

# Een bijdrage van de omzetbelasting aan het vestigingsklimaat: een optie voor belastingheffing van financiële diensten in concernverhoudingen

*drs. W.J. Blokland<sup>1</sup>*

## 1. Inleiding

In het debat over het fiscale vestigingsklimaat staan vaak de directe belastingen centraal. Dat levert met enige regelmaat interessante publicaties op over onder meer de aftrek van deelnemingsrente.<sup>2</sup> De omzetbelasting wordt niet zo vaak genoemd in het kader van het fiscale vestigingsklimaat. Nochtans kan ook de omzetbelasting haar steentje bijdragen aan het fiscale welzijn van ondernemingen op Nederlandse bodem. De invoering van een optie voor belastingheffing van financiële diensten<sup>3</sup> is in dat verband een mogelijkheid. Om er niet direct een heel ingrijpende operatie van te maken, kan gedacht worden aan een optie die beperkt is tot financiële diensten die concernmaatschappijen aan elkaar verrichten. Een dergelijke regeling zou een ‘unique selling point’ van het Nederlandse vestigingsklimaat kunnen zijn en zou voor met name houdster- en concernfinancieringsmaatschappijen vestiging in Nederland aantrekkelijker kunnen maken. Bijzonder prettig is daarnaast dat de Europese Btw-richtlijn (hierna: ‘Btw-richtlijn’) het invoeren van een optie voor belastingheffing van financiële diensten, die in beginsel vrijgesteld zijn, toestaat.<sup>4</sup> Een gang naar Brussel voor wijziging van de Btw-richtlijn is dus niet vereist.

In deze bijdrage wordt de gedachte voor een beperkte optie voor belastingheffing van financiële diensten op hoofdlijnen uitgewerkt. Daarvoor wordt eerst stilgestaan bij de argumenten voor invoering van een dergelijke optie, te weten het paradoxale effect van vrijstellingen in de omzetbelasting en de gevolgen daarvan voor concerns. Daarna komen de contouren van een optie voor belastingheffing aan bod, gevolgd door Europeesrechtelijke aandachtspunten en enige afsluitende opmerkingen.

---

1 Wouter Blokland is als onderzoeker verbonden aan de Vrije Universiteit te Amsterdam en werkzaam als btw-adviseur bij PwC te Utrecht.

2 Zie bv. J.W. Bellingwout, ‘Bosal-mania’, *WFR* 2011/1008.

3 Het betreft de diensten waarvoor op grond van art. 11 lid 1 onderdelen i en j Wet OB 1968 een vrijstelling van omzetbelasting geldt. Zie ook art. 135 lid 1 onderdelen b tot en met g Btw-richtlijn.

4 Zie art. 137 van Richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde (*PbEU* 2006, L347/1), zoals laatstelijk gewijzigd door Richtlijn 2010/88/EU van de Raad van 7 december 2010 (*PbEU* 2010, L326/1).

## 2. Het paradoxale effect van vrijstellingen in de omzetbelasting

### 2.1. De paradox van de btw

Voor een goed begrip van de argumenten om een optie voor belastingheffing in te voeren is vooreerst van belang om ervan bewust te zijn dat vrijstellingen van omzetbelasting lang niet altijd gunstig zijn voor de betrokkenen. Integendeel: bij prestaties tussen ondernemers bestaat een grote kans dat vrijstellingen leiden tot een hogere verschuldigdheid van omzetbelasting. Dit wordt ook wel de paradox van de btw genoemd. De oorzaak van de paradox is gelegen in de keerzijde van vrijstellingen, namelijk dat zij het recht op aftrek van voorbelasting beperken van de ondernemer die vrijgesteld presteert.<sup>5</sup> Die ondernemers moeten daarom bij inkopen betaalde voorbelasting tot hun kostprijs rekenen. Dit hoeft evenwel geen bezwaar te zijn als zij aan particulieren presteren. Het voordeel van geen verschuldigdheid van belasting over de omzet zal dan immers vaak het nadeel van niet-aftrekbare voorbelasting overstijgen. De situatie is anders bij vrijgestelde prestaties aan afnemers die ondernemer in de zin van de omzetbelasting zijn en volledig recht op aftrek van voorbelasting hebben. Dan leidt het achterwege blijven van de verschuldigdheid van belasting over de omzet niet tot een voordeel (immers, die belasting zou aftrekbaar zijn geweest), maar blijft de beperking van het recht op aftrek van voorbelasting bij de presterende ondernemer wel een nadeel.<sup>6</sup>

De beperking van het recht op aftrek van voorbelasting kan bij transacties tussen ondernemers tot cumulatie van belasting leiden. Dat staat op gespannen voet met de grondgedachte van het unitaire btw-stelsel, dat de aan het einde van de productie- en distributieketen verschuldigde omzetbelasting strikt evenredig zou moeten zijn aan de prijzen die consumenten betalen.<sup>7</sup> De totaal verschuldigde omzetbelasting voor een televisie die de consument koopt voor 476 euro behoort bijvoorbeeld altijd 76 euro te zijn (19/119<sup>e</sup> van 476 euro). De strikte evenredigheid gaat teniet als zich ergens in de productie- en distributieketen van de televisie een vrijgestelde prestatie voordoet. Een bedrag aan niet-aftrekbare voorbelasting zal dan onzichtbaar in de prijs van de televisie begrepen zijn. Twee nadere observaties zijn dan te maken. In de eerste plaats bedraagt de per saldo door de staat ontvangen omzetbelasting voor (het verbruik van) de televisie meer dan 76 euro. Hoeveel meer hangt van de omstandigheden van het geval af. In de tweede plaats heeft zich een 'tax-on-tax-effect' voorgedaan. Dat hangt samen met de omstandigheid dat een rationeel handelende ondernemer al zijn kosten, waaronder niet-aftrekbare voorbelasting, zoveel mogelijk probeert af te wentelen op zijn afnemers. Zijn die afnemers ondernemers, dan zullen die op hun beurt proberen om ook hun hogere kostprijs weer te verdisconteren in hun prijzen. Zodoende moet aangenomen worden dat in de prijs exclusief belasting die

5 Een uitzondering geldt voor het verrichten van financiële diensten aan afnemers buiten de EU. Zie art. 15 lid 2 onderdeel c Wet OB 1968.

6 Zie ook M.E. van Hilten, *Over de neutraliteit van de omzetbelasting* (oratie Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2010, p. 29-30.

7 Zie art. 1 lid 2 Btw-richtlijn.

de consument betaalt voor de televisie een element ‘spookbelasting’ is verborgen.<sup>8</sup> Bij de verschuldigdheid van belasting over die spookbelasting doet zich cumulatie van belasting in de meest zuivere vorm voor.

### 2.2. *De paradox in concernverhoudingen*

Bij concerns die aan derden uitsluitend belast presteren ligt op het eerste gezicht volledige aftrek van voorbelasting voor de hand. Toch is ook voor dergelijke concerns de hiervoor beschreven paradox van de btw een factor om rekening mee te houden. Zo komt het regelmatig voor dat onderdelen van concerns vrijgestelde financiële diensten onderling verrichten. Althans, het zijn vooral vaak houdster- en concernfinancieringsentiteiten die aan andere concernonderdelen dergelijke diensten verlenen. Het kan daarbij gaan om kredietverlening, maar ook garantstellingen, handelingen betreffende effecten en handelingen betreffende overmakingen komen voor. Het gevolg van het verrichten van vrijgestelde financiële diensten is in beginsel een beperking van het recht op aftrek van voorbelasting bij de presterende concernentiteit en een component aan niet-aftrekbare voorbelasting die gaat behoren tot de kostprijs voor belaste goederenleveringen en diensten van het concern. Dit is alleen anders als de afnemende concernentiteiten buiten de EU zijn gevestigd. De Wet op de omzetbelasting 1968 staat in die situaties bij wijze van uitzondering toch recht op aftrek van voorbelasting toe voor vrijgestelde financiële diensten.<sup>9</sup>

Afhankelijk van de omstandigheden zijn onder de huidige wetgeving diverse alternatieven denkbaar om het nadeel van niet-aftrekbare voorbelasting binnen concerns te mitigeren. Te denken valt aan het omleiden van financiële diensten via een buiten de EU gevestigde entiteit. Bij concerns die enkel uit in Nederland gevestigde entiteiten bestaan, kan verder de vorming van een fiscale eenheid een mogelijkheid zijn.<sup>10</sup> Uit het oogpunt van de omzetbelasting zeer doeltreffend kan ook het buiten de EU vestigen van de houdster- of concernfinancieringsentiteit zijn.

### 2.3. *Onwenselijkheid van de paradox in concernverhoudingen*

Dat houdster- en concernfinancieringsentiteiten zich vanwege het ontbreken van volledig recht op aftrek van voorbelasting buiten Nederland vestigen, kan op zichzelf genomen al onwenselijk genoemd worden. Het aantal gevallen waarin de niet-aftrekbaarheid van voorbelasting werkelijk leidt tot emigratie of het niet vestigen van een entiteit in Nederland is echter niet of zeer lastig in te schatten. Omdat het financiële impact heeft, is het reëel om te veronderstellen dat het ontbreken van volledig recht op aftrek van voorbelasting een rol speelt bij vestigingsbeslissingen van bedrijven. Ook kan een zeker gevoel van onrechtvaardigheid een rol spelen. Vooral Amerikanen lijken het weleens opmerkelijk te vinden dat omzetbelasting bij bedrijven aan de

---

<sup>8</sup> De term ‘spookbelasting’ is dankbaar geleend van M.E. van Hilten, a.w., p. 29 e.v.

<sup>9</sup> Zie art. 15 lid 2 onderdeel c Wet OB 1968.

<sup>10</sup> Zie art. 7 lid 4 Wet OB 1968.

inkoopzijde een kostenpost vormt (ooit is mij in dit verband de uitspraak “VAT is a communist plot” ingefluisterd).

Een ander aspect is dat de omzetbelasting zo min mogelijk van invloed zou moeten zijn op de wijze waarop een onderneming is georganiseerd.<sup>11</sup> Zo lijkt het wegemen van de prikkel om ondernemingen te concentreren een belangrijke reden te zijn geweest om het huidige btw-stelsel te verkiezen boven een cumulatief omzetbelastingstelsel, zoals Nederland dat voor 1969 had.<sup>12</sup> Dat neemt niet weg dat het ook onder de huidige Nederlandse omzetbelastingregelgeving gunstiger kan zijn om een onderneming in één entiteit te concentreren dan om verschillende functies, in het bijzonder financieringsfuncties, onder te brengen in afzonderlijke entiteiten. Opmerkelijk is ook dat een EU-concern<sup>13</sup> onder omstandigheden slechter af is dan een concern dat dezelfde activiteiten ontplooit en zuiver nationaal is georganiseerd. Dat staat op gespannen voet met de doelstellingen op het gebied van de interne markt. Het onderscheid ontstaat doordat een concern dat enkel uit in Nederland gevestigde vennootschappen bestaat vaak een fiscale eenheid kan vormen. Onderlinge prestaties van de onderdelen van de fiscale eenheid zijn voor de heffing van omzetbelasting irrelevant en beïnvloeden daarom niet het recht op aftrek van voorbelasting. Een fiscale eenheid kan echter alleen bestaan tussen in dezelfde lidstaat gevestigde ondernemers.<sup>14</sup> Een EU-concern kan daarom geen fiscale eenheid vormen. Evenmin biedt voor dergelijke concerns de uitzondering voor financiële diensten verricht aan afnemers buiten de EU soelaas.

### 3. Gevolgen en contouren van een optie voor belastingheffing

#### 3.1. *Gevolgen van een optie voor belastingheffing*

De oplossing bij uitstek om het paradoxale effect van de financiële vrijstellingen binnen concerns tegen te gaan, is deze vrijstellingen niet toepassen. Belastingheffing leidt immers tot recht op aftrek van voorbelasting. Een mogelijkheid om tot belastingheffing te komen, is belastingplichtigen het recht te verlenen om voor belastingheffing te opteren. Een optierecht zorgt er bovendien voor dat belastingplichtigen de vrijstelling kunnen blijven toepassen in situaties waarin dit toch gunstiger is. Dat kan in het bijzonder zo zijn als het concern ook aan derden in niet onbetekenende mate vrijgestelde prestaties verricht.<sup>15</sup>

11 De mate van verbruik, waar de belasting bij wil aansluiten, hangt immers uiteindelijk niet af van de wijze waarop ondernemingen in de productie- en distributieketen georganiseerd zijn.

12 Zie bv. *Rapport van het fiscaal en financieel comité* (Neumark-rapport), 1962, p. 47.

13 Met een EU-concern wordt een concern bedoeld met entiteiten in verschillende EU-landen. De entiteit die financiële diensten verricht is in het kader van deze bijdrage in Nederland is gevestigd.

14 Opgemerkt zij dat in uitzonderlijke gevallen een in het buitenland gevestigde vennootschap ook onderdeel kan zijn van een Nederlandse fiscale eenheid voor de omzetbelasting. Vereist is dat de buitenlandse vennootschap een vaste inrichting in Nederland heeft. Zie HR 14 juni 2002, *BNB* 2002/287 m.nt. M.E. Van Hilten. De Btw-richtlijn staat lidstaten niet toe om een grensoverschrijdende fiscale eenheid in te voeren, zie art. 11 Btw-richtlijn.

15 Bijvoorbeeld de bancaire sector heeft er belang bij dat op door banken uitbestede diensten een vrijstelling van omzetbelasting van toepassing is. Zie in dit verband *Met hoofdkantoren naar de top. Actie-agenda ter versterking*

Hoewel het in grensoverschrijdende situaties effectief vaak niet mogelijk zal zijn om voor belastingheffing te opteren, hoeft dit niet in de weg te staan aan het bereiken van het beoogde resultaat (aftrek van voorbelasting). De reden dat een optie voor belastingheffing in grensoverschrijdende situaties vaak niet mogelijk zal zijn, is dat financiële diensten verricht aan in het buitenland gevestigde entiteiten/ondernemers voor de heffing van omzetbelasting niet in Nederland plaatsvinden. B2B-diensten<sup>16</sup> worden in beginsel namelijk daar geacht te zijn verricht, waar de afnemer is gevestigd. Als financiële diensten niet in Nederland plaatsvinden, is een keuze voor belastingheffing daarvan in Nederland uiteraard niet aan de orde. Dat neemt niet weg dat wel recht op aftrek van voorbelasting kan bestaan voor de in Nederland gevestigde entiteit die dergelijke diensten verricht. Daarvoor is volgens bestendig beleid vereist dat aannemelijk is dat voor belastingheffing zou zijn gekozen als de dienst in Nederland had plaatsgevonden en dat, indien mogelijk, in het buitenland geopteerd wordt voor belastingheffing.<sup>17</sup>

Opgemerkt zij wel dat een optie voor belastingheffing niet alle holdingproblematiek oplost. Als bijvoorbeeld een houdsterentiteit alleen aandelen houdt en geen prestaties tegen vergoeding verricht, dan is zij niet belastingplichtig en heeft zij geen recht op aftrek van voorbelasting.<sup>18</sup> Een optie voor belastingheffing van financiële diensten verandert daaraan niets.<sup>19</sup>

### 3.2. *Beperking van de optie tot financiële prestaties binnen concerns*

Het principe van een optie voor belastingheffing is op zich niet ingewikkeld en bestaat bovendien al voor diverse handelingen in de sfeer van het onroerend goed.<sup>20</sup> De wens om het optierecht te beperken tot financiële diensten die binnen concerns worden verricht, maakt de vormgeving van het optierecht echter iets lastiger. Vooral een goede definitie van een concern is belangrijk.<sup>21</sup>

Het ligt voor de hand om voor de definitie van een concern aan te sluiten bij de bestaande voorwaarden voor een fiscale eenheid, maar dan zonder de territoriale beperking. Dit betekent dat entiteiten die in financieel, organisatorisch en economisch opzicht nauw verweven zijn een concern vormen en kunnen opteren voor btw-heffing van financiële diensten die zij aan elkaar verrichten. Wel is het zo dat

---

van het vestigingsklimaat, de acquisitie en het behoud van internationale bedrijven en talenten (rapport Topteam hoofdkantoren), juni 2011, p. 33.

16 B2B staat voor business-to-business, oftewel van de ene ondernemer aan de andere ondernemer. Zie art. 6 lid 1 Wet OB 1968.

17 Besluit van 25 november 2011, nr. BLKB 2011/641M, *Stert.* 2011, 21 834, onderdeel 7. Dit onderdeel vervangt het besluit van 22 januari 1996, nr. VB 95/3667. Zie hierover ook: J. Swinkels, 'Tax Neutrality and Cross-Border Services', *International VAT Monitor* 2005, p. 95-96.

18 Zie o.a. HvJ EG 20 juni 1991, nr. C-60/90, *FED* 1991/633 (*Polysar*), HvJ EG 12 juli 2001, nr. C-102/00, *BNB* 2002/182 (*Welthgrove*) en HvJ EG 28 oktober 2009, nr. C-29/08, *BNB* 2010/251, r.o. 28 (*AB SKF*).

19 Overigens kan een houdsterentiteit die moeit in het beheer van haar dochterondernemingen zonder ondernemer te zijn (vooral nog) deel uitmaken van een fiscale eenheid. Zie Resolutie van 19 februari 1991, nr. VB91/347, onderdeel 8.

20 Zie art. 11 lid 1 onderdeel a ten tweede en onderdeel b ten vijfde Wet OB 1968.

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

de voorwaarden voor de fiscale eenheid btw in de praktijk soms tot complicaties leiden, vooral het vaststellen van de verwevenheid in economisch opzicht. Die complicaties zouden dan ook gaan gelden voor de optie voor belastingheffing. Een alternatief om die complicaties te vermijden is om alleen overheersende zeggenschap te eisen.<sup>22</sup> Een dergelijk criterium voorkomt niet alleen dat getoetst moet worden of economische verwevenheid aanwezig is, maar brengt ook mee dat de optie voor belastingheffing in meer gevallen aan bod kan komen. Daarvoor valt het nodige te zeggen, vanuit de gedachte dat dit in meer gevallen cumulatie van belasting voorkomt.

### 3.3. *Wenselijkheid van nadere beperkingen*

De bijzondere positie van vooral banken en de mogelijkheid van oneigenlijk gebruik zouden aanleiding kunnen zijn om nadere beperkingen aan het optierecht te stellen. Wat betreft de positie van banken is de vraag of wenselijk zou kunnen zijn om hen van de optie voor belastingheffing uit te sluiten om verstoringen van de mededinging te voorkomen. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin een bank financiële diensten verricht aan een aannemingsbedrijf waarmee zij tijdelijk een concern vormt. Het aannemingsbedrijf presteert uitsluitend belast, hetgeen opteren voor belastingheffing gunstig maakt. Een spanningsveld doemt dan op. Enerzijds gaan voor het wel toestaan van een optie voor belastingheffing alle eerder genoemde argumenten op. Anderzijds zou het aannemingsbedrijf van een bank tegen gunstiger voorwaarden toegang krijgen tot bancaire diensten dan andere aannemingsbedrijven die niet behoren tot een concern met een bank. Hoewel een aannemingsbedrijf binnen een ander concern ook met een optie voor belastingheffing financiële diensten kan afnemen, zal zo een ander concern nog altijd wel extern bancaire diensten moeten inkopen. Bij die externe inkoop zou een optie voor belastingheffing niet mogelijk zijn, waardoor zij in hun kosten voor bancaire diensten altijd te maken hebben met een element van spookbelasting (door de bank afgewentelde niet-aftrekbare voorbelasting). Bij een dochteronderneming van een bank valt deze spookbelasting weg als de bank kan opteren voor belastingheffing.

Het opkloppen van het pro rata (de mate van aftrekrecht berekend op basis van omzetverhoudingen) zou oneigenlijk gebruik van het optierecht kunnen zijn. Te denken valt aan de situatie dat een ziekenhuis een dochtervennootschap heeft die uitsluitend belast presteert en een kredietbehoefte heeft. De dochtervennootschap kan daarvoor zelf rechtstreeks een krediet bij de bank aantrekken. Als een optierecht voor belastingheffing bestaat zou het echter gunstiger kunnen zijn om het ziekenhuis tussen te schakelen. Het ziekenhuis leent dan bij de bank en opteert voor belastingheffing bij het doorlenen aan de dochtervennootschap. Dat zorgt ervoor dat

---

<sup>22</sup> Van de ene entiteit over de andere of van een derde entiteit over beide bij de financiële dienstverlening betrokken entiteiten.

de belaste omzet van het ziekenhuis toeneemt, het pro rata hoger wordt en dat het ziekenhuis meer voorbelasting mag aftrekken.<sup>23</sup>

Hoewel het werkelijke belang van beide vraagstukken wellicht meevalt, zou daarin niettemin een aanleiding gezien kunnen worden voor verdere beperkingen aan het optierecht. Een mogelijkheid is om te eisen dat degene die de financiële dienst binnen concern verricht niet in substantiële mate vrijgestelde prestaties aan derden mag verrichten. Vanuit het oogpunt van eenvoud verdient het echter de voorkeur om zoveel mogelijk af te zien van beperkingen van een optierecht.<sup>24</sup>

#### 3.4. Voorwaarden

Behalve beperkingen aan het optierecht, zijn ook voorwaarden voor de uitoefening daarvan wenselijk. Als voorbeeld kunnen de voorwaarden dienen die gelden voor de bestaande optie voor belastingheffing bij handelingen in de sfeer van het onroerend goed. Zo zou als voorwaarde kunnen gelden 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, al dan niet om de rechtszekerheid te bevorderen.

### 4. Europeesrechtelijke aandachtspunten

#### 4.1. *La liberté est le droit de faire tout ce que la directive et le traité permettent*<sup>25</sup>

Artikel 137 is de bepaling uit de Btw-richtlijn die lidstaten toestaat om belastingplichtigen het recht verlenen om voor belastingheffing te kiezen ter zake van financiële prestaties en ter zake van diverse handelingen in de sfeer van het onroerend goed. Naar blijkt uit artikel 137 is het de lidstaten toegestaan om de omvang van het keuzerecht te beperken en om voorwaarden eraan te stellen. De mogelijkheid om beperkingen en voorwaarden te stellen is echter geen carte blanche voor lidstaten om elke regeling in te voeren die hen goed dunkt. De belangrijkste spelregels vanuit Unierechtelijk perspectief zijn de inachtneming van de fiscale neutraliteit en het verbod op ongeoorloofde staatssteun van artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

---

23 Het is overigens denkbaar dat de rente-inkomsten bij het ziekenhuis zijn aan te merken als inkomsten uit bijkomstige financiële handelingen. Op grond van art. 174 lid 2 onderdeel c Btw-richtlijn behoren dergelijke inkomsten niet meegenomen te worden in de berekening van het pro rata. Nederland heeft echter de betreffende bepaling uit de Btw-richtlijn niet geïmplementeerd in de nationale wetgeving. Daarnaast lijkt van bijkomstige financiële handelingen niet snel sprake te zijn, in het bijzonder niet als de rente-inkomsten ten opzichte van de overige inkomsten de overhand krijgen. Zie ook: M.E. van Hilten in haar noot bij HvJ EG 29 april 2004, nr. C-77/01, *BNB* 2004/285 (*EDM*).

24 Bij het stellen van nadere beperkingen is het zinvol om extra aandacht te besteden aan het verbod op staatssteun. Zie hierover hierna onderdeel 4.3.

25 Vrij naar Montesquieu, *De l'esprit des lois*: "La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent" (Vrijheid is het recht om alles te doen wat de wet toestaat).

#### 4.2. Fiscale neutraliteit

De neutraliteit van de omzetbelasting is bij uitstek een relatieve aangelegenheid en betreft daarom altijd bepaalde verhoudingen.<sup>26</sup> Daarbij geldt dat neutraler in de ene verhouding minder neutraal in een andere verhouding kan betekenen. Dat geldt mogelijk ook voor een optie voor belastingheffing van financiële diensten binnen concernverband. Een optie voor belastingheffing kan bijvoorbeeld effectief cumulatie van belasting tegengaan en in dat opzicht bijdragen aan wat de juridische neutraliteit genoemd wordt. Anderzijds differentieert een beperkt optierecht naar de omstandigheden die zich voordoen bij het verrichten van een financiële dienst, terwijl de aard van de dienst niet wezenlijk hoeft te verschillen. Dat is misschien weer niet zo neutraal.

Het Hof van Justitie lijkt in zaken waarin een beperkte implementatie van kan-bepalingen uit de Btw-richtlijn aan de orde is vooral waarde te hechten aan neutraliteit op het gebied van de mededinging. Het is lidstaten volgens het Hof van Justitie uit het oogpunt van de mededingingsneutraliteit namelijk niet toegestaan om kan-bepalingen zodanig te implementeren dat een verschillende behandeling van soortgelijke goederen of diensten voor de toepassing van de omzetbelasting ontstaat.<sup>27</sup> Daarbij heeft het Hof van Justitie recent geoordeeld dat voor een schending van de neutraliteit in deze zin niet vereist is dat goederen of diensten met elkaar concurreren en dat dus daadwerkelijk een verstoring van de mededinging aan de orde is. Uit eerdere rechtspraak had wellicht nog wel kunnen worden afgeleid dat een schending van de neutraliteit daadwerkelijke concurrentie vereist is.<sup>28</sup> De (soort)gelijkheid van diensten brengt volgens het Hof schijnbaar automatisch met zich mee dat ze met elkaar concurreren.

Op het eerste gezicht lijkt met deze uitleg van het neutraliteitsbeginsel weinig ruimte te bestaan om belastingplichtigen enkel binnen concernverhoudingen het recht te verlenen om financiële diensten in de belastingheffing te betrekken. Hoewel de ene lening de andere lening niet hoeft te zijn, is goed denkbaar dat een externe lening vrij (soort)gelijk is aan een lening binnen concern. Toch ligt het genuanceerder. Het Hof van Justitie heeft namelijk ook geoordeeld dat lidstaten een ruime beoordelingsmarge toekomt bij de implementatie van een optie voor belastingheffing in hun nationale wetgeving en dus bij het stellen van beperkingen daaraan.<sup>29</sup> De waarde van dit oordeel zou beperkt zijn als de verplichting bestond voor lidstaten om soortgelijke handelingen zonder meer hetzelfde te behandelen. Als dat zo zou zijn, dan moeten

26 In dezelfde zin o.a. J. Reugebrink, *Enkele beschouwingen over de neutraliteit van de omzetbelasting* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1965 en M.E. van Hilten, a.w., p. 9 e.v.

27 Zie o.a. HvJ 11 oktober 2001, nr. C-267/99, *Jur.* 2001, p. I-07467, r.o. 36 (*Adam*); HvJ 12 januari 2006, nr. C-246/04, *NTFR* 2006/89, r.o. 30-35 (*Turn- und Sportunion Waldburg*); HvJ 6 mei 2010, nr. C-94/09, *NTFR* 2010/1208, r.o. 25-26 (*Commissie/Frankrijk*); HvJ 3 maart 2011, nr. C-41/09, *BNB* 2011/144 (*Commissie/Nederland*) en HvJ 10 november 2011, nrs. C-259/10 en C-269/10, *NTFR* 2011/2930, r.o. 32 (*The Rank Group*).

28 HvJ 10 november 2011, nrs. C-259/10 en C-269/10, *NTFR* 2011/2930, r.o. 33 e.v. (*The Rank Group*).

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



bijvoorbeeld ook gereede twijfels bestaan of de beperkingen aan de bestaande optie voor belastingheffing bij de levering en verhuur van onroerend goed zijn toegestaan. Daarbij geldt als belangrijkste voorwaarde dat de koper of huurder het onroerend goed gebruikt voor doeleinden waarvoor hij voor ten minste negentig percent recht op aftrek van voorbelasting heeft. Bij de levering van een kantoorpand aan een koper met 91 percent recht op aftrek van voorbelasting kan dus geopteerd worden voor btw-heffing, terwijl dat bij een koper met 89 percent recht op aftrek niet mogelijk is. Dit doet echter niets af aan de omstandigheid dat de verkoper in beide situaties dezelfde handeling verricht.

Hoewel het voorgaande zeker nadere aandacht behoeft, is mijn inschatting dat belangrijker is of een optierecht al dan niet een nadeel vormt voor externe aanbieders van financiële diensten, zoals banken. Enig effect is uiteraard nooit uit te sluiten, maar reden voor optimisme is dat het aantrekken van externe financiering binnen concerns in veel gevallen centraal geschiedt of in elk geval op centraal niveau gecoördineerd wordt. Door een optierecht voor belastingheffing van financiële diensten binnen concerns is dan ook denkbaar dat de externe financieringsbehoefte van concerns niet substantieel wijzigt. Dit zou betekenen dat banken en andere verschaffers van externe financiering geen significant nadeel zullen ondervinden.

#### 4.3. Staatssteun

Naast fiscale neutraliteit speelt het verbod op staatssteun. Als Nederland een optie voor belastingheffing invoert voor financiële diensten die binnen concernverband worden verricht, leidt dat tot een financieel voordeel (aftrek van voorbelasting) voor met name in Nederland gevestigde houdster- en concernfinancieringsentiteiten. De vraag is of dit voordeel als verboden staatssteun kan kwalificeren. De financiering van dit financiële voordeel vindt namelijk vanwege de staat plaats en is aan de staat toerekenbaar (voorwaarde 1 voor staatssteun) en een beïnvloeding van de handel tussen lidstaten lijkt vervolgens vrij snel aangenomen te moeten worden (voorwaarde 2).<sup>30</sup> Of de begunstiging selectief genoeg is om van staatssteun te spreken, kan echter betwijfeld worden (voorwaarde 3), evenals of sprake is van voldoende verstoring van de mededinging (voorwaarde 4).

Met name de aanwezigheid van selectiviteit is twijfelachtig. Als steunmaatregelen voortvloeien uit de aard en opzet van het systeem waarvan de maatregelen deel uitmaken, dan zijn de maatregelen niet selectief.<sup>31</sup> In de literatuur is gesteld dat alle maatregelen die passen binnen de kaders van de Btw-richtlijn inderdaad voortvloeien uit de aard en opzet van het systeem.<sup>32</sup> Als dat zo is, dan is verboden staatssteun

30 Vgl. 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), Amsterdam: IBFD 2011, p. 309-310.

31 Zie bijvoorbeeld punt 70 van de conclusie van A-G Sharpston in de zaak *Sandra Puffer* van 11 december 2008 (nr. C-460/07) en HvJ 29 april 2004, nr. C-308/01, *Jur.* 2004, p. I-04777, r.o. 72 (*GIL Insurance*).

32 B. Terra, a.w., 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), Deventer: Kluwer 2011, p. 130-131.

geheel niet aan de orde, mits een optie voor belastingheffing van financiële diensten binnen concernverband verenigbaar is met het beginsel van fiscale neutraliteit.

Het zou ook genuanceerder kunnen liggen, in de zin dat ook maatregelen die blijven binnen de kaders van de Btw-richtlijn staatssteun op kunnen leveren. Voor die situaties is een beschikking van de Europese Commissie over de voorgestelde 'groepsrentebox' in de Nederlandse vennootschapsbelasting interessant.<sup>33</sup> De groepsrentebox is een maatregel waardoor rente die wordt betaald binnen een groep van entiteiten (lees: een concern) tegen een gereduceerd tarief belastbaar en aftrekbaar zal worden voor de vennootschapsbelasting. Hierdoor zal een entiteit die aan een gelieerde entiteit een lening verstrekt een fiscaal voordeel genieten.<sup>34</sup> Een niet gelieerde bank, die dezelfde lening zou kunnen verstrekken, heeft dat voordeel niet. De vraag, waarop de Commissie in haar beschikking uitgebreid ingaat, is of hier een specifieke begunstiging aan de orde is. Die vraag beantwoordt de Commissie ontkennend, omdat de groepsentiteit en de bank om meerdere redenen niet in een soortgelijke situatie verkeren bij het verstrekken van de lening.<sup>35</sup> De indruk ontstaat dat de Commissie daarvoor centrale zeggenschap binnen de groep over financiering van tot de groep behorende entiteiten belangrijk acht.<sup>36</sup> Ook zijn de voorwaarden van de groepsrentebox niet zodanig dat slechts een zeer beperkt aantal ondernemingen kan profiteren.<sup>37</sup> De Commissie komt daarom tot de conclusie dat de groepsrentebox geen verboden staatssteun inhoudt.

Dezelfde redenering zou mijns inziens kunnen worden gevolgd voor een optie voor belastingheffing van financiële diensten in concernverband. Dat zou betekenen dat de optie niet specifiek is en daarom geen verboden staatssteun oplevert.

## 5. Afsluitende opmerkingen

Het is naar mijn mening zeker de moeite waard om een optie voor belastingheffing van financiële diensten in concernverband nader te onderzoeken. Daarmee kan de btw namelijk haar steentje bijdragen aan de aantrekkelijkheid van Nederland als vestigingsland voor met name houdster- en concernfinancieringsentiteiten. Afgezien van het vestigingsklimaat kan een optierecht bijdragen aan het wegnemen van enige

---

33 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, L288/26), punt 83 e.v. Zie over deze beschikking: R.H.C. Luja, 'De groepsrenteboxbeschikking: onbedoeld te gunstig?', *WFR* 2009/1067.

34 Aan de orde is overigens geweest de vraag of de beoordeling van een begunstiging op het niveau van de groep zou moeten plaatsvinden. De Commissie heeft deze vraag ontkennend beantwoord, zie punten 77-82.

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

36 Zie punten 98-101.

37 Dit was anders bij het voormalige CFA-regime. Dit was een begunstigende regeling voor concernfinancieringsactiviteiten, waarbij de voorwaarden zodanig waren dat slechts een zeer beperkt aantal ondernemingen (87) er feitelijk gebruik van kon maken. Zie Beschikking van de Commissie van 17 februari 2003 betreffende de door Nederland ten uitvoer geleide steunmaatregel ten gunste van internationale financieringsactiviteiten (2003/515/EG) (*PbEU* 2003, L180/52).

scherpe randjes van de huidige omzetbelastingwetgeving in Nederland. Het blijft immers vreemd dat onderdelen van concerns, die als geheel aan derden uitsluitend belast presteren, thans te maken kunnen krijgen met een beperking van het recht op aftrek van voorbelasting als zij intern (vrijgestelde) financiële diensten verrichten. De optie voor belastingheffing kan een effectief instrument zijn om het paradoxale effect van de vrijstellingen die dit veroorzaken weg te nemen. De belangrijkste te nemen juridische hobbel lijkt het beginsel van fiscale neutraliteit te zijn, zoals opgevat door het Hof van Justitie tot dusver. Onoverkomelijk hoeft deze hobbel zeker niet te zijn, omdat significante verstoringen van de mededinging niet voor de hand liggen. Het verbod op staatssteun lijkt ook overkomelijk, mede gelet op de beschikking van de Europese Commissie over de groepsrentebox.

Een punt ten slotte, dat onbesproken is gebleven, maar ter afsluiting toch kort aangestipt moet worden, zijn de mogelijke gevolgen voor 's-Rijks schatkist. Hoewel het buiten het kader van deze bijdrage valt om die gevolgen te becijferen, lijkt het mij niet op voorhand zeker dat op lange termijn een substantiële daling van de totale belastinginkomsten het gevolg is. Daarvoor is enerzijds de omvang van de regeling te beperkt en moet anderzijds rekening gehouden worden met mogelijke positieve effecten op de inkomsten uit directe belastingen. Overwegingen van begrotingstechnische aard zijn daarom geen reden om de beschreven optie voor belastingheffing, en daarmee een bijdrage van de btw aan het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat, bij voorbaat af te wijzen.