
Factoring en het voorstel tot wijziging

Over identificatie en kwalificatie van prestaties

Door: mr. drs. A.G.J. Wentink
2011/ 2012

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1	Inleiding	2
§ 1.1	Aanleiding	2
§ 1.2	Essentie factorovereenkomsten	3
Hoofdstuk 2	Huidige btw-behandeling	5
§ 2.1	Wettelijk kader	5
§ 2.1.1	Btw-richtlijn	5
§ 2.1.2	Wet op de omzetbelasting 1968	6
§ 2.2	Europese jurisprudentie	7
§ 2.2.1	MKG-Kraftfahrzeuge Factoring KG	7
§ 2.2.2	GFKL Financial Services AG	10
§ 2.2.3	Beschouwing	11
§ 2.3	Nationaal recht	13
§ 2.3.1	Besluit van 5 september 2003	14
§ 2.3.2	Beschouwing	14
Hoofdstuk 3	Het voorstel tot wijziging	18
§ 3.1	COM(2007)747 en COM(2007)746	17
§ 3.2	Beschouwing	22
Hoofdstuk 4	Conclusie	24
Literatuurlijst		25
Jurisprudentie		25

Hoofdstuk 1 Inleiding

§ 1.1 Aanleiding

Sinds de invoering van de Zesde richtlijn in 1977 zijn de btw-vrijstellingen voor financiële diensten nauwelijks gewijzigd, terwijl de financiële sector de afgelopen 30 jaar een grote ontwikkeling heeft doorgemaakt. Deze ontwikkeling is ondermeer het gevolg van een toegenomen globalisering, automatisering en regulering van de financiële sector. Hierdoor sluit het btw-stelsel onvoldoende meer aan op de realiteit, met als gevolg dat voor een groot aantal financiële diensten onduidelijk is in hoeverre deze nog onder de btw-vrijstelling vallen. Dit leidt tot rechtsonzekerheid, een ongelijk speelveld binnen de Europese Unie en hoge administratieve lasten voor financiële dienstverleners. Om deze ongewenste effecten te beperken heeft de Europese commissie na een uitgebreide consultatieronde in november 2007 een voorstel uitgebracht om de btw-vrijstelling voor financiële diensten in artikel 135 Btw-richtlijn te moderniseren. Bij dit Richtlijnvoorstel¹ is een Verordeningvoorstel² gevoegd waarin een nadere toelichting wordt gegeven op de begrippen uit het Richtlijnvoorstel. Sinds 2007 is het Richtlijnvoorstel twintig keer aangepast. De laatste aanpassing dateert van 30 september 2011³. Een eventuele aanneming en inwerkingtreding van het Richtlijn- en Verordeningvoorstel zal grote gevolgen hebben voor financiële dienstverleners. Zij zullen al hun diensten opnieuw voor de btw moeten beoordelen.

Factoring kan worden aangemerkt als een door de Commissie bedoelde financiële dienst waarvan de btw-behandeling onzeker is. Hierbij speelt niet alleen de vraag of de btw-vrijstelling van toepassing is, maar ook welke prestaties er kunnen worden onderscheiden. Voor de beantwoording van deze vragen heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie ("HvJ") in zijn arrest van 26 juni 2003 (MKG-Krafftfahrzeuge Factoring KG)⁴ aanwijzingen gegeven. In Nederland wordt voor de btw-behandeling van factorovereenkomsten veelal aangesloten bij de uitleg die de staatssecretaris van Financiën heeft gegeven in zijn besluit van 5 september 2003.⁵ Op enkele vragen is echter niet mogelijk een eenduidig antwoord te geven. Het gevolg hiervan is dat niet altijd duidelijk is welke prestaties er bij factorovereenkomsten zijn te identificeren en hoe deze voor btw zijn te kwalificeren. Deze onduidelijkheid wordt versterkt door de conclusie van de advocaat generaal Jääskinen van 14 juli 2011 en het arrest van het HvJ van 29 oktober 2011, nr. C-93/10 (GFKL Financial Services AG). De probleemstelling luidt dan ook als volgt.

Probleemstelling

In hoeverre worden de onduidelijkheden rondom de btw-behandeling van factorovereenkomsten weggelaten door het Richtlijnvoorstel (COM(2007)747) en het Verordeningvoorstel (COM(2007)746)?

§ 1.2 Essentie factorovereenkomsten

Factoring is in essentie een instrument om de liquiditeitspositie van een onderneming te verbeteren. Het is een combinatie van diensten waarbij een onderneming (een deel van) zijn debiteurenportefeuille verkoopt (of verpand) aan een factormaatschappij tegen een voorschot dat is gebaseerd op een percentage van het overgenomen debiteurensaldo. Het belangrijkste voordeel van factoring is dat de onderneming direct over een deel van het uitstaande debiteurensaldo kan beschikken en niet hoeft te wachten totdat de debiteur overgaat tot betaling. Tegen een additionele vergoeding kan de factormaatschappij ook de debiteurenadministratie en de inning van de overgenomen debiteurenvorderingen verzorgen. Mocht de debiteur niet betalen dan is dit risico voor de onderneming (oneigenlijke factoring) of tegen een additionele vergoeding voor rekening van de factormaatschappij (eigenlijke factoring).

De term factoring is een omvangrijk begrip dat tal van activiteiten kan omvatten. In het volgende gesimplificeerde voorbeeld komen de belangrijkste kenmerken van factoring aan de orde.⁶ Dit voorbeeld wordt dan ook in het vervolg als uitgangspunt gebruikt.

Voorbeeld

X is een succesvolle leverancier van witgoed voor bekende Nederlandse elektronicazaken. Tot voorkort betaalden deze elektronicazaken veelal tijdig. Door de toegenomen concurrentie van verkopen via internet zijn de diverse elektronicazaken echter later hun rekeningen gaan betalen waardoor X in de financiële problemen is geraakt. Om haar verslechterde liquiditeitspositie te verbeteren besluit X om voor haar debiteuren een factorovereenkomst aan te gaan. Deze factorovereenkomst houdt in dat X al haar debiteurenvorderingen tegen de nominale waarde (zonder recht op regres) op het moment dat deze ontstaan cedeert aan een factormaatschappij.⁷ De factormaatschappij stelt direct 90% van de nominale waarde van de debiteurenvordering als krediet ter beschikking aan X. X kan zelf bepalen of hij dit krediet opneemt. Voor zover hij dit doet is hij hierover rente verschuldigd aan de factormaatschappij.

De factormaatschappij verzorgt vervolgens de administratie en de inning van de debiteurenvorderingen. Hiervoor brengt zij een vergoeding in rekening aan X van 3% van de nominale waarde van de overgenomen vordering. Daarnaast neemt de factormaatschappij het risico op niet betaling over. Hiervoor brengt zij een zogenaamde delcrederevergoeding in rekening aan X van 4% van de nominale waarde van de overgenomen vordering. Omdat het debiteurenrisico ook wordt overgedragen aan de factormaatschappij is er in dit voorbeeld dus sprake van eigenlijke factoring.

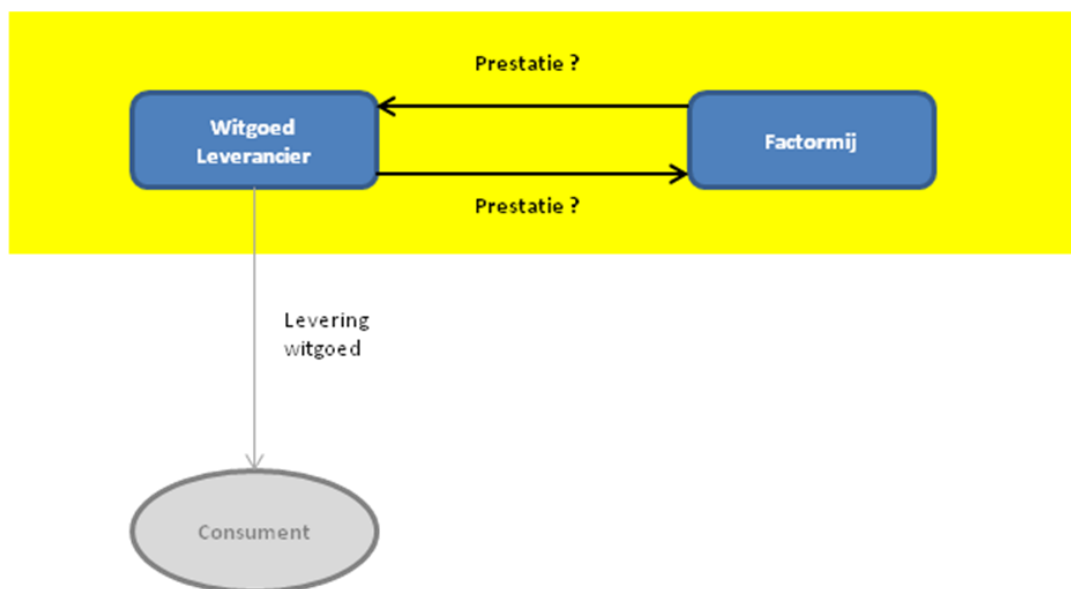
Op het moment dat een debiteur betaalt aan de factormaatschappij, wordt de betaling in mindering gebracht op het aan X uitbetaalde krediet. Wanneer het

bedrag dat de factormaatschappij ontvangt hoger is dan het krediet, wordt het restant, na aftrek van kosten en eventuele rente, overgemaakt aan X.

Als de debiteur niet betaalt binnen X zijn normale commerciële termijn van 30 dagen, zal de factormaatschappij overgaan tot invordering. Dit gebeurt veelal in de vorm van een combinatie van telefoongesprekken en brieven maar kan uiteindelijk resulteren in juridische stappen namens X. Als de debiteur na de afgesproken periode van 150 dagen nog niet heeft betaald zal de factormaatschappij het nog niet als krediet aan X uitgekeerde bedrag van 10% van de vordering minus kosten en interest overmaken aan X. Vervolgens zal de factormaatschappij proberen de vordering alsnog te innen.

Centraal in deze verhandeling staat de vraag wat de btw-gevolgen zijn van dergelijke factorovereenkomsten. Hierbij wordt steeds teruggerepen op dit voorbeeld aan de hand van de volgende grafische weergave hiervan.

FIGUUR 1 – BTW-BEHANDELING FACTOROVEREENKOMSTEN



Wat de huidige btw-gevolgen van deze factorovereenkomst zijn wordt in het volgende hoofdstuk weergegeven. Allereerst wordt het wettelijk kader geschetst. Vervolgens wordt de uitleg die in de Europese rechtspraak aan dit wettelijke kader is gegeven behandeld en wordt deze vergeleken met de uitleg die de staatssecretaris van Financiën hieraan heeft gegeven in zijn besluit van 5 september 2003. Hierna zijn de onduidelijkheden rondom de btw-behandeling van factorovereenkomsten zichtbaar. In hoofdstuk 3 wordt de btw-behandeling van factorovereenkomsten in het Richtlijn- en Verordeningvoortel besproken. Hier wordt ook ingegaan op de gevolgen die deze voorstellen voor de factoringspraktijk hebben. Er wordt afgesloten met een conclusie waarin de hiervoor beschreven probleemstelling wordt beantwoord.

Hoofdstuk 2 Huidige btw-behandeling

§ 2.1 Wettelijk kader

§ 2.1.1 Btw-richtlijn

Artikel 2 van de Btw-richtlijn omschrijft de btw-belastbare handelingen. In het eerste lid, onder c wordt omschreven dat aan de btw zijn onderworpen ‘de diensten die binnen het grondgebied van een lidstaat door een als zodanig handelende belastingplichtige onder bezwarende titel worden verricht’.

Belastingplichtige

Op basis van artikel 9 van de Btw-richtlijn wordt een ieder die zelfstandig een economische activiteit verricht, ongeacht het oogmerk of resultaat van die activiteit aangemerkt als belastingplichtige voor de btw. In de tweede alinea geeft een omschrijving van wat als economische activiteit wordt gezien:

Als ‘economische activiteit’ worden beschouwd, alle werkzaamheden van een fabrikant, handelaar of dienstverrichter, met inbegrip van de winning van delfstoffen, de landbouw en de uitoefening van vrije of daarmee gelijkgestelde beroepen. Als economische activiteit wordt in het bijzonder beschouwd de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.

Diensten

Artikel 24, eerste lid van de Btw-richtlijn geeft een omschrijving van diensten. Het relevant deel hiervan luidt als volgt:

Als ‘dienst wordt beschouwd elke handeling die geen levering van goederen is.

In artikel 25 worden enkele voorbeeld genoemd van diensten. In dit kader is het volgende voorbeeld relevant:

Een dienst kan onder meer een van de volgende handelingen zijn:

a) De overdracht van een onlichamelijke zaak, ongeacht of deze al dan niet in een titel is belichaamd.

Bezwarende titel

Artikel 73 van de Btw-richtlijn omschrijft de maatstaf van heffing als ‘alles wat de leverancier of dienstverrichter voor deze handelingen als tegenprestatie verkrijgt of moet verkrijgen van de zijde van de afnemer of van een derde, met inbegrip van subsidies die rechtstreeks met de prijs van deze handelingen verband houden.’

In artikel 135 van de Btw-richtlijn worden bepaalde financiële diensten vrijgesteld van btw. Op basis artikel 135, eerste lid, onderdeel b, c en d van de Btw-richtlijn zijn vrijgesteld:

- b) de verlening van kredieten en de bemiddeling inzake kredieten, alsmede het beheer van kredieten door degene die deze heeft verleend;
- c) de bemiddeling bij het aangaan van borgtochten en andere zekerheids- en garantieverbintenissen, alsmede het beheer van kredietgaranties door degene die het krediet heeft verleend;
- d) handelingen, bemiddeling daaronder begrepen, betreffende deposito's, rekening-courantverkeer, betalingen, overmakingen, schuldvorderingen, cheques en andere handelspapieren met uitzondering van de inning van schuldvorderingen;

In de Engels en Zweedse tekst van de Btw-richtlijn wordt in artikel 135, eerste lid, onderdeel d factoring expliciet benoemd als dienst die is uitgezonderd van de vrijstelling. De andere taalversies bevatten geen expliciete verwijzing naar factoring.⁸

§ 2.1.2 Wet op de omzetbelasting 1968

Artikel 1, onderdeel a van de Wet op de omzetbelasting 1968 (hierna: Wet OB) omschrijft dat btw wordt geheven ter zake diensten, welke in Nederland door een als zodanig handelende ondernemer onder bezwarende titel worden verricht.

Ondernemer

Op basis van artikel 7, eerste lid van de Wet OB is een ondernemer ieder die een bedrijf zelfstandig uitoefent. In de tweede alinea wordt ondermeer beschreven dat onder een bedrijf mede wordt verstaan de exploitatie van een vermogensbestandsdeel om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.

Diensten

Artikel 4, eerste lid van de Wet OB geeft een omschrijving van diensten. Het eerste lid hiervan luidt als volgt:

Diensten zijn alle prestaties, niet zijnde leveringen van goederen in de zin van artikel 3.

Bezwarende titel

Op basis van artikel 8, eerste lid van de Wet OB wordt de btw berekend over de vergoeding. Het eerste lid omschrijft wat moet worden verstaan onder de vergoeding. Het relevante deel hiervan luidt als volgt:

De vergoeding is het totale bedrag dat - of voor zover de tegenprestatie niet in een geldsom bestaat, de totale waarde van de tegenprestatie welke - ter zake van de levering of de dienst in rekening wordt gebracht, de omzetbelasting niet daaronder begrepen.

In artikel 11 van de Wet OB worden bepaalde financiële diensten vrijgesteld van btw. Op basis artikel 11, eerste lid, onderdeel j van de Wet OB zijn de volgende financiële diensten vrijgesteld van btw:

- 1°. het verlenen van en de bemiddeling inzake krediet;
- 2°. de handelingen, bemiddeling daaronder begrepen, betreffende giro- en rekeningcourantverkeer, deposito's, betalingen, overmakingen, schuldvorderingen, cheques en andere handelspapieren, met uitzondering van de invordering van schuldvorderingen;
- 3°. het aangaan van en het bemiddelen bij borgtochten en andere zekerheids- en garantieverbintenissen;

Nu het wettelijke kader waarbinnen factorovereenkomsten moeten worden geplaatst duidelijk is, wordt in de volgende paragraaf ingegaan op de uitleg die het HvJ hieraan heeft gegeven. Hierbij ligt de nadruk op het arrest van het HvJ van van 26 juni 2003, C-305/01 (MKG-Kraftfahrzeuge Factoring KG) en van 27 oktober 2011, nr. C-93/10 (GFKL Financial Services AG).

§ 2.2 Europese Jurisprudentie

§ 2.2.1 MKG-Kraftfahrzeuge Factoring KG

Het HvJ heeft in zijn arrest van 26 juni 2003, C-305/01 (MKG-Kraftfahrzeuge Factoring KG)⁹ aanwijzingen gegeven over de btw-behandeling van factorovereenkomsten. De feiten in deze zaak waren als volgt. MKG Kraftfahrzeuge-Factoring GmbH & Co (hierna: MKG) was gevestigd in Duitsland en behoorde tot de groep Trapp-Dies/Mitsubishi. Binnen de groep verrichte MKG (on)eigenlijke factorwerkzaamheden. Zij had zich verplicht bepaalde debiteurenvorderingen binnen de groep tegen de nominale waarde over te nemen. Dit bedrag stelde MKG direct als voorschot ter beschikking aan de groepsmaatschappij. Op dit voorschot bracht MKG 2% in mindering als vergoeding voor haar inningswerkzaamheden en 1% als delcredereprovisie¹⁰. Daarnaast brengt MKG over het voorschot rente in rekening aan de groepsmaatschappij. Vervolgens lopen de feiten gelijk met het voorbeeld uit paragraaf 1.2. In wezen wilde het Bundesfinanzhof weten of MKG btw-belastbare activiteiten verrichte en zo ja, of deze activiteiten btw-belast of btw-vrijgesteld waren.

Het belang in deze zaak zit in het recht op aftrek van voorbelasting van MKG. Zij was van mening dat zij bij eigenlijke factoring btw-belaste diensten verichtte aan de cedent door met betrekking tot de gekochte schuldvorderingen het debiteurenrisico over te nemen. Als gevolg heeft zij op aangifte de voorbelasting in verband met deze diensten in aftrek gebracht (1.028.100 DEM). Na een fiscale controle heeft het Finanzamt deze aftrek geweigerd omdat zij van mening was dat MKG voor haar eigenlijke factoractiviteiten niet kwalificeerde als belastingplichtige voor de btw.

A/G Jacobs 6 maart 2003, nr. C-305/01 (MKG-Kraftfahrzeuge Factoring KG)

Advocaat Generaal (hierna: A/G) Jacobs geeft aan het begin van zijn overwegingen al aan dat een factormaatschappij bij eigenlijke factoring een btw-belastbare dienst verleent aan de cedent.¹¹ Hiervoor heeft hij de volgende vier argumenten:

- 1 Het is vaste rechtspraak van het HvJ dat de Zesde Richtlijn een zeer ruime werkingsfeer heeft. Het omvat alle stadia van productie, distributie en dienstverlening.¹²
- 2 In de Engelse en Zweedse tekst van de Btw-richtlijn wordt factoring in artikel 135, eerste lid, onderdeel d expliciet uitgezonderd van de btw-vrijstelling.¹³ Factoring moet dan wel een btw-belastbare handeling zijn.
- 3 Het is in strijd met de economische realiteit om eigenlijke factoring buiten het bereik van btw te laten. Als een factormaatschappij een vordering koopt, verricht hij een dienst door de cedent te ontlasten van het risico op onbetaalbaarheid. Hiervoor betaalt de cedent normaalgesproken een vergoeding in de vorm van een provisie. In dit geval verkrijgt de cedent een voordeel dat kan worden onderscheiden van de opbrengst van de cessie van de vordering.¹⁴
- 4 Het HvJ heeft in zijn arrest van 25 mei 1993, C-18/92 (Bally SA) overwogen dat de creditmaatschappij een dienst verleent aan de winkelier die de creditcard van een consument accepteert als betaling voor de verkoop van zijn producten. Deze dienst bestaat uit de garantstelling voor de betaling aan de winkelier door de consument. Hiervoor betaalt de winkelier een vergoeding in de vorm van een commissie die wordt berekend als een percentage van de verkoopprijs. Deze vergoeding wordt ingehouden op het bedrag dat de creditmaatschappij overmaakt aan de winkelier. De diensten van een factormaatschappij bij eigenlijke factoring lijken sterk op de diensten van een creditcardmaatschappij. Een factormaatschappij garandeert de cedent van betaling van zijn vordering door het overnemen van het risico op onbetaalbaarheid. Als vergoeding hiervoor betaalt de cedent een commissie die in mindering wordt gebracht op de verkoopprijs van de vordering.¹⁵

Vervolgens concludeert de A/G dat de dienst van de factormaatschappij bij eigenlijke factoring is aan te merken als de invordering van schuldvorderingen en daarmee is uitgezonderd van de btw-vrijstelling. Zijn belangrijkste argument hiervoor is dat in de Engelse en Zweedse tekst van de Btw-richtlijn, factoring in artikel 135, eerste lid, onderdeel d expliciet wordt uitgezonderd van de btw-vrijstelling. Er zijn geen aanwijzingen dat eigenlijke factoring niet valt binnen de meer algemeen geformuleerde taalversies.¹⁶

HvJ 26 juni 2003, nr. C-305/01 (MKG-Kraftfahrzeuge Factoring KG)

Evenals A/G Jacobs overweegt het HvJ dat MKG in het geval van eigenlijke factoring, ontegensprekelijk een dienst verricht. Deze dienst bestaat uit het ontlasten van de crediteur van de inning en van het debiteurenrisico van de overgenomen vorderingen. De vergoeding voor deze dienst bestaat uit het verschil tussen de nominale waarde van de overgedragen vordering en het bedrag dat de factormaatschappij voor die vorderingen betaalt. Dit verschil bestaat uit de inhouding van 2% van de nominale waarde voor de inningswerkzaamheden en 1% van de nominale waarde voor de overname van het debiteurenrisico.¹⁷ Deze vergoeding is de daadwerkelijke tegenprestatie voor de diensten van de factormaatschappij. Er is dus een rechtstreeks verband tussen de activiteit van de factormaatschappij en de tegenprestatie die hij als vergoeding ontvangt. Dat de factormaatschappij de cedent betaling van de vorderingen garandeert en het debiteurenrisico op zich neemt, moet worden beschouwd als de exploitatie van het betrokken goed om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen in de zin van artikel 4, tweede lid, van de Zesde Richtlijn (tegenwoordig artikel 9 van de Btw-richtlijn)¹⁸.

Het HvJ geeft een drietal argumenten voor deze uitleg:

- 1 Een andere uitleg zou in strijd zijn met het beginsel van neutraliteit doordat oneigenlijke factoring wel kwalificeert als een economische activiteit en eigenlijke factoring niet.¹⁹
- 2 De diensten van een factormaatschappij bij eigenlijke factoring lijken sterk op de diensten van een creditcardmaatschappij (HvJ 25 mei 1993, C-18/92 (Bally SA)).²⁰
- 3 In de Engelse en Zweedse tekst van de Btw-richtlijn wordt factoring in artikel 135, eerste lid, onderdeel d expliciet uitgezonderd van de btw-vrijstelling. Het is vaste rechtspraak dat vrijstelling beperkt moet worden uitgelegd omdat vrijstellingen afwijkingen zijn van het algemene beginsel dat btw wordt geheven over elke dienst die door een belastingplichtige onder bezwaren titel wordt verricht. Uitzonderingen op de vrijstelling moeten dus juist ruim worden uitgelegd, zodat dit begrip zowel eigenlijke als oneigenlijke factoring omvat.²¹

De factoordienst die MKG verricht is volgens het HvJ onderdeel van het ruimere begrip invordering van schuldvorderingen in de zin van artikel 135, eerste lid, onderdeel d van de Btw-richtlijn en daarmee uitgezonderd van de btw-vrijstelling.²² Van belang is verder dat het HvJ overweegt geen enkele reden te zien om eigenlijke en oneigenlijke factoring voor de btw anders te behandelen.²³

De cessie van de vordering door de cedent aan MKG lijkt door het HvJ ook te worden gezien als een btw-belastbare activiteit. Dit overweegt het HvJ niet met zoveel woorden maar kan worden afgeleid uit de overweging van het HvJ dat er bij factorovereenkomsten over en weer prestaties worden uitgewisseld

en dat MKG niet alleen kan worden gezien als ontvanger van diensten.²⁴ De cessie van de vordering kwalificeert als handeling inzake schuldvorderingen.

Na het MKG-arrest in 2003 zwijgt het HvJ tot 2011 voordat het in zijn arrest van 27 oktober 2011, nr. C-93/10 (GFKL Financial Services AG) weer verdere verduidelijking geeft over de btw-behandeling van factorovereenkomsten.

§ 2.2.2 GFKL Financial Services AG

Uit de conclusie van A/G Jääskinen van 14 juli 2011, nr. C-93/10 (GFKL Financial Services AG) kunnen nadere aanwijzingen worden gehaald ten aanzien van de btw-behandeling van factorovereenkomsten.

A/G Jääskinen 14 juli 2011, nr. C-93/10 (GFKL Financial Services AG)

GFKL Financial Services AG (hierna: GFKL) heeft met een bank een overeenkomst gesloten om 70 oninbare vorderingen met een gezamenlijke nominale waarde van ongeveer € 15,5 miljoen over te nemen. Hiervoor betaalt GFKL een koopprijs van ongeveer €8 miljoen. De vraag in deze zaak is (1) of GFKL als koper van de oninbare vorderingen een btw-belastbare dienst verricht aan de bank en zo ja, of (2) deze dienst belast of vrijgesteld is.

Naar de mening van A/G Jaäskinen kan uit het MKG arrest niet worden afgeleid dat de cessionaris bij iedere cessie van vorderingen een dienst verleent aan de cedent die bestaat uit de invordering van schuldvorderingen.²⁵ De A/G heeft hierbij het voorbeeld voor ogen dat vorderingen worden overgedragen als onderdeel van de overdracht van een onderneming. Als in dit geval het standpunt wordt ingenomen dat de cessionaris invorderingswerkzaamheden verricht voor de cedent gaat dat in tegen de aard van een dergelijke prestatie.²⁶ De A/G moet hier de situatie voor ogen hebben gehad dat een lidstaat geen gebruik heeft gemaakt van de optie in artikel 19 en 29 van de Btw-richtlijn om de overdracht van een gedeelte van een algemeenheid van goederen/diensten niet aan te merken als een btw-belastbare prestatie. In tegenstelling tot deze situatie laat de aard van de prestatie volgens de A/G in het geval van GFKL echter zien dat de bank een extra voordeel verkrijgt boven de loutere cessie van de vordering.²⁷ De activiteiten van een bank bestaan immers (mede) uit het door middel van het uitlenen van geld rente te ontvangen zonder het uitgeleende bedrag te riskeren. In het geval van wanbetaling zal de bank proberen het uitgeleende bedrag terug te krijgen inclusief rente en invorderingskosten. De bank heeft er voor gekozen om deze activiteiten niet zelf te verrichten maar te laten verrichten door GFKL. Volgens de A/G verricht GFKL dus een dienst aan de bank.²⁸

Vervolgens behandelt A/G Jaäskinen wat de vergoeding is voor deze dienst van GFKL aan de bank. In tegenstelling tot het MKG arrest is er in dit geval door GFKL geen expliciete vergoeding overeengekomen voor haar diensten.²⁹ Deze vergoeding zal dus impliciet moeten worden afgeleid uit (1)

het verschil tussen de nominale waarde en de verkoopprijs van de vordering of (2) de mogelijkheid voor GFKL om winst te maken op de aankoop van de vordering.³⁰ Naar de mening van de A/G kan niet worden gezegd dat één van deze twee methoden de daadwerkelijke tegenprestatie vormt van de bank voor de diensten van GFKL. De bank ontvangt de marktprijs voor de vorderingen en betaalt vanuit btw-optiek niet voor de diensten van GFKL. De bank vermindert niet de prijs van de vordering als tegenprestatie voor de diensten van GFKL maar accepteert slechts de prijs die GFKL bereid is hiervoor te betalen.³¹

Naast de conclusie van A/G Jääskinen dat GFKL geen btw-belastbare prestaties verricht aan de bank concludeert hij dat de cessie van de oninbare vorderingen door de bank aan GFKL wel kwalificeert als een btw-belastbare dienst.³²

HvJ 27 oktober 2011, nr. C-93/10 (GFKL Financial Services AG)

Het HvJ heeft slecht 11 overwegingen nodig om de prejudiciële vragen van het Bundesfinanzhof te beantwoorden. Het eindoordeel komt overeen met de conclusie van de A/G. Het verschil tussen de nominale waarde van de overgedragen schuldvorderingen en de koopprijs van die vorderingen vormt niet de tegenprestatie voor een dienst van GFKL, maar weerspiegelt de daadwerkelijke economische waarde van die schuldvordering op het moment van overdacht. Deze wordt mede bepaald doordat vorderingen onvoldaan zijn en door een verhoogd risico dat de schuldenaren in gebreke zullen blijven.³³

Deze zaak verschilt van het MKG arrest doordat de cessionaris van de cedent geen tegenprestatie ontvangt, zodat hij geen economisch activiteit verricht in de zin van artikel 4 van de Zesde richtlijn (artikel 9 van de Btw-richtlijn) noch een dienst verricht in de zin van artikel 2, eerste 1, van die richtlijn (artikel 2, eerste lid, onder c van Btw-richtlijn).³⁴

§ 2.2.3 Beschouwing

Uit het MKG-arrest van het HvJ kan worden geconcludeerd dat er bij oneigenlijke factoring sprake is van twee dienstverrichters en drie te onderscheiden diensten.

Prestatie factormaatschappij

De factormaatschappij verricht een tweetal diensten. Ten eerste verzorgt zij de invordering van de overgenomen vorderingen en neemt zij het debiteurenrisico over. Het HvJ lijkt deze activiteiten te zien als één enkele dienst waarvan het kenmerkende element de invordering van schuldvorderingen is. Deze dienst is belast met btw. Uit de conclusie van A/G Jääskinen blijkt dat in dit kader van belang is dat de factormaatschappij voor deze dienst expliciet een vergoeding overeen is gekomen met de cedent. Naar mijn mening is het aannemelijk dat doorgaans in de factorovereenkomst

de overnameprijs van de vordering is vermeld (dit zal bij eigenlijke factoring veelal de nominale waarde van de vordering zijn) en de vergoeding die de factormaatschappij hierop in mindering brengt voor zijn dienst. In dit geval is er naar mijn mening sprake van een rechtstreeks verband tussen de dienst van de factormaatschappij en de vergoeding die de cedent hiervoor betaalt.

Wanneer er in een identieke situatie echter geen vergoeding voor de diensten van de factormaatschappij expliciet wordt overeengekomen kan op basis van de conclusie van A/G Jääskinen in GFKL het standpunt worden ingenomen dat de prestatie van de factormaatschappij niet btw-belastbaar is. In dit geval staat er namelijk geen vergoeding in rechtstreeks verband met deze prestatie.

De tweede dienst die de factormaatschappij verricht is kredietverlening. Dit beschrijft het HvJ in het MKG arrest niet met zoveel woorden, maar kan worden afgeleid uit het feit dat het rentecomponent niet wordt gezien als vergoeding voor de invordering van de schuldvorderingen. Als uitgangspunt geldt de kredietverlening dus als zelfstandige btw-belastbare prestatie. Deze prestatie is vrijgesteld van btw. Dit beperkt derhalve het recht op aftrek van voorbelasting van de factormaatschappij. Om dit te voorkomen kan mogelijk het standpunt worden ingenomen dat er bij eigenlijke factoring vanuit btw-optiek in het geheel geen sprake is van kredietverstrekking. De cedent hoeft het voorschot immers niet terug te betalen aan de factormaatschappij. Dit voorschot kan worden gezien als een vooruitbetaling van de koopprijs van de vordering door de factormaatschappij aan de cedent. De factormaatschappij is deze koopprijs namelijk pas verschuldigd op het moment dat de debiteur betaald of uiterlijk na de afgesproken periode van bijvoorbeeld 150 dagen. In dit scenario vormt de door de cedent betaalde 'rente' een korting op de door de factormaatschappij betaalde vergoeding voor de cessie van de vordering. Hierdoor verricht de factormaatschappij louter btw-belaste prestaties waardoor zij volledig recht op aftrek van voorbelasting heeft. Voor de volledigheid merk ik op dat in de literatuur ook wel verdedigd wordt dat op basis van het MKG-arrest de kredietverlening eveneens opgaat in de invordering van de schuldvordering.³⁵ Hiervoor zie ik echter geen aanknopingspunten in het MKG-arrest.

Prestatie cedent

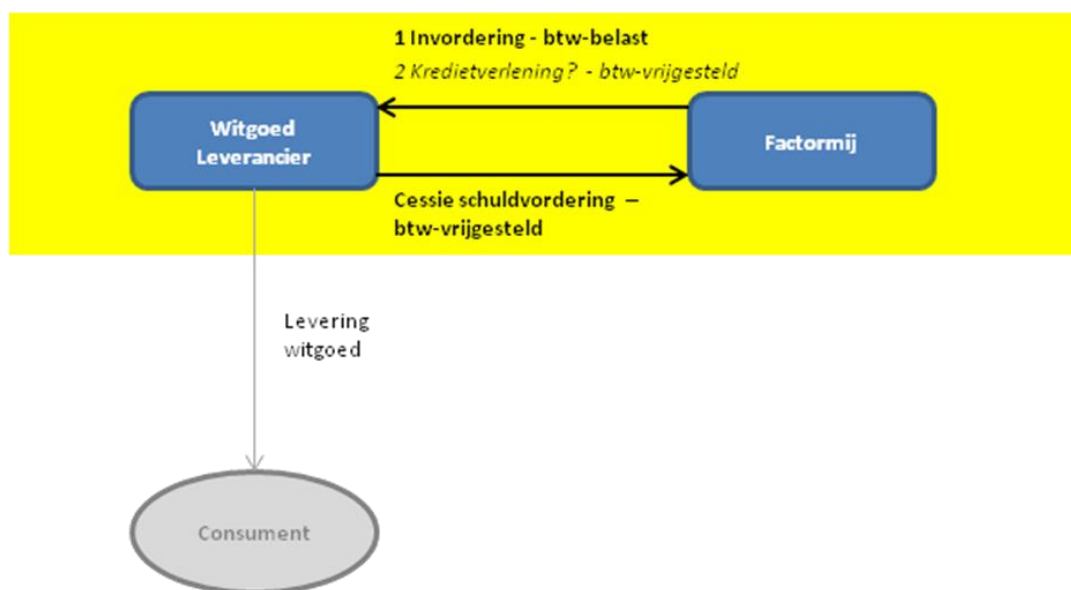
Naast de prestatie van de factormaatschappij lijkt zowel uit het MKG arrest als uit de conclusie van A/G Jääskinen in GFKL te kunnen worden geconcludeerd dat de cedent door de cessie van de vordering eveneens een dienst verleent aan de factormaatschappij. Deze conclusie verbaast niet, de factormaatschappij krijgt immers tegen vergoeding de beschikking over een immaterieel activum. In artikel 25 van de Btw-richtlijn wordt de overdracht van een onlichamelijk zaak immers expliciet als voorbeeld genoemd van een dienst. Voor deze conclusie vind ik ook steun in de uitspraak van het HvJ van 22 oktober 2009, C-242/08, V-N 2009/39.21 (Swiss Re). Hierin heeft het HvJ geoordeeld dat de cessie van een verzekeringsportefeuille kwalificeerde als een btw-belastbare dienst. Naar mijn mening kwalificeert de cessie van de

schuldvordering als btw-vrijgestelde handeling betreffende schuldvorderingen als bedoeld in artikel 135, eerste lid, onderdeel d Btw-richtlijn. Een belangrijk argument hiervoor is dat het HvJ in het arrest Swiss Re overweegt dat van de overdracht van een verzekeringportefeuille niet kunstmatig een van btw-vrijgestelde handeling betreffende schuldvorderingen kan worden afgesplitst. Hieruit kan a contrario worden afgeleid dat sec de overdracht van schuldvorderingen dan wel een btw-vrijgestelde handeling betreffende schuldvorderingen moet vormen.³⁶

Deze conclusie heeft echter mogelijk grote gevolgen voor het aftrekrecht van ondernemers die een factorovereenkomst aangaan ten aanzien van hun debiteurenvorderingen. Het is ligt namelijk niet voor de hand dat de cessie van debiteurenvorderingen kwalificeert als bijkomstige financiële handeling waarvan de omzet op basis van artikel 174, tweede lid, van de Btw-richtlijn buiten de pro rata berekening kan blijven. Deze overdracht zal namelijk gezien kunnen worden als een verlengstuk van de overige btw-belastbare activiteiten. Uit HvJ 18 juni 2009, nr.C-174/08 (NCC) kan worden afgeleid dat dergelijke activiteiten niet kunnen worden aangemerkt als bijkomstige financiële handelingen.

Voor de volledigheid merk ik op dat de cessie van een schuldvordering bij factorovereenkomsten naar mijn mening niet kan worden aangemerkt als een overdracht van een algemeenheid van diensten als bedoeld in artikel 19 jo artikel 29 van de Btw-richtlijn. Veelal zal cedent immers geen rente van zijn debiteur hebben bedongen. Hierdoor is er geen sprake van de overdracht van zelfstandig bedrijfsonderdeel waarmee autonoom economische activiteiten kunnen worden uitgeoefend.

FIGUUR 2 – BTW-BEHANDELING FACTOOROVEREENKOMSTEN OBV EU-JURISPRUDENTIE



§ 2.3 Nationaal recht

In Nederland wordt voor de btw-behandeling van factorovereenkomsten veelal aangesloten bij de uitleg die de staatssecretaris van Financiën heeft gegeven in zijn besluit van 5 september 2003 naar aanleiding van het MKG arrest.³⁷

§ 2.3.1 Besluit van 5 september 2003

De staatssecretaris merkt op dat de dienst van de factormaatschappij duidelijk meer omvat dan het enkel verlenen van krediet. Ongeacht de wijze waarop deze dienst wordt verricht, heeft deze als wezenlijk doel de invordering van schuldvorderingen van een derde. Omdat de invordering van schuldvorderingen is uitgezonderd van de btw-vrijstelling in artikel 11, eerste lid, letter j, ten tweede van de Wet OB is de factormaatschappij over de vergoeding btw verschuldigd naar het algemene tarief.

Uit het besluit volgt dat de vergoeding voor de dienst van de factormaatschappij is gebaseerd op het verschil tussen de nominale waarde van de overgenomen vordering en het bedrag dat de factormaatschappij voor deze vordering betaalt. Dit zogenaamde factoorloon wordt uitgedrukt in een percentage van de nominale waarde van de overgenomen vordering. Dit is volgens de staatssecretaris zowel het geval bij eigenlijke als bij oneigenlijke factoring.

In het besluit wordt niet ingegaan op de eventuele btw-gevolgen van de cessie van de vorderingen aan de factormaatschappij.

§ 2.2.2 Beschouwing

Uit het besluit van 5 september 2003 kan worden afgeleid dat er bij oneigenlijke factoring sprake is van twee dienstverrichters en twee te onderscheiden diensten.

Prestatie factormaatschappij

Op basis van het besluit van 5 september 2002 verricht in ieder geval de factormaatschappij bij factorovereenkomsten een dienst, te weten de btw-belaste invordering van schuldvorderingen. Naar mijn mening is er op basis van het besluit geen sprake van btw-vrijgestelde kredietverlening door de factormaatschappij. Hiervoor vind ik steun in de overweging van de staatssecretaris dat de werkzaamheden van de factormaatschappij duidelijk meer omvatten dan het enkel verlenen van krediet. Hieruit kan worden afgeleid dat het kredietelement op gaat in de invordering van schuldvorderingen. Een ander argument voor mijn standpunt is dat de

staatssecretaris van mening is dat vergoeding voor de door de factormaatschappij verrichte dienst bestaat uit het verschil tussen de nominale waarde van de vordering en de prijs die de factormaatschappij voor de vordering betaald. Dit verschil zal doorgaans zijn opgebouwd uit de volgende elementen (1) de provisie voor het invorderingswerkzaamheden, (2) de overname van het debiteurenrisico en (3) een rentecomponent. Doordat het rentecomponent ook onderdeel uitmaakt van de vergoeding voor de invorderingsprestaties moet de staatssecretaris wel van mening zijn dat de kredietverlening opgaat in de invordering van schuldvorderingen.

De conclusie dat de factormaatschappij op basis van het besluit ook over het rentecomponent btw in rekening moet brengen aan de cedent vindt geen steun in het MKG-arrest. Hieruit kan immers worden afgeleid dat er (1) sprake is van btw-vrijgestelde kredietverlening of (2) dat het kredietelement in het geheel niet belastbaar is omdat de rente moet worden gezien als een korting voor de vooruitbetaling van de koopprijs van de vordering. Door dit verschil tussen de Europese jurisprudentie en het besluit van 5 september 2003 lijken factormaatschappijen ten aanzien van de btw-behandeling van het kredietelement bij factorovereenkomsten dus een keuze te hebben.

Net als in de zaak GFKL lijkt de staatssecretaris de vergoeding voor de prestatie van de factormaatschappij in eerste instantie impliciet af te leiden uit het verschil tussen de nominale waarde van de vordering en de prijs die de factormaatschappij voor deze vordering betaalt. Hij voegt hier echter aan toe dat dit zogenaamde factoorloon wordt uitgedrukt in een percentage van de nominale waarde van de overgenomen debiteurenportefeuille. Na de conclusie van A/G Jääskinen en het arrest van het HvJ in GFKL blijkt dit een belangrijke toevoeging te zijn om te komen tot btw-belastbaarheid. Wanneer er geen expliciet factoorloon is overeengekomen maar dit factoorloon impliciet volgt uit de verlaging van de verkoopprijs van de vordering is er onvoldoende rechtstreeks verband om tot btw-belastbaarheid te komen.

Prestatie cedent

In het besluit van 5 september 2002 wordt niet ingegaan op de btw-behandeling van de cessie van de vordering. Naar mijn mening is sec de cessie van een vordering btw-belastbaar. Belangrijk hierbij vind ik dat de cessionaris tegen vergoeding de beschikking krijgt over een onlichamelijk zaak. Zoals hiervoor beschreven wordt dit in artikel 25 van de Btw-richtlijn genoemd als voorbeeld van een dienst. Daarnaast kan dit expliciet worden afgeleid uit het arrest MKG en Swiss Re en blijkt dit impliciet uit de conclusie van A/G Jääskinen in GFKL. Toch twijfel ik eraan of dit ook bij factorovereenkomsten het geval is. Het feit dat de staatssecretaris niets over de btw-behandeling van de cessie opmerkt is opmerkelijk maar kan nog niet zelfstandig de conclusie dragen dat de cessie van de vordering bij factorovereenkomsten niet belastbaar is voor de btw. De oplossing kan wellicht worden gevonden met behulp van een recent arrest van het Gerechtshof Leeuwarden van 16 augustus 2011, nr.10/00268.

Belanghebbende in deze zaak was een producent van biotechnische producten. In 2005 is zij een overeenkomst aangegaan met het Ministerie van Defensie met betrekking tot de ontwikkeling van een medicijn tegen antrax. Hiervoor ontvangt belanghebbende van het Ministerie van Defensie een vergoeding van € 1.065.000. Wanneer belanghebbende slaagt in de ontwikkeling van een medicijn tegen antrax verkrijgt de staat het recht het medicijn met voorrang en tegen gereduceerd tarief te kopen. Daarnaast moet belanghebbende in dit geval de bijdrage van de staat met rente terugbetalen. Het geschilpunt is of de bijdrage van de staat een vergoeding is voor een btw-belastbare dienst van belanghebbende. In deze situatie lijkt er sprake te zijn van twee te onderscheiden prestaties en twee dienstverleners. Enerzijds verricht de staat een dienst in de vorm van het verlenen van krediet. Anderzijds heeft belanghebbende zich verplicht om een medicijn te ontwikkelen tegen antrax en verleent zij de staat een voorrangpositie ten aanzien van een eventuele toekomstige verkoop. Het Hof overweegt in rechtsoverweging 4.3 en 4.4 het volgende:

4.3 Uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: Hof van Justitie) blijkt dat in het geval als het onderhavige, waarin meerdere elementen van een prestatie aanwezig zijn, rekening dient te worden gehouden met alle omstandigheden waaronder de prestatie plaatsvindt, teneinde te bepalen of het om twee of meer afzonderlijke prestaties dan wel om één prestatie gaat, en of, in dit laatste geval, deze prestatie als een levering van goederen dan wel als een dienstverrichting moet worden gekwalificeerd. Ingevolge het arrest van het Hof van Justitie van 25 februari 1999 inzake Card Protection Plan, nr. C-349/96, BNB 1999/224, met name rechtsoverweging 29, dient te worden bepaald wat de kenmerkende elementen zijn van de betrokken handeling teneinde te bepalen of de belastingplichtige verschillende van elkaar te onderscheiden diensten dan wel één enkele dienst verleent. Daarbij heeft te gelden dat een uit verschillende elementen bestaande dienstverrichting, waarbij economisch gesproken één dienst wordt verleend, niet kunstmatig uit elkaar moet worden gehaald.

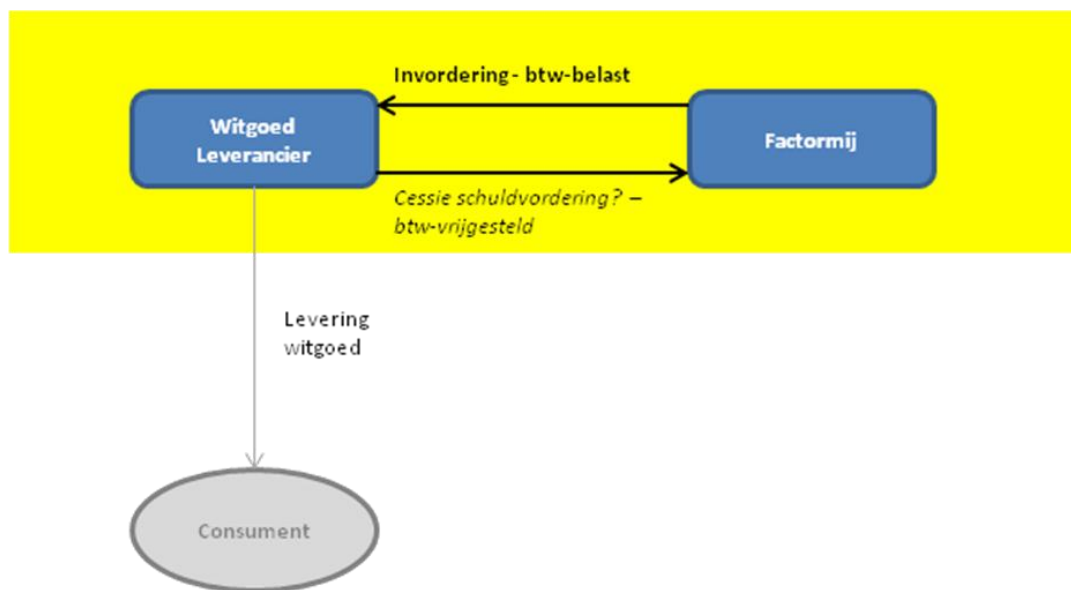
4.4 Naar het oordeel van het Hof geldt hetgeen is overwogen in 4.3 eveneens voor de beantwoording van de vraag hoe een overeenkomst, waarbij twee partijen over en weer prestaties jegens elkaar verrichten, gekwalificeerd moet worden. Het Hof dient derhalve eerst te beoordelen of, gelet op alle omstandigheden van het geval, sprake is van meerdere, van elkaar te onderscheiden prestaties dan wel van één enkele prestatie. Naar het oordeel van het Hof, behelst de onder 2.2 genoemde Overeenkomst één prestatie met meerdere elementen die zo nauw met elkaar zijn verbonden, dat zij objectief gezien een niet te splitsen prestatie vormen, en dat splitsing daarvan kunstmatig zou zijn.

In tegenstelling tot de rechtbank oordeelt het hof dat het doel van de overeenkomst is geweest dat belanghebbende voor de door haar te ontwikkelen producten een (investerings)krediet verkrijgt van de staat. Hieraan doet niet af dat de Staat als kredietverstrekker een belang heeft bij het verkrijgen van een medicijn tegen antrax (ten behoeve van haar personeel) en dat belanghebbende bij een succesvolle ontwikkeling gehouden is om de Staat als kredietverstrekker bepaalde voordelen te verschaffen. Deze elementen zijn, zo oordeelt het Hof, middelen om het krediet bij de Staat als geldverstrekker aan te trekken. Hieruit volgt de

opmerkelijke conclusie dat de prestatie van de belanghebbende opgaat in de btw-vrijgestelde kredietverlening door de Staat.

Wat is het gevolg wanneer deze gedachte wordt toegepast op factorovereenkomsten? Het doel van een oneigenlijk factorovereenkomst bestaat uit het ontlasten van de invordering van de vordering en het debiteurenrisico. De cessie van de vordering aan de factormaatschappij kan in dit geval worden gezien als een middel om dit doel te verwezenlijken. Dit leidt er toe dat de cessie van de vordering opgaat in de invorderingsdienst van de factormaatschappij. Of de theorie van de eenheid van prestatie wel zover gaat dat de prestatie van een ondernemer in de prestatie van een andere ondernemer kan opgaan is naar mijn mening nog geen gelopen race. De uitspraak van het hof kan ook een erg feitelijk karakter hebben. Hiermee voorkomt het hof namelijk dat zij in een moeilijke keuze komt ten aanzien van de maatstaf van heffing van de verschillende prestaties.

FIGUUR 3 – BTW-BEHANDELING FACTOOROVEREENKOMSTEN OBV NATIONAAL RECHT



Samengevat is bij factorovereenkomsten onduidelijk welke prestaties de factormaatschappij verricht aan de cedent. Is dit alleen de btw-belaste invordering van schuldvorderingen of verleent deze ook btw-vrijgesteld krediet. Daarnaast kan er verschillend worden gedacht of er bij factorovereenkomende sprake is van de btw-belastbare cessie van de vordering aan de factormaatschappij. Het is interessant om te kijken of deze vragen worden beantwoord in de verschillende Richtlijn- en Verordeningvoorstellen.

Hoofdstuk 3 Het voorstel tot wijziging

§ 3.1 COM(2007)747 en COM(2007)746

Versie 1 tot en met 8

In het eerste Richtlijnvoorstel van november 2007 wordt niet ingegaan op de btw-behandeling van factorovereenkomsten. De commissie geeft in het eerste Verordeningvoorstel wel aan dat in dit Verordeningvoorstel de door het HvJ ontwikkelde principes en kenmerken van financiële diensten zijn verwerkt.

In de verordening is aangesloten bij de toepasselijke jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie, zodat rekening is gehouden met algemeen aanvaarde beginselen voor de identificatie van relevante kenmerken van verzekerings- en financiële diensten.³⁸

Dit een aanwijzing dat er voor de btw-behandeling van factorovereenkomsten moet worden gekeken naar de uitleg die het HvJ daaraan heeft gegeven in het arrest MKG en GFKL. Zoals uit hoofdstuk 2 blijkt zijn deze uitleg en aanwijzingen onvoldoende om alle prestaties bij factorovereenkomsten te identificeren en classificeren. Ten aanzien van de identificatie, naar mijn mening pleiten de sterkste argumenten voor de situatie dat de factormaatschappij twee btw-belastbare diensten verricht, te weten de invordering van schuldvorderingen en kredietverlening. Daarnaast lijkt ook de cessie van de vordering te kwalificeren als btw-belastbare dienst. Dit zal dan ook nog steeds het uitgangspunt zijn op basis van de eerste versie van COM(2007)747 en COM(2007)746. Hierbij moet worden opgemerkt dat er ook argumenten zijn om te bepleiten dat er bij factorovereenkomsten slechts sprake is van één dienst door de factormaatschappij waar de overige prestaties in opgaan, de btw-belaste invordering van schuldvorderingen.

Vervolgens moeten deze drie diensten op basis van het wijzigingsvoorstel voor de btw worden geclassificeerd. In het eerste Richtlijnvoorstel wordt rekeningbeheer vrijgesteld van btw.³⁹ De invordering van schuldvorderingen valt naar mijn mening onder rekeningbeheer en is daarom vrijgesteld van btw. Met rekeningbeheer worden in mijn ogen de handelingen bedoeld uit artikel 135, eerste lid, onder d Btw-richtlijn. Omdat de invordering van schuldvorderingen hiervan expliciet is uitgezonderd kan niet anders dan worden geconcludeerd dat de invordering van schuldvorderingen als uitgangspunt wel een btw-vrijgestelde handeling is. Het is opmerkelijk dat het Richtlijnvoorstel niet een dergelijke uitsluiting kent voor de invordering van schuldvorderingen. Naast rekeningbeheer wordt ook kredietverlening in het eerste Richtlijnvoorstel vrijgesteld van btw.⁴⁰ Op basis van het eerste Richtlijnvoorstel verricht een factormaatschappij dus alleen btw-vrijgestelde prestaties.

Wat verder opvalt is dat het eerste Richtlijnvoorstel geen vrijstelling bevat voor handelingen inzake schuldvorderingen. Hieruit volgt dat voor zover de

cessie is aan te merken als een btw-belastbare prestatie, deze belast is met btw. Deze cessie kan naar mijn mening niet worden aangemerkt als btw-vrijgestelde kredietverlening. Dit krediet is immers al verleend. De cedent cedeert slechts de vordering aan de factormaatschappij. Een extra argument hiervoor is dat uit vaste rechtspraak van het HvJ volgt dat vrijstellingen beperkt moeten worden uitgelegd omdat zij afwijkingen vormen van het algemene beginsel dat btw wordt geheven over elke dienst die door een belastingplichtige onder bezwarende titel worden verricht.

Tot en met het achtste Richtlijnvoorstel blijven de relevante bepalingen voor factorovereenkomsten ongewijzigd.

Versie 9

Pas vanaf het negende Richtlijnvoorstel⁴¹ lijkt de Europese Commissie zich bewust te worden van de moeilijkheden rondom de btw-behandeling van factorovereenkomsten. In het negende Richtlijnvoorstel worden namelijk handelingen betreffende schuldvorderingen vrijgesteld van btw. In het Verordeningvoorstel wordt bevestigd dat hieronder de volledige of gedeeltelijke overname van een geldverbintenis valt. Op basis hiervan is de cessie van schuldvorderingen btw-vrijgesteld (net als in de huidige Btw-richtlijn). Van deze definities wordt in het Verordeningvoorstel de invordering van schuldvorderingen expliciet uitgezonderd. De Commissie maakt echter wel de opmerking dat dit punt nader moet worden gezien in het licht van het MKG arrest. Als hieruit de conclusie kan worden getrokken dat de invordering van schuldvorderingen niet onder een andere vrijstelling valt is deze dienst van de factormaatschappij belast met btw. Hiermee lijkt eenzelfde btw-behandeling te zijn bereikt als op basis van de huidige Btw-richtlijn

Versie 10 en 11

In het tiende Verordeningvoorstel⁴² wordt er aan de uitzondering toegevoegd dat het moet gaan om de invordering van schuldvordering van derden. Bij deze wijziging plaats de Commissie de volgende toelichting.⁴³

Onder het eerste voorbeeld van uitsluiting zou alleen oneigenlijke factoring mogen vallen, waarmee gevallen worden bedoeld waarin de factor wel het beheer en de invordering van de schuldvorderingen van zijn cliënt op zich neemt, maar niet het bijbehorende verliesrisico. Eigenlijke factoring als beschreven door het HvJ in zaak C-305/01 (MKG) zou daarentegen niet onder dit voorbeeld vallen. Voor eigenlijke factoring houdt de voorgestelde oplossing in dat overdrachten van geldvorderingen krachtens deze richtlijn bepaling als dienstverrichting van de cedent onder de vrijstelling zouden vallen, terwijl de latere inning, door de cessionaris, van die schuldvordering, die tot diens eigen activa zou behoren, voor btw-doeleinden niet als dienstverrichting aan te merken zou zijn.

Blijkbaar vindt de Commissie dat er bij eigenlijke factoring slechts sprake is van één dienst die wordt verricht door de cedent, te weten de cessie van de vordering aan de factormaatschappij. De factormaatschappij verricht de invordering voor eigen rekening en is daarmee niet aan te merken als een btw-belastbare prestatie. Enerzijds bevestigt het HvJ hiermee dat de cessie

van de vordering kwalificeert als btw-vrijgestelde dienst, anderzijds wijkt de commissie hiermee af van het de lijn uit het MKG arrest door te stellen dat de factormaatschappij bij eigenlijk factoring geen btw-belastbare invordering van schuldvorderingen verricht. De Commissie gaat niet in op de btw-behandeling van het krediet element bij factoring. Tot het twaalfde Richtlijnvoorstel⁴⁴ blijft dit onduidelijk.

Versie 12 tot en met 20

Het twaalfde Richtlijnvoorstel bevat een belangrijk inzicht over hoe de Commissie aankijkt tegen de btw-behandeling rondom factorovereenkomsten. In het twaalfde Richtlijnvoorstel wordt de cessie van een schuldvordering nog steeds gezien als een btw-vrijgestelde prestatie. Van deze vrijstelling wordt in het Verordeningvoorstel⁴⁵ echter de cessie in het kader van factorovereenkomst uitgezonderd. Artikel 5 van het Verordeningvoorstel luidt als volgt.

Artikel 5

1. Onder de in artikel 135, lid 1, punt d), van Richtlijn 2006/112/EG vastgestelde definitie van "overdracht van vorderingen en schulden" valt ten minste het volgende:
a) de aanvaarding van het risico dat een debiteur niet betaalt door diens schulden over te nemen.

Onder de in artikel 135, lid 1, punt d), van Richtlijn 2006/112/EG vastgestelde definitie van "overdracht van vorderingen en schulden" valt niet het volgende:

a) de inning van schulden, vorderingen, wissels, kwitanties en andere documenten namens een schuldeiser, alsmede de in het kader van een factorovereenkomst verrichte diensten, met uitzondering van diensten bestaande in het betalen van voorschotten die in voorkomend geval in het kader van een factorovereenkomst kunnen worden verricht.

De Commissie ligt deze wijziging uitgebeid toe. Enkele belangrijke delen hiervan zijn hierna integraal overgenomen.

De formulering van lid 1, punt a), is gewijzigd om te verduidelijken dat de overname van schulden door een derde vrijgesteld is.

Bedacht moet worden dat de overdracht van de vordering aan de factormaatschappij een louter instrumentele en derhalve niet belastbare handeling vormt. Relevant zijn alleen de diensten die de factormaatschappij verricht voor de cedent, en dat zijn de diensten die uit het oogpunt van vrijstelling moeten worden onderzocht.

Het voorzitterschap is niettemin van mening dat factoring niet slechts de taak 'beheer' inhoudt, waartoe mede de inning van vorderingen behoort, maar tevens de taak financiering of betaling van voorschotten omvat, die wezenlijk van eerstgenoemde taak verschilt en als financiële dienst aan te merken is.

De tekst van lid 2, punt a), heeft een tweeledig doel.

^{1°} Alle diensten betreffende het beheer van openstaande vorderingen worden van vrijstelling uitgesloten, ongeacht hoe ze worden gedocumenteerd, ook wanneer ze via een factorovereenkomst worden uitgevoerd.

2° De in het kader van een factorovereenkomst verrichte taak 'betaling van voorschotten' wordt vrijgesteld, omdat die taak werkelijk een financiële dienst behelst.

De taak 'garantstelling' moet naar het oordeel van het voorzitterschap eveneens vrijgesteld worden, zoals impliciet is bepaald in lid 2, punt a). De taak 'garantstelling' krijgt bij eigenlijke factoring haar beslag doordat de factor het debiteurenrisico in verband met de overgedragen vorderingen overneemt. Bij eigenlijke factoring is de taak 'garantstelling' inherent aan de betaling van voorschotten. Het zou niet consequent zijn de betaling van voorschotten wel vrij te stellen maar niet de daarmee gepaard gaande garantstelling.

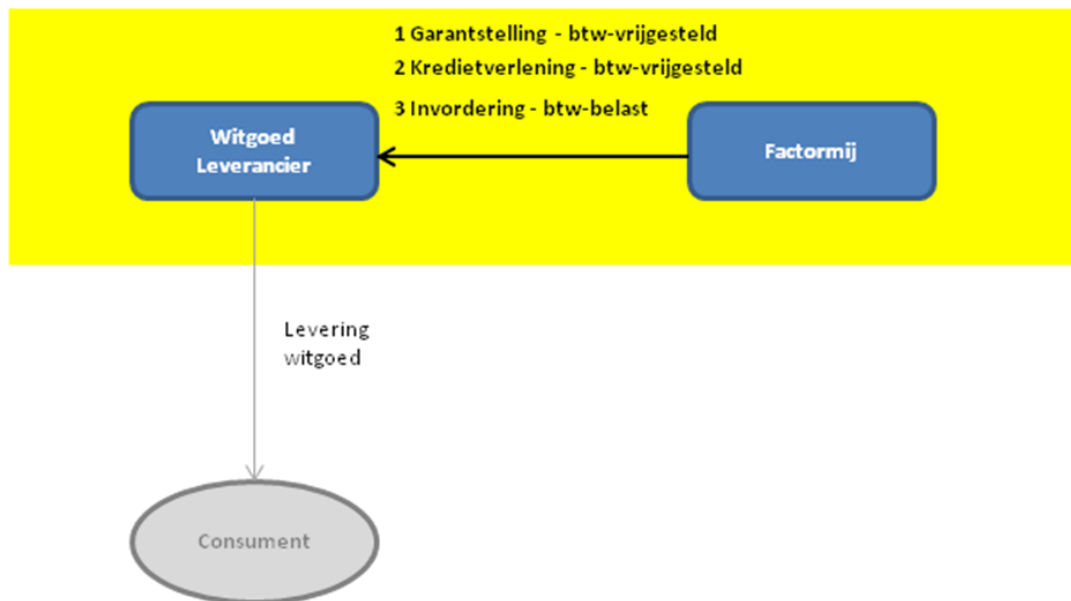
Volgens de Commissie is de cessie van de vordering aan de factormaatschappij dus slechts een instrument voor de prestaties van de factormaatschappij. Deze handeling kan daarom niet worden gezien als een zelfstandige economische activiteit maar gaat op in de prestatie van de factormaatschappij. Bij factoring verricht dus alleen de factormaatschappij btw-belastbare prestaties. Voor zover het eigenlijke factoring betreft is dit standpunt van de Commissie 180 graden gedraaid ten opzichte van haar standpunt in de voorgaande versie. Hierin was zij immers nog van mening dat bij eigenlijke factoring juist alleen de cedent een btw-belastbare prestatie verricht, te weten de cessie van de vordering.

De Commissie verduidelijkt daarnaast dat een factormaatschappij bij eigenlijke factoring een drietal te onderscheiden diensten kan verrichten, te weten:

1. btw-belaste invordering van schuldvorderingen
2. btw-vrijgestelde overname van het debiteurenrisico (garantstelling)
3. btw-vrijgestelde kredietverlening,

Deze btw-behandeling van factorovereenkomsten is in de laatste acht versies tot en met de twintigste versie van 30 september 2011 inhoudelijk (wel tekstueel) niet meer gewijzigd. Voorzichtig kan hieruit de conclusie worden getrokken dat de EU lidstaten ten aanzien van de btw-behandeling van factorovereenkomsten overeenstemming hebben bereikt. Deze voorzichtige conclusie wordt ondersteund door een recent document van de Commissie van 7 oktober 2011 waarin een opsomming wordt gegeven van de punten waarop de lidstaten op dit moment nog geen overeenstemming hebben bereikt. De btw-behandeling van factorovereenkomsten wordt hierin niet genoemd.⁴⁶

FIGUUR 4 – BTW-BEHANDELING FACTOOROVEREENKOMSTEN OBV TOEKOMSTIG RECHT



§ 3.2 Beschouwing

Prestatie factormaatschappij

Na de aanname en de invoering van het Richtlijn- en het Verordeningvoorstel zal de staatssecretaris naar verwachting het besluit van 5 september 2003 over de btw-behandeling van factorovereenkomsten intrekken. Dit betekent dat een factormaatschappij niet langer alleen de btw-belaste invordering van schuldvorderingen verzorgt. Afhankelijk van de factorovereenkomst zal er naast de btw-belaste invordering van schuldvorderingen ook sprake zijn van de btw-vrijgestelde overname van het debiteurenrisico en btw-vrijgestelde kredietverlening. Doordat factormaatschappijen nu ook btw-vrijgestelde diensten verrichten zal dit leiden tot een aanzienlijke beperking van hun recht op aftrek van voorbelasting op algemene kosten en kosten die rechtstreeks toerekenbaar zijn aan deze btw-vrijgestelde activiteiten. De impact hiervan op de bedrijfsvoering zal tijdig in kaart moeten worden gebracht. Naar mijn mening zullen factormaatschappijen nu al moeten inspelen op de mogelijke wijzigingen bij het aangaan van nieuwe contracten om te voorkomen dat zij straks met niet aftrekbare voorbelasting blijven zitten die zij niet kunnen doorfactureren aan hun klant. Dit kan bijvoorbeeld door een prijs inclusief btw af te spreken of een bepaling op te nemen dat de prijsstelling wordt aangepast op het moment dat de diensten van de factormaatschappij niet langer volledig btw-belast zijn.

Voor factormaatschappijen kan het mogelijk nog zinvol zijn om - voor zover hun afnemers een beperkt recht op aftrek van voorbelasting hebben (bijvoorbeeld ziekenhuizen, tandartsen et cetera) - om een onderscheid te

maken tussen inning (passief optreden) en de invordering van schuldvorderingen (actief optreden). De inning van schuldvorderingen is namelijk basis van het besluit van 25 juli 1979 (bankenresolutie) vrijgesteld van btw. Ondanks dat dit besluit mogelijk in strijd is met de Btw-richtlijn en jurisprudentie van het HvJ⁴⁷ kunnen belastingplichtige hierop een beroep doen.⁴⁸ Een mogelijk toekomstig beroep op dit besluit blijft echter speculatief. Ook al is dit besluit inmiddels meer dan 30 jaar oud is, het is goed mogelijk dat de staatssecretaris na de aanname en de invoering van het Richtlijn- en Verordeningvoorstel de bankenresolutie zal intrekken.

Prestatie cedent

Het pleit lijkt te zijn beslecht, de cessie van een schuldvordering in het kader van factorovereenkomsten is niet aan te merken als btw-belastbare prestatie. Deze conclusie van de Commissie kan alleen maar worden toegejuicht. Hiermee wordt immers het risico voorkomen dat btw-belast presterende ondernemers beperkt worden in hun recht op aftrek van voorbelasting door het aangaan van factorovereenkomsten.

De datum waarop het Richtlijn- en Verordeningvoorstel wordt aangenomen en daadwerkelijk van kracht wordt blijft onvoorspelbaar. Deze onvoorspelbaarheid wordt nog eens versterkt door de huidige discussie om op Europees niveau over te gaan tot de invoering van een Financieel Activities Tax of een Financial Transactions Tax.⁴⁹ Frankrijk en Duitsland hebben zich al openlijk uitgesproken voor de invoering van een Financieel Transaction Tax te zijn. Ook het kabinet heeft aangegeven voornemens te zijn om een bankenbelasting in te voeren.⁵⁰ Het blijft afwachten in hoeverre deze nieuwe discussie een nieuw licht werpt op de noodzaak tot modernisering van de financiële vrijstellingen.

Hoofdstuk 4 Conclusie

In Nederland wordt er vanuit gegaan dat bij factorovereenkomsten alleen de factormaatschappij een dienst verricht aan de cedent. Deze dienst bestaat uit de btw-belaste invordering van schuldvorderingen. Op basis van het MKG-arrest van het HvJ verricht de factormaatschappij mogelijk niet alleen de btw-belaste invordering van schuldvorderingen maar verleent zij ook btw-vrijgesteld krediet. Daarnaast kan op basis van hetzelfde arrest het standpunt worden ingenomen dat de cessie van de schuldvorderingen door de cedent aan de factormaatschappij kwalificeert als een btw-vrijgestelde dienst.

Eén van de doelstellingen van de modernisering van de financiële vrijstellingen was om rechtszekerheid te creëren ten aanzien van de btw-behandeling van financiële diensten. Met betrekking tot factorovereenkomsten lijkt dit te zijn gelukt. Op basis van het laatste (het twintigste!) Richtlijn- en Verordeningvoorstel verricht de factormaatschappij aan de cedent namelijk een drietal te onderscheiden diensten:

- 1 Btw-belaste invordering van schuldvorderingen
- 2 Btw-vrijgestelde kredietverlening
- 3 Btw-vrijgestelde overname van het debiteurenrisico (eigenlijke factoring)

Factormaatschappijen gaan na aanneming en het van kracht worden van het Richtlijn- en Verordeningvoorstel naast btw-belaste ook btw-vrijgestelde activiteiten verrichten. Dit heeft grote gevolgen voor hun recht op aftrek van voorbelasting. Hierop zullen zij tijdig hun bedrijfsvoering moeten aanpassen.

Daarnaast blijkt uit de laatste acht Richtlijnvoorstellen dat de overdracht van schuldvorderingen aan de factormaatschappij niet gezien wordt als een btw-belastbare prestatie. Deze dienst is slechts een middel en gaat daarmee op in de prestaties van de factormaatschappij. Een dergelijke redenatie dat een dienst van de ene ondernemer kan opgaan in een dienst van de andere ondernemer is nieuw en kan wellicht in de toekomst nog tot interessante jurisprudentie leiden.

Aangezien deze btw-behandeling in de meest recente acht Richtlijn- en Verordeningvoorstellen inhoudelijk niet is gewijzigd, kan voorzichtig worden aangenomen dat de EU lidstaten over de btw-behandeling van factorovereenkomsten overeenstemming hebben bereikt.

De wijzigingen als gevolg van de aanneming en inwerkingtreding van het Richtlijnvoorstel zullen niet beperkt blijven tot factorovereenkomsten. Het is daarom van groot belang dat financiële dienstverleners tijdig voor al hun diensten inzichtelijk maken in hoeverre de btw-behandeling wijzigt na inwerkingtreding van het Richtlijn- en Verordeningvoorstel. Wanneer dit moment is, blijft echter onzeker. Deze onzekerheid wordt nog eens versterkt door de huidige discussie om op Europees niveau over te gaan tot de invoering van een Financial Activities Tax of een Financial Transactions Tax.

Literatuurlijst

- dr. M.E. van Hilten, Bancaire en financiële prestaties in de Europese BTW, 1992, Kluwer, Deventer
- mr. G.J. van Bruggen en drs. I.C. Blankemeijer, Factoring, BtwBrief 2003/26
- mr. R.A. Gainda, De factor nader beschouwd vanuit BTW-perspectief, BTW-bulletin 2003/64
- mr. R.A. Gainda, Recente wijzigingen rond factoring, BTW-bulletin 2003/92
- mr. dr. G.J. van Norden, De zaak Swiss Re: reden voor onrust in de verzekeringssector?, BtwBrief 2009/36
- mr. dr. G.J. van Norden en mw. K.L.F. Hommen, Een betaling voor een betaling, niet per definitie vrijgesteld, BtwBrief 2011/1

Jurisprudentie

- A/G Jacobs, 6 maart 2003, nr. C-305/01, punt 22 (MKG-Kraftfahrzeuge Factoring KG).
- HvJ, 26 juni 2003, nr. C-305/01, V-N2003/34.13 (MKG-Kraftfahrzeuge Factoring KG).
- HvJ 18 juni 2009, nr.C-174/08, V-N 2009/56.14 (NCC)
- HvJ, 22 oktober 2009, C-242/08, V-N 2009/39.21 (Swiss Re).
- HvJ, 28 oktober 2010, nr. C-175/09, V-N2010/57.17, (AXA UK).
- Gerechtshof Amsterdam, 7 juli 2011, 08/01191 t/m 08/01194.
- A/G Jääskinen, 14 juli 2011, nr. C-93/10, punt 34 (GFKL Financial Services AG).

Eindnoten

¹ Proposal for a council directive amending Directive 2006/112/EC on the common system of value added tax, as regards the treatment of insurance and financial services, 28 November 2007, COM(2007)747 final, 2007/0267 (CNS).

² Proposal for a council regulation laying down implementing measures for Directive 2006/112/EC on the common system of value added tax, as regards the treatment of insurance and financial services, 28 November 2007, COM(2007)746 final.

³ FISC 122, 30 September 2011, 14964/11 en FISC 123, 30 september 2011, 14965/11.

⁴ HvJ, 26 juni 2003, nr. C-305/01, V-N2003/34.13, (MKG-Kraftfahrzeuge Factoring KG).

⁵ Besluit van 5 september 2003, Heffing van omzetbelasting ten aanzien van factoovereenkomsten, DGB2003/4484M.

⁶ Dit voorbeeld is samengesteld uit de voorbeelden die de Europese Commissie geeft van factoovereenkomsten in Annex I en II van FISC 93, 16 September 2010, 13578/10.

⁷ In dit voorbeeld wordt er van uitgegaan dat de vorderingen ook in het geval van oneigenlijke factoring worden gecedeerd aan de factoormaatschappij omdat ook de Europese Commissie dit hanteert als uitgangspunt in haar Richtlijnvoorstellen. In de Nederlandse factoopraktijk wordt er bij oneigenlijke factoring echter veelal gewerkt met de verpanding van vorderingen.

⁸ A/G Jacobs, 6 maart 2003, nr. C-305/01, (MKG-Kraftfahrzeuge Factoring KG).

⁹ HvJ, 26 juni 2003, nr. C-305/01, V-N2003/34.13, (MKG-Kraftfahrzeuge Factoring KG).

¹⁰ Voor zover er sprake is van eigenlijke factoring

¹¹ A/G Jacobs, 6 maart 2003, nr. C-305/01, punt 22 (MKG-Kraftfahrzeuge Factoring KG).

¹² Ibid: punt 23

¹³ Ibid: punt 24

¹⁴ Ibid: punt 25

¹⁵ Ibid: punt 26 en 27

¹⁶ Ibid: punt 33

¹⁷ HvJ, 26 juni 2003, nr. C-305/01, V-N2003/34.13, r.o. 49 (MKG-Kraftfahrzeuge Factoring KG).

¹⁸ Ibid: r.o. 50

¹⁹ Ibid: r.o. 54

²⁰ Ibid: r.o. 56

²¹ Ibid: r.o. 58

²² Het is opmerkelijk dat het HvJ spreekt over de invordering van schuldvorderingen en niet over het in artikel 135, eerste lid, onderdeel d van de Btw-richtlijn genoemde inning van schuldvorderingen.

²³ HvJ, 26 juni 2003, nr. C-305/01, V-N2003/34.13, r.o. 54 (MKG-Kraftfahrzeuge Factoring KG).

²⁴ Ibid: r.o. 48 en 50

²⁵ A/G Jääskinen, 14 juli 2011, nr. C-93/10, punt 34 (GFKL Financial Services AG).

²⁶ Ibid: punt 36

²⁷ Ibid: punt 40

²⁸ Ibid: punt 46

²⁹ Ibid: punt 51

³⁰ Ibid: punt 52

³¹ Ibid: punt 53

³² Ibid: punt 31

³³ HvJ, 27 oktober 2011, nr. C-93/10, r.o. 25 (GFKL Financial Services AG)

³⁴ Ibid: r.o. 22

³⁵ Mr. G.J. van Bruggen en drs. I.C. Blankemeijer, Btwbrief 2003,26, Factoring, 1 oktober 2003.

³⁶ Zie in dit verband ook mr. dr. G.J. van Norden, De zaak Swiss Re: reden voor onrust in de verzekeringssector?, BtwBrief 2009/36

³⁷ Besluit van 5 september 2003, Heffing van omzetbelasting ten aanzien van factoovereenkomsten, DGB2003/4484M.

³⁸ COM(2007)746 final, p. 3.

³⁹ Het voorgestelde artikel 135, eerste lid, onder c van de Btw-richtlijn luidt als volgt:

c) handelingen betreffende financiële deposito's en rekeningbeheer;

⁴⁰ Het voorgestelde artikel 135, eerste lid, onder b van de Btw-richtlijn luidt als volgt:

b) verlening van krediet en garantiestelling voor schuldvorderingen uit hoofde van de verlening van krediet;

⁴¹ FISC 2, 9 January 2009, 5162/09.

⁴² FISC 36, 20 March 2009, 7889/09.

⁴³ FISC 36, 20 March 2009, 7889/09, p. 8.

⁴⁴ FISC 19, 26 February 2010, 6880/10. Daarnaast is FISC 93, 16 September 2010, 13578/10 van groot belang om inzicht te verkrijgen in hoe de Europese Commissie aankijkt tegen de btw-behandeling van factoorovereenkomsten.

⁴⁵ FISC 18, 26 February 2010, 6879/10.

⁴⁶ FISC 127, 7 October 2011, 15265/11.

⁴⁷ HvJ, 28 oktober 2010, nr. C-175/09, V-N2010/57.17, (AXA UK).

⁴⁸ Gerechtshof Amsterdam, 7 juli 2011, 08/01191 t/m 08/01194.

⁴⁹ FISC 126, 20 Oktober 2010, 15282/10

⁵⁰ Kamerstukken II 2010/11, 31 371, nr. 364.