



Een concernfinancieringsregime voor de omzetbelasting

Maandblad Belasting Beschouwingen 2014/12

Belastingjaar/tijdvak	
Trefwoorden	concernfinancieringsdiensten, concernfinancieringsregime, optie voor belastingheffing van financiële diensten
Wetsartikelen	Wet OB 1968-art. 15.2 Wet OB 1968-art. 11.1i Wet OB 1968-art. 11.1j
Auteur	Drs. W.J. Blokland

In dit peer-reviewed artikel onderzoekt de auteur de invoering van een concernfinancieringsregime voor de omzetbelasting in de vorm van een optie voor belastingheffing die beperkt is tot binnen concerns verleende financiële diensten. Bezien wordt of en in hoeverre een dergelijk regime belastingcumulatie kan tegengaan, die thans onder meer bij concernfinancieringsmaatschappijen optreedt, hoe een wettelijke regeling er idealiter uit zou kunnen zien en of het Nederland op grond van het Unierecht is toegestaan om een optie voor belastingheffing in te voeren die tot concernsituaties is beperkt. Bijzondere aandacht is besteed aan de uitwerking van een optie voor belastingheffing in grensoverschrijdende situaties, het voorkomen van misbruik, de fiscale neutraliteit en het verbod op staatssteun.

1 Inleiding

1.1. Algemeen

Binnen concerns is een centraal aangestuurde financiering een veelvoorkomend verschijnsel. Hetzelfde geldt voor centraal gecoördineerde contacten met (externe) aanbieders van financiële diensten. Dit is niet verwonderlijk vanwege de bedrijfseconomische voordelen die dat kan opleveren.[1] Het verschijnsel dat concernfinanciering genoemd kan worden, kent zoals vele verschijnselen in het economische verkeer ook fiscale invalshoeken. In de context van de directe belastingen valt te denken aan de behandeling van (groeps)rente en het 'at arm's length' verdelen van de voordelen van cashpooling. Voor de omzetbelasting zijn vrijgestelde financiële diensten, zoals kredietverlening en garantstellingen tussen juridisch zelfstandige concernonderdelen, het belangrijkste thema. Deze diensten kunnen repercussies hebben voor het recht op aftrek van voorbelasting van de betrokken concernonderdelen en daardoor – op concernniveau bezien – cumulatie van belasting veroorzaken (zie nader par. 2.3).

In sommige gevallen kan de fiscale eenheid van art. 7, lid 4, Wet OB 1968 het optreden van dit (negatieve) gevolg voorkomen. Een belangrijke beperking van de fiscale eenheid is echter dat zij alleen toegankelijk is voor natuurlijke personen en lichamen die in Nederland zijn gevestigd of in Nederland een vaste inrichting hebben. Het opheffen van deze beperking is wellicht wenselijk, maar vereist een aanpassing van de Europese Btw-richtlijn, die vermoedelijk niet op afzienbare termijn haalbaar is.[2] In deze bijdrage onderzoek ik daarom de haalbaarheid van een alternatieve oplossing voor cumulatie van belasting als gevolg van 'concernfinancieringsdiensten'. Het betreft een specifiek hierop gerichte optie voor belastingheffing. Dit zou ertoe moeten leiden dat een concernonderdeel dat financiële diensten verleent de keuze heeft om deze normaliter vrijgestelde diensten als belast te behandelen, zodat zijn recht op aftrek van voorbelasting niet wordt beperkt. Aantrekkelijk is dat art. 137 Btw-richtlijn lidstaten in beginsel al de mogelijkheid biedt om een optie voor belastingheffing van financiële diensten in te voeren en om daaraan beperkingen te stellen, bijvoorbeeld ter voorkoming van misbruik.

1.2 Onderzoeksvragen, opbouw en methode

Deze bijdrage bevat een uitwerking van drie onderzoeksvragen. De eerste is in hoeverre een optie voor belastingheffing van financiële diensten in concernsituaties (concernfinancieringsdiensten) belastingcumulatie kan tegengaan. Bijzondere aandacht gaat hierbij uit naar de mogelijkheid om voor belastingheffing te opteren in grensoverschrijdende situaties. De tweede vraag is hoe een optie voor belastingheffing voor concernfinancieringsdiensten er idealiter uit zou moeten zien. In de vormgeving van de optie voor belastingheffing zijn effectiviteit, waaronder ook het voorkomen van oneigenlijk gebruik, en eenvoud de relevante criteria. De derde vraag is of een tot concernfinancieringsdiensten beperkte optie voor belastingheffing Unierechtelijk is toegestaan. Mogelijke beletselen in dat verband zijn het neutraliteitsbeginsel en het verbod op staatssteun.

Met concernfinancieringsdiensten worden in deze bijdrage diensten bedoeld die onderdelen van een concern aan elkaar verlenen en die op grond van art. 11, lid 1, onderdeel i of j, Wet OB 1968 zijn vrijgesteld. Onder een concern worden twee of meer (fiscaal)juridisch zelfstandige entiteiten verstaan die een economische eenheid vormen.[3]

Alvorens aan de bespreking van de onderzoeksvragen toe te komen, volgt hierna in paragraaf 2 een nadere beschrijving van hoe onder de huidige wetgeving belastingcumulatie kan ontstaan als gevolg van concernfinancieringsdiensten. In de paragrafen 3, 4 en 5 worden vervolgens de hiervoor geformuleerde onderzoeksvragen besproken, waarbij paragraaf 5 relatief uitgebreid is vanwege de complexiteit van de aldaar besproken vraag. De bijdrage sluit af met een conclusie. In dit onderzoek zijn de geldende wetgeving (in het bijzonder de EU-verdragen, de Btw-richtlijn en de Wet OB 1968), jurisprudentie daarover en internationale en Nederlandse literatuur betrokken.

2 Heffing en aftrek van omzetbelasting van concernfinancieringsdiensten

2.1. Financiële diensten en aftrek van voorbelasting in het algemeen

Een ondernemer heeft op grond van het bepaalde in art. 15, lid 1, Wet OB 1968 recht op aftrek van voorbelasting indien en voor zover hij kosten maakt voor goederen en diensten die hij gebruikt voor belaste handelingen. Vrijgestelde prestaties geven geen recht op aftrek

van voorbelasting. Aan de inkoopzijde ontstaat daardoor een last bij de verrichter van vrijgestelde prestaties die zich vertaalt in een hogere kostprijs van de uitgaande prestaties. Deze last is in beginsel ook aan de orde bij de verlener van vrijgestelde financiële diensten (genoemd in art. 11, lid 1, onderdeel i en j, Wet OB 1968).

De meest in het oog springende en voor deze bijdrage van belang zijnde voorbeelden van financiële diensten zijn kredietverlening, garantstellingen, handelingen inzake effecten en bemiddeling bij dergelijke diensten. Van belang is dat het louter verkrijgen en houden van aandelen geen dienst is (althans, geen dienst tegen vergoeding) en daarom ook geen financiële dienst waarvoor de vrijstelling van belang is.[4] Voor de toepassing van de Wet OB 1968 bestaat zodoende een onderscheid tussen het louter verkrijgen en houden van aandelen en (bijvoorbeeld) het verstrekken van een rentedragende onderhandse lening.[5] Een persoon of entiteit die een rentedragende onderhandse lening verstrekt, is bovendien al snel ondernemer vanwege het exploiteren van een vermogensbestanddeel om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.[6] Een persoon of entiteit die enkel aandelen (of obligaties[7]) houdt, streeft daarentegen niet naar het verkrijgen van opbrengst uit prestaties tegen vergoeding en is daarom geen ondernemer.[8]

Art. 15, lid 2, onderdeel c, Wet OB 1968 bevat een uitzondering op de regel dat voor vrijgestelde financiële diensten geen recht op aftrek van voorbelasting bestaat. Als gevolg van deze bepaling bestaat namelijk wel recht op aftrek van voorbelasting voor vrijgestelde financiële diensten verricht aan afnemers die buiten de Europese Unie zijn gevestigd of die rechtstreeks samenhangen met goederen die zijn bestemd voor uitvoer.[9] Daarnaast kunnen financiële diensten bijkomstige handelingen zijn in de zin van art. 174, lid 2, Btw-richtlijn. In dat geval tellen de ontvangen vergoedingen niet mee in de berekening van het pro rata voor het recht op aftrek van voorbelasting op algemene kosten en wordt daarom de mate van aftrekrecht niet negatief (of positief[10]) beïnvloed.[11] Hoewel art. 174, lid 2, Btw-richtlijn op dit punt niet geïmplementeerd is in de Wet OB 1968, is deze bepaling zodanig onvoorwaardelijk en nauwkeurig, dat belastingplichtigen directe werking van de richtlijn kunnen invoeren.[12] Een uitgebreide bespreking van wanneer prestaties bijkomstig zijn, valt buiten het bereik van deze bijdrage.[13] Ik volsta met de opmerking dat het van de omstandigheden afhangt of financiële diensten in concernsituaties bijkomstig zijn. Dit lijkt bijvoorbeeld niet het geval bij houdster- en concernfinancieringsentiteiten waarvan de activiteiten uitsluitend of in overwegende mate bestaan uit het verlenen van financiële diensten.

In geval van bijkomstigheid geen sprake is, kunnen de ontvangen vergoedingen voor financiële diensten het pro rata wel beïnvloeden. Er kan dan nog wel volledig recht op aftrek van voorbelasting voor algemene kosten bestaan, maar dan moeten de ontvangen vergoedingen voor vrijgestelde financiële diensten en andere vrijgestelde prestaties die niet bijkomstig zijn, minder dan een procent van de totale omzet belopen.[14]

2.2 Omzetbelastinggevolgen van financiële diensten binnen concerns

De omzetbelastinggevolgen van binnen een concern verleende financiële diensten zijn in principe hetzelfde als hiervoor beschreven, tenzij sprake is van een fiscale eenheid. Hoewel de fiscale eenheid verder buiten het bestek van deze bijdrage valt, verdient opmerking dat 'interne' financiële diensten in een fiscale eenheid geheel genegeerd worden en daarom het recht op aftrek van voorbelasting niet beïnvloeden. De fiscale eenheid kent echter een strikte territoriale beperking en is daarom slechts in een beperkt aantal gevallen toepasbaar.[15] De fiscale eenheid is er samen met art. 15, lid 2, onderdeel c, Wet OB 1968 niettemin wel debet aan dat opmerkelijke verschillen in belastingheffing kunnen ontstaan als een in Nederland gevestigd concernonderdeel binnen concern financiële diensten gaat verlenen.

Stel: een in Nederland gevestigde concernfinancieringsmaatschappij heeft als enige activiteit het aan andere onderdelen van het concern verlenen van financiële diensten die (in Nederland) vrijgesteld zijn. Voor de heffing van omzetbelasting zijn dan drie scenario's denkbaar. De eerste is dat de afnemende concernentiteit in de EU is gevestigd. In dat geval bestaat geen recht op aftrek van voorbelasting bij de presterende concernentiteit. Het tweede scenario is dat de afnemende concernentiteit met de concernfinancieringsmaatschappij een fiscale eenheid vormt. Dat kan alleen als de afnemende concernentiteit een vestiging in Nederland heeft. In dat geval beïnvloeden de aan deze concernentiteit verleende financiële diensten het recht op aftrek van voorbelasting niet. Het laatste scenario is dat de afnemende concernentiteit buiten de Europese Unie is gevestigd. In dat geval heeft de concernfinancieringsmaatschappij door de werking van art. 15, lid 2, onderdeel c, Wet OB 1968 wel recht op aftrek van voorbelasting.

Opmerkelijk is dat het verlenen van vrijgestelde financiële diensten aan concernonderdelen in andere EU-lidstaten in principe nadelig is voor het recht op aftrek van voorbelasting, terwijl het aftrekrecht juist kan toenemen als ontvangende concernonderdelen buiten de EU zijn gevestigd. In zuiver binnenlandse situaties kan de fiscale eenheid de nadelige gevolgen van financiële dienstverlening op het recht van aftrek wegnemen. De per definitie ongunstiger behandeling van de grensoverschrijdende situatie in de EU volgt weliswaar uit keuzes die in de Btw-richtlijn zijn gemaakt, maar lijkt op gespannen voet te staan met de doelstelling van de gemeenschappelijke interne markt.

2.3 Belastingcumulatie en rechtvaardiging van een oplossing alleen voor concerns

Cumulatie van omzetbelasting ontstaat als niet-aftrekbare voorbelasting direct of indirect onderdeel is van de kostprijs van belaste prestaties. Dan ontstaat heffing van omzetbelasting over omzetbelasting. Niet-aftrekbare voorbelasting is direct onderdeel van de kostprijs van belaste prestaties als de ondernemer die de belaste prestaties verricht zelf geen volledig recht op aftrek heeft. Van een indirect effect is sprake als een belast presterende ondernemer gebruikmaakt van vrijgestelde prestaties die hij van derden heeft ingekocht en in de (kost)prijs waarvan niet-aftrekbare voorbelasting is begrepen. Zowel de directe als indirecte cumulatie moet voor onwenselijk gehouden worden. Uit art. 1, lid 2, Btw-richtlijn volgt immers dat de bedoeling is dat de omzetbelasting die drukt op het verbruik van goederen en diensten door eindverbruikers strikt evenredig is aan de door die eindverbruikers betaalde prijs. Dit doel wordt alleen bereikt indien in de gehele productie- en distributieketen volledig recht op aftrek van voorbelasting bestaat.

Cumulatie van omzetbelasting als gevolg van het verrichten van vrijgestelde financiële diensten is geen probleem dat zich alleen in concernsituaties voordoet. Het kan in het algemeen ontstaan als belast presterende ondernemers vrijgestelde financiële diensten afnemen, bijvoorbeeld van banken. De omstandigheid dat een concern een economische eenheid is, stelt het probleem alleen wel in een ander daglicht. Daarbij spelen drie factoren in het bijzonder een rol.

Op de eerste plaats is het uitgangspunt dat de omzetbelasting als algemene verbruiksbelasting niet van invloed behoort te zijn op de wijze waarop ondernemingen zich organiseren. De mate van verbruik, waarbij de belasting beoogt aan te sluiten, hangt immers uiteindelijk niet af van de wijze waarop ondernemingen in de productie- en distributieketen georganiseerd zijn. Het wegnemen van de prikkel om ondernemingen te concentreren lijkt een belangrijke reden te zijn geweest om in Europa het btw-stelsel te verkiezen boven cumulatieve omzetbelastingssystemen, zoals onder meer Nederland voor 1969 had.[16] Het opsplitsen van een onderneming in verschillende juridische zelfstandige werkmaatschappijen behoort voor de heffing van omzetbelasting daarom idealiter geen gevolgen te hebben. Een onderneming die fietsen produceert en verkoopt, behoort te allen tijde volledig recht op aftrek van voorbelasting te hebben. [17]

Ten tweede wordt bij een centraal aangestuurde financiering en centraal gecoördineerde contacten met externe aanbieders van financiële diensten een meervoudige niet-afrekbaarheid van voorbelasting waarschijnlijker. Te denken valt aan de situatie waarin één concernvennootschap krediet aantrekt bij de bank en vervolgens op haar beurt de ingeleende gelden weer uitleent aan de overige concernonderdelen. Zowel bij de bank als de eerste concernvennootschap zal dan in beginsel niet-afrekbare voorbelasting ontstaan. Men zou kunnen betogen dat deze dubbele last het gevolg is van door belastingplichtigen gemaakte keuzes, maar echt overtuigend is dat niet als met de belasting beoogd is het economisch handelen zo min mogelijk te beïnvloeden.

Ten slotte zal de cumulatie zich bij uitstek voordoen binnen concerns, omdat daar in de regel belast presterende ondernemers de afnemers zijn van de vrijgestelde financiële diensten. Tegen deze achtergrond is naar mijn mening een specifieke, op concernsituaties gerichte regeling gerechtvaardigd om cumulatie van omzetbelasting aldaar te voorkomen.

3 Optie voor belastingheffing

3.1. Aftrek van voorbelasting door heffing

Het principe van een optie voor belastingheffing is op zich niet ingewikkeld. Voor diverse handelingen in de sfeer van het onroerend goed bestaat het al jaren in de Wet OB 1968.[18] Art. 137 Btw-richtlijn staat lidstaten ook toe om een dergelijke optie voor vrijgestelde financiële diensten te implementeren, hetgeen verscheidene lidstaten op verschillende manieren hebben gedaan.[19] Het opteren voor belastingheffing bewerkstelligt dat de presterende ondernemer in zoverre recht op aftrek van voorbelasting verkrijgt. Dat geldt in elk geval voor de rechtstreeks aan de financiële dienst toerekenbare kosten. Ook telt de ontvangen vergoeding in principe mee als omzet waarvoor recht op aftrek van voorbelasting bestaat in het pro rata.

Het opteren voor belastingheffing voor financiële diensten, die anders vrijgesteld zijn, verplicht de verlener van de financiële dienst aan de andere kant om omzetbelasting in rekening te brengen aan zijn afnemer. Althans, dit geldt als de plaats van dienst in Nederland is gelegen. Dit zal het geval zijn bij afnemers die vanuit een Nederlandse vestiging (zetel of vaste inrichting) diensten afnemen (zie art. 6, lid 1, jo. art. 7, lid 7, Wet OB 1968). De maatstaf van heffing lijkt op basis van de huidige jurisprudentie de bruto ontvangen rente, te belasten tegen het algemene tarief van thans 21 procent.[20] Aangenomen moet worden dat het uitoefenen van een optie voor belastingheffing alleen gunstig is indien het afnemende concernonderdeel volledig of ten minste een zeer substantieel recht op aftrek van voorbelasting heeft. Anders zal niet-afrekbare voorbelasting bij hem al snel een kostenpost veroorzaken die niet opweegt tegen de aftrek van voorbelasting bij de presterende concernentiteit. Ten slotte kan opteren (en aftrekrecht) uiteraard niet aan de orde zijn bij verstrekking van financiering via aandelen of obligaties, omdat de aandeel- en obligatiehouder geen diensten tegen vergoeding verleent (zie par. 2.1 hiervoor).

3.2 Opteren in grensoverschrijdende situaties

In grensoverschrijdende situaties zullen concernfinancieringsdiensten op grond van art. 6, lid 1, Wet OB 1968 bijna altijd in het buitenland geacht moet worden plaats te vinden (waar de afnemer is gevestigd). Opteren voor belastingheffing kan dan niet leiden tot verschuldigheid van Nederlandse omzetbelasting. Of het buitenland ook de mogelijkheid kent om voor belastingheffing te opteren, hangt af van de daar geldende wetgeving. De vraag rijst hoe dan ook of een Nederlandse optie voor belastingheffing nog wel effect kan sorteren voor het recht op aftrek van voorbelasting als in Nederland en wellicht ook in het buitenland geen heffing plaatsvindt. Naar mijn mening is dat het geval.

De regel van art. 15, lid 2, onderdeel a, Wet OB 1968 is dat een ondernemer mede recht op aftrek van voorbelasting heeft voor zover hij kosten maakt voor prestaties buiten Nederland die recht op aftrek zouden hebben gegeven als zij in Nederland waren verricht.[21] Over de toepassing van deze regel bij vrijgestelde prestaties met onroerend goed in het buitenland waarvoor in Nederland een optie voor belastingheffing bestaat, heeft de staatssecretaris van Financiën beleid geformuleerd. Daaruit volgt dat recht op aftrek van voorbelasting bestaat als aannemelijk is dat voor belastingheffing zou zijn gekozen als de prestatie in Nederland had plaatsgevonden en dat, indien mogelijk, in het buitenland geopteerd wordt voor belastingheffing.[22] In de lijn van de opvatting van de staatssecretaris heeft Swinkels in de literatuur verdedigd dat voor aftrek van voorbelasting niet vereist is dat in het buitenland waar de prestatie wordt geacht plaats te vinden ook daadwerkelijk wordt geopteerd.[23] Anders dan de staatssecretaris acht hij het, als ik het goed zie, zelfs niet in alle gevallen vereist dat aannemelijk is dat in een vergelijkbare binnenlandse situatie ook zou zijn geopteerd.

Swinkels is in zijn analyse van EU-recht uitgegaan. In dat verband is in het bijzonder art. 169, aanhef en onderdeel a, Btw-richtlijn van belang. Het hierin bepaalde is vergelijkbaar met het bepaalde in art. 15, lid 2, onderdeel a, Wet OB 1968. Naar mijn mening moet bij de interpretatie van art. 169, aanhef en onderdeel a, Btw-richtlijn zo veel mogelijk acht geslagen worden op het neutraliteitsbeginsel als fundamenteel beginsel van het btw-stelsel. Indachtig dat beginsel moet aftrek van voorbelasting toegestaan worden bij in het buitenland verrichte vrijgestelde prestaties waarvoor aannemelijk is dat in het binnenland geopteerd zou zijn. Dit is qua uitgangspunt conform de eerder vermelde opvatting van de staatssecretaris. Het eventueel gebruikmaken van een in het buitenland bestaande mogelijkheid om voor belastingheffing te opteren is naar mijn mening vooral een omstandigheid die de aannemelijkheid kan ondersteunen dat in het binnenland zou zijn geopteerd. Het belangrijkste is dat rationeel handelende partijen in een binnenlandse situatie alleen zullen opteren voor belastingheffing als de afnemer volledig of bijna volledig recht op aftrek van voorbelasting heeft.

Wat argumenten tegen deze opvatting betreft, kan wellicht gedacht worden aan de arresten in de zaken *Debouche en Monte dei Paschi di Siena*. [24] Deze zaken handelden over teruggaaf van in het buitenland betaalde belasting onder de Achtste Richtlijn (Richtlijn 79/1072/EEG). Het gaat hier echter over een andere situatie. In beide zaken deed zich een dispariteit voor in de toepassing van vrijstellingen tussen de lidstaat van vestiging van de belastingplichtige en de lidstaat die betaalde belasting moest teruggeven. Naar het oordeel van het Hof van Justitie is voor de bepaling van de mate waarin recht op teruggaaf bestaat in eerste instantie het recht van de lidstaat van vestiging bepalend. Als naar het recht van de lidstaat van teruggaaf minder recht op aftrek van voorbelasting bestaat, kan zij echter volstaan met het teruggeven van het mindere. Deze berekeningsmethodiek volgt ook uit art. 5 Achtste Richtlijn en thans uit art. 4, lid 1, Richtlijn 2008/9/EG, de opvolger van die richtlijn. Voor het geval de teruggaafrichtlijnen niet van toepassing zijn, bepaalt art. 169, aanhef en onderdeel a, Btw-richtlijn enkel dat de vestigingslidstaat recht op aftrek van voorbelasting moet verlenen voor in het buitenland verrichte prestaties die ook in het binnenland recht op aftrek zouden geven. Dit artikel biedt lidstaten naar mijn mening niet de mogelijkheid om het aftrekrecht van op hun grondgebied gevestigde belastingplichtigen te beperken naar gelang de wijze waarop het buitenland aldaar verrichte prestaties van die belastingplichtigen belast. Dat blijkt naar mijn mening ook uit het arrest in de zaak *RBS Deutschland Holdings*, waarin het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat het exploiteren van verschillen in toepassing van de Btw-richtlijn door verschillende lidstaten op zich geen misbruik is.[25]

Niettemin merken Nathoeni en Braakman op dat in onder meer Duitsland en Oostenrijk wordt aangenomen dat voor het verkrijgen van recht op aftrek van voorbelasting ook in het buitenland daadwerkelijk geopteerd moet worden.[26] Aan deze voorwaarde kan uiteraard niet worden voldaan als het betreffende buitenland geen mogelijkheid kent om te opteren. Nathoeni en Braakman baseren hun opmerking op de bevindingen van Ernst & Young in een onderzoek voor de European Banking Federation.[27] In dat rapport worden

geen bronnen genoemd. Op basis van de jurisprudentie van het Bundesfinanzhof lijkt het in Duitsland (vooralsnog) echter geen uitgemaakte zaak dat opteren in grensoverschrijdende situaties niet mogelijk is.[28] Voor zover ik kan achterhalen heeft het Bundesfinanzhof alleen ooit overwogen dat voor twijfel vatbaar kan zijn ('Dahinstehen kann') of vereist is dat in de lidstaat waarin de prestatie wordt verricht ook recht op aftrek van voorbelasting zou bestaan (lees: geopteerd kan worden).[29] Het Bundesfinanzhof is daar echter niet nader op ingegaan, omdat het voor de beslissing in de betreffende zaak niet van belang was.

3.3 Verleggingsregeling voor binnenlandse situaties?

Het in rekening moeten brengen, voldoen en aftrekken van omzetbelasting bij het uitoefenen van een optie voor belastingheffing kan in binnenlandse situaties tot een financieringsprobleem leiden. Denkbaar is immers dat het presterende concernonderdeel de belasting eerder op aangifte moet voldoen dan dat het ontvangende concernonderdeel de aftrek daadwerkelijk kan genieten. Dat zal in het bijzonder aan de orde zijn als het ontvangende concernonderdeel per saldo in een teruggaafpositie verkeert (zie art. 17 Wet OB 1968). Invoering van een verleggingsregeling zou dit wegnemen. Art. 194 e.v. Btw-richtlijn, en in het bijzonder art. 199, geven echter een limitatieve opsomming van de gevallen waarin lidstaten een verleggingsregeling mogen invoeren en deze situatie komt daarin niet voor. Een verleggingsregeling, die naar mijn mening te rechtvaardigen valt, vereist daarom een voorafgaande machtiging van de Commissie (zie art. 395 Btw-richtlijn).

3.4 Tussenconclusie

Een optie voor belastingheffing van financiële diensten kan in veel gevallen cumulatie van omzetbelasting als gevolg van concernfinancieringsdiensten wegnemen. Dat geldt ook in grensoverschrijdende gevallen. Als geen (bijna) volledig recht op aftrek bij de afnemende partij bestaat, is opteren echter ongunstig.

4 Contouren beoogde regeling

4.1. Beslispunten

Bij de vormgeving van een optie voor belastingheffing van concernfinancieringsdiensten, is er een aantal beslispunten. Allereerst is dat de definitie van een concern (zie par. 4.2). Daarnaast is van belang of een ondernemer opteert per individuele dienst (per transactie dus), per afnemer, per soort financiële dienst, of voor alle financiële diensten die hij binnen concern verleent, al dan niet voor een bepaalde periode, en of hij zijn keuze kan herroepen (zie par. 4.3). Op de derde plaats moet nagedacht worden over eventuele nadere beperkingen aan de optiemogelijkheid om oneigenlijk gebruik te voorkomen (zie par. 4.4). Ten slotte is de vraag welke voorwaarden voor het uitoefenen van het optierecht moeten gelden (zie par. 4.5).

4.2 Definitie concern

Het begrip concern komt in de Btw-richtlijn en de Wet OB 1968 als zodanig niet voor, al kan in de materiële voorwaarden voor de fiscale eenheid een omschrijving daarvan gelezen worden. Een fiscale eenheid heeft echter veel verstrekkender gevolgen dan een optie voor belastingheffing. Naar mijn mening zijn de materiële voorwaarden van de fiscale eenheid, te weten verwevenheid c.q. verbondenheid in financieel, organisatorisch en economisch opzicht tussen de betrokken partijen (zie art. 7, lid 4, Wet OB 1968 en art. 11 Btw-richtlijn), in dezen niet geheel geëigend.

De bijzondere omstandigheid is namelijk dat binnen veel concerns sprake is van een centraal aangestuurde financiering en centraal gecoördineerde contacten met aanbieders van financiële diensten en dat deze factoren cumulatie van belasting in de hand werken. Tegen die achtergrond is het naar mijn mening passender (en effectiever) om voor het aannemen van een concern te vereisen dat sprake is van overheersende zeggenschap die zich uitstrekt tot de financiering van meerdere juridisch zelfstandige entiteiten. Deze vorm van zeggenschap is immers nodig om de financiering en de bedoelde financiële prestaties te kunnen aansturen en/of coördineren. Als die zeggenschap aanwezig is, ligt dan ook in de rede dat de financieringsbehoefte van onderdelen van concernonderdelen in principe eerst zo veel mogelijk binnen concern wordt ingevuld. Voorts valt dan te verwachten dat voor de daar bovenuit stijgende financieringsbehoefte, waarvoor derde partijen aangesproken moeten worden, gebruik wordt gemaakt van de gezamenlijke financieringscapaciteit.[30] Vanuit het perspectief van eenvoud en effectiviteit is het naar mijn mening niet wenselijk om een engere definitie te hanteren, zoals die bijvoorbeeld voor de fiscale eenheid geldt.

4.3 Reikwijdte optie en herroeping

Het doel van een optie voor belastingheffing voor financiële diensten in concernsituaties is het verminderen van cumulatie van omzetbelasting. Om dat zo effectief mogelijk te bereiken is het wenselijk dat per dienst en per afnemer geopteerd kan worden, zoals ook bij de optie voor belastingheffing met betrekking tot onroerend goed het geval is. Dit maakt het toepassingsbereik van de optie voor belastingheffing zo groot mogelijk en neemt de ongewenste cumulatie van belasting in zo veel mogelijk gevallen weg. Redenen om herroeping niet of beperkt toe te staan, zijn er naar mijn mening niet.

4.4 Wenselijkheid van nadere beperkingen

De bijzondere positie van (met name) concerns van financiële instellingen en de mogelijkheden voor oneigenlijk gebruik maken het wenselijk om beperkingen aan een optie voor belastingheffing van concernfinancieringsdiensten te stellen. Die zouden mijns inziens moeten zijn dat een optie voor belastingheffing alleen mogelijk is als de entiteit die concernfinancieringsdiensten verleent aan derden (buiten concern) hooguit in beperkte mate vrijgestelde prestaties verricht.

Bij financiële instellingen is het punt dat opteren voor belastingheffing niet mogelijk zou moeten zijn als zij al dan niet tijdelijk overheersende zeggenschap hebben over een entiteit die geen financiële activiteiten uitvoert. Te denken valt aan een bank die financiële diensten verricht aan een aannemingsbedrijf waarmee zij (al dan niet tijdelijk) een concern vormt. De normale activiteiten van een aannemingsbedrijf zijn volledig belast, waardoor opteren voor belastingheffing gunstig is. Het probleem dat hierbij ontstaat, is dat het aannemingsbedrijf onder gunstiger voorwaarden toegang krijgt tot bancaire financiering, die andere ondernemingen over het algemeen tot op zekere hoogte extern moeten aantrekken. Dat wil zeggen, bij een bank. Aangenomen mag worden dat in de prijzen van de dienstverlening van de bank aan deze andere ondernemingen altijd een component niet-aftrekbare voorbelasting is opgenomen. Bij een dochteronderneming van een bank valt de kostenpost van niet-aftrekbare voorbelasting geheel weg als de bank kan opteren voor belastingheffing.

Oneigenlijk gebruik van een optie voor belastingheffing is aan de orde als het ingezet wordt om het pro rata te verbeteren. Te denken valt aan een ziekenhuis met een dochtervennootschap die uitsluitend belast presteert. Op het moment dat de dochtervennootschap een financieringsbehoefte krijgt waarin het ziekenhuis niet kan voorzien, zal naar externe bronnen gezocht worden. Voor het pro rata van het ziekenhuis zou het gunstig kunnen zijn om de financiering via het ziekenhuis te laten verlopen. Het voordeel daarvan voor het ziekenhuis kan zijn dat het een zeker bedrag aan omzet oplevert uit prestaties die recht op aftrek van voorbelasting geven, waardoor het pro rata wordt verhoogd. Dit kan niet de bedoeling zijn. Het effect wordt bovendien versterkt doordat in de Nederlandse wet- en regelgeving niet is opgenomen dat omzet uit toekomstige financiële handelingen buiten de berekening van het pro rata blijft (cf. art. 174, lid 2, Btw-richtlijn) en de inspecteur geen beroep kan doen op directe werking van de Btw-richtlijn.[31]

Door aan de optie de beperking te stellen dat eventuele andere prestaties van degene die een niet-bijkomstige financiële dienst binnen concern verleent voor bijvoorbeeld meer dan 70% uit belaste prestaties bestaan, kunnen de hiervoor besproken twee problemen worden opgelost. Daarnaast verdient het aanbeveling om het bepaalde in art. 174, lid 2, Btw-richtlijn omtrent bijkomstige financiële diensten in de Wet OB 1968 (c.q. in de Uitvoeringsbeschikking OB 1968) te implementeren. Behalve dat het niet gaat om een facultatieve bepaling, zou dat planningsmogelijkheden wegnemen die overigens nu ook al bestaan.

4.5 Voorwaarden

Behalve beperkingen aan het optierecht, zijn ook voorwaarden voor de uitoefening daarvan noodzakelijk, maar met het oog op de eenvoud het liefst zo min mogelijk. Als voorbeeld kunnen de voorwaarden dienen die gelden voor de bestaande optie voor belastingheffing bij handelingen in de sfeer van het onroerend goed. Voor de kenbaarheid in binnenlandse situaties kan worden bepaald dat het optierecht moet worden uitgeoefend in een schriftelijke overeenkomst tot het verrichten van de financiële diensten. Een beschikking van de inspecteur kan een aanvullende mogelijkheid zijn om de rechtszekerheid te bevorderen. Om nog meer aan te sluiten bij de optie voor belastingheffing in de sfeer van het onroerend goed, kan terugwerkende kracht van een optie (of het herroepen daarvan) van drie maanden worden toegestaan.[32]

5 Toetsing aan EU-recht

5.1. Algemeen

Art. 137 Btw-richtlijn opent de mogelijkheid om belastingplichtigen het recht te verlenen om voor belastingheffing te kiezen voor financiële diensten en voor diverse handelingen in de sfeer van het onroerend goed die anders vrijgesteld zijn. Uit dat artikel volgt eveneens dat het lidstaten is toegestaan om de omvang van het keuzerecht te beperken en om voorwaarden eraan te stellen. Op het eerste gezicht lijkt art. 137 Btw-richtlijn een optie voor belastingheffing alleen in concernsituaties zonder meer toe te staan. Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt echter dat lidstaten de fiscale neutraliteit (i.c. mededingingsneutraliteit) in acht moeten nemen. Daarnaast is van belang dat het specifieke karakter van een optie voor belastingheffing niet leidt tot onverenigbare steunmaatregelen in de zin van art. 107 VWEU. Op dat laatste wordt hierna eerst ingegaan.

5.2 Verbod op staatssteun

Het zou gesteld kunnen worden dat vooral in Nederland gevestigde houdster- en concernfinancieringsentiteiten profiteren van een optie voor belastingheffing voor concernfinancieringsdiensten. Het mogelijk als onverenigbare steun te beschouwen voordeel is het recht op aftrek van voorbelasting dat ontstaat bij deze partijen.

Art. 107, lid 1, VWEU stelt vier cumulatieve voorwaarden aan (verboden) steunmaatregelen. Er moet sprake zijn van (i) een voordeel of een begunstiging, die (ii) selectief is, (iii) wordt bekostigd uit staatsmiddelen en (iv) het handelsverkeer dan wel de mededinging tussen de lidstaten verstoort.[33] Al deze voorwaarden moeten ruim worden uitgelegd.[34] Hoewel belastingheffing over het algemeen als financieel nadeel wordt ervaren, blijkt uit jurisprudentie dat het (gedeeltelijk) wegnemen van dat nadeel een begunstiging kan zijn.[35] Het is daarom niet uitgesloten dat recht op aftrek van voorbelasting als gevolg van een optierecht een begunstiging kan zijn. Dat de begunstiging wordt bekostigd uit staatsmiddelen, is duidelijk. Verder wordt in de jurisprudentie over art. 107 VWEU een beïnvloeding van het handelsverkeer of de mededinging tussen lidstaten al snel aangenomen.[36]

Zoals meestal met fiscale maatregelen waarbij van staatssteun sprake kan zijn, zit het kantelpunt vooral in de selectiviteit.[37] Van selectiviteit is sprake als bepaalde ondernemingen of bepaalde producties begunstigd worden. Het doel van het selectiviteitscriterium is te voorkomen dat ook algemene maatregelen van economische politiek onder het begrip steunmaatregel vallen.[38] Daarbij geldt dat bij een belastingmaatregel van de rijksoverheid het nationale stelsel het referentiepunt is.[39] Dat aan de belastingheffing in Nederland onderworpen ondernemingen een voordeel kunnen hebben ten opzichte van ondernemingen die in het buitenland aan belastingheffing zijn onderworpen, is daarom irrelevant. Wat betreft de beperking van de optie voor belastingheffing tot concernsituaties, is een interessante parallel aanwezig met de ooit voorgestelde groepsrentebox in de vennootschapsbelasting.

Door de groepsrentebox zou binnen een groep van entiteiten (lees: een concern) betaalde rente tegen een gereduceerd tarief belastbaar en aftrekbaar worden in de vennootschapsbelasting. Bij de verstrekker van een intragroep lening ontstaat dan vanzelfsprekend een fiscaal voordeel dat een niet gelieerde bank, die dezelfde lening zou kunnen verstrekken, niet heeft. De Europese Commissie heeft het standpunt ingenomen dat desondanks geen specifieke begunstiging aan de orde is.[40] Een dragend argument van de Commissie is dat de bank en de groepsentiteit niet in een soortgelijke positie verkeren bij het verstrekken van de lening.[41] Dat volgt, aldus de Commissie, uit de centrale zeggenschap die binnen een groep bestaat over de financiering van de tot de groep behorende entiteiten. Die zeggenschap was een element in de definitie van een groep voor de groepsrentebox.[42] Ook speelde een rol dat de voorwaarden van de groepsrentebox niet zodanig waren, dat slechts een zeer beperkt aantal ondernemingen zou profiteren. Dit was het geval bij het voormalige CFA-regime (regime voor concernfinancieringsactiviteiten), waarvan de voorwaarden zodanig waren dat slechts een zeer beperkt aantal multinationale ondernemingen (87) er werkelijk toegang toe had.[43]

Als de Europese Commissie vasthoudt aan de benadering in de beschikking over de groepsrentebox, dan zou een tot concernsituaties beperkte optie voor belastingheffing van financiële diensten langs de hiervoor in paragraaf 4 beschreven lijnen ook niet selectief moeten zijn. De omstandigheid dat reguliere financiële instellingen er geen gebruik van kunnen maken, maakt de regeling kennelijk niet selectief. Selectiviteit is naar mijn mening ook niet aanwezig in de omstandigheid dat het uitoefenen van de optiemogelijkheid niet altijd gunstig is (bijvoorbeeld als maar beperkt recht op aftrek bestaat). Dat is nu eenmaal inherent aan de aard en de opzet van het btw-stelsel, waarbij verschillende voorwaarden gelden voor belastingplichtigen die belaste prestaties verrichten en voor belastingplichtigen die vrijgestelde prestaties verrichten. Dit sluit aan bij de visie van Terra, dat alle maatregelen die passen binnen de kaders van de Btw-richtlijn voortvloeien uit de aard en opzet van het systeem.[44]

5.3 Fiscale neutraliteit

Bij de implementatie van een facultatieve bepaling uit de Btw-richtlijn, zoals de optie voor belastingheffing is, zijn lidstaten volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie gehouden tot de eerbiediging van het beginsel van fiscale neutraliteit. In deze context is de neutraliteit op het gebied van de mededinging relevant.[45] Het is lidstaten uit het oogpunt van de mededingingsneutraliteit niet toegestaan om facultatieve bepalingen (en overigens ook bepalingen met een beoordelingsvrijheid voor de lidstaten) zodanig te implementeren dat een verschillende behandeling van soortgelijke goederen of diensten ontstaat.[46]

Uit de jurisprudentie zou afgeleid kunnen worden dat het Hof van Justitie al snel verstoring van de mededingingsneutraliteit aanwezig acht. Zo heeft het in zijn arrest in de zaak *The Rank Group* overwogen dat de soortgelijkheid van twee diensten met zich brengt dat deze met elkaar concurreren in de zin van de mededingingsneutraliteit.[47] Letterlijk overweegt het Hof van Justitie:

‘32. Volgens vaste rechtspraak verzet het beginsel van fiscale neutraliteit zich ertegen dat soortgelijke goederen of diensten, die dus met elkaar concurreren, voor de heffing van btw verschillend worden behandeld (...).

33. Blijkens deze omschrijving van bedoeld beginsel brengt de soortgelijkheid van twee diensten mee dat deze met elkaar concurreren.’

Als deze overwegingen zeer letterlijk worden genomen bestaat geen ruimte om een optie voor belastingheffing van financiële diensten

te beperken tot concernsituaties. Hoewel de ene lening de andere lening niet hoeft te zijn, is bijvoorbeeld goed denkbaar dat een externe lening vrij (soort)gelijk is aan een lening binnen concern. Dit is echter te ongenueanceerd. Het Hof van Justitie heeft immers ook diverse malen geoordeeld dat lidstaten een ruime beoordelingsmarge toekomt bij de implementatie van een optie voor belastingheffing in hun nationale wetgeving, evenals bij het stellen van beperkingen daaraan.[48] Deze oordelen zijn zinledig als de verplichting bestond om soortgelijke handelingen altijd hetzelfde te behandelen. Dat verklaart dan ook dat het Hof van Justitie in zijn arresten in de zaken TNT Post UK en Pro Med Logistik heeft overwogen dat bij de beoordeling van de vergelijkbaarheid rekening moet worden gehouden met de context waarin diensten worden verricht.[49] Schijnbaar kan dus een verschillende context afbreuk doen aan de ogenschijnlijke gelijkheid of vergelijkbaarheid van diensten.

Het is verder van belang om te beseffen dat de zaak The Rank Group handelt over kansspelen waarvan, naar redelijkerwijs aangenomen mag worden, uitsluitend eindgebruikers (consumenten) de afnemer zijn. In die situatie ligt inderdaad in de rede dat soortgelijke kansspelen met elkaar concurreren. Het belastingvrije kansspel zal normaliter immers goedkoper zijn voor eindverbruikers en zich in hun warmere belangstelling mogen verheugen. De soortgelijkheid van prestaties impliceert (met name) in zakelijke verhoudingen echter niet altijd een verstoring van de concurrentie. Als voorbeeld kan de reeds jaren bestaande optie voor belastingheffing voor de levering en verhuur van onroerend goed genomen worden. Daarbij geldt als belangrijkste voorwaarde dat de koper of huurder het onroerend gebruikt voor doeleinden waarvoor hij voor ten minste 90 procent recht op aftrek van voorbelasting heeft. Bij de levering van een kantoorpand aan een koper met 90 procent recht op aftrek van voorbelasting kan dus geopteerd worden voor btw-heffing, terwijl dat bij een koper met 89 procent recht op aftrek niet mogelijk is. Vaststaat dat de verkoper in beide situaties precies dezelfde handeling verricht. Concurrentieverstoring doet zich echter niet voor. Althans, de koper met 89 procent recht op aftrek van voorbelasting kan evenmin van andere aanbieders een 'oud' kantoorpand kopen met omzetbelasting, terwijl de koper met negentig procent recht op aftrek dat wel kan.

Van belang is dat een optie voor belastingheffing van concernfinancieringsdiensten, onder de voorwaarden zoals hiervoor in paragraaf 4 geformuleerd, niet of nauwelijks zal leiden tot een verschuiving van externe afname van financiële diensten naar afname binnen concern. In dit verband kan ook verwezen worden naar de analyse van de Europese Commissie over de groepsrentebox. Verstoring van de mededingingsneutraliteit is in mijn ogen daarom vooral een theoretische mogelijkheid. Daarbij is nog buiten beschouwing gelaten de voorgestelde optiemogelijkheid juist verstoringen in de mededinging wegneemt die thans kunnen bestaan tussen ondernemingen die in een concern georganiseerd zijn en die dat niet zijn.

5.4 Tussenconclusie

Art. 107 VWEU noch de verplichting om de fiscale neutraliteit en meer bepaald de mededingingsneutraliteit in acht te nemen staan naar mijn mening in de weg aan een tot concernsituaties beperkte optie voor belastingheffing van financiële diensten. Wat betreft art. 107 VWEU is een sterke parallel aanwezig met de door de Commissie niet als verboden steunmaatregel aangemerkte groepsrentebox voor de vennootschapsbelasting. Aangaande de mededingingsneutraliteit en het tot concernsituaties beperken van een optie voor belastingheffing, is van belang dat vergelijkbaarheid ontbreekt door de verschillende context waarin diensten worden verricht.

6 Conclusie

Het invoeren van een optie voor belastingheffing van concernfinancieringsdiensten is een effectief en toelaatbaar instrument om (ongewenste) cumulatie van omzetbelasting binnen concerns weg te nemen. Door te kiezen voor belastingheffing wordt niet-aftrekbare voorbelasting voorkomen, zodat zij ook niet meer verdisconteerd hoeft te worden in de prijzen van belaste prestaties van het concern als geheel. In grensoverschrijdende situaties is een optie voor belastingheffing niet minder effectief dan in binnenlandse situaties.

Wat betreft de vormgeving van de optie voor belastingheffing zijn de definitie van een concern en eventuele nadere beperkingen de belangrijkste beslispunten. Voor het aannemen van een concern zou naar mijn mening vereist moeten worden dat sprake is van overheersende zeggenschap die zich uitstrekt tot de financiering van de individuele onderdelen. Om oneigenlijk gebruik te voorkomen is wenselijk een nadere beperking aan de optiemogelijkheid op te nemen en wel dat eventuele andere prestaties van degene die een niet-bijkomstige financiële dienst binnen concern verleent voor bijvoorbeeld meer dan 70% uit belaste prestaties bestaan. Verder is van belang dat de wetgever art. 174, lid 2, Btw-richtlijn (eindelijk) goed implementeert, zodat duidelijk is dat omzet uit bijkomstige financiële handelingen niet relevant is voor de berekening van het pro rata.

Een optie voor belastingheffing van concernfinancieringsdiensten is naar mijn mening ten slotte géén onverenigbare steunmaatregel in de zin van art. 107 VWEU. Een dergelijke regeling is, onder meer in het licht van de beoordeling van de Europese Commissie van de groepsrentebox, niet selectief. Ook wordt geen inbreuk gemaakt op de mededingingsneutraliteit. Eerder is het tegendeel waar.

[1] Zie bijv. J.W. Winter, *Concernfinanciering* (diss. Groningen), Kluwer, Deventer 1992, p. 11-12.

[2] O.a. B.J.M. Terra, 'De fiscale eenheid in Europees perspectief', in: B.J.M. Terra & R.F.W. van Brederode (red.), *De ware koningin der belastingen*, Kluwer, Deventer 1990, p. 138; A.J. van Doesum & G.J. van Norden, 'De territoriale begrenzing van de fiscale eenheid BTW', WFR 2006/823 en WFR 2006/853 en M.M.W.D. Merckx, *De woon- en vestigingsplaats in de btw* (diss. Tilburg), Kluwer, Deventer 2011, p. 469-484.

[3] Zie uitgebreider over concerns en definities en omschrijvingen daarvan: G.J. van Norden, *Het concern in de BTW* (diss. Tilburg), Kluwer, Deventer 2007, p. 1-14, alsmede hoofdstuk 3 en de door hem aangehaalde literatuur.

[4] Zie HvJ 22 juni 1993, zaak C-333/91 (Sofitam), Jur. 1993, p. I-3538.

[5] Zie over onderhandse geldleningen o.a. HvJ 14 november 2000, zaak C-142/99 (Floridienne/Berginvest), NTFR 2000/1710 (met commentaar van Nieuwenhuizen), V-N 2000/53.17 en HR 5 februari 1992, nr. 27.413, BNB 1992/123, FED 1992/248 (met commentaar van J.W. Verstraate). Zie over uitstel van betaling HvJ 27 oktober 1993, zaak C-281/91 (Muys en De Winter), conclusie AIG Jacobs, BNB 1994/95 en HR 12 januari 1994, nr. 27.258, BNB 1994/96 (met noot van J.M.F. Finkensieper) en inzake het stallen van geld op deposito's o.a. HvJ 11 juli 1996, zaak C-306/94 (Régie Dauphinoise), conclusie AIG Lenz, BNB 1997/38 (met noot van M.E. van Hilten) en HR 23 september 2011, nr. 10/00383, conclusie AIG Van Hilten, BNB 2012/144 (met noot van J.J.P. Swinkels), NTFR 2011/2520.

[6] HvJ 14 november 2000, zaak C-142/99 (Floridienne/Berginvest), NTFR 2000/1710, r.o. 28 (met commentaar van Nieuwenhuizen), V-N 2000/53.17 en HvJ 29 april 2004, zaak C-77/01 (EDM), conclusie AIG Léger; BNB 2004/285, r.o. 67 (met noot van M.E. van Hilten), NTFR 2004/669 (met commentaar van Sanders). Zie ook HR 5 februari 1992, nr. 27.413, BNB 1992/123 en HR 23 september 2011, nr. 10/00383 conclusie AIG Van Hilten, BNB 2012/144 (met noot van J.J.P. Swinkels), NTFR 2011/2520. Uit het arrest in de

zaak Fuchs, over het leveren van energie verkregen uit zonnepanelen aan het net door een particulier, blijkt bijvoorbeeld dat het Hof van Justitie het criterium 'exploitatie van een vermogensbestanddeel om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen' (zeer) ruim interpreteert. Zie HvJ 20 juni 2013, zaak C-219/12 (Fuchs), conclusie AIG Sharpston, BNB 2013/245 (met noot van J.J.P. Swinkels), NTFR 2013/1391 (met commentaar van J.Th. Sanders).

[7] HvJ 6 februari 1997, zaak C-80/95 (Harnas & Helm), conclusie AIG Fennelly, BNB 1997/386 (met noot van M.E. van Hilten).

[8] Zie HvJ 20 juni 1991, zaak C-60/90 (Polysar), FED 1991/633.

[9] Voor Europese Unie moet eigenlijk 'Gemeenschap' gelezen worden. De Gemeenschap is gedefinieerd in art. 2a, lid 1, onderdeel c, Wet OB 1968 en bestrijkt ongeveer het territorium van de lidstaten van de Europese Unie.

[10] Als art. 15, lid 2, onderdeel c, Wet OB 1968 van toepassing is.

[11] Dit laat overigens onverlet dat geen aftrek van voorbelasting bestaat voor direct aan vrijgestelde financiële diensten toerekenbare kosten, tenzij de uitzondering van art. 15, lid 2, onderdeel c, Wet OB 1968 van toepassing is.

[12] Vgl. HvJ 19 januari 1981, zaak 8/81 (Becker), Jur. 1982, p. 53.

[13] Zie voor een uitgebreide bespreking van wanneer sprake is van bijkomstigheid de conclusie van AIG Van Hilten van 30 oktober 2013, NTFR 2014/431 en M.E. van Hilten in haar annotatie bij HvJ 29 april 2004, zaak C-77/01(EDM), BNB 2004/285.

[14] Vgl. art. 175, lid 1, Btw-richtlijn.

[15] Opgemerkt zij volledigheidshalve dat een in het buitenland gevestigde vennootschap onderdeel kan zijn van een Nederlandse fiscale eenheid als zij een vaste inrichting in Nederland heeft. Zie HR 14 juni 2002, nr. 35.976, BNB 2002/287 (met noot van M.E. van Hilten), NTFR 2002/867 (met commentaar van Nieuwenhuizen).

[16] Zie bijv. Rapport van het fiscaal en financieel comité (Neumark-rapport), 1962, p. 47.

[17] Zie ook W.A.P. Nieuwenhuizen in par. 3 van zijn aantekening bij HvJ 30 mei 2013, zaak C-651/11(X BV), FED 2013/69: '(...) Als we te maken hebben met een concern dat in de regel alleen BTW-belaste prestaties verricht en dus geheel aftrekgerechtigd is, en als we te maken hebben met een dochtervennootschap waarvoor exact hetzelfde geldt, dan behoort – althans zo vind ik dat – op alle kosten die zo'n concern maakt geen BTW-voorbelasting te drukken. Oprichten van vennootschappen, verhangen van vennootschappen, aantrekken van financieringen, aankopen van diensten van externe dienstverleners, etc. etc. op al deze kosten behoort geen BTW te blijven hangen, omdat op alle economische activiteiten die dit concern en het overgedragen deel leveren BTW rust. De producten die van dit concern komen leiden tot belast verbruik bij haar consumenten. Een niet-aftrekkrecht leidt dus tot een cumulatie. (...).'

[18] Zie art. 11, lid 1, onderdeel a, onder 2° en onderdeel b, onder 5°, Wet OB 1968.

[19] Zie bijv. S. Nathoeni & T. Braakman, 'Option for Taxation of Financial Services – Is It an Option?', International VAT Monitor 2010, p. 113-118. Nathoeni en Braakman verkennen in dit artikel de mogelijkheid van een algemene optie voor belastingheffing van financiële diensten en beschrijven daarbij ook de optieregelingen die thans gelden in verscheidene lidstaten.

[20] Zie HvJ 11 juli 1996, zaak C-306/94 (Régie Dauphinoise), conclusie AIG Lenz, BNB 1997/38 (met noot van M.E. van Hilten) en HvJ 29 april 2004, zaak C-77/01 (EDM), conclusie AIG Léger, BNB 2004/285, r.o. 65 (met noot van M.E. van Hilten), NTFR 2004/669 (met commentaar van Sanders).

[21] Art. 15, lid 2, onderdeel a, Wet OB 1968 correspondeert met art. 169, aanhef en onderdeel a, Btw-richtlijn.

[22] Besluit van 25 november 2011, nr. BLKB2011/641M, Stcr. 2011, 21 834, NTFR 2012/43, onderdeel 7.

[23] J. Swinkels, 'Tax Neutrality and Cross-Border Services', International VAT Monitor 2005, p. 95-96.

[24] HvJ 26 september 1996, zaak C-302/93 (Debouche), conclusie AIG Tesouro, BNB 1997/95 (met noot van M.E. van Hilten) en HvJ 13 juli 2000, zaak C-136/99 (Monte dei Paschi di Siena), NTFR 2000/1067 (met commentaar van W.A.P. Nieuwenhuizen), V-N 2000/50.22.

[25] HvJ 22 december 2010, zaak C-277/09 (RBS Deutschland Holdings), conclusie AIG Mazák, BNB 2011/213 (met noot van J.J.P. Swinkels), NTFR 2011/82 (met commentaar van J.Th. Sanders).

[26] S. Nathoeni & T. Braakman, 'Option for Taxation of Financial Services – Is It an Option?', International VAT Monitor 2010, p. 113-118.

[27] Report prepared for the European Banking Federation. Design and Impact of the 'Option to Tax' System for Application of VAT to Financial Services (Rapport van Ernst en Young van 28 november 2009).

[28] Het rapport van Ernst & Young

[29] Bundesfinanzhof (D) 6 mei 2004, nr. V/R 73/03, BStBl II 2004, 856, r.o. II.3.

[30] Zie bijv. J.W. Winter, Concernfinanciering (diss. Groningen), Kluwer, Deventer 1992, p. 11-12.

[31] Zie HvJ 8 oktober 1987, zaak 80/86 (Kolpinghuis Nijmegen), Jur. 1987, p. I-3969.

[32] Vgl. besluit van 19 december 2013, nr. BLKB2013/1686M, NTFR 2013/2010, V-N 2013/54.15, onderdeel 7.3.3.

[33] Zie ook bijv. E.C.C.M. Kemmeren, '(Aangescherpte) groepsrentebox is naar huidige stand van zaken verboden staatssteun', WFR 2009/371, par. 4.1 en P. Kavelaars, 'Staatssteun in the picture', NTFR Beschouwingen 2012/8, par. 2.

[34] Zie bijv. GvEA 7 juni 2006, zaak T-613/97 (UFEX/Commissie), Jur. 2006, p. II-1531, r.o. 158.

[35] Zie bijv. HvJ 5 juni 2012, zaak C-124/10 P (Électricité de France), V-N 2012/29.21, r.o. 45.

[36] Zie B. Terra, 'Value Added Tax and State Aid Law in the EU', in: H. van Arendonk, S. Jansen & R. van der Paardt (red.), VAT in an EU and International Perspective (Kogels-bundel), IBFD, Amsterdam 2011, p. 309-310 en R. Barents & L.J. Brinkhorst, Grondlijnen van Europees recht, Kluwer, Deventer 2012, p. 586-587.

[37] Zie bijv. P. Kavelaars, 'Staatssteun in the picture', NTFR Beschouwingen 2012/8, par. 2.

[38] Zie bijv. HvJ 15 december 2005, zaak C-66/02 (Commissie/Italië), Jur. 2005, p. I-10901, r.o. 99 en R. Barents & L.J. Brinkhorst, Grondlijnen van Europees recht, Kluwer, Deventer 2012, p. 586.

[39] Zie bijv. L. Hancher, T. Ottervanger & P.J. Slot, EU State Aids, Sweet & Maxwell, London 2012, p. 77-78.

[40] Beschikking van de Commissie van 8 juli 2009 betreffende de regeling inzake de groepsrentebox die Nederland voornemens is ten uitvoer te leggen (2009/809/EG) (PbEU 2009, L 288/26), punt 83 e.v. Zie over deze beschikking: R.H.C. Luja, 'De groepsrenteboxbeschikking: onbedoeld te gunstig?', WFR 2009/1067. Aan de orde is overigens geweest of voor de beoordeling van een begunstiging de groep het referentiepunt zou moeten zijn of de individuele belastingplichtige die binnen de groep een lening verstrekt. Volgens de Commissie moet de individuele belastingplichtige het referentiepunt zijn, zie punt 77-82.

[41] Zie voor een ander geluid: E.C.C.M. Kemmeren, '(Aangescherpte) groepsrentebox is naar huidige stand van zaken verboden staatssteun', WFR 2009/371.

[42] Zie punt 98-101.

[43] Zie Beschikking van de Commissie van 17 februari 2003 betreffende de door Nederland ten uitvoer gelegde steunmaatregel ten gunste van internationale financieringsactiviteiten (2003/515/EG) (PbEU 2003, L 180/52).

[44] B. Terra, 'Value Added Tax and State Aid Law in the EU', in: H. van Arendonk, S. Jansen & R. van der Paardt (red.), VAT in an EU and International Perspective (Kogels-bundel), IBFD, Amsterdam 2011, p. 316. Anders, althans genuanceerder: R.H.C. Luja, '(Niet-)richtlijnconform handelen: over btw en staatssteun', in: M.M. Gabriël & R.H.C. Luja (red.), De toekomst van de btw (Denie-bundel), Kluwer, Deventer 2011, p. 130-131.

[45] Gelijke belastingheffing van gelijke goederen en diensten wordt wel economische neutraliteit of mededingingsneutraliteit genoemd. Zie M.E. van Hiltten & H.W.M. van Kesteren, Omzetbelasting, Kluwer, Deventer 2013, p. 14.

[46] Zie o.a. HvJ 11 oktober 2001, zaak C-267/99 (Adam), Jur. 2001, p. I-07467, r.o. 36, betreffende het verlaagde tarief; HvJ 12 januari 2006, zaak C-246/04 (Turn- und Sportunion Waldburg), NTFR 2006/89 (met commentaar van Van Dongen), r.o. 30-35, betreffende de optie voor belastingheffing bij onroerend goed; HvJ 6 mei 2010, zaak C-94/09 (Commissie/Frankrijk), NTFR 2010/1208 (met commentaar van J.Th. Sanders), r.o. 25-26, betreffende het verlaagde tarief; HvJ 3 maart 2011, zaak C-41/09 (Commissie/Nederland), conclusie AIG Bot, BNB 2011/144 (met noot van Bijl), eveneens betreffende het verlaagde tarief, en HvJ 10 november 2011, zaken C-259/10 en C-269/10 (The Rank Group), NTFR 2011/2930 (met commentaar van J.Th. Sanders), r.o. 32, betreffende de vrijstelling voor kansspelen.

[47] HvJ 10 november 2011, zaken C-259/10 en C-269/10, NTFR 2011/2930 (The Rank Group; met commentaar van J.Th. Sanders).

[48] HvJ 19 januari 1982, zaak 8/81, Jur. 1981, p. 53, r.o. 28 (Becker); HvJ 3 december 1998, zaak C-381/97, V-N 1999/14.25, r.o. 16-17 (Belgocodex), HvJ 9 september 2004, zaak C-269/03, Jur. 2004, p. I-08067, r.o. 21 (Objekt Kirchberg) en HvJ 12 januari 2006, zaak C-246/04, NTFR 2006/89, r.o. 30-35 (Turn- und Sportunion Waldburg; met commentaar van Van Dongen).

[49] HvJ 23 april 2009, zaak C-357/07, NTFR 2009/1029, r.o. 38 (TNT Post UK; met commentaar van J.Th. Sanders; V-N 2009/21.16) en HvJ 27 februari 2014, zaak C-454/12, NTFR 2014/927, r.o. 55 (Pro Med Logistiek; met commentaar van J.Th. Sanders; V-N 2014/13.19).

Bron: <http://www.ndfr.nl/link/MBB2014-12-01>

Datum: 8-5-2015 10:44:06

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten van deze tekst worden uitdrukkelijk voorbehouden. Deze rechten berusten bij Sdu Uitgevers. Niets uit NDFR mag worden veelevoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.
All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the publisher's prior consent.