worden gemaakt naar de opbrengsten en kosten tussen handelen als overheid en handelen als ondernemer.

Herziening, fictieve levering

Wij hebben bij de uitwerking van de btw-gevolgen van het Agentschap, de mogelijke herziening en fictieve levering in paragraaf 4.3.1. uitgewerkt en aangegeven dat de bandbreedte van deze mogelijke eenmalige herziening/heffing ligt tussen de € 0 (geen herziening/heffing) en € 605 miljoen (volledige herziening/heffing). Voor de rechtsvorm ZBO zonder RP geldt hetzelfde omdat dit net als het agentschap juridisch onderdeel is van de Staat.

4.3.3 ZBO met rechtspersoonlijkheid

Een ZBO met publiekrechtelijke RP is juridisch gezien geen onderdeel van de Staat, maar een zelfstandig publiekrechtelijk lichaam. Uit de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen volgt dat een ZBO met openbaar gezag wordt bekleed. Op basis daarvan kwalificeert een ZBO met RP als publiekrechtelijk lichaam in de zin van de btw.

Vraag is of een ZBO met RP haar taken ook in de hoedanigheid van overheid verricht. Op basis van de Spoorwegwet is de taak van het aanleggen en beheren van de hoofdspoorweginfrastructuur opgedragen aan de Minister c.q. de Staat. De taak is derhalve op dit moment wettelijk gezien niet opgedragen aan de ZBO met RP. Op het moment dat de ZBO met RP middels een Instellingswet de concessie/bevoegdheden hiertoe krijgt en of mogelijk zelfs de Spoorwegwet in dit kader zal wijzigen, rijst de vraag of dat ertoe leidt dat sprake is van een handelen als overheid voor de btw.

Relevant in dit kader is dat op basis van Europese jurisprudentie (Saudaçor, Hof van Justitie EU 29 oktober 2015, C-174/14) de gedachte op zou kunnen komen dat een ZBO met RP met de concessie voor het aanleggen en beheren van de hoofdspoorweginfrastructuur op basis van de huidige tekst van de Spoorwegwet (toch) handelt als overheid. Die gedachte is met name ingegeven door de organieke band tussen het Ministerie c.q. de Staat en de ZBO. In de huidige gegeven

omstandigheden is naar onze mening voornamelijk echter geen sprake van handelen als overheid door de ZBO, aangezien de taak voor het aanleggen en beheren van de hoofdspoorweginfrastructuur in de Spoorwegwet thans specifiek is toegewezen aan de Minister van I&M c.q. de Staat. De ZBO is op basis van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen niet hiërarchisch ondergeschikt aan de Minister.

In voorgaand kader is het op dit moment - gezien de bestuursrechtelijke en politieke besluitvormingen die nog moeten plaatsvinden en waarbij het onduidelijk is welke (juridische) status/taken en bevoegdheden de ZBO met RP zal krijgen - voor ons niet mogelijk een oordeel te geven over de btw-status van de ZBO met RP. Wel kunnen wij de twee mogelijke varianten hierin benoemen. Het ZBO met RP zal ofwel (1) de taken richting het Ministerie I&M *niet* als ondernemer uitvoeren c.q. als eigen overheidstaak worden beschouwd of (2) de taken richting het Ministerie I&M *wel* als ondernemer voor (in dat geval die derde) uitvoeren. In situatie 1 geldt voor de btw mutatis mutandis hetgeen wij hiervoor hebben vermeld bij de varianten Agentschap en ZBO zonder RP. In situatie 2 geldt dat in feite geen wijzigingen optreden ten opzichte van de huidige situatie van ProRail, waarbij uiteraard geldt dat rekening moet worden gehouden met bestaande afspraken van ProRail met het Ministerie van Financiën en de Belastingdienst en de vraag of die (één op één) kunnen worden overgenomen door het ZBO met RP. Ook merken wij op dat herziening in deze situatie 2 minder snel aan de orde zal zijn in verband met de continuering van het btw-ondernemerschap.

Administratieve lastenverzwaring

Afhankelijk van de uitkomst omtrent de vraag of de taken richting het Ministerie I&M als btw-belaste ondernemerstaken voor derden worden beschouwd.

4.4 AANBEVELINGEN

4.4.1 Nader onderzoek status ZBO met RP voor de btw

Onderzoek de juridische bevoegdheden die de ZBO met RP zal krijgen op grond van onder meer de Instellingswet en de gevolgen hiervan voor de btw teneinde nader te kunnen beoordelen of de taken richting het Ministerie van I&M als btw-ondernemer worden uitgevoerd dan wel als eigen overheidstaak dienen te worden beschouwd. Wij adviseren dit punt met het Ministerie van Financiën en/of de Belastingdienst af te stemmen, waarbij ook rekening moet worden gehouden met bestaande afspraken van ProRail met het Ministerie van Financiën en de Belastingdienst.

4.4.2 Nader beoordelen herzienings-btw en afstemming Belastingdienst

Onderzoek de btw-herziening/fictieve interne levering in brede zin - de hoogte maar ook de vaktechnische discussie hieromtrent - nauwkeuriger en treedt in overleg hierover met de Belastingdienst.

5 OVERDRACHTSBELASTING

5.1 HUIDIGE SITUATIE

Waar mogelijk beroept ProRail zich bij de verkrijging van onroerende zaken op vrijstelling van overdrachtsbelasting. Volgens opgave van ProRail kan bij de verkrijging van onroerende zaken geen beroep worden gedaan op de vrijstelling voor overheidslichamen zoals omschreven in artikel 15, lid 1, onderdeel c van de Wet op belastingen van rechtsverkeer. Aangezien ProRail momenteel een privaatrechtelijk lichaam is kunnen wij deze conclusie volgen.

Uitgangspunt is dat de aankoop van onroerende zaken bij RIT plaatsvindt en dat de juridische eigendom daar achterblijft. Vervolgens wordt de economische eigendom 'uitgezaakt' naar ProRail waarbij een beroep wordt gedaan op vrijstelling van overdrachtsbelasting op grond van artikel 15, lid 1, onderdeel a van de Wet op belastingen van rechtsverkeer (samenloop met een btw-levering) dan wel artikel 13 Wet op belastingen van rechtsverkeer (opeenvolgende verkrijging binnen zes maanden). In een aantal gevallen hebben RIT en ProRail (ook) gebruik gemaakt van de vrijstelling van overdrachtsbelasting in het kader van interne reorganisatie (artikel 15, lid 1, onderdeel h van de Wet op belastingen van rechtsverkeer in verbinding met artikel 5b van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer). In die laatstgenoemde gevallen en waarbij die transacties de afgelopen drie jaren hebben plaatsgevonden gelden mogelijk nog aanhoudings- en/of voortzettingsvereisten zoals omschreven in artikel 5b van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer die kunnen leiden tot terugname van de eerder genoten vrijstelling overdrachtsbelasting. Wij hebben geen gegevens ontvangen op basis waarvan wij kunnen vaststellen om hoeveel verkrijgingen het gaat en wat het belang is.

Voorts hebben wij van ProRail begrepen dat het voorkomt dat ProRail betreffende onroerende zaken economisch al wil gaan gebruiken en in dat kader de juridische eigendom al verkrijgt. In die gevallen waarin de volgorde is omgekeerd is het nodig om - bij het overdragen van de juridische eigendom van de onroerende zaken aan RIT waarbij het economische eigendom achterblijft bij ProRail - een beroep te doen op de bovengenoemde interne organisatievrijstelling. In die situatie waarbij de onroerende zaken 'naar boven' worden overgedragen met een beroep op de vrijstelling voor interne reorganisatie, gelden geen aanhoudings- en/of voortzettingsvereisten zoals omschreven in artikel 5b van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer.

5.2 GEVOLGEN TRANSITIE

Indien onroerende zaken worden verkregen door de Staat of een ZBO met RP, kan naar onze mening in beginsel een beroep worden gedaan op de vrijstelling voor overheidslichamen van artikel 15, lid 1, onderdeel c van de Wet op belastingen van rechtsverkeer. Zoals uitgewerkt in paragraaf 4.1.4, kan geen beroep op vrijstelling van overdrachtsbelasting worden gedaan indien de levering van de onroerende zaken is belast met btw en de verkrijger de zaken vanuit btw-oogpunt gedeeltelijk gaat

gebruiken voor handelingen als overheid. Dit wordt ook wel de 'strafheffing' van overdrachtsbelasting genoemd. De strafheffing komt naar de letter van de wet in dit geval niet aan de orde, aangezien naar onze mening de overgang van het vastgoed op grond van het niet-leveringsbeginsel niet is belast met btw. Daarnaast zal bij de overgang door de Staat of de ZBO met RP geen vergoeding worden betaald, waardoor geen sprake kan zijn van een btw-belaste levering. De Belastingdienst zou zich op het standpunt kunnen stellen dat naar de bedoeling van de wet wel overdrachtsbelasting verschuldigd is, omdat de levering van de betreffende onroerende zaken in 'normale marktomstandigheden' wel is belast met btw. Om discussies te voorkomen is het raadzaam om dit aspect met de Belastingdienst af te stemmen.

Indien de verkrijging van de onroerende zaken plaatsvindt op basis van artikel 125 van de Spoorwegwet, is de Staat per definitie geen overdrachtsbelasting verschuldigd.

Indien eerst een juridische fusie tussen RIT en ProRail plaatsvindt waarbij alle onroerende zaken onder algemene titel overgaan op RIT, kan een beroep worden gedaan op vrijstelling van overdrachtsbelasting op grond van interne reorganisatie (artikel 15, lid 1, onderdeel h van de Wet op belastingen van rechtsverkeer in samenhang met artikel 5b van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer). In dat geval ontstaan geen aanhoudings- c.q. voortzettingsvereisten.

5.3 SITUATIE NA TRANSITIE

Agentschap / hybride variant

De Staat kan bij de verkrijging van onroerende zaken een beroep doen op de vrijstelling voor overheidslichamen zoals omschreven in artikel 15, lid 1, onderdeel c van de Wet op belastingen van rechtsverkeer. Omdat voor de btw in deze variant mogelijk gedeeltelijk geen recht op aftrek van voorbelasting bestaat, dient de bepaling uit artikel 15, lid 4 van de Wet op belastingen van rechtsverkeer in acht te worden genomen. De vrijstelling zou dan mogelijk komen te vervallen als onroerende zaken worden verkregen in het kader van een levering die belast is met btw (zoals de levering van een bouwterrein) waarbij de koopsom/tegenprestatie lager is dan de kostprijs c.q. waarde in het economische verkeer van de onroerende zaak.

ZBO zonder RP

De gevolgen zijn gelijk aan de gevolgen van een Agentschap. In beginsel bestaat aanspraak op een vrijstelling van overdrachtsbelasting. Omdat voor de btw in deze variant mogelijk gedeeltelijk geen recht op aftrek van voorbelasting bestaat, dient de bepaling uit artikel 15, lid 4 van de Wet op belastingen van rechtsverkeer in acht te worden genomen. De vrijstelling zou dan mogelijk komen te vervallen als onroerende zaken worden verkregen in het kader van een levering die belast is met btw (zoals de levering van een bouwterrein) waarbij de koopsom/tegenprestatie lager is dan de kostprijs c.q. waarde in het economische verkeer van de onroerende zaak.

ZBO met RP

Een ZBO met RP is een openbaar lichaam dat is ingesteld op basis van artikel 134 van de Grondwet. Dit is de basis voor het ZBO met RP om bij de verkrijging van onroerende zaken de vrijstelling voor overheidslichamen van artikel 15, lid 1, onderdeel c van de Wet op belastingen van rechtsverkeer toe te kunnen passen. Indien in deze variant gedeeltelijk geen recht op aftrek van voorbelasting bestaat omdat gedeeltelijk sprake is van overheidshandelen, komt de vrijstelling op grond van artikel 15, lid 4 van de Wet op belastingen van rechtsverkeer te vervallen indien onroerende zaken worden verkregen in het kader van een levering die belast is met btw (zoals de levering van een bouwterrein) waarbij de koopsom/tegenprestatie lager is dan de kostprijs c.q. waarde in het economische verkeer van de onroerende zaak.

5.4 AANBEVELINGEN

5.4.1 Nader onderzoek in de afgelopen drie jaren toegepaste vrijstellingen voor interne reorganisatie

Onderzoek de omvang en het financiële belang van de in de afgelopen drie jaren (economisch) overgedragen onroerende zaken vanuit RIT aan ProRail waarbij (primair) een beroep is gedaan op de interne reorganisatievrijstelling. Beoordeel in hoeverre ter zake nog sprake is van lopende aanhoudings- en/of voortzettingsvereisten zoals omschreven in artikel 5b van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer die kunnen leiden tot terugname van de eerder genoten vrijstelling overdrachtsbelasting.

6 DIVIDENDBELASTING

6.1 HUIDIGE SITUATIE

Doordat ProRail onderdeel uitmaakt van de fiscale eenheid Vpb van RIT hoeft over dividenduitkeringen vanuit ProRail naar RIT geen dividendbelasting te worden ingehouden (inhoudingsvrijstelling). Dividenduitkeringen vanuit RIT naar het Ministerie van I&M zijn wel belast met dividendbelasting. Het Ministerie van I&M kan hiervoor echter een teruggaafverzoek indienen bij de Belastingdienst, waardoor per saldo geen dividendbelasting is verschuldigd. Nadeel betreft de rente in verband met voorfinanciering. In het wetsvoorstel overige fiscale maatregelen 2017, dat onderdeel uitmaakt van het Belastingpakket 2017 is voorgesteld om overheden in deze situaties onder voorwaarden de mogelijkheid te geven om de teruggaafprocedure te vervangen door een inhoudingsvrijstelling. Deze maatregel zal naar verwachting in de loop van 2018 in werking treden.

6.2 GEVOLGEN TRANSITIE

Mocht ten gevolge van de te volgen route dividendbelasting dienen te worden ingehouden, dan gelden dezelfde opmerkingen als hiervoor in 6.1 opgenomen: per saldo geen heffing, mogelijk rentenadeel en administratieve lasten.

6.3 SITUATIE NA TRANSITIE

Het is juridisch niet mogelijk voor een Agentschap, ZBO zonder rechtspersoonlijkheid, hybride variant of ZBO met rechtspersoonlijkheid om dividend uit te keren aangezien geen sprake is van een lichaam met een in aandelen verdeeld kapitaal. Derhalve is de heffing van dividendbelasting niet aan de orde.

7 VOORKEURSRROUTE

Bij de uitvoering van onze werkzaamheden hebben wij diverse routes onderzocht op basis waarvan de transitie kan worden vormgegeven. De vanuit fiscale optiek meest optimale route voor de transitie van ProRail naar een publiekrechtelijke rechtsvorm lijkt op basis van ons onderzoek:

1. Juridische fusie van ProRail in Railinfratrust B.V. (hierna: RIT), waarbij alle vermogensbestanddelen van ProRail onder algemene titel worden verkregen door RIT.
2. Ontbinding van RIT bij koninklijk besluit met toepassing artikel 125 Spoorwegwet waarbij alle vermogensbestanddelen van RIT om niet onder algemene titel worden verkregen door de Staat.
3. Inbreng (juridisch en/of administratief, afhankelijk van het eindscenario) van alle vermogensbestanddelen van voormalig ProRail/RIT door de Staat in een Agentschap, ZBO met rechtspersoonlijkheid, ZBO zonder rechtspersoonlijkheid of hybride variant.

In verband met de geschetste optimale route adviseren wij om het geplande besluit om RIT te ontbinden per 1 januari 2017 vooralsnog op te schorten.

Om tot de voorkeursroute te komen zijn de volgende overwegingen gemaakt:

- 1. Juridische fusie van ProRail in RIT, waarbij alle activa en passiva van ProRail onder algemene titel worden verkregen door RIT*

Wat directe fiscale gevolgen betreft is het niet relevant of de activiteiten van ProRail onder algemene titel overgaan (bijv. juridische fusie) naar RIT, of onder bijzondere titel (activa/passiva transactie). Gezien de complexiteit van de organisatie van ProRail veronderstellen wij dat een juridische fusie vanuit een juridisch perspectief de voorkeur heeft. Wij adviseren om dit in het juridische onderzoek mee te nemen.

- 2. Ontbinding van RIT bij koninklijk besluit met toepassing artikel 125 Spoorwegwet waarbij alle activa en passiva van RIT om niet onder algemene titel worden verkregen door de Staat.*

Toepassing van artikel 125 Spoorwegwet resulteert er in dat heffing van overdrachtsbelasting en btw bij de overgang van de vermogensbestanddelen zonder meer achterwege blijft. Wij adviseren deze route omdat dit naar verwachting tot de minste discussie met de Belastingdienst zal leiden. Alternatieve routes leiden mogelijk ook niet tot heffing van overdrachtsbelasting en/of btw, maar leveren potentieel meer discussie met de Belastingdienst op. Wij merken op dat wij alleen een beoordeling hebben gedaan vanuit fiscale optiek. Het splitsen van het economische en juridisch eigendom bij de totstandkoming van de structuur had niet alleen een fiscale component, maar ook een politiek-beleidsmatige component. Deze politiek-beleidsmatige component is niet meegewogen bij de fiscale afweging voor deze oplossingsrichting. Daarnaast merken wij op dat de bestuursrechtelijke dimensie van het gebruik van het Koninklijk Besluit op grond van artikel 125

Spoorwegwet geen onderdeel is van ons onderzoek. Wij adviseren om in het juridische onderzoek aandacht te besteden aan de overgang onder algemene titel, de politiek-beleidsmatige component en de bestuursrechtelijke dimensie.

3. *Inbreng (juridisch en/of administratief, afhankelijk van het eindscenario) van alle vermogensbestanddelen van voormalig ProRail/RIT door de Staat in een Agentschap, ZBO met rechtspersoonlijkheid, ZBO zonder rechtspersoonlijkheid of hybride variant.*

De inbreng van alle vermogensbestanddelen in de nieuwe publiekrechtelijke rechtsvorm levert geen belastingheffing op, ongeacht of deze inbreng onder bijzondere titel of algemene titel (voor zover juridisch mogelijk, dit hebben wij niet beoordeeld) geschiedt.

Wij adviseren om deze voorkeursroute nader uit te werken met inachtneming van de uitkomsten van de overige onderzoeken inzake de transitie.

BDO Accountants & Adviseurs verleent vanuit 29 vestigingen in heel Nederland en met ruim 2.150 professionals diensten op het gebied van accountancy, belastingadvies en consultancy.

BDO adviseert ondernemingen in tal van branches en is sterk in de advisering aan het Nederlandse middenbedrijf, (semi-) overheidsinstellingen en familiebedrijven. Of het nu gaat om een controle van uw jaarrekening, de begeleiding van een ingewikkelde overname of een fiscaal advies op maat.

In alle gevallen heeft u te maken met professionals. Zowel lokaal, regionaal, landelijk als internationaal. BDO maakt deel uit van het internationale BDO-netwerk (actief in 144 landen, meer dan 56.000 medewerkers wereldwijd) dat bestaat uit zelfstandige en onafhankelijke organisaties, die over de hele wereld onder de merknaam BDO actief zijn op het gebied van de zakelijke dienstverlening. Dat maakt ons in alle opzichten bijzonder betrokken. Kijk voor meer informatie op www.bdo.nl

All rights reserved 2015