

Publiekrechtelijke lichamen en btw (29 april 2017)

Christian Amand, Advocaat Xirius

Ten gevolge van een circulaire 42/2015 van 10 december 2015 en een informatiecampagne opgezet door de btw-administratie vroegen een aantal publiekrechtelijke lichamen zich af of hun boekhoudorganisatie wel verenigbaar was met een zogenaamde nieuwe btw-reglementering. België zette een Europese richtlijn van 1977 pas in 1992 en 2006 om in het Belgisch recht, maar sinds de programmawet van 27 december 2006 heeft de Belgische wetgever slechts incidenteel ingegrepen in het kader van de modernisering van de regels voor de lokalisatie van dienstverrichtingen in 2008. Ondanks - of eerder omwille van - het economisch belang heeft de administratie nooit het risico genomen om deze wetgeving te becommentariëren voor haar ambtenaren en de betrokken instellingen. Nummer 2016/4 van de *Revue de Fiscalité Régionale et Locale* (Larcier) publiceerde een kritische en gedocumenteerde studie rond de toepassing van de btw door publiekrechtelijke lichamen in het licht van de Belgische en Europese wetgeving.

In een eerste deel verwijst de studie naar het financieel belang van de onderwerping aan de btw en van de toepassing van de btw op de verstrekte diensten, in het bijzonder wanneer er grote investeringen worden gedaan.

In een tweede deel wordt het begrip van btw-plichtige onderscheiden van andere begrippen, zoals dat van btw-identificatie, schuldenaar van de btw en vrijstelling. Ook de relatie tussen subsidies en de afwezigheid van winstoogmerk wordt in vraag gesteld. De afwezigheid van winstoogmerk is een voorwaarde voor bepaalde btw-vrijstellingen (in het bijzonder voor toegang tot sportinfrastructuren) waarmee men het recht op btw-af trek verliest. We vernemen dat het Belgisch Staatsblad een Waalse circulaire publiceerde die een circulaire van de FOD Financiën becommentarieerde en verklaarde hoe de btw op investeringen zoals sportinfrastructuren door autonomie bedrijven moet worden afgetrokken. Opdat er sprake zou zijn van winstoogmerk (en dus aftrek van de btw op investeringen) volstaat het om aan de betalingen door de eindklanten de subsidies toe te voegen die de federale staat en Europa toekenden en die vervolgens als winst uit te keren aan de aandeelhouders en kaderleden van de betrokken organisaties! We komen er via persartikelen eveneens achter dat het niet volstaat om het advies van de plaatselijke controleur te volgen en de interpretaties van de Dienst Voorafgaande Beslissingen tot op de letter te volgen. Men moet ook een beslissing van de DVB hebben ontvangen, want het akkoord van een controleur is niet tegenstelbaar aan de administratie en de interpretaties van de DVB, ook al zijn die tegenstelbaar aan de administratie, variëren in functie van de verkiezingscampagnes en de nieuwe prioriteiten van de minister van Financiën! Die laatste aarzelt overigens niet om al zijn invloed aan te wenden om er voor te zorgen dat de geschillen aan de fiscale bemiddelaar zouden worden onderworpen en niet aan de rechtbanken.

De studie behandelt vervolgens de evolutie van de onderwerping aan de btw van publiekrechtelijke lichamen in België. Volstaat het, zoals de administratie al bijna 40 jaar beweert, dat publiekrechtelijke lichamen bij wijze van vereniging tot stand zijn gebracht om

aan de btw te worden onderworpen? Zijn alle publiekrechtelijke instellingen die van btw vrijgestelde handelingen verrichten zoals bedoeld in artikel 44 van het wetboek dan niet btw-plichtig zoals de huidige minister van Financiën en de auteurs beweren, of is dat enkel het geval voor "publiekrechtelijke lichamen die handelen als overheid", zoals de wetgever tot twee maal toe aangaf?

We merken dat het Grondwettelijk Hof in een arrest van 17 juli 2008 op vraag van het Waalse en het Brusselse gewest een wettelijke bepaling vernietigde op grond van een interpretatie die indruiste tegen de duidelijke tekst van de vernietigde bepaling. Het Waalse en Brusselse gewest hadden een wet aangevochten wegens schending van de btw-richtlijn om te voorkomen dat ze voor een aantal van hun activiteiten btw op onderhouds- en reinigingswerken van hun eigen personeel moesten betalen. In 1996 verwees het btw-handboek reeds naar de administratieve tolerantie die hen toeliet om dergelijke fiscale lasten te vermijden. Nog erger is dat het Waalse en Brusselse gewest leken te negeren dat op basis van het arrest waarvan ze dachten dat het in hun voordeel was, een aantal publiekrechtelijke lichamen zich meteen beroofd zagen van de mogelijkheid om een beroep te doen op onroerende leasing onderworpen aan de btw, een financieringsbron die in België is voorbehouden voor btw-plichtigen. Na vele jaren van discussie en interne raadplegingen en zelfs de regeling van de btw op de verkoop van wedstrijdduiven door gemeenten, publiceerde de administratie circulaire 42/2015 van 10 december 2015. Die circulaire steunt op postulaten die net als alle postulaten niet zijn bewezen en waarvoor men nauwelijks banden met de Belgische en Europese wetgeving vindt. Kortom, een enorm kluwen tegen een achtergrond van beperkingen en opgesmukte overheidstekorten. Het meest verbazingwekkend is echter dat, ondanks de afwezigheid van administratieve commentaren terzake, de betrokken instellingen in naam van het openbaar belang een beroep deden op de meest complexe en kunstmatige fiscale constructies. Kortom, praktijken die een land dat zich tot een van de betere leerlingen in de Europese klas rekent en een modelrechtstaat waant onwaardig zijn.

Een vijfde deel schetst een beknopt overzicht van de recente rechtspraak van het Hof van Justitie, die geregeld verwijst naar vaststaande principes. We komen er ook achter dat het Hof van Justitie op vraag van de Europese Commissie zich tot twee keer toe heeft uitgesproken over de aftrek van de btw op de bouw van de bruggen over de Taag in Portugal, met diametraal tegengestelde oplossingen. De feiten die aan het Hof werden voorgelegd waren in beide gevallen echter wel verschillend.

In een zesde deel wordt een methode voorgesteld om te weten wanneer een instelling van publiek recht btw-plichtig is of niet: (i) het bestaan van een economische activiteit en van een btw-plichtige, wat een "onafhankelijkheid" in de zin van de btw impliceert, (ii) het bestaan van een van btw vrijgestelde activiteit, (iii) een vermoeden van concurrentievervalsing en (iv) een bewijs van concurrentievervalsing. Zodra niet-onderwerping aan de btw is opgehelderd, moet men nog nagaan of de instelling in kwestie btw-schuldige is en ze zich dus bij de btw moet identificeren.



De concrete conclusies van de studie moeten echter worden gestaafd door voor elke instelling specifieke feiten. Soms stellen ze de onderwerping aan de btw van de intercommunales en autonome gemeentebedrijven of niet-btw-plicht van bepaalde beroepsordes in vraag. Hoewel de financiële impact miniem is, althans in een aantal gevallen, wordt de methode om te bepalen wanneer er geen onderwerping aan de btw is van publiekrechtelijke lichamen door de administratie in vraag gesteld.

De problematiek van de verspilling van middelen naar aanleiding van niet-onderwerping aan de btw van "publiekrechtelijke instellingen die in die hoedanigheid handelen" is wel degelijk reëel. Parlementairen hebben herhaaldelijk gevraagd om de invoering van een compensatiefonds in België, dat toelaat om de btw op investeringen door overheden terug te betalen. Dat systeem van compensatiefondsen is verenigbaar met de btw-richtlijn en is reeds operationeel in verschillende Europese landen. De minister van Financiën stelde daarentegen dat er in de toekomst wel een oplossing zal komen, wanneer de discussies op Europees niveau afgerond zullen zijn. De minister laat evenwel na om te zeggen dat met de uitzondering van een economische studie hiervoor nooit een voorstel op Europees niveau is geweest.

Kortom, de enige zekerheid die we hebben is dat de administratie haar circulaires, beslissingen en andere FAQ dreigt te moeten intrekken. Zoals gewoonlijk, zouden we bijna zeggen



Christian Amand

Avenue Tedescolaan 7
1160 Bruxelles - Brussel
Tél. : + 32 2 663.14.55
Fax : + 32 2 663.30.78
E-mail: ca@xirius.be
Website: <http://www.xirius.be>