



BTW-bulletin, nummer 2, 2011

Btw-ontwijkende structuren door financiële instellingen: willen we roomser dan de paus zijn?

mr. R. Vos

Still confused, but on a higher level: HvJ-arrest in de zaak Euro Tyre

drs. E.P.A. Brakeboer

Eindexamen? Btw-vrijstelling beroepsonderwijs wederom vervolgd

Ed van den Elsen en Pieter Bouwhuis

Afwikkeling bezwaarschriften BUA

Ed van den Elsen

Actualiteiten

Btw-ontwijkende structuren door financiële instellingen: willen we roomser dan de paus zijn?

11

In maart 2010 is in *Het Financieele Dagblad* uitgebreid aandacht besteed aan het ontlopen van btw door financiële instellingen. Het gaat daarbij vooral om de inkoop van diensten via onder andere Zwitserland. Deze publicaties hebben tot Kamervragen geleid en zijn voor het Ministerie van Financiën aanleiding geweest om een nader onderzoek in te stellen bij financiële instellingen. Op 22 december 2010 heeft de Staatssecretaris van Financiën de uitkomsten van dit onderzoek aan de Tweede Kamer gepresenteerd. De staatssecretaris is van mening dat de belastingdienst geen mogelijkheden heeft om corrigerend op te treden bij centrale inkoop vanuit het buitenland als sprake is van een reële opzet en waarbij niet-fiscale maar commerciële overwegingen leidend zijn. Recente jurisprudentie van het Hof van Justitie laat ook zien dat btw-planning op zich is toegestaan. Een financiële instelling hoeft van het HvJ dus niet 'roomser dan de paus' te zijn. Wel doet een financiële instelling er verstandig aan de beslissing om voor een btw-vriendelijke oplossing te kiezen te baseren op zowel juridische als reputatierisico's.

Publicatie *Het Financieele Dagblad* in maart 2010

Op onder andere 22 maart 2010 berichtte *Het Financieele Dagblad* (FD) dat door een financiële instelling in Nederland voor vele miljoenen euro's btw wordt ontweken door diensten in te kopen via haar Zwitserse vestiging. Een dergelijke wijze van inkoop wordt in relatie gebracht met de miljarden steun van de Nederlandse overheid aan de bank. Volgens het FD oefent de overheid druk uit op Nederlandse banken die steun hebben ontvangen om omstreden activiteiten af te stoten of te beëindigen. Volgens het FD staat de Zwitserland-route bekend onder de naam 'the Swiss procurement hub', wordt er jarenlang gebruik van gemaakt en is sprake van onethisch gedrag.

Tweede Kamervragen en beantwoording

In reactie op de publicaties in het FD heeft de Minister van EZ Van der Hoeven namens de Minister van Financiën daaraan aandacht besteed in de Tweede Kamer op 23 maart 2010. De minister heeft allereerst aangegeven dat binnen de marges van geheimhoudingsplicht die geldt voor individuele belastingplichtigen op deze kwestie wordt ingegaan en Kamervragen worden beantwoord. Als in het buitenland – of dat nu Zwitserland is of een ander land – een werkelijke economische activiteit is, is sprake van reële transac-

ties en moet je die volgens de minister accepteren. Op de vraag van de heer Tang (PvdA) of er nog meer gevallen bekend zijn heeft de minister aangegeven dat tot nu toe één ander geval – buiten ING – bekend is. De belastingdienst is in dat geval na onderzoek en beoordeling van de feiten niet akkoord gegaan. Er zal ook onderzoek worden gedaan naar andere gevallen. Dat betekent dat, waar dat nodig is, dit aangepakt wordt via naheffing dan wel via aanpassing van de wetgeving. In 2008 heeft volgens de minister ING zelf gemeld dat de inkooproute via Zwitserland was opgezet. Onderzoek is nodig om te bepalen of sprake is van overtreding van regelgeving of een 'gat' in de wetgeving hetgeen volgens de minister maatwerk is. Getoetst moet worden of sprake is van een structuur die als wezenlijk doel heeft een belastingvoordeel te behalen, dan wel of daarvoor andere economische redenen bestaan. Dat laatste kan volgens de minister alleen het geval zijn als verkoopactiviteiten in dat andere land plaatsvinden, dus als daadwerkelijk sprake is van een economische activiteit. Een brievenbusmaatschappij of een papieren constructie is daarvoor onvoldoende. Wat de minister hier bedoelt met verkoopactiviteiten is mij niet duidelijk: ook zonder verkoop kan sprake zijn van een reële inkoop.

Weekers (VVD) – toen nog Tweede Kamerlid en thans staatssecretaris – stelt namens de VVD-fractie dat het niet ethisch is wanneer je op het ene moment in 2008 belasting probeert te ontwijken en je vervolgens in datzelfde jaar de hand ophoudt bij de belastingbetaler om een onderneming overeind te houden. Ontwijkroutes moeten volgens hem worden gedicht. Tegelijkertijd moet volgens Weekers Nederland fiscaal aantrekkelijk blijven voor ondernemingen, niet alleen om zich te vestigen maar ook om hun activiteiten te kunnen handhaven. De Minister van EZ is het daar geheel mee eens. Weekers acht belastingontwijking – hoe wettelijk geoorloofd – onwenselijk. Mevrouw Koşer Kaya (D66) vindt het niet zuiver en zeker niet ethisch als je belasting ontwijkt.

De minister kondigt aan dat het onderzoek in ieder geval dit najaar (2010) klaar kan zijn. Bashir (SP): belastingadviseurs vinden blijkbaar mazen in de wet en adviseren daar gebruik van te maken. Bashir verwijst ook naar de Universiteit Utrecht die recent heeft berekend dat multinationals, geholpen door belastingadviseurs, voor meer dan € 10 miljard aan winstbelasting ontwijken. De SP zou het een goede zaak vinden als belastingadviseurs worden verplicht om 'gaten' in de wet aan de belastingdienst te melden. Minister Van der Hoeven voelt daar niet voor omdat belastingadviseurs een eigen taak en een eigen verantwoordelijkheid hebben. Daar sluit ik mij graag bij aan: het moet niet gekker worden! Volgens de minister is het zo dat als aan de hand van concrete gegevens blijkt dat sprake is van reële transacties en van een werkelijke economische activiteit in Zwitserland, je dat zal moeten accepteren, hoe moeilijk dat misschien ook is.

1. Mr. Roelof Vos is als advocaat en belastingadviseur verbonden aan VMW Taxand te Amsterdam.

Mevrouw Sap (GroenLinks) vraagt zich af waarom, als ING deze constructie al in 2008 heeft gemeld, daar dan pas in 2010 – na een publicatie in de pers – onderzoek naar wordt gedaan en krijgt daarop van de Minister van EZ op dat moment geen duidelijk antwoord.

Tweede Kamervragen Bashir en reactie staatssecretaris

Op 25 maart 2010 heeft Bashir van de SP vervolgens vragen gesteld aan de Staatssecretaris van Financiën over vermeende ontwijking van belasting door de DSB bank. De Minister van Financiën De Jager heeft op 14 april 2010 antwoord op deze vragen gegeven.

Fiscale experts waren volgens de staatssecretaris op de hoogte dat de Zwitserland-route/Swiss procurement hub mogelijk was, zeker na een beslissing van het Hof van Justitie (23 maart 2006, C-210/04 (FCE Bank plc)). Tot voor kort was hij echter niet op de hoogte van concrete gevallen.

Het is volgens de staatssecretaris mogelijk btw-constructies te bestrijden met het leerstuk 'misbruik van recht'. Daarvoor is dan wel nodig dat de betrokken transacties ertoe leiden dat a) in strijd met doel van de wetgeving een belastingvoordeel wordt verkregen en b) dat het wezenlijke doel van die transacties erin bestaat dat belastingvoordeel wordt verkregen. De belastingdienst toetst aan de hand van alle feiten en omstandigheden of hiervan sprake is.

De Zwitserland-route werd volgens de staatssecretaris al gebruikt vóór de wijziging van de btw-regelgeving in 2010. Op basis van de toenmalige btw-regels gold al voor vele diensten dat de plaats van die dienst in het land van de afnemer werd gesitueerd. In die zin heeft de recente wetwijziging dus volgens de staatssecretaris geen invloed op de genoemde Zwitserland-route. De jurisprudentie waarnaar wordt verwezen bevatte volgens de staatssecretaris geen oordeel over een Zwitserland-route. De jurisprudentie ziet op het oordeel dat geen sprake is van een dienst in de zin van omzetbelasting tussen een vennootschap en haar vaste inrichting (filiaal) en binnen een fiscale eenheid, waardoor niet aan heffing van btw wordt toegekomen. Dit vormt de basis voor het niet heffen van btw over de diensten van een Zwitserse vaste inrichting aan haar vennootschap in Nederland. Of deze situatie zich ook daadwerkelijk voordoet moet nog blijken uit het onderzoek dat door het Ministerie van Financiën is ingesteld. Nederland maakt volgens de staatssecretaris in art. 6 letter j Wet OB 1968 gebruik van art. 59 bis Btw-richtlijn om geen of dubbele heffing te voorkomen als het werkelijk gebruik en exploitatie in Nederland ligt. Deze bepaling kan worden uitgebreid met ondermeer nagevoeg alle business-to-businessdiensten in geval de plaats van dienst op basis van de hoofdregel buiten de EU is gelegen. Daarbij dient volgens de staatssecretaris te worden bedacht dat door de eis van werkelijk gebruik en exploitatie in Nederland, dit nog steeds duiding van de feiten vergt en niet zonder meer tot heffing in Nederland zal leiden.

Tot nu toe heeft Nederland ervoor gekozen om alleen die diensten daarin op te nemen die vóór de recente wetwijzi-

ging daartoe wel al aanleiding gaven of die diensten die op grond van de richtlijn verplicht hierin dienden te worden opgenomen. Angst om anders het fiscale klimaat voor financiële instellingen te schaden is daarbij, aldus de staatssecretaris, geen overweging geweest.

Vragen Tweede Kamerlid Bashir en reactie staatssecretaris

Tweede Kamerlid Bashir (SP) heeft vervolgens op 23 april 2010 wederom vragen gesteld aan de Minister van Financiën en daarop op 2 juli 2010 van Minister De Jager (Financiën) antwoord gekregen. De staatssecretaris geeft aan dat voor de belastingheffing van individuele belastingplichtigen de inspecteur van de belastingdienst de bevoegde autoriteit is. In 2008 is de inspecteur op de hoogte gesteld van de oprichting c.q. de officiële opening van het 'Global Vendor Management Centre' van ING in Zwitserland. De minister/staatssecretaris is daarover niet geïnformeerd en hij heeft daarvan pas kennis genomen door de publicatie over dit onderwerp in het FD van 22 maart jl.

Op basis van de rechtspraak, te weten het arrest van de Hoge Raad van 14 juni 2002, nr. 35 976, en het arrest van het Hof van Justitie van 23 maart 2006 in de zaak C-210/04 (FCE Bank plc), was het – aldus de staatssecretaris – fiscale experts, ook die op het Ministerie van Financiën, bekend dat de handelingen tussen een in een bepaald land gevestigde ondernemer en een vaste inrichting van die ondernemer in een ander land onder bepaalde omstandigheden geen voor de btw relevante handelingen zijn. Die rechtspraak vormt de basis voor het niet heffen van btw over het doorbelasten van kosten door een Zwitserse vaste inrichting aan het hoofdkantoor van die vennootschap in Nederland. Ook de fiscale experts van het Ministerie van Financiën waren overigens niet van genoemde concrete casus op de hoogte. In het kader van een publicatie in het FD van 22 maart 2010 is informatie ingewonnen bij de belastingdienst. Daaruit kwam naar voren dat in 2008 bij de belastingdienst een geval was voorgelegd waarin sprake zou zijn van inkoop van diensten via een vaste inrichting in Zwitserland.

Kan een convenant met de belastingdienst gehandhaafd blijven, wanneer bewust een route is opgezet met het doel om de belasting te ontwijken? Een convenant tussen een belastingplichtige en de belastingdienst is een afspraak over de wijze en de intensiteit van het toezicht, gebaseerd op begrip, transparantie en wederzijds vertrouwen. Uitgangspunt daarbij is dat een ondernemer alle fiscale risico's in kaart brengt, bij de belastingdienst meldt en de belastingdienst op korte termijn zijn mening hierover geeft. Als een belastingplichtige volledig transparant is en vooraf de fiscaal relevante punten bij de inspecteur op tafel legt, is het opzeggen van een convenant niet aan de orde. Ook niet in gevallen waarin de belastingplichtige en de inspecteur het niet met elkaar eens zijn over de fiscale gevolgen van een bepaald feitencomplex. In een dergelijke situatie kan het geschil uiteindelijk aan de rechter worden voorgelegd. In gevallen waarin een belastingplichtige zich bedient van

fiscaal agressieve structuren en daarin niet (volledig) transparant is, komt de basis van het convenant te vervallen. Overigens past volgens de staatssecretaris niet binnen een convenant dat een belastingplichtige zich bij voortdurende bezighoudt met fiscale grensverkenning.

Het onderzoek dat de belastingdienst uitvoert zal gericht zijn op btw-ontwijkende structuren die leiden tot belastingvoordeel bij (internationaal opererende) financiële instellingen. Dat onderzoek zal zich in de eerste plaats richten op de vraag of sprake is van structuren waarbij via internationale routes btw wordt ontweken. Als dit het geval is zal naar deze structuren een nader feitenonderzoek door de belastingdienst plaatsvinden. Mocht blijken dat een onderzochte financiële instelling gebruikmaakt van structuren die in strijd zijn met doel en strekking van de wet, dan zal de belastingdienst met de leiding van de desbetreffende instelling in overleg treden over de beëindiging van de structuren. Waar nodig zullen structuren worden bestreden en correcties worden aangebracht. Bij het onderzoek zal worden getracht vast te stellen hoeveel financiële instellingen gebruik hebben gemaakt van de in de vraag bedoelde route. Ook zal tijdens het onderzoek aandacht worden besteed aan de signalen die de belastingdienst ontvangt over druk die mogelijk wordt uitgeoefend op toeleveranciers.

Rapportage Staatssecretaris van Financiën Weekers

Op 22 december 2010 heeft Staatssecretaris van Financiën Weekers de Tweede Kamer geïnformeerd (DGB/2010/8308) over de resultaten van het bij financiële instellingen ingestelde onderzoek.

Bij in totaal 24 internationaal opererende financiële instellingen heeft de belastingdienst een onderzoek ingesteld. Uit dit onderzoek is naar voren gekomen dat zes van die financiële instellingen in meer of mindere mate gebruik (hebben) willen maken of gebruik hebben gemaakt van de volgende structuren.

- a de al eerder in de Kamer besproken constructie met inkoop van diensten via een buiten de EU gevestigde vaste inrichting van een in Nederland gevestigde instelling;
- b de constructie met inkoop van diensten van c.q. via een samenwerkingsverband (een zogeheten koepel) van een aantal financiële instellingen welke koepel is gevestigd in een EU-land, dat de btw-vrijstelling voor de diensten van koepels (art. 11 lid 1 letter U Wet OB) niet heeft geïmplementeerd; en
- c de constructie waarbij een financiële instelling bepaalde werkzaamheden wil uitbesteden aan een externe partij, maar daarbij kiest voor het samen met die externe partij oprichten van een speciaal daarvoor bestemde rechtspersoon, die onderdeel gaat uitmaken van de fiscale eenheid waartoe ook de financiële instelling zelf behoort.

De structuur met inkoop via een vaste inrichting van de financiële instelling buiten EU (ad a) is volgens de staatssecretaris toegepast door drie instellingen. Deze instellingen

hebben deze structuur inmiddels beëindigd. Twee andere financiële instellingen overwegen deze structuur te implementeren en te effectueren. De structuur met inkoop via een koepelinstelling in een ander EU-land (ad b) is toegepast door één financiële instelling. Die instelling heeft deze structuur inmiddels beëindigd. Twee andere financiële instellingen overwegen deze structuur te implementeren en te effectueren. Nog één andere financiële instelling heeft deze btw-structuur geïmplementeerd. Zij koopt dus bepaalde diensten in van c.q. via een koepelinstelling maar betaalt ter zake nog wel btw in Nederland. Die structuur is derhalve nog niet geëffectueerd.

Ten slotte wordt de onder (c) bedoelde structuur ('uitbesteding aan een onderdeel van de eigen fiscale eenheid') door één financiële instelling toegepast. Die instelling heeft echter in samenspraak met de belastingdienst besloten deze btw-structuur te beëindigen.

Het financiële belang dat met de verschillende btw-structuren tezamen is (c.q. was) gemoeid wordt geschat op een theoretisch bedrag van circa € 50 miljoen per jaar. De realiteit is overigens dat op dit moment geen enkele btw-ontwijkende inkoopstructuur via het buitenland geëffectueerd wordt. Tijdens de door de belastingdienst ingestelde onderzoeken zijn signalen ontvangen die erop wijzen dat door enkele werknemers van één of meer financiële instellingen uitlatingen zijn gedaan jegens (potentiële) dienstverrichters, die ertoe hebben geleid dat die dienstverrichters druk hebben ervaren om mee te werken aan het toepassen van een btw-structuur in internationaal verband. Daarbij is niet vastgesteld dat die uitlatingen zijn gedaan met instemming van de leiding van de betrokken financiële instelling(en).

Op diensten die belast zijn met btw hoort btw te drukken als deze diensten worden ingekocht en gebruikt door financiële instellingen zonder recht op btw-af trek. Het ontwijken van btw-heffing op de in beginsel met btw belaste inkopen door financiële instellingen acht de staatssecretaris niet acceptabel. De belastingdienst zal deze structuren proberen te bestrijden. Als dergelijke structuren ter goedkeuring aan de inspecteur worden voorgelegd, zal de inspecteur geen zekerheid vooraf verlenen. Het vooraf accorderen van deze structuren is niet mogelijk omdat de fiscale beoordeling van de vereiste 'substance' alleen achteraf kan plaatsvinden. Btw-ontwijkende structuren worden, waar mogelijk, bestreden met toepassing van het leerstuk van misbruik van recht. Het moet dan gaan om structuren die zijn opgezet met het wezenlijke doel om in strijd met doel en strekking van de wettelijke bepalingen een btw-voordeel te verkrijgen.

Als sprake is van een reële opzet waarbij niet fiscale maar commerciële overwegingen leidend zijn geweest om een centrale inkoop niet vanuit het hoofdkantoor maar vanuit een vaste inrichting in een ander land te doen plaatsvinden, dan heeft aldus de staatssecretaris de belastingdienst geen mogelijkheden ter zake corrigerend op te treden. Daarbij geldt uiteraard als voorwaarde dat werkelijk sprake is van een vaste inrichting die wat personeel en deskundigheid betreft zelf in staat is de centrale inkoopfunctie daadwerkelijk te vervullen en moet de vaste inrichting in staat zijn de

diensten te ontvangen en daarvan gebruik te maken. De vaste inrichting zal dus voldoende 'substance' moeten hebben.

Als de bestaande btw-regels onvoldoende mogelijkheden bieden om btw-ontwijkende structuren aan te pakken, zal de staatssecretaris niet aarzelen de btw-regelgeving aan te passen. Daarbij denkt hij aan aanpassing van de regels inzake de plaats van dienst. Enige overkill kan daarbij dan volgens hem niet worden uitgesloten. Volgens de staatssecretaris lopen in EU-verband besprekingen over een nadere toelichting op de uitleg van de Btw-richtlijn waarbij aandacht wordt besteed aan de btw-regels over de plaats van dienst als daarbij een vaste inrichting is betrokken. Nederland ondersteunt het voorstel om de regels voor de plaats van dienst bij gebruik van een vaste inrichting aan te passen. Deze wijziging zou inhouden dat in geval waarin een vaste inrichting wordt gebruikt om diensten via de vaste inrichting buiten de EU zonder btw-heffing te betrekken en het feitelijk gebruik van de diensten in Nederland plaatsvindt alsnog btw-heffing in Nederland plaatsvindt.

Ook heeft de staatssecretaris – mede met andere lidstaten – in Europees verband het punt van de ongewenste toepassing van de koepelvrijstelling aan de orde gesteld. Hij hoopt en verwacht dat bepaalde EU-landen die de koepelvrijstelling nog niet in hun btw-wetgeving hebben opgenomen, dat op korte termijn alsnog doen. In dat geval zal het niet langer mogelijk zijn gebruik te maken van de btw-structuur met inkoop via een koepelinstelling in een ander EU-land. De staatssecretaris laat hier de buiten de EU gevestigde koepelinstelling buiten beschouwing. Leveren deze acties onvoldoende resultaat op, dan zal worden geprobeerd met regelgeving een einde te maken aan btw-ontwijkende structuren.

Conclusie en slotopmerkingen

Aanleiding voor het btw-onderzoek naar buitenlandse btw-constructies zijn de publicaties in het FD in maart 2010 en de daaropvolgende vragen in de Tweede Kamer. Het betreft de inkoop van diensten door een buiten de EU gevestigde vaste inrichting (Zwitserland) van een in Nederland gevestigde financiële instelling met als resultaat dat geen Nederlandse btw wordt geheven. De belastingdienst heeft vervolgens een onderzoek ingesteld bij alle grote financiële instellingen in Nederland. Volgens de staatssecretaris wordt momenteel geen gebruikgemaakt van structuren met inkoop via een vaste inrichting buiten de EU, dan wel met inkoop met toepassing van de koepelvrijstelling. De staatssecretaris is helder als het gaat om reële transacties. Hij ziet dan geen mogelijkheden om corrigerend op te treden voor de btw. Dat past ook goed bij de recente arresten van het Hof van Justitie (Weald Leasing en RBS) waarin het HvJ op zich toestaat dat een belastingplichtige kiest voor de meest btw-voordelige weg. Het is niet zozeer het fiscale risico maar veeleer het reputatierisico dat financiële instellingen zullen laten meewegen bij de beslissing om al dan niet te kiezen voor de meest btw-gunstige weg. Ook al is een bepaalde transactie op grond van btw-regelgeving en jurisprudentie

toegestaan, dan kan de publieke opinie over belastingbesparing met zich mee brengen dat de financiële instelling kiest voor een bijna 'over'-compliancehouding. Tot slot zal een financiële instelling die een convenant heeft gesloten met de belastingdienst nog eens extra voorzichtig in dit kader optreden: roomser dan de paus dus.