

---

---

## Werkelijk gebruik bij een private bank nauwkeuriger?

---

---

Door: mw.mr. R.I.E Veldema  
Post-Master Indirecte Belastingen 2016/2017

---

## Inhoudsopgave

Inhoudsopgave .....	1
Lijst met gebruikte afkortingen .....	2
Hoofdstuk 1 Inleiding .....	3
Hoofdstuk 2 De private bank .....	4
Hoofdstuk 3 Aftrek van voorbelasting .....	5
§ 3.1 Europese wetgeving .....	5
§ 3.2 Nederlandse wetgeving .....	5
§ 3.3 Bankenresolutie .....	7
§ 3.3.1 Algemeen .....	7
§ 3.3.2 Recht op aftrek van voorbelasting .....	7
Hoofdstuk 4 Jurisprudentie .....	8
§ 4.1 Europese jurisprudentie .....	8
§ 4.1.1 BLC Baumarkt .....	8
§ 4.1.2 Banco Mais .....	9
§ 4.1.3 Mercedes Benz Italia .....	10
§ 4.1.4 Wolfgang und Dr. Wilfried Rey .....	11
§ 4.2 Nationale jurisprudentie .....	12
§ 4.2.1 HR 3 februari 2006 .....	12
§ 4.2.2 HR 10 januari 2014 .....	13
Hoofdstuk 5 Toepassing: aftrek van voorbelasting bij een private bank .....	14
§ 5.1 Algemene kosten .....	14
§ 5.2 Omzetmethode .....	14
§ 5.3 Alternatieve gebruiksmethode .....	15
§ 5.3.1 Bewijslast .....	16
§ 5.3.2 Rente marge .....	17
§ 5.3.3 Kosten allocatie .....	18
§ 5.4 Invulling van artikel 173 lid 2 Btw-richtlijn in Duitsland .....	19
Hoofdstuk 6 Conclusie .....	21
Literatuur lijst .....	23

## Lijst met gebruikte afkortingen

A-G	Advocaat-Generaal
Art.	Artikel
Bankenresolutie	Resolutie van 9 november 1982, nr. 282-15703
BNB	Beslissingen in belastingzaken, Nederlandse Belastingrechtspraak
Btw	Belasting over de toegevoegde waarde
Btw-richtlijn	Richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006
DGA	Directeur-grotaandeelhouder
ED	En dergelijke
EU	Europese Unie
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ	Hof van Justitie van de Europese Unie
MvT	Memorie van Toelichting
Nr.	Nummer
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
p.	Pagina
r.o.	Rechtsoverweging
Uitvoeringsbeschikking	Uitvoeringsbeschikking omzetbelasting 1968
UStG	des Umsatzsteuergesetz 1999
V-N	Vakstudie-Nieuws
Wet OB	Wet op de omzetbelasting 1968
WFR	Weekblad Fiscaal Recht
Zesde Richtlijn	Zesde Richtlijn 77/388/EEG van de Raad van 17 mei 1977

## Hoofdstuk 1 Inleiding

Voor goederen en diensten die door belastingplichtige zowel worden gebruikt voor handelingen waarvoor recht op aftrek bestaat, als voor handelingen waarvoor geen recht op aftrek bestaat (gemengd gebruik), wordt in de Btw-richtlijn aftrek slechts toegestaan voor het gedeelte van de btw dat evenredig (pro rata) is aan het bedrag van de eerstbedoelde handelingen. Deze pro rata wordt bepaald voor het totaal van de door de belastingplichtige verrichte handelingen. De pro rata moet in de eerste instantie worden berekend aan de hand van de omzetverhouding (omzetmethode). Voor banken geldt nu dat voor de berekening van de pro rata wordt aangesloten bij de bankenresolutie. Hierdoor worden de bruto interestbaten van een bank meegenomen in de pro rata berekening. Mede in het licht van het arrest Banco Mais wordt onderzocht of deze manier van het berekenen van de pro rata wel recht doet aan de aftrek van voorbelasting op de diensten van een private bank.

Als uitgangspunt geldt, dat op degene die wenst af te wijken van de omzetmethode - dat kan de inspecteur zijn of de belastingplichtige - de bewijslast rust om aannemelijk te maken dat het werkelijk gebruik (gebruikmethode) van het goed of de dienst meer recht doet aan de aftrek van voorbelasting op deze goederen en diensten. In deze verhandeling staat tevens centraal of Nederland niet een onevenredig zware bewijslast oplegt op degene die wil afwijken van het pro rata op basis van de omzetmethode.

In deze verhandeling zal ik eerst ingaan op wat een private bank precies is, vervolgens onderzoek ik hoe volgens de Europese en Nederlandse wetgeving en jurisprudentie kan worden afgeweken van de omzetmethode. Daarna zal ik de Europese en Nederlandse wetgeving en jurisprudentie toepassen op de private bank. Verder zal ik onderzoeken hoe Duitsland de gebruiker methode toepast bij banken en tot slot kom ik tot een conclusie.

## Hoofdstuk 2 De private bank

Een bankbedrijf is een speciaal soort onderneming met specifieke kenmerken en verschijningsvormen. Zoals al in de inleiding aangegeven wordt in deze verhandeling ingegaan op de private bank. Een private bank ook wel wealth management genoemd, is een gespecialiseerde vermogensbeheerder. De dienstverlening van een private bank is primair gericht aan en voor het beheer van vermogen van specifieke doelgroep-relaties (dit zijn bijvoorbeeld vermogende particulieren en dga's). Dit vertaalt zich concreet in een focus op effectendienstverlening en vermogensbeheer voor particulieren en familiebedrijven.

Activiteiten zonder een directe relatie met vermogensbeheer, zoals de zakelijke kredietverlening, zijn ondergeschikt in de bedrijfsvoering van een private bank. Een private bank verstrekt wel krediet, echter is deze direct gerelateerd aan de doelgroep-relaties. Gedacht kan worden aan hypothecair krediet en effectenkrediet. In een private bank ligt de nadruk daarom meer op het vermogensbeheer dan op kredietverlening.

Het bijzondere karakter van een private bank komt ook tot uitdrukking in haar hoge "funding ratio".<sup>1</sup> Dit komt doordat bij een private bank de klanten automatisch vaak grote sommen geld aanhouden op hun deposito en/of spaarrekening voor hun bellegingsbeleid. De rentebaten en rentelasten zijn daarmee sterk aan elkaar gelinkt. De gelden die klanten in deposito aanhouden bij de bank (rentelasten) zijn nagenoeg dezelfde gelden die worden gebruikt voor kredietverlening (rentebaten). Een private bank hoeft dus – in tegenstelling tot andere banken – veel minder actief de markt op om kapitaal aan te trekken. Dit in tegenstelling tot de traditionele kredietinstelling die kapitaal aantrekt van de kapitaalmarkt ten behoeve van kredietverlening.

Een private bank heeft zoals bovenstaand al aangegeven, meerdere producten die zij haar klanten aanbiedt dan alleen kredietverlening. Deze producten omvatten bijvoorbeeld effectenrekeningen met effectenkrediet, maar ook spaarmogelijkheden om langdurig middelen op te stallen of juist een rekening-courant om tijdelijke overvloedige middelen op te stallen of te onttrekken. De klant kan op de Rekening-courant (tijdelijk) rood staan, maar op de spaarrekening of de effectenrekening (in de vorm van effecten) langdurig geld hebben gestald. De kosten die een private bank maakt om extern kapitaal op de kapitaalmarkt aan te trekken zijn als gevolg hiervan beperkt.

---

<sup>1</sup> Vreemd vermogen ten opzichte van de activa.

## Hoofdstuk 3 Aftrek van voorbelasting

### § 3.1 Europese wetgeving

Het meest essentiële kenmerk voor het btw-systeem in de EU is het recht op aftrek van voorbelasting. Dit systeem zorgt ervoor dat iedere ondernemer alleen belasting betaalt over de door hem bij de productie en distributie van goederen en diensten toegevoegde waarde.<sup>2</sup> Het doel hiervan is dat de ondernemer geheel wordt ontlast van de in het kader van al zijn economische activiteiten verschuldigde of betaalde btw. Hierdoor wordt de neutraliteit van alle economische activiteiten, ongeacht het oogmerk of het resultaat gewaarborgd. Het is hierbij wel van belang dat die activiteiten aan de heffing van btw zijn onderworpen.

Belastingplichtigen hebben recht op aftrek van voorbelasting voor zover de voorbelasting kan worden toegerekend aan door hem verrichte met btw belaste prestaties. Voor belastingplichtigen die zowel belaste als vrijgesteld handelingen verrichten geldt dat de belastingplichtigen moet bepalen in hoeverre de btw die drukt op de ingekochte goederen en diensten voor aftrek in aanmerking komt. In de Btw-richtlijn zijn de bepalingen over het recht van aftrek van voorbelasting te vinden in art. 167 t/m 192. In deze verhandeling zal ik mij slechts beperken tot art. 173 en 174 van de Btw-richtlijn. Deze artikelen gaan namelijk over het recht op aftrek van voorbelasting op de algemene kosten.

In art. 173 lid 1 van de Btw-richtlijn is bepaald dat indien goederen en diensten worden gebruikt voor zowel handelingen waar recht op aftrek van voorbelasting bestaat, als voor handelingen waarvoor geen recht op aftrek van voorbelasting bestaat, aftrek slechts is toegestaan voor het gedeelte van de btw dat evenredig is aan het bedrag van de handelingen met recht op aftrek van voorbelasting (pro rata). Volgens art. 173 lid 1, tweede alinea van de Btw-richtlijn wordt deze pro rata overeenkomstig art 174 van de Btw-richtlijn bepaald voor het totaal van de door de belastingplichtige verrichte handelingen (omzetmethode). De breuk ziet er als volgt uit:

$$\frac{\text{Totale belaste omzet per jaar (btw niet inbegrepen)}}{\text{Totale berekende omzet (btw niet inbegrepen)}}$$

Vervolgens blijkt uit 173 lid 2 van de Btw-richtlijn dat lidstaten in afwijking van de omzetmethode twee maatregelen kunnen nemen, om het recht op aftrek van voorbelasting nauwkeuriger vast te stellen. Namelijk op basis van de sectormethode, waarbij lidstaten de belastingplichtigen kunnen toestaan voor iedere sector van zijn bedrijfsuitoefening een aftrekbaar gedeelte te bepalen, indien voor een ieder van deze sectoren een aparte boekhouding wordt gevoerd en de gebruiksmethode waarbij belastingplichtigen kunnen worden toegestaan of verplicht de aftrek toe te passen volgens het gebruik van de goederen en diensten of een deel daarvan.<sup>3</sup>

### § 3.2 Nederlandse wetgeving

In Nederland is het recht op aftrek van voorbelasting geregeld in art. 15 Wet OB. Voor deze verhandeling is de bepaling van art. 15 lid 6 Wet OB van belang. In dit artikel wordt bepaald dat als een ondernemer goederen of diensten gemengd gebruikt, de aan hem in rekening

<sup>2</sup> Van Hilten en van Kesteren, p. 341.

<sup>3</sup> Zie. H.W.M. van Kesteren en S.B. Cornielje, 'Evenredige aftrek in de BTW: Een voorstel voor uitbreiding van de Nederlandse regeling', WFR 2015/7112.

gebrachte voorbelasting dient te worden gesplitst in een deel dat voor aftrek in aanmerking komt en een deel waarvoor geen aftrek van voorbelasting geldt. Nadere regels omtrent deze splitsing zijn neergelegd in art. 11 tot en met 14a van de Uitvoeringsbeschikking. Voor deze verhandeling is slechts art. 11 van de Uitvoeringsbeschikking van belang. De wijze waarop de pro rata dient te worden berekend volgt uit art. 11 lid 1 onderdeel c van de Uitvoeringsbeschikking. Deze bepaling is een implementatie van de omzetsmethode van artikel 174 van de Btw-richtlijn. Art. 11, lid 1, aanhef en onderdeel c, en lid 2 van de Uitvoeringsbeschikking bepaalt (cursivering van mijn hand):

“1 met betrekking tot goederen en diensten die zowel voor de onder a als voor de onder b bedoelde handelingen worden gebruikt, komt voor aftrek in aanmerking het gedeelte van de voorbelasting dat in dezelfde verhouding staat tot die belasting als het totaal van de vergoedingen voor de handelingen bedoeld onder a staat tot het totaal van de vergoedingen voor de handelingen bedoeld onder a en onder b.”

“ 2 Indien *aannemelijk* is dat het werkelijk gebruik van de in het eerste lid, onderdeel c, bedoelde goederen en diensten, als geheel genomen, *niet overeenkomt* met de aldaar bedoelde verhouding, wordt het voor aftrek in aanmerking komende gedeelte van de voorbelasting van die goederen en diensten *berekend op basis van het werkelijk gebruik*.”

Dit is een implementatie van de gebruiksmethode van art. 173 lid 2 onderdeel c van de Btw-richtlijn. Hierbij sluit ik aan bij van Kesteren en Cornielje dat het lijkt dat de geboden mogelijkheid in de Btw-richtlijn om de gebruiksmethode op een deel van de kosten toe te passen niet is geïmplementeerd. De Btw-richtlijn heeft het namelijk over het gebruik van goederen of diensten of een deel daarvan en in art 11 lid 2 van de Uitvoeringsbeschikking is bepaald dat het gebruik als geheel genomen moet afwijken.<sup>4</sup> Hieruit volgt dat in Nederland de gebruiksmethode voor alle gemengde gebruikte goederen en diensten gezamenlijk dient te worden bepaald (met uitzondering van onroerende zaken).

Wat verder opvalt is dat uit art. 15 lid 6 Wet OB blijkt dat de splitsing naar rato van de vergoeding met betrekking tot handelingen dient plaats te vinden, terwijl in art. 174 van de Btw-richtlijn wordt gesproken over splitsing naar rato van de omzet met betrekking tot handelingen.<sup>5</sup> Uit HR 17 februari 1993, nr. 28 910 (BNB 1993/126), r.o. 5.2.2 blijkt dat hier hetzelfde mee wordt bedoeld, nu art. 15 lid 6 Wet OB blijkens het arrest een juiste implementatie is van art. 174 van de Btw-richtlijn.<sup>6</sup>

Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de omzetsmethode als uitgangspunt dient te worden genomen.<sup>7</sup> Art. 11 lid 2 van de uitvoeringsbeschikking sluit hierbij aan. Dit art. bepaald dat pas als aannemelijk kan worden gemaakt dat het gebruik van alle gemengd gebruikte goederen en diensten als geheel genomen niet overeenkomt met de bedoelde omzetsmethode, moet worden afgeweken van de omzetsmethode. Tevens wordt dit bevestigd in het Besluit aftrek van omzetbelasting:<sup>8</sup>

“(…) De splitsing vindt niet plaats op basis van het pro rata als de ondernemer of de inspecteur aannemelijk maakt dat het werkelijk gebruik, als geheel genomen voor alle

<sup>4</sup> Zie noot 3.

<sup>5</sup> Van Hilten en van Kesteren, p. 380.

<sup>6</sup> HR 17 februari 1993, nr. 28 910 (BNB 1993/126), r.o. 5.2.2: Het betrof hier de Zesde Richtlijn, echter ben ik van mening dat door de komst van de Btw-richtlijn niet anders moet worden geoordeeld.

<sup>7</sup> MvT Kamerstukken II 1967/68, 9324, nr 3, p. 25.

<sup>8</sup> Besluit van 25 november 2011, nr. BLKB 2011/641M. nr. 21834.

algemene kosten, niet overeenkomt met de vooraf trek zoals die wordt vastgesteld volgens de pro rata-berekening. Hierbij geldt dat het werkelijk gebruik, voor alle algemene kosten tezamen, moet worden bepaald via objectieve sleutels. Als dit het geval is, wordt de aftrek van voorbelasting voor de goederen en diensten als geheel genomen berekend op basis van het werkelijk gebruik van de goederen en diensten (artikel 11, tweede lid, van de Uitvoeringsbeschikking). Het is dus niet mogelijk om per in gebruik genomen goed een afzonderlijke pro rata aftrek toe te passen.

## § 3.3 Bankenresolutie

### § 3.3.1 Algemeen

Toen de Zesde btw-richtlijn in werking trad, had dat tot gevolg dat de Nederlandse btw-wetgeving gewijzigd moest worden. Voor het bankbedrijf had tot gevolg dat de art. 11, lid 1 onderdeel i en j jo.15 lid 2 werden gewijzigd dan wel aangevuld. Dit bracht veel onduidelijkheid voor de banken. Om duidelijkheid te verschaffen aan de banken heeft de staatssecretaris van financiën richtlijnen omtrent de diensten en het bepalen van de aftrek van banken gegeven (bankenresolutie<sup>9</sup>). Hiermee trachtte de staatssecretaris naast het wegnemen van rechtsonzekerheid, tevens een uniforme gedragslijn bij banken te bevorderen omtrent de btw-behandeling en het recht op aftrek van voorbelasting.

De resoluties zijn standpuntbepalingen van de staatssecretaris van financiën, waar indien nodig vertrouwen aan kan worden ontleend.<sup>10</sup> Het betreffen dus geen wetten in materiële zin.

### § 3.3.2 Recht op aftrek van voorbelasting

In de bankenresolutie zijn over het recht op aftrek van voorbelasting de volgende passages opgenomen (cursivering van mijn hand):

Onderdeel 3 “ Ten aanzien van een aantal goederen en diensten zal in voorkomend geval echter de aftrek van voorbelasting moeten worden vastgesteld op basis van het werkelijk gebruik.”

Onderdeel 4 “ Met betrekking tot het bepalen van de voor de aftrek van voorbelasting relevante omzetverhouding merk ik het volgende op:

**a.** Als vergoeding voor het verlenen van krediet, met inbegrip van rente-arbitrage, komt in aanmerking de dienaangaande onder de naam rente, provisie, e.d. ontvangen bedragen. Op deze bedragen mogen niet in mindering worden gebracht de door de bank betaalde rente e.d. *wegens het verwerven van de voor de kredietverlening benodigde middelen.*”

---

<sup>9</sup> Besluit van 9 november 1982-282/15703.

<sup>10</sup> Gerechtshof Amsterdam 7 juli 2011, nr.08/01191 t/m 08/01194.



## Hoofdstuk 4 Jurisprudentie

Er zijn diverse arresten van het HvJ en de HR geweest betreffende het pro rata en de gebruiksmethode. Onderstaand zal ik de naar mijn mening belangrijkste arresten weergeven. Ik merk hierbij op dat ik niet uitvoerig zal ingaan op de arresten, want dat gaat te ver voor deze verhandeling. Ik zal mij beperken tot de belangrijkste feiten, de r.o. en de uit de arresten voortvloeiende rechtsregels. Verder is het goed om op te merken dat in de arresten steeds wordt verwezen naar artikel 17 van de Zesde richtlijn. Thans zijn dit de art. 173 en 174 van de Btw-richtlijn. Omdat in de te bespreken arresten steeds wordt verwezen naar de Zesde richtlijn, heb ik er voor het lees gemak voor gekozen dit om te zetten naar de huidige Btw-richtlijn. De tekstuele aanpassingen zijn cursief aangegeven. Uiteraard zijn de bepalingen in de Zesde richtlijn en de Btw-richtlijn identiek.

### § 4.1 Europese jurisprudentie

#### § 4.1.1 BLC Baumarkt

BLC Baumarkt GmbH & Co. KG<sup>11</sup> heeft huurwoningen en bedrijfsruimten gebouwd. De verhuur was gedeeltelijk vrijgesteld van btw en gedeeltelijk belast. In haar btw-aangifte over het jaar 2004 heeft BLC de voorbelasting die zij voor het gebouw had betaald, gedeeltelijk afgetrokken. Voor de berekening van het recht op aftrek van voorbelasting heeft BLC een pro rata gehanteerd op basis van de verhouding tussen de omzet van de verhuur (vrijgesteld) van de bedrijfsruimten (btw-belast) en die van de overige verhuurhandelingen. De Duitse Belastingdienst stelt zich echter op het standpunt dat de aftrek van voorbelasting moet worden vastgesteld op basis van de oppervlakte van de bedrijfsruimten en de oppervlakte van de woningen. De Duitse rechter heeft een prejudiciële vraag in deze zaak gesteld.

Het HvJ heeft geoordeeld dat lidstaten inderdaad de mogelijkheid hebben om een andere verdeelsleutel te hanteren dan de omzetverhouding. Hierbij is het wel van belang dat:

“Bij gebreke van aanwijzingen in de *Btw-richtlijn* is het de taak van de lidstaten om met eerbiediging van het recht van de Unie en de beginselen die aan het gemeenschappelijke btw-stelsel ten grondslag liggen, methoden en criteria voor de berekening van het pro rata voor de aftrek van de voorbelasting vast te stellen. De lidstaten moeten deze bevoegdheid uitoefenen met inachtneming van het doel en de systematiek van deze richtlijn (zie in die zin arrest van 13 maart 2008, *Securenta*, C-437/06, Jurisprudentie p. I-1597, punten 34 en 35).”<sup>12</sup>

“Gelet op, in de eerste plaats, het doel van artikel 173 lid 2 van de *Btw-richtlijn* – zoals uiteengezet in punt 18 van het onderhavige arrest – de lidstaten in staat wil stellen het pro rata van de aftrek nauwkeuriger te berekenen, in de tweede plaats, de systematiek van artikel 173 lid 2 van deze richtlijn en, in de derde plaats, het beginsel van fiscale neutraliteit, dat aan het gemeenschappelijke btw-stelsel ten grondslag ligt en waaraan artikel 173 lid 2 uitvoering geeft, moeten de lidstaten er in de uitoefening van de in die bepaling toegekende voorrechten op toezien dat de berekening van het pro rata voor de aftrek van voorbelasting

<sup>11</sup> HvJ 8 november 2012, C-511/10 (BLC Baumarkt GmbH & Co. KG).

<sup>12</sup> HvJ 8 november 2012, C-511/10 (BLC Baumarkt GmbH & Co. KG) r.o. 22.

zo nauwkeurig mogelijk is (zie naar analogie, met betrekking tot de bepaling van het pro rata van economische en niet-economische activiteiten, arrest *Securenta*, reeds aangehaald, punt 37).<sup>13</sup>

“De Btw-richtlijn verzet er zich derhalve niet tegen dat de lidstaten in de uitoefening van deze bevoegdheid voor een bepaalde handeling een andere methode of verdeelsleutel toepassen dan de omzetverhouding, bijvoorbeeld de oppervlakteverhouding in het hoofdgeding, mits gewaarborgd is dat het pro rata voor de aftrek van de voorbelasting met de gekozen methode nauwkeuriger wordt bepaald dan bij toepassing van de omzetverhouding.”<sup>14</sup>

Het doel en de systematiek van de Btw-richtlijn alsmede de aan het gemeenschappelijk btw-stelsel ten grondslag liggende beginselen dienen namelijk geëerbiedigd te worden. Daarbij is het van belang dat de aftrek van voorbelasting tot doel heeft de belastingplichtige geheel te ontlasten van de in het kader van zijn economische activiteiten verschuldigde of betaalde btw. Dit is in overeenstemming met het beginsel van het neutraliteitsbeginsel.

#### § 4.1.2 Banco Mais

Banco Mais is een bank gevestigd in Portugal die bancaire activiteiten en operational lease van voertuigen aanbiedt. De vergoeding voor haar leaseactiviteiten bestaan uit aflossing, rente en overige lasten. De kosten die rechtsreeks verband houden met de leaseactiviteiten (aankoop van de auto's) worden door Banco Mais volledig in aftrek gebracht. Banco Mais heeft zowel met btw-belaste als vrijgestelde activiteiten. Voor haar algemene kosten past Banco Mais daarom het pro rata toe. Dit pro rata percentage heeft Banco Mais conform de omzetsmethodiek zoals neergelegd in de Btw-richtlijn berekend. Portugal stelt dat zij Banco Mais kan verplichten bij het bepalen van haar pro rata slechts de met de lease activiteiten behaalde rentemarge mee te nemen bij het bepalen van haar pro rata percentage. Portugal heeft namelijk de mogelijkheid om van de omzetsmethode af te wijken en de gebruiksmethode toe te passen, geïmplementeerd. Volgens de Portugese Belastingdienst zou het meenemen van de volledige leaseomzet resulteren in een vertekend beeld, dat wil zeggen een te hoge aftrek op algemene kosten, aangezien een deel van de omzet (de aflossing) op de aankoop van de voertuigen ziet. Banco Mais had de btw op deze voertuigen namelijk al volledig in aftrek gebracht. Door alleen rekening te houden met de bij de leaseactiviteiten behaalde rentemarge zou het pro rata percentage van Banco Mais lager uitvallen.

In Banco Mais borduurt het HvJ voort op *Baumarkt*. Het HvJ overweegt het volgende (tekstuele aanpassingen zijn cursief aangegeven):

“(…) dat artikel 173 lid 2 van de *Btw-richtlijn* de lidstaten in staat wil stellen rekening te houden met specifieke kenmerken van bepaalde activiteiten van de belastingplichtigen teneinde de omvang van het recht op aftrek nauwkeuriger te bepalen.”<sup>15</sup>

“(…) een lidstaat die gebruikmaakt van de keuzemogelijkheid van *artikel 173, lid 2, onderdeel c van de Btw-richtlijn*, erop moet toezien dat de wijze van berekening van het recht

<sup>13</sup> HvJ 8 november 2012, C-511/10 (BLC Baumarkt GmbH & Co KG) r.o. 23.

<sup>14</sup> HvJ 8 november 2012, C-511/10 (BLC Baumarkt GmbH & Co KG) r.o. 24.

<sup>15</sup> HvJ 10 juli 2014, C-183/13 (Banco Mais), r.o.29

op aftrek het mogelijk maakt dat het deel van de btw dat ziet op verrichtingen waarvoor recht op aftrek bestaat, zo nauwkeurig mogelijk wordt bepaald.”<sup>16</sup>

“de Btw-richtlijn verzet zich er niet tegen dat de lidstaten bij de uitoefening van deze bevoegdheid voor een bepaalde handelingen een andere methode of verdeelsleutel toepassen dan de omzetverhouding, mits gewaarborgd is dat het pro rata voor de aftrek van de voorbelasting met de gekozen methode nauwkeuriger wordt bepaald dan bij toepassing van de omzetverhouding.”<sup>17</sup>

Hieruit blijkt dat als de pro rata nauwkeuriger kan worden bepaald, de Belastingdienst in dit geval Banco Mais kan verplichten enkel de bij leaseactiviteiten behaalde rente marge op te nemen in de teller en de noemer van de breuk tot vaststelling van het pro rata percentage. Echter, het werkelijk gebruik blijft op basis van de omzetverhouding.

### § 4.1.3 Mercedes Benz Italia

In de zaak Mercedes Benz Italia SpA<sup>18</sup> ging het om Mercedes Benz die leningen verstrekte aan haar dochterondernemingen. Deze financiële activiteiten nam Mercedes Benz niet mee in de berekening van haar pro rata percentage. Volgens Mercedes Benz dient het verstrekken van leningen namelijk als bijkomstig aan haar belastbare handelingen te worden gekwalificeerd. De rente op deze leningen hoeft dan ook niet te worden meegenomen in de berekening van het pro rata. De Italiaanse Belastingdienst is het daar niet mee eens. Volgens de Belastingdienst vormt het verstrekken van de leningen een van de hoofdactiviteiten van Mercedes Benz. De Belastingdienst wijst er daarbij op dat de rente 71,64% vormt van de totale omzet van de vennootschap.

Advocaat-generaal Saugmandsgaard<sup>19</sup> concludeert dat Italië in strijd met het EU-recht handelt. Het is namelijk in strijd met het EU-recht dat een belastingplichtigen bij gemengd gebruik wordt verplicht om de aftrekbare btw vast te stellen via een pro rata dat is vastgesteld voor alle verworven goederen en diensten, inclusief de goederen en diensten die uitsluitend worden gebruikt voor activiteiten waarvoor recht op aftrek van voorbelasting bestaat, ofwel activiteiten waarvoor geen recht op aftrek van voorbelasting bestaat. Zijn conclusie vindt onder andere steun in het doel van artikel 173 lid 2 van de Btw-richtlijn:

“Uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 173 lid 2 van de Btw-richtlijn blijkt immers dat lid 2 als doel heeft ongelijkheden bij de toepassing van de belasting te vermijden. Deze ongelijkheden kunnen in het nadeel of het voordeel van de belastingplichtige zijn, gelet op het forfaitaire karakter van het algemeen pro rata dat lagere of hogere aftrekken kan meebrengen dan die welke het werkelijke gebruik zou toestaan. De lidstaten hebben in dit verband de mogelijkheid de belastingplichtige toe te staan of te verplichten bijzondere pro rata's te bepalen en de aftrek toe te passen volgens het werkelijke gebruik van de goederen of diensten of van een deel daarvan voor de belaste activiteit, voor zover de belastingplichtige dit gebruik kan aantonen via een aparte boekhouding.”<sup>20</sup>

“De ongelijkheden waarnaar de totstandkomingsgeschiedenis verwijst, ontstaan wanneer het inkomen dat voortkomt uit elk van de activiteiten van de belastingplichtige, niet evenredig is

<sup>16</sup> HvJ 10 juli 2014, C-183/13 (Banco Mais), r.o.30.

<sup>17</sup> HvJ 10 juli 2014, C-183/13 (Banco Mais), r.o.32.

<sup>18</sup> HvJ, C-378/15 (Mercedes Benz Italia SpA).

<sup>19</sup> Conclusie A-G Saugmandsgaard 29 juni 2016, C-378/15 (Mercedes Benz Italia SpA).

<sup>20</sup> Conclusie A-G Saugmandsgaard 29 juni 2016, C-378/15 (Mercedes Benz Italia SpA), r.o. 48.

aan het aandeel van de uitgaven, met inbegrip van de btw, die werden gedragen voor de verwerving van goederen en diensten voor gemengd gebruik (...).<sup>21</sup>

“Bijvoorbeeld wanneer een gemengd belastingplichtige het grootste deel van zijn omzet uit vrijgestelde handelingen haalt (bijvoorbeeld uit financiële of verzekeringsdiensten) waarvoor geen recht op aftrek bestaat, terwijl de door de belastingplichtige verworven goederen en diensten voor gemengd gebruik hoofdzakelijk worden gebruikt voor belastbare handelingen waarvoor recht op aftrek bestaat, leidt het pro rata voor de toepassing van de aftrek dat (...) wordt berekend op basis van de samenstelling van de omzet van de belastingplichtige, noodzakelijk tot een aftrekbaar bedrag dat lager is dan datgene dat is bepaald op basis van het werkelijke gebruik van deze goederen en diensten.”<sup>22</sup>

Anders dan de A-G komt het HvJ EU tot het oordeel dat Italië ondernemers mag verplichten:

“voor alle door hem verworven goederen en diensten een pro rata voor de toepassing van de aftrek toe te passen dat is gebaseerd op de omzet, zonder dat is voorzien in een berekeningsmethode die is gebaseerd op de aard en daadwerkelijke bestemming van elk van de verworven goederen en diensten en objectief weergeeft welk aandeel van de uitgaven werkelijk toe te rekenen is aan elk van de belaste of niet-belaste activiteiten”

Deze uitspraak is naar mijn mening conform de bankenresolutie, dit wil echter niet zeggen dat niet een werkelijk gebruiksmethode kan gelden.

#### § 4.1.4 Wolfgang und Dr. Wilfried Rey

In het arrest Wolfgang und Dr. Wilfried Rey Grundstücksgemeinschaft GbR<sup>23</sup> ging het om Rey die een gebouw had opgericht dat was bedoeld voor bewoning en bedrijfsdoeleinden. Rey heeft het pro rata percentage vastgesteld op basis van de verhouding tussen de te verwachten omzet uit de verhuur van de bedrijfseenheden en parkeerplaatsen (aan btw onderworpen) en de te verwachten omzet uit de overige verhuur (van btw vrijgesteld). In de eerste instantie had de Duitse Belastingdienst deze verdeel sleutel geaccepteerd. In 2004 worden vervolgens enkele onderdelen van de onroerende zaak vrij van btw verhuurd, terwijl ze aanvankelijk waren bestemd voor een aan btw onderworpen gebruik. In verband met de herziening claimt Rey GbR een teruggaaf. De Duitse fiscus stelt echter dat een verdeelsleutel op basis van oppervlakte moet worden gebruikt naar aanleiding van de inwerkingtreding op 1 januari 2004 van artikel 15, lid 4, derde volzin, van het Umsatzsteuergesetz 1999 (UStG).

De verdeelsleutel volgens de omzet mocht alleen worden toegepast indien het onmogelijk was een andere methode van economische toerekening van goederen en diensten voor gemengd gebruik toe te passen. Aangezien het mogelijk en nauwkeuriger is om de economische toerekening van de voor de sloop of de bouw van een gebouw gebruikte goederen en diensten vast te stellen met gebruikmaking van een verdeelsleutel die gelijk is aan de verhouding tussen de oppervlakte in vierkante meters van de bedrijfsruimten en die van de woonruimten, had Rey volgens deze dienst deze verdeelsleutel moeten toepassen. De Duitse rechter heeft prejudiciële vragen in deze zaak gesteld.

<sup>21</sup> Conclusie A-G Saugmandsgaard 29 juni 2016, C-378/15 (Mercedes Benz Italia SpA), r.o. 49.

<sup>22</sup> Conclusie A-G Saugmandsgaard 29 juni 2016, C-378/15 (Mercedes Benz Italia SpA), r.o. 50.

<sup>23</sup> HvJ 9 juni 2016, C-332/14 (Wolfgang und Dr. Wilfried Rey).

Het HvJ heeft overwogen dat Duitsland, bij de berekening van het recht op aftrek van voorbelasting, een verdeelsleutel op grond van oppervlakte mag hanteren in plaats van een verdeelsleutel aan de hand van de omzet. De belangrijkste overwegingen hierbij zijn:

“Deze voorwaarde impliceert echter niet dat de gekozen methode per se de meest nauwkeurige moet zijn. Zoals de advocaat-generaal in punt 90 van zijn conclusie heeft opgemerkt, wordt door het dictum van het arrest van 8 november 2012, BLC Baumarkt (C-511/10, EU:C:2012:689), uitsluitend vereist dat de gekozen methode een nauwkeuriger resultaat waarborgt dan het resultaat dat voortvloeit uit de toepassing van de verdeelsleutel volgens de omzet (zie ook in die zin arrest van 10 juli 2014, Banco Mais, C-183/13, EU:C:2014:2056, punt 29).”<sup>24</sup>

“In het geval van handelingen zoals die aan de orde zijn in het hoofdgeding, die bestaan in de verhuur van verschillende delen van een gebouw, waarvan sommige wel recht op aftrek geven en andere niet, is het dan ook aan de verwijzende rechter om na te gaan of het gebruik van een methode om het recht op aftrek te berekenen door de toepassing van een verdeelsleutel volgens de oppervlakte kan leiden tot een nauwkeuriger resultaat dan datgene dat voortvloeit uit de toepassing van de methode op basis van de omzet.”<sup>25</sup>

## § 4.2 Nationale jurisprudentie

### § 4.2.1 HR 3 februari 2006

In het arrest van 3 februari 2006 van de HR<sup>26</sup> heeft belanghebbende een woon-praktijkpand (huisartspraktijk (vrijgesteld) met apotheek (btw-belast)) laten bouwen. De btw die betrekking had op het gedeelte van het pand dat zakelijk wordt gebruikt, wordt in aftrek gebracht. Omdat belanghebbende zowel aan de heffing van omzetbelasting onderworpen prestaties verricht als vrijgestelde prestaties, werd zij bij de ingebruikneming van het zakelijke gedeelte omzetbelasting verschuldigd. Op de verschuldigde omzetbelasting heeft belanghebbende in aftrek gebracht een bedrag aan omzetbelasting, berekend op basis van de pro rata- methode. De Inspecteur heeft na controle zich op het standpunt gesteld dat de in aftrek te brengen omzetbelasting berekend moet worden op basis van de gebruiksmethode.

De HR heeft het volgende geoordeeld:

“(…) De bewijslast ter zake van het werkelijke gebruik rust op degene, die van de pro rata-methode wil afwijken. Daarbij heeft te gelden dat de vaststelling van het werkelijke gebruik dient te berusten op objectief en nauwkeurig vast te stellen gegevens.”<sup>27</sup>

In de situatie die zich in deze zaak voordoet, waarbij een ondernemer zowel belaste als vrijgestelde handelingen verricht in vertrekken van het pand die niet exclusief voor een van de beide soorten werkzaamheden worden gebruikt, een nauwkeurige vaststelling van het werkelijk gebruik niet mogelijk is.

---

<sup>24</sup> HvJ 9 juni 2016, C-332/14 (Wolfgang und Dr. Wilfried Rey r.o.33).

<sup>25</sup> HvJ 9 juni 2016, C-332/14 (Wolfgang und Dr. Wilfried Rey r.o.34).

<sup>26</sup> HR 3 februari 2006, nr. 41751, LJV AV0823, BNB 2006/314.

<sup>27</sup> HR 3 februari 2006, nr. 41751, LJV AV0823, BNB 2006/314, r.o. 3.3.1.

#### § 4.2.2 HR 10 januari 2014

In het meest recent arrest over de gebruiksmethode van HR 10 januari 2014<sup>28</sup> ging het om een belanghebbende die het recht op aftrek van voorbelasting op algemene kosten voor een pand berekende deels aan de hand van een gebruiksmethode en deels aan de hand van de omzetverhouding. Volgens het gerechtshof Arnhem paste deze benadering binnen artikel 11, lid 2 van de Uitvoeringsbeschikking. De HR oordeelde anders, namelijk:

“In het oordeel van het Hof ligt besloten het oordeel dat artikel 11, lid 1, letter c, en lid 2, in samenhang gelezen met artikel 13, lid 1, van de Uitvoeringsbeschikking zou toestaan bij het bepalen van het werkelijke gebruik voor een gedeelte uit te gaan van het werkelijke gebruik op basis van objectieve en nauwkeurig gegevens en voor het overige gedeelte (de gemengd gebruikte ruimten) uit te gaan van de omzetverhouding. Dit oordeel getuigt van een onjuiste rechtsopvatting omdat, wil er plaats zijn voor het bezigen van de maatstaf van het werkelijke gebruik, het werkelijke gebruik van het goed als geheel in aanmerking moet worden genomen. Het middel slaagt derhalve.”<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> HR 10 januari 2014, nr. 09/01485, V-N 2014/9.17.

<sup>29</sup> HR 10 januari 2014, nr. 09/01485, V-N 2014/9.17, r.o. 3.5.



## Hoofdstuk 5 Toepassing: aftrek van voorbelasting bij een private bank

### § 5.1 Algemene kosten

Voor de toepassing van bovenstaande Europese en Nederlandse wetgeving en jurisprudentie op een private bank is het eerst van belang om vast te stellen wat algemene kosten zijn, want aftrek van voorbelasting op algemene kosten vindt in beginsel pro rata plaats. In beginsel omdat onder andere uit het arrest Midlandbank<sup>30</sup> blijkt dat volledig recht van aftrek op algemene kosten kan worden gerealiseerd. Hiervan is sprake indien en voor zover deze kosten volledig zijn toe te rekenen aan de aftrek gerechtigde prestaties.<sup>31</sup>

Algemene kosten zijn kosten van de algehele bedrijfsactiviteiten van de ondernemer. Waarbij sprake dient te zijn van een rechtstreekse en onmiddellijke samenhang met het geheel van de bedrijfsactiviteiten.<sup>32</sup> De kosten dienen in beginsel te zijn meegenomen in de kostprijs van de goederen of diensten die de ondernemer levert of verricht. De op die kosten drukkende voorbelasting kan dus pro rata van de belaste handelingen worden afgetrokken. Bij een private bank is dit voor een groot deel het geval (zie: bankenresolutie).

### § 5.2 Omzetmethode

De omzetmethode bestaat uit de verhouding tussen de btw-belaste omzet en de totale omzet exclusief btw die per jaar gerealiseerd wordt door de belastingplichtige. In de Nederlandse wetgeving is niet bepaald hoe de omzet van een bank dient te worden bepaald. In artikel 11 lid 1 onderdeel c van de Uitvoeringsbeschikking staat dat uit moet worden gegaan van de vergoeding voor de handelingen. Echter, conform onderdeel 4 van de bankenresolutie wordt voor de rente omzet de vergoeding voor het verlenen van krediet als uitgangspunt genomen en op dit bedrag mag de door de bank betaalde rente voor het verwerven van de voor de kredietverlening benodigde middelen niet in mindering worden gebracht. Dit lijkt mij strijdig met elkaar, inmiddels zijn negatieve spaarrentes in beeld.

Onderstaand heb ik een fictieve berekening van de pro rata op basis van de omzetmethode opgenomen van een private bank. Het meenemen van slechts de bruto-rente baten leidt voor deze private bank tot een pro rata van 23%.

<b>Fictieve berekening private bank</b>	<b>Pro rata op basis van omzet</b>
	€
Rente-bruto baten	300,000,000
Provisies	100,000,000
Totale omzet	400,000,000
Belaste omzet	90,000,000
Pro rata percentage	22.50%
Percentage afgerond	23.00%
Btw voordruk	20,000,000
Teruggave	4,600,000

<sup>30</sup> HvJ 8 juni 2000, C-98/98 (Midland Bank plc).

<sup>31</sup> HvJ 8 februari 2007, C-435/05 (Investrand B.V.).

<sup>32</sup> HvJ 27 september 2001, zaak C-16/00, (Cibo Participations SA) NTFR 2001/1418, V-N 2001/55.7.

Door het recht op aftrek van voorbelasting voor een private bank op deze manier te berekenen worden de specifieke kenmerken van de activiteiten van een private bank niet voldoende onderkend. Een private bank stuurt namelijk niet op bruto renteomzet maar op rentemarge. De bankenresolutie houdt hier geen rekening mee. Bijvoorbeeld enkele jaren geleden waren er veel hogere rente op krediet en sparen waarbij de rentemarge stabiel bleef. Nu door de daling van de bruto markt rente bij krediet en sparen stijgt de pro rata verhouding, maar de rente marge blijft vrijwel stabiel, terwijl er geen wijziging in de bedrijfsvoering heeft plaats gevonden. Een ander voorbeeld is dat voor het aantrekken van middelen ten behoeve van de kredietverlening, dezelfde goederen en diensten worden gebruikt die voor de kredietverlening zelf worden gebruikt. Verder verricht een private bank meer handelingen dan alleen kredietverlening, denk aan spaar- en rekening courantproducten. Ook is het zo dat een klant van een private bank op zijn rekening courant de ene maand rente betaalt als hij debet staat en de volgende maand rente ontvangt als hij credit staat.

Mijn inziens wordt door uit te gaan van slechts de rente bruto baten, geen recht gedaan aan het beginsel dat er sprake dient te zijn van een neutrale fiscale belasting van alle economische activiteiten. Verder komt een berekening op basis van de omzetmethode niet overeen met de geformuleerde uitgangspunten van HvJ in de arresten BLC Baumarkt en Banco mais om zoveel mogelijk aan te sluiten bij het werkelijk gebruik van de goederen of diensten.

### § 5.3 Alternatieve gebruiksmethode

Uit de btw-wetgeving volgt dat het pro rata op basis van de omzetverhouding de hoofdregel is. Als alternatief biedt de Btw-richtlijn de mogelijkheid van een pro rata op basis van het werkelijk gebruik. Lidstaten kunnen belastingplichtigen verplichten of toestaan een pro rata aftrek toe te passen volgens het gebruik van de goederen of diensten of een deel daarvan. Zoals ik al heb beschreven heeft Nederland deze methode geïmplementeerd, behalve dan de in de Btw-richtlijn geboden mogelijkheid om deze methode op een deel van de kosten toe te passen.

Doordat Nederland deze alternatieve methode heeft geïmplementeerd, ben ik van mening dat de door het HvJ geformuleerde rechtsregels in BLC Baumarkt en Banco Mais ook in Nederland van toepassing zijn. Uit deze arresten volgt dat zoveel mogelijk moet worden aangesloten bij het werkelijk gebruik van de goederen. In Banco Mais bijvoorbeeld werd rekening gehouden met de specifieke kenmerken van de activiteiten van de bank waardoor het in aanmerking nemen van de rente marge op leaseactiviteiten resulteerde in een nauwkeuriger bepalingen dan de omzetmethode.

Zoals eerder beschreven is het recht op aftrek voorbelasting bij banken nader bepaald in de bankenresolutie. De bankenresolutie zijn standpuntbepalingen van de staatssecretaris van financiën dus niet bindend voor een belastingplichtige. Als een private bank er voor kiest om een gebruikersmethode toe te passen wordt onderdeel 4a van de bankenresolutie opzij gezet. Wat daar de gevolgen van zijn is niet bekend. De Belastingdienst zou kunnen stellen dat in het geheel geen aanspraak meer kan worden gedaan op de bankenresolutie. Of dit erg zou zijn is overigens maar de vraag. Het betreft namelijk standpunt bepalingen uit 1979 en 1982 waarvan de meeste bepalingen zeer verouderd zijn. Verder ben ik van mening dat door het formuleren van en nadere uitwerking van het begrip omzet in de bankenresolutie



Nederland mogelijk handelt in strijd met de EU jurisprudentie, aangenomen dat de bruto rente eerder ruimer is dan nauwkeuriger.

### § 5.3.1 Bewijslast

In artikel 11 lid 2 van de Uitvoeringsbeschikking is geregeld dat indien aannemelijk is dat het werkelijk gebruik van de gemengd gebruikte goederen en diensten als geheel genomen niet overeenkomst met de verhouding op basis van de omzetverhouding, het voor aftrek in aanmerking komende gedeelte dient te worden bepaald op basis van de gebruiksmethode. Degene die van de hoofdregel (omzetmethode) wil afwijken dient aannemelijk te maken dat het werkelijke gebruik van de gemengd gebruikte , als geheel genomen, niet overeenkomt met de omzetmethode.<sup>33</sup>

Zoals ik al had beschreven volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 10 januari 2014 dat in Nederland niet eenvoudig of helemaal niet (deels) van de bruto omzetverhoudingen kan worden afgeweken. Terwijl in het arrest Banco mais het HvJ haar oordeel vormde op basis van algemene aannames c.q. ervaringsgegevens.

Tot 1 januari 2008 gold dat degene die wil afwijken van de omzetmethode moet laten *blijken* dat dit beter recht deed aan het gebruik van goederen en diensten. Door het vervangen van het woord *blijken* in aannemelijk is de bewijslast voor degene die wil afwijken van het pro rata minder zwaar.<sup>34</sup> Ten tijde van deze wijziging heeft de Staatssecretaris nadrukkelijk bevestigd dat de bedoeling hiervan was om onrechtvaardige voor- en nadelen die kunnen ontstaan bij gebruik van de omzetmethode, tegen te gaan.

Ik gebruik de term minder zwaar omdat ik van mening ben dat de bewijslast nog steeds zwaar of zelfs onredelijk is (objectief en nauwkeurig aannemelijk maken). Als de bewijslast nog steeds heel zwaar is, dan is naar mijn mening de versoepeling van 1 januari 2008 een dode letter geworden. Dat kan naar mijn mening niet de bedoeling zijn geweest.

In de conclusie van 17 juni 2010 <sup>35</sup>heeft A-G Van Hilten de volgende mogelijkheden benoemd om het werkelijk gebruik voor verschillende soorten goederen en diensten te bepalen:

1. In het geval van onroerende zaken kan dat aan de hand van vloeroppervlakten of kubieke meters die vervolgens worden toegerekend aan hetzij belaste hetzij vrijgestelde prestaties<sup>36</sup>;
2. als maatstaf kunnen de gebruikte uren of fulltime-equivalenten (fte) worden gebruikt;
3. aantallen personeelsleden, gewerkte uren en dergelijke kunnen aanwijzingen zijn voor de arbeidsintensiviteit ten bate van vrijgestelde en belaste prestaties<sup>37</sup>;

<sup>33</sup> M. Anthonissen MSc, *'Btw-aftrek mag niet zo nauwkeurig mogelijk worden vastgesteld?'*, BtwBrief 2014/68.

<sup>34</sup> Besluit staatssecretaris 21 augustus 2007, DV 2007/0051M, Stcrt. 2007,166.

<sup>35</sup> Conclusie A-G Van Hilten 17 juni 2010, nr. 09/01485.

<sup>36</sup> Hoge Raad 7 juni 2000, nr. 35423, LJN AA6120, BNB 2000/246 en Hoge Raad 14 december 2001, nr. 36859, LJN AD7164, BNB 2002/82.

<sup>37</sup> In het vraag-antwoordbesluit van 30 juni 2002, nr. CPP2002/291, V-N 2002/12.29, gaf de Staatssecretaris aan dat een dergelijk maatstaf (tijdinvesteringsregistratie) slechts een indicatief karakter heeft en op zich een onvoldoende objectief criterium is voor de splitsing van voorbelasting naar werkelijk gebruik. Wat betreft reisbureaus is de staatssecretaris hierop teruggekomen in onderdeel 3.6.2. (Aftrek van btw bij reisbureaus) van het Besluit aftrek voorbelasting (BLKB2011/641M).

4. de gebruiksduur.

In de Nederlandse jurisprudentie en literatuur is nog geen gebruiksmethode voor banken benoemd. De meeste arresten gaan voornamelijk over onroerende zaken. In de volgende sub paragrafen zal ik aannemelijk maken dat er voor een private bank methodes zijn die het gebruik nauwkeuriger bepalen dan de omzetmethode.

### § 5.3.2 Rente marge

Uit de conclusie van 17 juni 2010 van A-G van Hilten<sup>38</sup> volgt dat er verschillende verdeelsleutels mogelijk zijn om het werkelijk gebruik vast te stellen, zolang het uitgangspunt blijft dat deze nauwkeuriger zijn dan de algehele omzetverhouding. Op basis van het arrest Banco Mais kan het werkelijk gebruik berekend worden middels gecorrigeerde omzetverhoudingen. In het geval van een private bank wordt dan niet de bruto-omzet maar de rentemarge uit kredietverlening meegenomen. Het salderen van de rente leidt aantoonbaar tot een nauwkeurigere vaststelling.<sup>39</sup> Overigens volgt uit het arrest Wolfgang und Dr. Wilfried Rey dat de vaststelling nauwkeuriger dient te zijn dan de omzetmethode, maar dat die methode niet perse de nauwkeurigste methode dient te zijn.

Onderstaand heb ik naast de omzetmethode een pro rata berekening conform saldering van de rente opgenomen. Overigens bestaan de overige inkomsten voor een belangrijk deel uit beheerfees. Het betreft fictieve cijfers.

De sleutel is al volgt:

Belaste omzet vermogensbeheer/advies + rentemarge + overige omzet  
Totale omzet vermogensbeheer/advies + rentemarge + overige omzet

	Pro rata op basis van omzet	Berekening op basis van rente marge
<b>Fictieve berekening private bank</b>	€	€
Rente-bruto baten	300,000,000	300,000,000
Rente lasten	0	150,000,000
Rente marge	0	150,000,000
Provisies	100,000,000	100,000,000
Totale omzet	400,000,000	250,000,000
Belaste omzet	90,000,000	90,000,000
Pro rata percentage	22.50%	36.00%
Percentage afgerond	23.00%	36.00%
Btw voordruk	20,000,000	20,000,000
Teruggave	4,600,000	7,200,000

Zoals uit bovenstaande berekening blijkt dat het meenemen van de marge het effect van de vrijgestelde omzet uit kredietverlening op het uiteindelijke pro rata cijfer dempt. Dit beperkt de invloed van de ondergeschikte kredietactiviteiten op het pro rata. Deze gebruiksmethode houdt meer rekening met de specifieke kenmerken van de activiteiten van een private bank. Deze methode leidt voor deze private bank naar een pro rata percentage van 36%.

<sup>38</sup> Conclusie A-G Van Hilten 17 juni 2010, nr. 09/01485.

<sup>39</sup> Oskar Henkow, proefschrift Financial Activities in European VAT p.303.

Een private bank zoals in hoofdstuk 2 beschreven leeft zowel van positieve omzet uit bijvoorbeeld kredietverlening of roodstand, als van negatieve omzet uit bijvoorbeeld spaarproducten of de vergoeding van rente over een debet betaalsaldo. Ik ben van mening dat het verstoring werkt als de omzet uit dit soort typische/standaard bancaire producten niet in aanmerking wordt genomen. Mijn mening wordt tevens ondersteund door Arthur Kerrigan in de VAT Monitor Volume 21<sup>40</sup>.

In het arrest *First National Bank of Chicago*<sup>41</sup> heeft het HvJ geoordeeld dat de marge (het verschil tussen de aankoop en de verkoopprijs) het bedrag is waarover de bank daadwerkelijk voor eigen rekening kan beschikken. Daarbij gaat om een theoretische benadering, aangezien de bank zeer vele transacties verricht die betrekking hebben op zeer uiteenlopende bedragen en valuta's, waarvan de koersen voortdurend fluctueren. Het HvJ oordeelt dat daarom moet worden aanvaard, dat de tegenprestatie, dat wil zeggen het bedrag waarover de bank daadwerkelijk voor eigen rekening kan beschikken bestaat uit het bruto resultaat van al haar transacties in een bepaalde periode.<sup>42</sup> In dit arrest ging het om het bepalen van de maatstaf van heffing. Ik ben het met het HvJ eens dat voor de maatstaf van heffing aangesloten dient te worden bij het bruto resultaat. Echter, is dit arrest niet van toepassing in het geval voor het bepalen van het recht op aftrek van voorbelasting. Het recht op aftrek van voorbelasting heeft namelijk tot doel de ondernemer geheel te ontlasten van de in het kader van zijn economische activiteiten verschuldigde of betaalde btw. Het gemeenschappelijk btw-stelsel waarborgt een volstrekt neutrale fiscale belasting van alle economische activiteiten, ongeacht het oogmerk of resultaat.

### § 5.3.3 Kosten allocatie

Artikel 173 lid 2 onderdeel a van de Btw-richtlijn biedt lidstaten de mogelijkheid een aparte pro rata voor iedere sector van de bedrijfsuitoefening te hanteren mits voor ieder van deze sectoren een aparte boekhouding wordt bijgehouden. Deze methode is in Nederland niet geïmplementeerd.

In arrest *Wolfgang und Dr. Wilfried Rey* heeft het HvJ geoordeeld dat een lidstaat een andere berekeningsmethode kan toepassen, mits is gewaarborgd dat de pro rata nauwkeuriger wordt bepaald dan bij toepassing van de methode op basis van omzetverhouding en dat dit inhoudt dat de gekozen methode niet per se de meest nauwkeurige moet zijn. Ik ben met mr. N.P. Arzini van mening dat het lijkt dat het HvJ hier echter simpelweg zegt dat een lidstaat niet kan worden tegengeworpen dat hij niet een van de andere facultatieve berekeningsmethoden uit de btw-richtlijn heeft geïmplementeerd, ook al had deze niet-geïmplementeerde berekeningsmethode tot een nauwkeuriger resultaat geleid.<sup>43</sup> In het geval van een berekening op basis van kostenallocatie is mijn inziens geen sprake van een sectormethode, maar gaat het om een berekening op basis van het gebruik van de goederen en diensten. Nederland heeft gebruik gemaakt van deze mogelijkheid, namelijk in artikel 173 lid 2 onderdeel c van de Btw-richtlijn.

Middels een kostentoe rekening op basis van productcategorieën kan worden vastgesteld welke kosten worden gemaakt voor welke producten (diensten). Dit geeft een betere reflectie

<sup>40</sup> A. Kerrigan in de VAT Monitor Volume 21, nummer 2, 2010.

<sup>41</sup> HvJ 14 juli 1998, C-172/96 (*First National Bank of Chicago*).

<sup>42</sup> HvJ 14 juli 1998, C-172/96 (*First National Bank of Chicago*) r.o. 44, 45, 46 en 47.

<sup>43</sup> N.P. Arzini, '*het nauwkeurigheidsvereiste in relatie tot rechtstreekse toerekening en pro rata*', BtwBrief 2016/89.

van gebruik van externe aankopen voor met btw belaste activiteiten. Het gewicht in de pro rata van de vrijgestelde renteomzet in vergelijking met het gewicht van de overige belaste omzetten wordt op deze manier evenredig verdeeld. Bij een pro rata op basis van kosten allocatie wordt rekening gehouden met de specifieke kenmerken van een private bank. Onderstaand heb ik een voorbeeld opgenomen van een pro rata berekening op basis van kostenallocatie waarbij ik er vanuit ga dat de kosten (de btw) 50/50 worden toegerekend aan beide activiteiten. Deze kosten toerekening kan naar mijn mening op basis van een mengeling van de door van Hilten in haar conclusie van 17 juni 2010 gewezen methodes, waarbij ook andere verdeelsleutels mogelijk zijn. Deze methode leidt tot een pro rata percentage van 43,5%.

Dienstverlening	Totale omzet	Belaste omzet	Btw voordruk	Pro-rata	Teruggave
Fictieve berkening private bank	€	€	€	%	€
Kredietverlening & sparen	300,000,000	5,000,000	10,000,000	2.00%	200,000
Provisies	100,000,000	85,000,000	10,000,000	85.00%	8,500,000
Totaal	400,000,000	90,000,000	20,000,000	43.50%	8,700,000

## § 5.4 Invulling van artikel 173 lid 2 Btw-richtlijn in Duitsland

In deze paragraaf zal worden ingegaan op de implementatie van artikel 173 lid 2 van de Btw-richtlijn in Duitsland. Duitsland is met name van belang omdat zij sinds 2005 een aftrekgeregeling voor de bancaire sector kennen.<sup>44</sup> De grondslag voor deze aftrekgeregeling volgt uit § 15, lid 4, van het Umsatzsteuergesetz 1999, (BGBl. 1999 I, blz. 1270, wet op de omzetbelasting), zoals gewijzigd bij het Steueränderungsgesetz 2003 (BGBl. 2003 I, blz. 2645, belastinghervormingswet (UStG)). Dit artikel bepaalt:

“Gebruikt de ondernemer een voor zijn onderneming geleverd, ingevoerd of intracommunautair verworven goed of een overige door hem ontvangen dienstverrichting slechts gedeeltelijk ter uitvoering van handelingen die de aftrek van voorbelasting uitsluiten, dan is het gedeelte van de desbetreffende voorbelasting dat economisch kan worden toegerekend aan deze handelingen, niet aftrekbaar. De ondernemer kan de niet-aftrekbare deelbedragen via een objectieve schatting vaststellen. Vaststelling van het niet-aftrekbare deelbedrag van de voorbelasting volgens de verhouding handelingen waarvoor geen recht op aftrek bestaat tot handelingen waarvoor recht op aftrek bestaat, is alleen toegestaan wanneer geen andere economische toerekening mogelijk is.”

De aftrekgeregeling is te vinden in het besluit van de Duitse Ministerie van Financiën.<sup>45</sup> In paragraaf 4.2 van het besluit staat:

“Das Hauptgeschäft von Kreditinstituten ist auf der Aktivseite die Vergabe von Krediten und auf der Passivseite die Beschaffung von Mitteln für die Herausgabe der Kredite. Den

<sup>44</sup> “Kreditinstituten”

<sup>45</sup> Schreiben des deutschen Bundesministeriums für Finanzen vom 12. April 2005, Aktenzeichen IV A 5 - S 7306 - 5/05 Neues Konzept für die Aufteilung des Vorsteuerabzugs bei Kreditinstituten nach § 15 Abs. 4 des Umsatzsteuergesetzes (UStG).

erhaltenen Zinseinnahmen aus den herausgelegten Krediten stehen Refinanzierungskosten für die Mittelaufnahmen gegenüber. Der Überschuss aus den Zinseinnahmen und den Refinanzierungskosten ist die Marge. Für das Kreditgeschäft ist festzustellen, dass die Umsatzgröße weitestgehend von Eingangsleistungen bestimmt wird, die nicht vorsteuerbelastet sind (Refinanzierung). Aussagekräftig ist vielmehr eine Marge, die durch diese Geschäfte erzielt wird”.

De Nederlandse vertaling luidt als volgt<sup>46</sup>: “De hoofdactiviteit van kredietinstellingen op de actiefzijde is het verstrekken van leningen en op de passiefzijde het verkrijgen van middelen hiervoor. De ontvangen rente-inkomsten uit de verstrekte leningen staan tegenover de rentekosten van de opgenomen middelen (leningen en spaargelden). Het verschil tussen de rente-inkomsten en de rentekosten is de marge. Vastgesteld kan worden dat bepalend voor het kredietbedrijf is dat de grootte van de omzet grotendeels wordt bepaald door onbelaste inkomende prestaties, waar geen btw voorbelasting op drukt (herfinanciering). Kenmerkend voor het kredietbedrijf is dus veel meer de marge die wordt behaald.”

Uit dit besluit volgt dus dat banken om tot een nauwkeurige pro rata te komen de rentemarge in aanmerking mogen nemen, aangezien dat een nauwkeurigere beeld geeft dan de omzetverhouding. De Duitse ministerie van Financiën erkend hiermee dat banken margebedrijven zijn en dat de renteomzet van een bank overwegend wordt bepaald door externe elementen, namelijk van btw-vrijgestelde markrente op de aangetrokken financiering. Volgens het ministerie is het zinvoller deze elementen (deels) te elimineren. Dit besluit is naar mijn mening in lijn met het arrest Banco Mais waarbij het nauwkeuriger was om de leasemarge in aanmerking te nemen in plaats van de omzet . Tevens ligt Philip Klinger<sup>47</sup> in zijn proefschrift het ‘marge’ systeem toe en beargumenteerd Klinger dat het ‘marge’ systeem het enige juiste systeem is.

---

<sup>46</sup> Het betreft geen officiële vertaling.

<sup>47</sup> P. Klinker, *Einschänkung des Rechts auf Vorsteuerabzug von Kreditinstituten infolge der Umsatzbesteuerung von Finanzdienstleistungen*, p. 161.

## Hoofdstuk 6 Conclusie

In deze verhandeling stonden de volgende vragen centraal:

- Of mede in het licht van het arrest Banco Mais de berekening op basis van de omzetmethode wel recht doet aan de aftrek van voorbelasting op de diensten van een private bank; en
- is de bewijslast voor het afwijken van de omzetmethode in Nederland niet onevenredig zwaar is?

In deze verhandeling ben ik eerst ingaan op wat een private bank precies is, vervolgens heb ik onderzocht hoe volgens de Europese en Nederlandse wetgeving en jurisprudentie kan worden afgeweken van de omzetmethode. Daarna heb ik de Europese en Nederlandse wetgeving en jurisprudentie toegepast op een private bank. Verder heb ik onderzocht hoe Duitsland de gebruiksmethode toepast bij banken.

Het recht op aftrek van voorbelasting is een fundamenteel beginsel van het EU recht. Het recht op aftrek van voorbelasting heeft tot doel de ondernemer geheel te ontlasten van de in het kader van zijn economische activiteiten verschuldigde of betaalde btw. Het gemeenschappelijk btw-stelsel waarborgt een volstrekt neutrale fiscale belasting van alle economische activiteiten, ongeacht het oogmerk of resultaat.

Voor gemengd gebruikte prestaties waarvoor btw is betaald of verlegde btw is verschuldigd, geldt een pro rata aftrek. Voor banken geldt nu dat voor de berekening van de pro rata wordt aangesloten bij de bankenresolutie. Hierdoor worden de bruto interestbaten van een bank meegenomen in de pro rata berekening. Dit is niet voor iedere type bank wenselijk. Een private bank is namelijk een gespecialiseerde vermogensbeheerder waarbij de dienstverlening zich primair richt op het beheer van vermogen van vermogende particulieren. De nadruk ligt daardoor niet op kredietverlening. Met de kredietverlening wordt echter - mede door de volledige weging van de ontvangen bruto rente - veel meer omzet behaald. Hierdoor leidt een toepassing van een pro rata op basis van de omzetmethode tot een relatief laag recht op aftrek van voorbelasting. In het gegeven voorbeeld in § 5.2 leidt een berekening op basis van de omzetmethode tot een pro rata aftrekpercentage van 23%.

Degene die van de hoofdregel, de omzetmethode, wil afwijken dient aannemelijk te maken aan de hand van objectief en nauwkeurige gegevens dat het werkelijke gebruik van de gemengd gebruikte prestaties, als geheel genomen, niet overeenkomt met de omzetverhouding. Dit is een te zware bewijslast. Uit het arrest van de HR van 10 januari 2014 blijkt ook dat op deze wijze niet eenvoudig of helemaal niet van de omzetmethode kan worden afgeweken. Terwijl in het arrest Banco Mais het HvJ voor de bewijslast uitgaat van algemene aannames c.q. ervaringsgegevens waarbij overigens ook nog steeds een omzetmethode wordt gebruikt.

Het pro rata van een private bank komt nauwkeuriger tot stand als de omzet uit kredietverlening niet voor het brutobedrag maar voor het margebedrag in aanmerking zou worden genomen. De vrijgestelde omzet uit kredietverlening heeft anders een onevenredig dempend effect op het pro rata. Dit heeft tot gevolg dat de btw op kosten nauwelijks in aftrek komt terwijl deze kosten vrijwel uitsluitend voor het vermogensbeheer worden gemaakt. In het gegeven voorbeeld in § 5.3.2 leidt een berekening waarbij rekening is gehouden met de rentemarge tot een pro rata aftrekpercentage van 36%.

Een andere methode waarbij de pro rata berekening van een private bank nauwkeuriger wordt berekend dan die van een omzetmethode is op basis van een kosten allocatie. Hiermee wordt een kostentoerekening gemaakt op basis van toerekening naar productcategorieën; enerzijds het kredietbedrijf en anderzijds vermogensbeheer. In het gegeven voorbeeld in § 5.3.3 leidt een berekening op basis van kostenallocatie tot een pro rata aftrekpercentage van 43,5%.

In Duitsland wordt conform het arrest Banco Mais rekening gehouden met de specifieke kenmerken van een bank. De Duitse ministerie van financiën erkend dat banken margebedrijven zijn en dat de renteomzet van een bank overwegend wordt bepaald door externe elementen, namelijk van btw-vrijgestelde markrente op de aangetrokken financiering.



## Literatuur lijst

Mr. Dr. M.E. van Hilten en prof. Dr. H.W.M van Kesteren  
Omzetbelasting, Kluwer, Deventer 2014

M. Anthonissen MSc, '*Btw-afrek mag niet zo nauwkeurig mogelijk worden vastgesteld?!*', BtwBrief 2014/68

H.W.M van Kesteren en S.B.Cornielje, '*Evenredige afrek in de btw: Een voorstel voor uitbreiding van de Nederlandse regeling*'; WFR 2015/7112

N.P. Arzini, '*het nauwkeurighedsvereiste in relatie tot rechtstreekse toerekening en pro rata*', BtwBrief 2016/89