

Vergaderjaar 2010–2011

31 066

Belastingdienst

Nr. 96

VERSLAG VAN EEN SCHRIFTELIJK OVERLEG

Vastgesteld 22 november 2010

Binnen de vaste commissie voor Financiën¹ hebben enkele fracties de behoefte om over de schriftelijke vragen van het lid Bashir (SP) over het artikel «Gemeente vecht voor fiscale truc met btw» (Aanhangsel Handelingen II, 2009–2010, nr. 276) enkele vragen en opmerkingen voor te leggen.

De vragen en opmerkingen zijn op 12 november 2009 aan het kabinet voorgelegd. Bij brief van 19 november 2010 zijn ze beantwoord.

De voorzitter van de commissie,
Dezentjé Hamming-Blumink

De griffier van de commissie,
Berck

¹ Samenstelling:

Leden: Bijleveld-Schouten, A.T.B. (CDA), Slob, A. (CU), Dezentjé Hamming-Blumink, I. (VVD), Voorzitter, Omtzigt, P.H. (CDA), Irrgang, E. (SP), Neppérus, H. (VVD), Blanksma-van den Heuvel, P.J.M.G. (CDA), Dijck, A.P.C. van (PVV), Spekman, J.L. (PvdA), Thieme, M.L. (PvdD), Heijnen, P.M.M. (PvdA), Ondervoorzitter, Bashir, F. (SP), Sap, J.C.M. (GL), Harbers, M.G.J. (VVD), Plasterk, R.H.A. (PvdA), Groot, V.A. (PvdA), Bommel, J.J.G. van (PVV), Braakhuis, B.A.M. (GL), Vliet, R.A. van (PVV), Dijkgraaf, E. (SGP), Verhoeven, K. (D66), Koolmees, W. (D66) en Huizing, M.E. (VVD). Plv. leden: Hijum, Y.J. van (CDA), Rouvoet, A. (CU), Broeke, J.H. ten (VVD), Knops, R.W. (CDA), Gesthuizen, S.M.J.G. (SP), Leegte, R.W. (VVD), Haverkamp, M.C. (CDA), Graus, D.J.G. (PVV), Bouwmeester, L.T. (PvdA), Ouwehand, E. (PvdD), Veen, E. van der (PvdA), Karabulut, S. (SP), Halsema, F. (GL), Schaart, A.H.M. (VVD), Vermeij, R.A. (PvdA), Smeets, P.E. (PvdA), Beertema, H.J. (PVV), Gent, W. van (GL), Jong, L.W.E. de (PVV), Staaij, C.G. van der (SGP), Koşer Kaya, F. (D66), Pechtold, A. (D66) en Ziengs, E. (VVD).

I Vragen en opmerkingen vanuit de fracties

Vragen en opmerkingen van de leden van de fractie van het CDA

De leden van de CDA-fractie hebben kennisgenomen van de (beantwoording van de) schriftelijke vragen van het lid Bashir (SP) en het krantenartikel waarop een en ander is gebaseerd. Genoemde leden hebben hierover een aantal vragen.

In het artikel «Gemeente vecht voor fiscale truc met btw» in het NRC Handelsblad d.d. 28 augustus 2009 wordt vermeld dat de zittingsdatum van het hoger beroep van de gemeente wordt geheimgehouden en dat de zitting zelf besloten is. Gezien het feit dat de zaak nog sub judice is hebben de leden van de CDA-fractie geen vragen over deze specifieke casus, maar genoemde leden vragen zich wel af of het kabinet nader kan toelichten in hoeverre zij het met hen eens is dat het onwenselijk is dat belastingrechtspraak met betrekking tot democratisch gekozen instellingen en instellingen die in belangrijke mate met publieke middelen zijn gefinancierd achter gesloten deuren plaatsvindt? Kan het kabinet nader ingaan op de vraag of de organen die deze instellingen moeten controleren, zoals gemeenteraden, waterschappen, provinciale staten en de Tweede Kamer, hun werk wel naar behoren kunnen doen indien belastingrechtspraak van deze instellingen wordt geheimgehouden? Genoemde leden verzoeken het kabinet een overzicht te geven van de manier waarop een en ander in ons omringende landen is geregeld (in ieder geval België, Duitsland, Luxemburg, Denemarken en Groot-Brittannië)?

De fractieleden van het CDA hebben kennisgenomen van het feit dat in de zogenaamde anonimiseringsrichtlijn van de Raad voor de rechtspraak het volgende is vermeld:

«Voor belastingzaken gelden bijzondere voorschriften ter bescherming van persoonlijke en financiële gegevens van belastingplichtigen (art. 27g, 30 en 67 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen). Dit impliceert dat in belastingzaken de namen van rechtspersonen wel worden geanonimiseerd. De vorm van de rechtspersoon blijft staan (BV, NV, Inc etc). Namen van banken, verzekeringsmaatschappijen, brancheorganisaties, beursgenoteerde vennootschappen mogen wel blijven staan, tenzij zij belanghebbende zijn. Namen van publiekrechtelijke lichamen of instanties (gemeenten, provincies, waterschappen etc.) hebben geen privésfeer en hoeven niet geanonimiseerd, ook niet als zij zelf belanghebbende zijn.» Kan het kabinet de genoemde leden duiden hoe deze richtlijn precies in de praktijk wordt toegepast? En kan zij in het toegezegde overleg met de Hoge Raad en de Raad voor de rechtspraak hierop nader in gaan? Wordt in dit overleg ook stilgestaan bij de openbaarmaking ten aanzien van belastingrechtspraak met betrekking tot instellingen die in belangrijke mate met publieke middelen zijn gefinancierd?

Kan het kabinet er dus voor zorgen dat binnen twee maanden uitspraken met betrekking tot democratisch gekozen instellingen en instellingen die in belangrijke mate met publieke middelen zijn gefinancierd openbaar zullen zijn, evenals de betreffende rechtszittingen?

Vragen en opmerkingen van de leden van de fractie van de PvdA

De leden van de fractie van de PvdA hebben kennisgenomen van de antwoorden op de schriftelijke vragen over een gemeente die in een rechtszaak met de Belastingdienst is verwickeld over een fiscale truc.

Omdat de kwestie nog onder de rechter is, zijn de leden van de fractie van de PvdA van mening dat het nog niet opportuun is om een inhoudelijk oordeel te geven op de zogenaamde truc. Zij zullen hier mee wachten tot een volgende rechterlijke uitspraak.

Wel hebben zij nog een vraag over de anonimisering van gegevens van natuurlijke en rechtspersonen bij belastingzaken. Zij ontvangen graag een reactie op de artikelen «Pleidooi voor openbare belastingrechtspraak» van mr. dr. Van Suilen (NTFR, uitgave 21, 22 mei 2008, nr. 2008/933) en de aantekening in Vakstudienieuws waar op de antwoorden op de schriftelijke vragen wordt gereageerd. Graag ontvangen deze leden een beschouwing van het kabinet over de voor- en nadelen van zowel anonimisering als openbaarmaking van deze gegevens.

Vragen en opmerkingen van de leden van de fractie van de SP

De leden van de fractie van de SP hebben met interesse kennisgenomen van het artikel «Gemeente vecht voor fiscale truc met btw» en de daarop beantwoorde vragen van het lid Bashir (SP) door de minister van Justitie.

Kan de minister van Justitie nader ingaan op de afweging die de rechter in de schriftelijke vragen genoemde procedure heeft gemaakt, namelijk om het geheim blijven van de naam van de gemeente voorrang te geven boven de belangen van de samenleving in het kennen van de naam van de betrokken gemeente en de democratische controle daarop? Zou de rechter volgens de minister van Justitie onderscheid maken als in een dergelijke geval bestuursorganen die belastingconstructies toepassen constructies zouden gebruiken die buiten de wet vallen of zelfs frauduleus zijn?

Kan de staatssecretaris van Financiën als procespartij van de in de schriftelijke vragen genoemde procedure – eventueel gebruik makend van de ontheffing van art. 67 derde lid AWR – de Tweede Kamer mededelen welke gemeente de procedure heeft gevoerd opdat de democratie haar werk kan doen? Zo neen, waarom niet en kan de staatssecretaris de Tweede Kamer daar door middel van een vertrouwelijke brief nader over informeren?

Waar ligt volgens de minister van Justitie de oorzaak van de vergaande anonimisering, bij de rechters of uitsluitend bij de wetgever? In de antwoorden op de schriftelijke vragen geeft de minister van Justitie namelijk aan dat hij bereid is om met de Raad voor de Rechtspraak en de Hoge Raad te bespreken of het automatisme waarmee uitspraken ten aanzien van publieke middelen gefinancierde procespartijen worden geanonimiseerd, kan worden opgeheven. Is de minister van Justitie bereid de Tweede Kamer te informeren of dit overleg heeft plaatsgevonden en wat de uitkomsten van het overleg waren? Is het kabinet ook van mening dat het schrappen van het automatisme waarmee uitspraken worden geanonimiseerd ook voor semi-publiekrechtelijke instellingen moet gelden?

Hoe kan de minister van Justitie de mededeling die de Raad voor de rechtspraak hem heeft gedaan dat voor uitspraken in belastingzaken in alle gevallen geldt, dat de gerechten in verband met de bescherming van bedrijfsbelangen niet alleen gegevens van natuurlijke personen maar ook die van rechtspersonen anonimiseren rijmen met de anonimiseringsrichtlijnen van de rechtspraak dat publiekrechtelijke lichamen of instanties geen privésfeer hebben en daarom niet hoeven te worden weggelaten, ook niet als zij zelf belanghebbende zijn? Kan de minister nagaan wat de opstelling van de Hoge Raad in deze is?

Klopt het dat bijvoorbeeld België, Duitsland, Frankrijk, Denemarken, Zweden en Groot-Brittannië belastingprocedures openbaar behandelen, in elk geval bij bestuursorganen? Zo ja, waarom hebben deze landen wel openbare belastingprocedures en kiest Nederland voor een besloten karakter?

Onderschrijft het kabinet de mening van de leden van de fractie van de SP dat openbaarheid van terechtzittingen een fundamenteel principe in een rechtsstaat is waarvan slechts in uitzonderlijke omstandigheden – die van geval tot geval moeten worden gezien – mag worden afgeweken? Wat gaat het kabinet doen om deze openbaarheid te bevorderen?

Kan de staatssecretaris cijfermatig en inhoudelijk inzicht geven in de mate waarin de btw-constructies waarin partijen in juridische zin een levering verrichten, maar waarbij de verkrijger van bijvoorbeeld een onroerende zaak niet de macht verkrijgt om over die zaak als eigenaar te beschikken, voorkomen bij gemeenten alsook bij andere publiekrechtelijke lichamen? Kan de staatssecretaris aangeven in welke mate de Belastingdienst al dan niet succes heeft bij de bestrijding van dergelijke constructies? Zou volgens de staatssecretaris gesteld kunnen worden dat gemeenten die geen belastingconstructies toepassen meer getrouw (de bedoeling van) de belastingwet naleven dan de gemeenten die wel btw-constructies toepassen?

Uit de antwoorden op de schriftelijke vragen blijkt dat er nog niet kan worden ingegaan op de vraag of er valsheid in geschrifte is gepleegd. Wat gaat het kabinet doen indien er wel sprake is van valsheid in geschrifte? Is het kabinet bereid om de Tweede Kamer hiervan op de hoogte te houden?

Vragen en opmerkingen van de leden van de fractie van de VVD

De leden van de VVD-fractie hebben met belangstelling kennisgenomen van het antwoord van de regering op de schriftelijke vragen van het lid Bashir betreffende het artikel «gemeente vecht voor fiscale truc met btw». De leden van de VVD-fractie houden niet van fiscale trucage, vinden dat publieke en semipublieke lichamen daarin een voorbeeldfunctie hebben en hebben derhalve de volgende vragen en opmerkingen.

De leden van de VVD-fractie verzoeken het kabinet in te gaan op de aantekeningen van VakstudieNieuws (jaargang 64, nr. 53 – 5 november 2009) waarin wordt gesteld dat namen van publiekrechtelijke lichamen of instanties (gemeenten, provincies, waterschappen etc) geen privésfeer hebben en niet hoeven te worden weggelaten, ook niet als zij zelf belanghebbende zijn. Kan het kabinet aangeven waarom de rechtbank desalniettemin heeft besloten van de anonimiseringsrichtlijn af te wijken?

Het kabinet heeft aangegeven bereid te zijn om met de Raad voor de rechtspraak en de Hoge Raad te bespreken of het automatisme waarmee uitspraken ten aanzien van met publieke middelen gefinancierde procespartijen worden geanonimiseerd, kan worden aangepast. Het kabinet lijkt de zaken om te draaien. De oorzaak van de anonimisering van fiscaalbestuursrechtelijke uitspraken ligt namelijk bij de wetgever en niet bij de Raad voor de rechtspraak of de Hoge Raad. Moeten de leden van de VVD-fractie bovenstaande intentie dan zo lezen dat het kabinet stappen in de orde van herziene wetgeving zal gaan nemen? Zo neen, wat beoogt ze dan te gaan doen?

De leden van de VVD-fractie vragen het kabinet te beargumenteren waarom bij belastingrechtspraak sprake is van een besloten rechtspraak. Voorts vragen de leden van de VVD-fractie de regering om hen een

overzicht te verschaffen van in welke Europese lidstaten de belasting-rechtspraak nog meer besloten is. De aan het woord zijnde leden vragen het kabinet in te gaan op de argumentatie en het pleidooi van mr.dr. A.J.H. van Suilen («Pleidooi voor openbare belastingrechtspraak» in NTFR uitgave 21, 22 mei 2008; 2008/933) voor openbare belastingrechtspraak.

De desbetreffende gemeente heeft aangegeven in beroep te gaan tegen het vonnis. Er is dus nog geen duidelijkheid over het feit of er sprake is van het misdrijf van valsheid in geschrift, daar de zaak nog niet is gesloten. Daarbij geeft de regering aan dat gemeenten autonoom zijn en dat het de gemeenteraad is die binnen de mogelijkheden van de wet kaders kan aangeven en aan een eventuele wijziging van de gemeentelijke administratie consequenties kan verbinden. De leden van de VVD-fractie zijn van mening dat zij deze kwestie niet onopgemerkt mag aflopen met een sisser. Derhalve vragen de leden het kabinet de Kamer op de hoogte te houden van de voortgang (een uitspraak en de eventuele vervolgstappen van de gemeenteraad van de desbetreffende gemeente) van deze kwestie.

Zijn er meerdere gevallen bekend waarbij een gemeente zich schuldig heeft gemaakt aan fiscale trucage? Zo ja, hoeveel gemeenten en welke gemeenten?

II Reactie van de staatssecretaris van Financiën en de minister van Veiligheid en Justitie

De vragen van de verschillende fracties betreffen achtereenvolgens de openbaarheid van de rechtspraak in belastingzaken, de anonimisering van uitspraken in belastingzaken, btw-constructies bij gemeenten, resultaten van de Belastingdienst bij bestrijding btw-constructies en de naleving van btw-wetgeving door gemeenten. Hierna worden deze verschillende onderwerpen nader toegelicht waarbij de verschillende vragen worden beantwoord.

Openbaarheid van rechtspraak in belastingzaken

Met als grondslag artikel 27 c van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) vindt belastingrechtspraak in de regel (in tegenstelling tot «gewone» bestuursrechtspraak) met gesloten deuren plaats. Dit is zo geregeld ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de bescherming van bedrijfsgegevens. Zou een belastingzitting openbaar zijn, dan zou informatie van de burger die anders nooit openbaar zou zijn geworden wel openbaar worden. In het geval van een instelling die in belangrijke mate is gefinancierd met publieke middelen kan de bescherming van bedrijfsgegevens ook aan de orde zijn, eerder dan bij democratisch gekozen instellingen.

In afwijking op de hoofdregel kan de rechter ambtshalve of op verzoek bepalen dat een fiscale procedure openbaar behandeld wordt. Hierbij kan gedacht worden aan omstandigheden waarin het belang van openbaarheid zwaarder weegt dan het belang van bescherming van de persoonlijke levenssfeer en van bedrijfsgegevens. Daarnaast zal de rechter enkel bepalen dat de zitting in het openbaar zal plaatsvinden voor zover de belangen van partijen daardoor niet worden geschaad. De beslissing om een procedure al dan niet met gesloten deuren te laten plaatsvinden is dus voorbehouden aan de rechter.

De ministeries van Financiën en van Veiligheid en Justitie staan in beginsel positief tegenover openbaarheid van rechtspraak in belastingzaken. Momenteel wordt de mogelijkheid onderzocht, waarbij de opinies

uit de fiscale vakliteratuur mede betrokken worden. Wij zullen uw Kamer informeren over de uitkomsten van dit onderzoek.

De openbaarheid van rechtspraak heeft tot doel de rechtspraak te controleren en inzicht te geven in rechtspraak. Openbaarheid van rechtspraak en gerechtelijke uitspraken dienen in principe niet als instrument voor controle op de uitvoerende macht. Hiervoor beschikt de Nederlandse rechtstaat over een ander instrumentarium. Wij begrijpen echter dat dergelijke informatie in de praktijk nuttig kan zijn voor controlerende instanties als ook voor de media. Wij zijn met u van mening dat uitspraken over zaken waarin publiekrechtelijke lichamen partij zijn, ongeanonimiseerd moeten worden gepubliceerd. De Rechtspraak overweegt de richtlijnen op detail aan te passen.

Uit de laatst bekende gegevens (Tweede Kamer, vergaderjaar 1997–1998, 25 175, nr. 5) blijkt dat eerder onderzoek uitgevoerd is naar de situatie in België, Duitsland, Frankrijk, Denemarken en Groot-Brittannië rond de openbaarheid van fiscale procedures. Hieruit blijkt dat de hoofdregel aldaar is dat de behandeling van belastingzaken voor de rechter openbaar is. Daarop bestaan enkele voor de hand liggende uitzonderingen, bijvoorbeeld om te voorkomen dat bedrijfsgeheimen worden prijsgegeven. De behandeling van bezwaarschriften in de genoemde landen vindt in de regel in beslotenheid plaats.

Anonimisering van uitspraken in belastingzaken

De richtlijnen inzake anonimisering van uitspraken in belastingzaken zijn opgesteld door de Rechtspraak zelf, op basis van (privacy)regelgeving. Veel van die regels vloeien weer voort uit het EVRM. De richtlijnen worden gedragen door alle gerechten. In de praktijk worden de richtlijnen nagevolgd. De belangrijkste reden voor anonimisering is dat hiermee de belangen/privésfeer van de natuurlijke- of rechtspersoon worden beschermd. Voor publiekrechtelijke lichamen valt die afweging anders uit: uitspraken in belastingzaken waar deze lichamen partij zijn kunnen ongeanonimiseerd worden gepubliceerd op het Internet. In de richtlijnen staat dat de uitspraken niet geanonimiseerd *hoeven* te worden. De rechtbank heeft daarom nog wel de vrijheid dergelijke uitspraken wél te anonimiseren. In de praktijk worden de uitspraken echter bijna nooit geanonimiseerd, juist vanwege het maatschappelijke belang van dergelijke uitspraken. In het geval van de in het NRC artikel vermelde uitspraak heeft anonimisering plaatsgevonden zonder dat daar een dieperliggende reden voor was. De zaak is simpelweg in de bulk aan te anonimiseren zaken als «standaard» belastingzaak beschouwd en behandeld.

Het ministerie van Veiligheid en Justitie heeft inmiddels met de Raad voor de rechtspraak en de Hoge Raad gesproken. De Hoge Raad stelt dat hij de anonimiseringsrichtlijnen strikt volgt. De Hoge Raad is ook betrokken geweest bij het opstellen van de richtlijnen van de Rechtspraak. De Raad voor de rechtspraak heeft de richtlijnen op zijn website www.rechtspraak.nl gepubliceerd. Alle gerechten worden actief op de hoogte gehouden van eventuele wijzigingen in teksten (en dus ook in de anonimiseringsrichtlijnen) op de website. De rechterlijke macht heeft naar aanleiding van de schriftelijke Kamervragen van het lid Bashir¹ besloten voortaan alle uitspraken in belastingzaken waarin een publiekrechtelijk lichaam partij is de naam van dat publiekrechtelijk lichaam ongeanonimiseerd te publiceren. Bij dit besluit is afgesproken oude uitspraken niet aan te passen op de nieuwe regel. In uitzondering hierop, gezien de ontstane vragen over de uitspraak waarover in het NRC artikel wordt gesproken, heeft de rechtbank in 's-Gravenhage beslist om deze uitspraak wel

¹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2009–2010, Aangangsels van de Handelingen nr. 276.

opnieuw ongeanonimiseerd te publiceren.

Uit het vorenstaande volgt dat de rechtbank abusievelijk de naam van de gemeente heeft geanonimiseerd en de rechtbank inmiddels heeft beslist om de uitspraak alsnog ongeanonimiseerd te publiceren (zie LJN: BH1453 alsook LJN: BL7113). Onder verwijzing naar deze publieke bron kan ik u melden dat het gaat om de gemeente Albrandswaard.

Zoals in antwoord op de schriftelijke vragen is aangegeven, kan er nog niet worden ingegaan op de vraag of er valsheid in geschrifte is gepleegd.

Btw-constructies bij gemeenten

In antwoord op vragen van zowel leden van de SP als de VVD-fractie over btw-constructies kan worden aangegeven dat er meerdere gemeenten zijn die door middel van een bepaalde juridische vormgeving de btw-druk op bepaalde voorzieningen (aanzienlijk) trachten te verlagen. In dat verband wordt wel gesproken van «btw-besparende structuren».

Bij deze zogenoemde btw-besparende structuren gaat het om situaties waarin goederen worden aangeschaft of in opdracht worden vervaardigd en vervolgens worden gebruikt voor doeleinden die geen recht geven op btw-af trek en waarbij evenmin aanspraak kan worden gemaakt op btw-compensatie op grond van het btw-compensatiefonds.

De btw-constructies bij gemeenten betreffen de laatste jaren in het bijzonder schoolgebouwen. Het verlenen van onderwijs is vrijgesteld van btw-heffing. Dat brengt mee dat de btw op goederen en diensten die worden gebruikt voor het verlenen van onderwijs niet in aftrek kan worden gebracht. Voor zover gemeenten daarbij als overheid handelen, is btw-compensatie uitgesloten. Dat is gedaan opdat het openbare en het bijzondere onderwijs voor de btw op dezelfde wijze worden behandeld.

Als een gemeente of een onderwijsinstelling een schoolgebouw laat bouwen en zelf in gebruik neemt voor het geven voor onderwijs, komt de door de aannemer in rekening gebrachte btw niet voor aftrek in aanmerking. In verband daarmee valt op dat in toenemende mate wordt gekozen voor het plaatsen van een (extra) levering tussen de oplevering door de aannemer aan de gemeente of onderwijsinstelling en de ingebruikneming van het schoolgebouw voor onderwijsdoeleinden. Die (tussen)levering is belast met btw met als gevolg dat de door de aannemer in rekening gebrachte btw toch in aftrek kan worden gebracht.

Als bij die (door)levering (ongeveer) dezelfde prijs zou worden gehanteerd, zou de tussen geschakelde levering geen fiscaal voordeel opleveren. Om toch het beoogde doel te bereiken, worden bij de doorlevering lage tot zeer lage prijzen gehanteerd. Regelmatig komen prijzen voor ter grootte van 10 tot 15% van de bouwsom. Zoals uit één van de rechterlijke uitspraken kan worden afgeleid is er zelfs een gemeente die twee schoolgebouwen heeft laten bouwen voor circa € 15 miljoen en deze daarna zijn overgedragen aan twee stichtingen voor € 100 per gebouw. Ter zake is door de gemeente twee maal € 19 btw in rekening gebracht, terwijl er ruim € 2,5 miljoen in aftrek is gebracht. Zodoende wordt, althans volgens betrokken partijen, de btw-druk op schoolgebouwen zeer sterk verlaagd.

Deze bijzonder lage prijzen voor de levering van de schoolgebouwen geven aan dat de hier in geding zijnde transacties een gekunsteld karakter hebben. Dat wordt nog benadrukt door het feit dat de juridische verkrijger van de schoolgebouwen vaak sterk beperkt is in zijn mogelijkheden de

schoolgebouwen te vervreemden. Vaak is het alleen mogelijk de schoolgebouwen terug te leveren aan de gemeente en dan nog tegen een prijs die een relatie heeft met de lage tot zeer lage verkrijgingsprijs.

Resultaten Belastingdienst bij bestrijding btw-constructies

De Belastingdienst bestrijdt de hiervóór beschreven handelwijze van gemeenten. Daarbij wordt, afhankelijk van de zich feitelijk voordoende situatie, door de Belastingdienst onder andere gesteld (a) dat geen sprake is van een levering door de gemeente en/of (b) dat sprake is van misbruik van recht zoals dat door het Hof van Justitie in verschillende arresten is geformuleerd. De beoordeling door de Belastingdienst van btw-constructies van gemeenten bevindt zich in verschillende fases. Een aantal zijn recent opgespoord en het onderzoek daarvan is inmiddels in gang gezet. Andere zaken bevinden zich in de overleg- of bezwaarfase. De zaken die inmiddels zijn afgerond hebben geleid tot een correctie van ruim € 22 miljoen. Een aantal zaken zijn door gemeenten echter aan de rechter voorgelegd. De resultaten daarvan moeten nog worden afgewacht. Het belang van de nog lopende onderzoeken/procedures wordt geschat op circa € 28 miljoen.

De aanpak door de Belastingdienst vraagt de nodige inspanningen, maar heeft wel al de nodige vruchten afgeworpen. Zo heeft de rechter in de verschillende procedures betreffende de zogenoemde scholenconstructie tot nu toe steeds in het voordeel van de fiscus beslist. De gepubliceerde rechterlijke beslissingen waarin de namen van gemeenten zijn genoemd betreffen de gemeenten Albrandswaard, Middelharnis en Waalwijk. Enkele van die zaken zijn inmiddels echter ter beslissing aan de Hoge Raad voorgelegd. In die zaken heeft de rechter dus nog geen eindoordeel gegeven. Eén van de zaken die aan de Hoge Raad is voorgelegd, betreft de fiscale procedure die aanleiding vormde voor de hiervóór genoemde Kamervragen van het lid Bashir, namelijk die van de gemeente Albrandswaard. In die zaak heeft de Rechtbank Den Haag beslist dat er geen sprake was van een levering omdat de macht om als eigenaar te beschikken over de desbetreffende onroerende zaak niet zou zijn overgedragen. Het Gerechtshof Den Haag heeft op het hoger beroep van die gemeente echter geoordeeld dat er wel sprake is geweest van een levering van die onroerende zaak door de gemeente. Volgens dat rechtscollege was in die zaak echter sprake van misbruik van recht met als consequentie dat de situatie moet worden hersteld zoals die zou zijn geweest zonder de transacties die het misbruik vormen. Tegen deze beslissing heeft de gemeente beroep in cassatie ingesteld. Uiteraard bestaat de bereidheid de Kamer op de hoogte te houden van de verdere ontwikkelingen in deze fiscale procedure. Dit naar aanleiding van de daartoe strekkende vraag van de leden van de VVD-fractie.

Naleving btw-wetgeving door gemeenten

Gemeenten die door middel van zogenoemde btw-besparende constructies de werkelijke btw-druk (sterk) trachten te verlagen, menen in algemene zin gesproken dat zij daartoe gerechtigd zijn omdat de wettelijke bepalingen dat zouden toestaan. Hierover kan het volgende worden opgemerkt.

Het Hof van Justitie heeft in verschillende arresten als uitgangspunt aangegeven dat wanneer een belastingplichtige kan kiezen tussen twee transacties, de btw-richtlijn hem niet verplicht de transactie te kiezen waarvoor de hoogste btw is verschuldigd. Integendeel, de belastingplichtige heeft volgens dat rechtscollege het recht om zijn activiteit zodanig te structureren dat de omvang van zijn belastingschuld beperkt

blijft. Dat recht wordt volgens het Hof van Justitie echter begrensd als de formele toepassing van de Europese en Nederlandse btw-regels er toe leiden dat in strijd met het door deze bepalingen beoogde doel een belastingvoordeel wordt toegekend. Daarbij moet wel blijken dat het wezenlijke doel van de betrokken transacties erin bestaat een belastingvoordeel te verkrijgen.

Zoals hiervóór reeds is aangegeven, heeft de Belastingdienst met betrekking tot een aantal zogenoemde btw-besparende constructies volgens de rechter terecht het standpunt ingenomen dat sprake is van misbruik van recht. In die gevallen, waarover de Hoge Raad overigens nog een eindoordeel moet geven, hebben de betrokken gemeenten volgens de rechtbank en het gerechtshof dus niet gehandeld conform bestaande wet- en regelgeving en de daarop gebaseerde jurisprudentie. Op basis van deze nog niet onherroepelijk vaststaande beslissingen kan worden vastgesteld dat volgens die rechtbanken en gerechtshoven de betrokken gemeenten niet overeenkomstig de (bedoeling van de) btw-wetgeving hebben gehandeld. Dit als reactie op de daartoe strekkende vraag van de fractie van de SP.

Volledigheidshalve zij nog opgemerkt dat besluiten van een gemeente om een zogenoemde btw-besparende structuur aan te gaan, gewoonlijk in de gemeenteraad zullen worden besproken. Het betreft immers vaak de aankoop en/of vervreemding van onroerende zaken. Een illustratie hiervan vormt de besluitvorming rond de btw-constructie die heeft geleid tot de beslissing van het Hof Den Haag van 8 januari 2010 in de zaak met betrekking tot de gemeente Albrandswaard. Tijdens die procedure heeft de inspecteur aan de rechter college- en raadstukken overgelegd waaruit blijkt dat de zogenoemde btw-besparende structuur door het college is beschreven en toegelicht. In dat geval was de raad van die gemeente dus bekend met de btw-constructie.