

Erasmus School of Economics

Masterscriptie Fiscale Economie

Fusies en overnames in de btw

Een onderzoek naar de behandeling van activa-passiva-transacties en aandelen­transacties in het kader van de geruisloze overgang van artikel 19 en 29 Btw-richtlijn en een vergelijking met de faciliteiten in de (fiscale) Fusierichtlijn.



Naam: J.R.M. Kindt

Studentnummer: 442271

Begeleiders: dr. R.N.F. Zuidgeest en R.C. de Smit MSc

Rotterdam, 29 augustus 2017

Voorwoord

Voor u ligt het sluitstuk van mijn master fiscale economie. Na drie jaren te hebben gestudeerd aan Tilburg University en een jaar aan de Erasmus Universiteit komt daarmee mijn studie ten einde. Voor de totstandkoming van deze scriptie moet ik een aantal mensen danken.

Allereerst wil ik Ruud Zuidgeest bedanken voor de begeleiding van mijn scriptie. Wegens omstandigheden is hij pas op een later moment in het scriptieproces ingestapt, maar heeft desondanks zijn volle toewijding aan deze scriptie gegeven. Vanaf deze plaats wil ik hem daarvoor bedanken, hij heeft me daarmee een enorme dienst bewezen!

Daarnaast gaat mijn dank uit naar de tweede begeleider, Ruud de Smit. Hij heeft het gehele scriptieproces met mij meegekeken en het zevende hoofdstuk begeleid. Dankzij zijn snelle antwoorden en grondige feedback is mijn scriptie, ook de stukken waarvoor hij niet de directe begeleider was, een stuk beter geworden.

Ook wil ik mijn medestudent Gijs Kramer bedanken dat hij, ondanks dat btw niet zijn voorkeur heeft, ieder hoofdstuk heeft doorgelezen voordat ik het inleverde. Dankzij zijn eerste kritische blik kon ik mijn scriptie al verbeteren voordat ik om feedback had gevraagd.

Verder wil ik vanaf deze plaats mijn studiegenoten bedanken. Ondanks dat de masteropleiding in Rotterdam slechts een jaar heeft geduurd, hebben zij mij vanaf het begin behandeld alsof ze me al jaren kende en ik voelde mij daardoor direct op mijn plek in Rotterdam.

Tot slot gaat ook mijn dank uit naar mijn vriendin, mijn ouders en mijn grootouders. Zij hebben mij mijn gehele studieperiode bijgestaan met raad en daad. Mede door hun steun kon ik mijn studie in vier jaren afronden.

Jan Kindt

Rotterdam, 29 augustus 2017

Afkortingenlijst

A-G	<i>Advocaat Generaal</i>
ATAD	<i>Anti Tax Avoidance Directive; Richtlijn 2016/1164/EG</i>
bijv.	<i>bijvoorbeeld</i>
blz.	<i>bladzijde</i>
BNB	<i>Beslissingen in Belastingzaken</i>
btw	<i>Belasting over de toegevoegde waarde</i>
Btw-richtlijn	<i>Richtlijn 2006/112/EG</i>
b.v.	<i>besloten vennootschap</i>
CBS	<i>Centraal Bureau voor de Statistiek</i>
COM	<i>document van de Europese Commissie</i>
c.q.	<i>casu quo</i>
EC	<i>Europese Commissie</i>
EEG	<i>Europese Economische Gemeenschap</i>
EEG-verdrag	<i>Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap 1957</i>
EG	<i>Europese Gemeenschap</i>
EU	<i>Europese Unie</i>
e.v.	<i>en verder</i>
FED	<i>Fiscaal weekblad FED</i>
(civiele) Fusierichtlijn	<i>Richtlijn 2005/91/EG</i>
(fiscale) Fusierichtlijn	<i>Richtlijn 2009/133/EG</i>
HR	<i>Hoge Raad der Nederlanden</i>
Hof van Justitie EU	<i>Hof van Justitie van de Europese Unie/Europese Gemeenschap</i>
IB	<i>inkomstenbelasting</i>
jo.	<i>juncto</i>
MBB	<i>Maandblad Belasting Beschouwingen</i>
NTFR	<i>Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht</i>
NTFR-B	<i>Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht Beschouwingen</i>
n.v.	<i>naamloze vennootschap</i>
nr.	<i>nummer</i>
o.a.	<i>onder andere</i>
r.o.	<i>rechtsoverweging</i>
TFO	<i>Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht</i>
t/m	<i>tot en met</i>
V-N	<i>Vakstudie Nieuws</i>
VPB	<i>vennootschapsbelasting</i>
VWEU	<i>Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie</i>
Uitv.besch. OB 1968	<i>Uitvoeringsbeschikking omzetbelasting 1968</i>
Wet IB 2001	<i>Wet inkomstenbelasting 2001</i>
Wet OB 1968	<i>Wet op de omzetbelasting 1968</i>
Wet VPB 1969	<i>Wet op de vennootschapsbelasting 1969</i>
WFR	<i>Weekblad Fiscaal Recht</i>
WPNR	<i>Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie</i>
Zesde Richtlijn	<i>Richtlijn 77/388/EEG</i>

Inhoudsopgave

Voorwoord	2
Afkortingenlijst	3
Inhoudsopgave.....	4
Hoofdstuk 1: Inleiding.....	6
1.1. Aanleiding tot het onderzoek en onderzoeksvraag.....	6
1.2. Deelvragen en opzet	8
1.3. Afbakening	10
Hoofdstuk 2: Toetsingskader.....	11
2.1. Inleiding.....	11
2.2. De rechtsgrond van de btw	11
2.3. De rechtsgrondslag van de btw.....	12
2.4. De wezenlijke kenmerken van de btw	13
2.5. Deelconclusie	17
Hoofdstuk 3: Theoretische beginselen	18
3.1. Inleiding.....	18
3.2. Het subject van heffing.....	18
3.3. Het object van heffing	20
3.4. Vrijstellingen	20
3.5. Aftrek van voorbelasting	21
3.6. De moeizame positie van de houdstervernootschap in de btw	24
3.7. Basisbeginselen van de artikelen 19 en 29 Btw-richtlijn	29
3.8. Deelconclusie	32
Hoofdstuk 4: De activa-passivatransactie	33
4.1. Inleiding.....	33
4.2. Objectachtige versus subjectachtige benadering	33
4.3. De criteria uit Zita Modes; algemeenheid van goederen.....	36
4.4. Recht op aftrek van voorbelasting bij kosten gemaakt in het kader van de overgang.....	42
4.5. Deelconclusie	46
Hoofdstuk 5: De aandelentransactie.....	47
5.1. Inleiding.....	47
5.2. De aandelentransactie en de geruisloze overgang	47
5.3. Recht op aftrek van voorbelasting bij kosten gemaakt in het kader van de overgang.....	52
5.4. Deelconclusie	61
Hoofdstuk 6: Een vergelijking tussen de activa-passivatransactie en de aandelentransactie	62
6.1. Inleiding.....	62
6.2. Verschillen en overeenkomsten.....	62

6.3. Toepassing van het toetsingskader op de verschillen en overeenkomsten	63
6.4. Oplossingen voor de geconstateerde problemen	70
6.5. Deelconclusie	77
Hoofdstuk 7: Een vergelijking met de fusiefaciliteiten in de Fusierichtlijn	78
7.1. Inleiding.....	78
7.2. Inleiding tot de beide belastingsoorten.....	79
7.3. Doel en strekking van beide regelingen	81
7.4. Algehele systematiek van de Fusierichtlijn	81
7.5. Het grensoverschrijdende karakter van de Btw-faciliteit	84
7.6. De fusie en de splitsing	86
7.7. Gedeeltelijke splitsing	90
7.8. Inbreng van activa	91
7.9. Aandelenruil	93
7.10. Conclusie en aanbevelingen	94
7:11. Deelconclusie	96
Hoofdstuk 8: Samenvatting en conclusie	97
Literatuurlijst.....	105
Dissertaties/oraties.....	105
Boeken.....	105
Artikelen.....	106
Jurisprudentieoverzicht.....	108
Parlementaire geschiedenis	110

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1. Aanleiding tot het onderzoek en onderzoeksvraag

Het is voor de economie van essentieel belang dat fusies en overnames kunnen plaatsvinden. Een fusie of overname heeft naast civielrechtelijke gevolgen ook fiscale gevolgen: afhankelijk van de ondernemingsvorm gevolgen voor de vennootschapsbelasting of inkomstenbelasting, voor de omzetbelasting en eventueel ook voor de overdrachtsbelasting en de erf- en schenkbelasting. Binnen de fiscaliteit bestaat het uitgangspunt dat bij een fusie of overname bedrijfseconomische gronden leidend moeten zijn en dat de fiscaliteit hierbij geen belemmerende factor mag vormen.¹ In de directe belastingen zijn de fiscale faciliteiten voor verschillende vormen van fusies en overnames geregeld in afzonderlijke artikelen.² De btw kent slechts één enkele faciliteit die voorziet in een geruisloze overgang voor alle vormen van fusie en overname, de onderling samenhangende artikelen 19 en 29 Btw-richtlijn.

In de Btw-richtlijn is de faciliteit voor de overgang van een onderneming, een *algemeenheid van goederen*, vastgelegd in de artikelen 19 en 29 Btw-richtlijn. Deze faciliteit wordt door mij ook wel de *geruisloze overgang* genoemd. Deze twee artikelen beslaan alle vormen van fusies en overnames, zoals de activa-passivatransactie, de aandelentransactie, de juridische fusie, de juridische splitsing en de bedrijfsfusie. De artikelen 19 en 29 Btw-richtlijn zijn zogenoemde *kan-bepalingen*.³ Dit impliceert dat landen onafhankelijk van elkaar de keuze maken om de artikelen te implementeren in hun nationale regelgeving. Nederland heeft dit gedaan en heeft de faciliteit opgenomen in artikel 37d Wet OB 1968.⁴ Uit het Voorstel voor een Zesde Richtlijn blijkt dat het doel van de regeling is gelegen in de vereenvoudiging van overdrachten van ondernemingen of delen daarvan door dergelijke overdrachten eenvoudiger te maken en door te vermijden dat de financiële toestand van de betrokken partijen onnodig wordt belast.⁵

Het bijzondere van de faciliteit voor de geruisloze overgang is dat zij op twee manieren een uitzondering vormt op de heffingssystematiek zoals die in de btw is geregeld.⁶ Allereerst is de btw een verbruiksbelasting. Een dergelijke belasting heeft het belasten van consumptief verbruik van goederen en diensten als doel. Dit impliceert dat in beginsel alle leveringen en diensten in de btw dienen te worden betrokken.⁷ Met het niet-leveringsbeginsel, waarin de artikelen 19 en 29 Btw-richtlijn in voorzien, wordt een inbreuk gemaakt op het beginsel van algemene heffing dat stelt alle leveringen en diensten afzonderlijk in de btw moeten worden betrokken. Uit de literatuur blijkt dat dit mogelijk

¹ Kamerstukken II 1997/98, 25709.

² Artikel 14 Wet VPB 1969 ziet op de bedrijfsfusie, artikel 14a Wet VPB 1969 ziet op de juridische fusie, artikel 14b Wet VPB 1969 ziet op de juridische splitsing en artikel 3:55 Wet IB 2001 juncto artikel 8 Wet VPB 1969 op de aandelenfusie.

³ Van Hilten & Van Kesteren 2014, par. 6.10.

⁴ Tot 1 januari 2010 was de bepaling opgenomen onder artikel 31 wet OB. Daarna is deze vernummerd tot artikel 37d wet OB. De inhoud is daarbij ongewijzigd gebleven.

⁵ Voorstel voor een Zesde richtlijn van de Raad van 29 juni 1973, COM 73/950.

⁶ Cornielje 2016, par. 4.3.

⁷ Van Hilten & Van Kesteren 2014, par. 1.6.

wordt gerechtvaardigd doordat er bij een geruisloze overgang enkel een horizontale beweging binnen een bedrijfskolom plaatsvindt.⁸ Er komen dan geen goederen en diensten dicht bij de consument en er is dus geen sprake van consumptief verbruik. Dit is echter niet expliciet door de Uniewetgever als een doelstelling geformuleerd. Daarnaast moet binnen de btw, zoals bevestigd door het Hof van Justitie EU in het arrest CPP⁹, iedere prestatie op zijn eigen merites worden beoordeeld. Als de faciliteit van de artikelen 19 en 29 Btw-richtlijn wordt toegepast, wordt bij de overgang van een algemeenheid van goederen van de overdrager op de overnemer bij fictie geacht dat er geen leveringen van goederen en/of diensten hebben plaatsgevonden. Er gaat dus een bundel zaken over op de afnemer zonder dat iedere levering van een goed of iedere dienst afzonderlijk aan de btw wordt onderworpen. Anderzijds kan dit mogelijk ook juist door het arrest CPP worden gerechtvaardigd. Het gaat de modale consument immers om de onderneming als geheel en niet om één specifiek activum. Dit leidt ertoe dat bepaalde onderdelen van de algemeenheid van goederen bijkomstig zijn bij een hoofdprestatie. Vanuit dat oogpunt kan worden betoogd dat de inbreuk is te rechtvaardigen. Deze inbreuk op de heffingssystematiek van de btw maakt artikel 19 Btw-richtlijn een interessante bepaling om aan een nader onderzoek te onderwerpen.

Een onderneming kan worden overgedragen via een activa-passivatransactie of via een aandelentransactie. Vanuit economisch oogpunt zijn beide transacties gelijkwaardig. Mogelijk moeten om die reden beide transacties ook voor btw-doeleinden gelijkwaardig worden behandeld. Om eventuele verschillen en overeenkomsten in de btw-behandeling van beide figuren te kunnen toetsen, is een toetsingskader vereist. Dit toetsingskader wordt in hoofdstuk twee opgesteld aan de hand van aan de btw ten grondslag liggende uitgangspunten. Vervolgens onderzoek ik, nadat een theoretisch kader is geschetst, of de btw-behandeling van de activa-passivatransactie en de aandelentransactie in overeenstemming is met dit toetsingskader. Mochten er verschillen en overeenkomsten bestaan die niet zijn te verklaren aan de hand van dit toetsingskader, onderzoek ik of deze niet te rechtvaardigen verschillen en overeenkomsten in overeenstemming kunnen worden gebracht met het toetsingskader door bijvoorbeeld een beleids- of wetswijziging.

Naast de faciliteit in de Btw-richtlijn kennen we op Europees gebied ook een richtlijn die voorziet in fusiefaciliteiten voor de directe belastingen, vanuit Nederland gezien voor de vennootschapsbelasting. De Europese (fiscale) Fusierichtlijn (hierna: Fusierichtlijn) voorziet in bepalingen voor grensoverschrijdende fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruilen met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten. Deze richtlijn werkt door naar binnenlandse situaties, daar Nederland de regelgeving uit de Fusierichtlijn na implementatie

⁸ Zie o.a. Van Norden 2004, par. 3.

⁹ HvJ EG 25 februari 1999, nr. C-349/96 (Card Protection Plan), *BNB* 1999/224, r.o. 29.

in de Wet IB 2001 en in de Wet VPB 1969 van overeenkomstige toepassing heeft verklaard op zuiver interne situaties. Door het Hof van Justitie EU is in de Leur Bloem-zaak¹⁰ bepaald dat de Fusierichtlijn eenzelfde werking heeft in binnenlandse gevallen als in grensoverschrijdende gevallen, omdat Nederland de tekst uit de Fusierichtlijn letterlijk heeft geïmplementeerd in de nationale wetteksten en het Unierecht dus ook van toepassing is op deze zuiver interne situaties. Interessant is de vraag hoe de Fusierichtlijn en de geruisloze overgang in de btw zich tot elkaar verhouden. Eventuele verschillen en overeenkomsten toets ik aan doel en strekking van beide regelingen en beide belastingen.

In deze scriptie ga ik onderzoeken of de btw-behandeling van de activa-passivatransactie en de aandelenovername in het kader van de geruisloze overgang verschillen en/of overeenkomsten vertonen. Aan de hand van een door mij opgesteld toetsingskader ga ik na of deze verschillen en/of overeenkomsten zijn te rechtvaardigen. Tot slot vraag ik me daarbij af of er een oplossing bestaat voor eventueel door mij geconstateerde problemen. Dit resulteert in het eerste onderdeel van de onderzoeksvraag:

1. *In hoeverre zijn de btw-behandeling van de activa-passivatransactie en de aandelenovername in het kader van de geruisloze overgang met elkaar in overeenstemming en zijn de daar bestaande overeenkomsten en verschillen te verklaren aan de hand van het toetsingskader?*

Vervolgens wil ik in het tweede deel van mijn onderzoek de focus leggen op de grensoverschrijdende fusies en overnames. Op het gebied van de directe belastingen zijn fusies en overnames geregeld in de Fusierichtlijn. Met het tweede deel van de onderzoeksvraag ga ik na of de faciliteiten uit de Fusierichtlijn en de Btw-richtlijn overeenstemmen en wanneer dit niet zo is, of deze verschillen en/of overeenkomsten zijn te verklaren aan de hand van doel en strekking van beide regelingen.

2. *In hoeverre stemmen de faciliteiten die uit de Fusierichtlijn volgen overeen met de faciliteit voor de geruisloze overgang die uit de Btw-richtlijn volgt en zijn de daaruit voortvloeiende overeenkomsten en verschillen te verklaren aan de hand van doel en strekking van beide regelingen?*

1.2. Deelvragen en opzet

Om een antwoord op de onderzoeksvraag te formuleren, beantwoord ik in de navolgende hoofdstukken de hier geformuleerde deelvragen:

- a. *Welke uitgangspunten liggen ten grondslag aan het huidige btw-stelsel en welk toetsingskader kan aan de hand daarvan worden geformuleerd?*

Om tot een dergelijk toetsingskader te komen, onderzoek ik in hoofdstuk twee eerst de uitgangspunten van het btw-stelsel. Aan de hand van deze uitgangspunten kijk ik per uitgangspunt of dit uitgangspunt eventuele verschillen en overeenkomsten die uit de probleemstelling voortvloeien, kan verklaren. Het toetsingskader dient om de verschillen of overeenkomsten in de btw-behandeling van de activa-

¹⁰ HvJ EG 17 juli 1997, nr. C-28/95 (Leur-Bloem), BNB 1998/32.

passivatransactie en de aandelentransactie te toetsen. Aan de hand van het toetsingskader kan ik bepalen of deze verschillen en overeenkomsten zijn te rechtvaardigen en kan dus de hoofdvraag worden beantwoord.

- b. *Welke theoretische uitgangspunten zijn benodigd om de toepassing van de artikelen 19 en 29 Btw-richtlijn te kunnen doorgronden en wat is de achtergrond van de artikelen 19 en 29 Btw-richtlijn?*

In dit hoofdstuk (drie) schets ik een theoretisch kader wat nodig is om de systematiek van de artikelen 19 en 29 Btw-richtlijn volledig te kunnen analyseren. Er wordt stilgestaan bij het subject en object van heffing, de vrijstellingen en het recht op aftrek van voorbelasting. Daarbij wordt één bijzonder subject van heffing, de houdstervereniging, in een aparte paragraaf geanalyseerd. Dit omdat de belastingplicht van de houdstervereniging een probleem punt binnen de btw is en de houdstervereniging vaak is betrokken bij een aandelentransactie. Vervolgens wordt de achtergrond van de artikelen 19 en 29 Btw-richtlijn uiteengezet.

- c. *Wat zijn de btw-gevolgen van een activa-passivatransactie?*

In hoofdstuk vier verricht ik een analyse naar de gevolgen van een activa-passivatransactie. De arresten Zita Modes¹¹ en Christel Schriever¹² staan hierbij centraal. Er wordt voornamelijk gekeken naar de toepassingsvoorwaarden van de artikelen 19 en 29 Btw-richtlijn. Daarbij onderzoek ik wanneer bij een activa-passivatransactie een beroep kan worden gedaan op de geruisloze overgang. Ook wordt geanalyseerd welke btw-gevolgen ontstaan voor de verkoopkosten die de overdrager heeft gemaakt en voor de aankoopkosten die de overnemer heeft gemaakt.

- d. *Wat zijn de btw-gevolgen van een aandelentransactie?*

Ook in dit hoofdstuk (vijf) wordt gekeken naar de toepassingsvoorwaarden van de artikelen 19 en 29 Btw-richtlijn. De arresten AB SKF¹³ en X b.v.¹⁴ staan centraal. Aan de hand van de toepassingsvoorwaarden en de jurisprudentie analyseer ik wanneer bij een aandelentransactie een beroep kan worden gedaan op de geruisloze overgang. Ook onderzoek ik, evenals bij de activa-passivatransactie, wat de btw-gevolgen zijn van de verkoopkosten die de overdrager heeft gemaakt en de aankoopkosten die de overnemer heeft gemaakt.

- e. *Indien er verschillen ontstaan in beide figuren; in hoeverre zijn deze te verklaren aan de hand van het toetsingskader en hoe kunnen de verschillen worden weggenomen voor zover zij niet zijn te rechtvaardigen aan de hand van het toetsingskader?*

In hoofdstuk zes vergelijk ik de verschillen en overeenkomsten die blijken uit de antwoorden op de deelvragen c. en d. met elkaar aan de hand van het in hoofdstuk twee geformuleerde toetsingskader.

¹¹ HvJ EG 27 november 2003, nr. C-497-01 (Zita Modes), V-N 2003/61.18.

¹² HvJ EU 10 november 2011, nr. C-444/10 (Christel Schriever), V-N 2011/63.16.

¹³ HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-029/08 (AB SKF), NTFR 2009/2421, BNB 2010/251.

¹⁴ HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-651/11 (X b.v.), NTFR 2013/1293.

Hierbij wordt geanalyseerd of vanuit het toetsingskader aanbevelingen mogelijk zijn voor deze verschillen en overeenkomsten, dus zowel aan de richtlijntekst als aan de uitleg die het Hof van Justitie EU aan deze richtlijntekst verbindt.

- f. *In hoeverre stemmen de faciliteiten die uit de Fusierichtlijn volgen overeen met de faciliteit voor de geruisloze overgang die uit de Btw-richtlijn volgt en zijn de daaruit voortvloeiende overeenkomsten en verschillen te verklaren aan de hand van doel en strekking van beide regelingen?*

Hier zoek ik een antwoord voor het tweede deel van de onderzoeksvraag (hoofdstuk zeven). Allereerst wordt een kort toetsingskader uiteengezet, bestaande uit doel en strekking van beide regelingen en belastingen. Vervolgens wordt kort het theoretisch kader rondom de Fusierichtlijn uiteengezet. Ten slotte kijk ik of er verschillen bestaan in de behandeling als gevolg van toepassing van beide faciliteiten in zowel een binnenlandse als een grensoverschrijdende situatie. Indien er verschillen en/of overeenkomsten bestaan, analyseer ik of deze verschillen zijn te verklaren aan de hand van het toetsingskader en ga ik na of verbeteringen mogelijk zijn.

Als laatste zal in het afsluitende hoofdstuk een conclusie worden geformuleerd. Verder wordt een antwoord gegeven op beide probleemstellingen en worden de aanbevelingen kort samengevat.

1.3. Afbakening

In deze scriptie ligt de focus voornamelijk op het EU-recht. De Btw-richtlijn en de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU zullen centraal staan. Ook op nationaal niveau bestaat er discussie over het gebruik van artikel 37d Wet OB 1968. Artikel 37d Wet OB 1968 vormt de implementatie van de richtlijnbevestigingen artikel 19 en 29 in de Nederlandse nationale wet. Deze problematiek wordt slechts beperkt besproken. Waar nodig wordt een verwijzing naar de nationale jurisprudentie gemaakt, maar EU-recht vormt de rode draad van deze scriptie. Verder wordt niet ingegaan op de zelfstandigheidsvraag van een vaste inrichting ten opzichte van zijn hoofdhuis. Met betrekking tot de overdracht van de onderneming worden civiele en financieel-administratieve aspecten niet besproken, omdat deze niet relevant zijn om de probleemstelling te kunnen beantwoorden.

Verder wordt bij het bespreken van de Fusierichtlijn de problematiek rond de verplaatsing van de zetel van een SE of een SEA naar een andere lidstaat niet besproken. Dit omdat hier geen overgang van een onderneming plaatsvindt en dit dus van mindere relevantie is voor het onderzoek. Daarnaast besteed ik geen grondige aandacht aan de implementatiewetgeving van de Fusierichtlijn in de nationale wetgeving van de lidstaten. De reden hiervoor is dat ik mij wil focussen op de systematiek van de geharmoniseerde Fusierichtlijn en de nationale implementatie hiervoor niet van belang is.

Hoofdstuk 2: Toetsingskader

2.1. Inleiding

In dit hoofdstuk wordt het toetsingskader geschetst. Aan de hand van het toetsingskader kan de hoofdvraag worden beantwoord, omdat dit toetsingskader benodigd is om eventuele verschillen en/of overeenkomsten op rechtvaardiging te toetsen. De volgende deelvraag staat daarbij centraal:

Welke uitgangspunten liggen ten grondslag aan het huidige btw-stelsel en welk toetsingskader kan aan de hand daarvan worden geformuleerd?

Uit de probleemstelling blijkt dat wordt gekeken of de verschillen en overeenkomsten die bestaan in de btw-behandeling van de activa-passivatransactie en de aandelentransactie zijn te verklaren vanuit het toetsingskader. In dit hoofdstuk wordt aan de hand van doel en strekking van de btw een toetsingskader geformuleerd waarmee kan worden getoetst of er een rechtvaardiging bestaat voor de verschillen en overeenkomsten die uit de onderzoeksvraag voortvloeien. Om tot een rechtvaardiging te kunnen komen, is het van belang te kijken welke uitgangspunten aan de btw ten grondslag liggen. Immers, om te beoordelen of een verschil of een overeenkomst is te rechtvaardigen, zijn de uitgangspunten die aan de btw ten grondslag liggen, leidend. Hiervoor zijn bij elke belasting de begrippen *rechtsgrond*, *rechtsgrondslag* en *wezenlijke kenmerken* van belang. Van elk van deze begrippen onderzoek ik of zij relevant zijn om in het toetsingskader mee te nemen. Een begrip is relevant wanneer aan de hand van het begrip verschillen en overeenkomsten die uit de probleemstelling voortvloeien kunnen worden verklaard. In de paragrafen twee, drie en vier worden de begrippen rechtsgrond, rechtsgrondslag en wezenlijke kenmerken toegelicht. Het hoofdstuk eindigt met een deelconclusie in paragraaf vijf.

2.2. De rechtsgrond van de btw

2.2.1. Inleiding

In het vervolg van het hoofdstuk staat het formuleren van een toetsingskader centraal. Daarvoor worden de uitgangspunten van de btw, zijnde rechtsgrond, rechtsgrondslag en wezenlijke kenmerken van de btw, geanalyseerd. Deze uitgangspunten zijn zonder meer relevant voor het wezen van de btw, maar mogelijk is niet elk uitgangspunt relevant om de door mij geformuleerde probleemstelling te beantwoorden. Daarom wordt per uitgangspunt onderzocht of het relevant is dit uitgangspunt in het toetsingskader op te nemen.

2.2.2. Rechtsgrond van de btw

Met de rechtsgrond van een belasting wordt bedoeld op de wettelijke basis voor het heffen van een belasting. Het verschil tussen de rechtsgrond en de rechtsgrondslag bestaat volgens Den Boer uit het feit dat voor de rechtsgrond wordt gekeken naar een formele wet, terwijl bij de rechtsgrondslag de rechtvaardiging van een belastingmiddel van belang is.¹⁵ De rechtsgrond van een belastingmiddel is gelegen in een formele wet, getuige ook artikel 104 van de Grondwet. In Nederland is de btw

¹⁵ Den Boer 1975, p. 25.

geformaliseerd met de Wet OB 1968. Echter, op Europees vlak kan de Btw-richtlijn worden gezien als de rechtsgrond voor de Europese btw. Deze richtlijn kan worden gezien als de juridische uitvoering van de harmonisatie van de btw binnen de EU. Van Norden betoogt in zijn dissertatie dat de rechtsgronden van de btw, zijnde de Wet OB 1968 en de Btw-richtlijn, niet moeten worden meegenomen in het toetsingskader. De rechtsgrond is namelijk niets meer dan de juridische basis waarop de btw is gestoeld en kan dus de verschillen en overeenkomsten die uit het onderzoek voortvloeien, niet verklaren.¹⁶ Naar mijn mening geeft Van Norden hier een juiste verklaring en daarom neem ik de rechtsgrond van de btw niet mee in het toetsingskader.

2.3. De rechtsgrondslag van de btw

Om de rechtsgrondslag van een belastingmiddel te bepalen moet de rechtvaardiging van die belasting bekend zijn. Volgens Van Norden is het niet mogelijk om *de* rechtsgrondslag van de btw te bepalen. De diverse belastingen vormen volgens hem één geheel, waarvan zowel belastingen op inkomen als belastingen op uitgaven een onderdeel van zijn.¹⁷ De rechtsgrondslag van de btw moet dus niet enkel worden gezocht in de btw zelf, maar ook in de context van de belastingmix waarvan de btw een onderdeel is. Als men kijkt naar de huidige belastingmix, heeft de btw in die context de plaats van een belasting op consumptie.

Een mogelijke rechtsgrondslag van de btw is het *draagkrachtbeginsel*. Kavelaars stelt in zijn oratie dat er bij het draagkrachtbeginsel drie verdelingsmaatstaven bestaan, zijnde inkomen, vermogen en consumptie.¹⁸ Uit de considerans van de Btw-richtlijn blijkt niet dat het draagkrachtbeginsel ten grondslag ligt aan de btw. Stevens stelt dat uit de tariefdifferentiatie blijkt dat de omzetbelasting het karakter van een draagkrachtheffing *kan* krijgen.¹⁹ Empirisch onderzoek wijst echter uit dat de huidige btw-systematiek geen progressieve heffing is, maar regressief uitwerkt. De btw-druk van belastingplichtigen daalt als het beschikbare inkomen stijgt. De oorzaak hiervan kan worden gevonden in het verlaagde tarief. Het verlaagde tarief is een inefficiënt instrument om de btw-druk bij belastingplichtigen met een laag inkomen te verlagen.²⁰ Dit terwijl het verlaagde tarief wel in eerste instantie door de wetgever is ingevoerd om degenen met een laag inkomen van de btw-druk op essentiële levensbehoeften te ontzien.²¹ Het draagkrachtbeginsel ligt dus niet ten grondslag aan de btw.

Aan de btw liggen dus twee rechtsgrondslagen ten grondslag, zijnde het belasten van consumptie en het budgettaire belang. Allereerst is het niet zinvol en voor mij niet meetbaar om het budgettaire belang mee te nemen in het toetsingskader. Als wordt gekeken naar de gehele belastingmix, zoals Van Norden bepleit, blijkt dat de btw in die mix de rol van een consumptiebelasting vervult. Bij een fusie of overname komen meestal geen goederen of diensten dicht bij de consument, er vindt geen

¹⁶ Van Norden 2007, par. 2.3.

¹⁷ Van Norden 2007, par. 2.4.

¹⁸ Kavelaars 1997, p. 11.

¹⁹ Stevens 1980, p. 200.

²⁰ Bettendorf & Cnossen 2014, par. 5.

²¹ Kamerstukken II 1967/'68, 9324, p. 15.

consumptie plaats. Gezien deze constatering is het relevant om de rechtsgrondslag, qua het belasten van particuliere consumptie, mee te nemen in het toetsingskader. Echter, feitelijk komt het doel om consumptie te belasten terug in het rechtskarakter van de btw. Om herhaling te voorkomen, behandel ik dit doel bij het rechtskarakter. De rechtsgrondslag komt dus niet expliciet terug in het toetsingskader, maar kan men impliciet zien in het rechtskarakter van de btw.

2.4. De wezenlijke kenmerken van de btw

2.4.1. Algemeen

Volgens Van Doesum bestaan er drie uitgangspunten die ten grondslag liggen aan de heffing van btw, de zogenoemde *wezenlijke kenmerken van de btw*²²:

- a. Het *beginsel van algemene heffing*; de btw is een algemene, objectieve belasting.
- b. Het fiscale *neutraliteitsbeginsel*; de btw wordt op neutrale wijze geheven.
- c. Het *rechtskarakter*; het kader dat bepaalt *wie* en *wat* dienen te worden belast.

In de volgende sub-paragrafen wordt elk van deze beginselen onderzocht en wordt per beginsel bepaald of deze wordt meegenomen in het toetsingskader.

2.4.2. Beginsel van algemene heffing

De btw zoals wij die kennen is een zogenoemde *algemene verbruiksbelasting*. Een *verbruiksbelasting* heeft ten doel om het verbruik van goederen en diensten in de heffing te betrekken. Daarbij is het onderscheid tussen consumptief en productief verbruik van belang.²³ Over de invulling van het begrip verbruiksbelasting bestaat in de literatuur geen overeenstemming.²⁴ Van Hilten en Van Kesteren omschrijven een verbruiksbelasting als: ‘*een belasting die de consumptie beoogt te belasten en dat doet door de besteding als maatstaf van die consumptie te hanteren*’.²⁵ De omschrijving die Van Hilten en Van Kesteren geven, acht ik in navolging tot Van Norden²⁶ een juiste.

Verder is de btw een *algemene verbruiksbelasting*. Met een algemene verbruiksbelasting wordt beoogd iedere besteding van de consument in de heffing te betrekken.²⁷ Hieruit vloeit voort dat de btw niet beperkt moet zijn tot bepaalde bestedingen. Daarnaast dient het oogmerk van een belastingplichtige om een bepaalde besteding te verrichten irrelevant te zijn. Uit dit algemene karakter vloeit de *objectiviteit* van de btw voort.²⁸

De artikelen 19 en 29 Btw-richtlijn maken een inbreuk op het algemene karakter van de btw. Als gevolg van toepassing van deze artikelen wordt bij de overgang van een algemeenheid van goederen de individuele leveringen van goederen en diensten onder bezwarende titel niet als zodanig

²² Van Doesum 2009, p. 28.

²³ Van Hilten & Van Kesteren 2014, par. 1.6.

²⁴ Zie bijv. C.P. Tuk, ‘*Wet op de omzetbelasting 1968*’, Deventer: Kluwer 1979, p. 33 en J. Reugebrink, ‘*Omzetbelasting*’, Deventer: Kluwer 1990, p. 6.

²⁵ Van Hilten & Van Kesteren 2014, par. 1.6.

²⁶ Van Norden 2007, par. 2.5.

²⁷ Van Hilten & Van Kesteren 2014, par. 1.6.3.

²⁸ Cornielje 2016, par. 2.4.5.1.

aangemerkt en wordt het *niet-leveringsbeginsel* toegepast. Er worden dus bepaalde bestedingen buiten de heffing van de btw gehouden. Het beginsel van algemene heffing dient dus, als gevolg van de inbreuk die de artikelen 19 en 29 Btw-richtlijn maken, te worden meegenomen in het toetsingskader.

2.4.3. Neutraliteitsbeginsel

De term *fiscale neutraliteit* staat in de considerans van de Btw-richtlijn. Daar is opgenomen dat binnen de btw wordt gestreefd naar de grootste mate van neutraliteit. De vraag kan worden gesteld of volledige neutraliteit daadwerkelijk kan worden nagestreefd. Een belasting heeft enkel door zijn bestaan al een invloed op het economisch handelen. Volledige neutraliteit is daarom naar mijn mening niet bereikbaar. Daarom probeer ik in mijn toetsingskader het neutraliteitsbeginsel als een relatief begrip op te vatten. Volgens Bomer is dit essentieel, want neutraliteit in zijn algemeenheid kan alleen worden beschouwd met betrekking tot bepaalde aangewezen verhoudingen. Het bereiken van neutraliteit in die bepaalde verhouding kan tot gevolg hebben dat neutraliteit in een andere verhouding juist verstoort.²⁹ Het neutraliteitsbegrip heeft vier verschillende betekenissen die van elkaar worden onderscheiden.

2.4.3.1. Economische neutraliteit

Bij een algemene verbruiksbelasting moet centraal staan dat de concurrentieverhoudingen tussen ondernemers niet verstoord raken. De ondernemer moet dus de belasting kunnen doorberekenen aan zijn afnemers.³⁰ Op die manier drukt de btw slechts op de particuliere consumptie. Zo blijkt uit het arrest Rompelman dat de belastingplichtige zo min mogelijk last dient te hebben van de btw-heffing.³¹ Cornielje stelt dat wanneer normen in het btw-recht leiden tot een verstoring van de *economische neutraliteit*, dit onwenselijk is. Echter, aan de andere kant merkt hij op dat volledige economische neutraliteit nooit bereikbaar is, omdat belastingheffing altijd invloed heeft op het economisch handelen.³²

Daarnaast moet de hoogte van de btw-heffing onafhankelijk zijn van de lengte van de bedrijfskolom.³³ Om dit te kunnen bewerkstelligen, bestaat binnen de btw het recht op aftrek van voorbelasting. Dit recht bestaat om de economische neutraliteit te waarborgen.

Het systeem van de btw maakt door middel van vrijstellingen en aftrekbeperkingen zelf al een inbreuk op de economische neutraliteit. Economische neutraliteit moet naar mijn mening dus ook relatief worden getoetst. Voor fusies en overnames is deze vorm van neutraliteit van belang. Verschillen en overeenkomsten die uit het onderzoek voortvloeien zijn enkel te rechtvaardigen indien zij (relatief gezien) in overeenstemming zijn met de economische neutraliteit. Ik denk daarbij met name aan

²⁹ Bomer 2012, par. 2.4.1.

³⁰ Van Hilten & Van Kesteren 2014, par. 4.2.2.

³¹ HvJ EG 14 februari 1985, nr. 268/83 (Rompelman), *BNB* 1985/315.

³² Cornielje 2016, par. 2.4.5.2.

³³ Van Doesum 2009, par. 7.4.

onvoorzien cumulatie van btw bij een fusie of overname. Ik neem de economische neutraliteit dus mee in het toetsingskader.

2.4.3.2. *Juridische neutraliteit*

Voor *juridische neutraliteit* is het van belang dat de omzetbelasting uitgedrukt in een percentage van de kleinhandelsprijs bij gelijke goederen en gelijke diensten gelijk is.³⁴ De juridische neutraliteit komt uitdrukkelijk terug in artikel 1 lid 2 Btw-richtlijn:

‘Het gemeenschappelijke btw-stelsel berust op het beginsel dat op goederen en diensten een algemene verbruiksbelasting wordt geheven die strikt evenredig is aan de prijs van de goederen en diensten, zulks ongeacht het aantal handelingen dat tijdens het productie- en distributieproces vóór de fase van heffing plaatsvond.’

Een volledig juridisch neutrale btw bestaat momenteel niet, aangezien bij een ondernemer die vrijgesteld presteert, geen (volledig) recht op aftrek van voorbelasting bestaat. De omzetbelasting die de ondernemer niet kan aftrekken, vormt een onderdeel van zijn kostprijs. De btw is dan niet meer strikt evenredig aan de prijs van de goederen.³⁵ Hierbij is van belang dat economisch vergelijkbare gevallen als gelijk moeten worden behandeld. Het Hof van Justitie EU heeft hierbij oog voor feitelijke, technische en juridische verschillen tussen economisch vergelijkbare gevallen, waarbij aan elk verschil afzonderlijk een gewicht wordt toegekend.³⁶ Hierdoor ontstaat een spanningsveld tussen gelijke behandeling en rechtszekerheid. Op dit gebied is de juridische neutraliteit van belang voor het door mij geschetste toetsingskader. De juridische neutraliteit wordt geschaad wanneer bij fusies of overnames gelijke gevallen ongelijk worden behandeld of wanneer bij ongelijke gevallen, de behandeling hiervan niet proportioneel is gezien de ongelijkheid.

2.4.3.3. *Rechtsvormneutraliteit*

De btw dient neutraal uit te werken ten opzichte van de rechtsvorm waaruit de economische activiteit wordt verricht. Belastingplichtigen die zich in een vergelijkbare positie bevinden, moeten op gelijke wijze in de heffing worden betrokken.³⁷ Het mag voor het verrichten van een prestatie niet uitmaken of een ondernemer die de prestatie verricht al dan niet rechtspersoonlijkheid bezit.³⁸ Hieruit vloeit de rechtsvormneutraliteit op subjectniveau voort.³⁹ De *rechtsvormneutraliteit* wordt meegenomen in het toetsingskader, omdat het bij de fiscale facilitering van fusies en overnames niet relevant mag zijn in welke rechtsvorm de economische activiteit wordt uitgevoerd.

2.4.3.4. *Externe neutraliteit*

Externe neutraliteit is een vierde vorm van neutraliteit die door Van Hilten en Van Kesteren wordt onderschreven.⁴⁰ Externe neutraliteit ziet op de situatie dat de heffing bij invoer gelijk moet zijn aan de

³⁴ Van Hilten & Van Kesteren 2014, par. 4.2.3.1.

³⁵ Ibid.

³⁶ Cornielje 2016, par. 2.4.5.2.

³⁷ Van Doesum 2009, par. 7.4.

³⁸ Pieterse 2010, par. 3.

³⁹ Van Doesum 2009, par. 7.4.

⁴⁰ Van Hilten & Van Kesteren, par. 4.2.4.1.

in het binnenland geheven belasting op hetzelfde goed, terwijl de teruggaaf bij uitvoer niet meer of minder mag zijn dan de in het binnenland geheven belasting.⁴¹ De externe neutraliteit heeft dus geen rol bij binnenlandse fusies en overnames. Bij grensoverschrijdende fusies en overnames kan de externe neutraliteit wel een rol spelen. De figuur van de grensoverschrijdende fusie en overname komt pas terug in het zevende hoofdstuk. De externe neutraliteit wordt daarom niet meegenomen in het toetsingskader.

2.4.4. Rechtskarakter

Het *rechtskarakter* is normatief bij de uitleg van *wie* en *wat* moeten worden belast. Het rechtskarakter wordt daarom ook door het Hof van Justitie EU gebruikt in zijn rechtspraak om de bepalingen van de Btw-richtlijn uit te leggen.⁴² Ook de faciliteit van de geruisloze overgang moet conform het rechtskarakter van de btw te worden uitgelegd.

Met het rechtskarakter wordt gezocht naar het doel van een belasting en dus naar *wie* en *wat* moeten worden belast. In artikel 1 lid 2 Btw-richtlijn is aangegeven dat de btw een *algemene verbruiksbelasting* is. Het rechtskarakter van de algemene verbruiksbelasting valt uiteen in twee elementen: het beoogde subject van heffing (*wie*) en het beoogde subject van heffing (*wat*). Het subject van heffing is de belastingplichtige. Daarentegen is volgens Van Norden het beoogde subject van heffing in de btw de *particuliere consument*.⁴³ Cornielje benadrukt daarbij dat vanuit het oogpunt van eenvoud en doelmatigheid een indirecte manier van heffen boven een directe manier van heffen prevaleert.⁴⁴ Door middel van het systeem van aftrek van voorbelasting wordt verzekerd dat de eindverbruiker, in de meest voorkomende gevallen de particuliere consument, de btw uiteindelijk draagt. Echter, doordat de Btw-richtlijn een omvangrijk systeem van vrijstellingen en aftrekbepalingen bevat, worden bijvoorbeeld ook vrijgestelde belastingplichtigen als eindverbruiker behandeld. Volgens Cornielje staat dit op gespannen voet met het rechtskarakter van de btw.⁴⁵ Daarin heeft hij naar mijn mening gelijk.

Het beoogd object van heffing is het *consumptief verbruik van goederen en diensten*, zijnde: *het direct en uiteindelijk gebruik van goederen en diensten ter bevrediging van behoeften van particulieren*⁴⁶. Dit terwijl het daadwerkelijke object van heffing wordt gevormd door de leveringen van goederen en diensten onder bezwarende titel door belastingplichtigen, wat minder ruim is dan het consumptief verbruik. Volgens Van Norden kan het verschil tussen beoogd en uiteindelijk object van heffing worden verklaard uit eenvouds- en doelmatigheidsoverwegingen van de Europese wetgever.⁴⁷

⁴¹ Ibid.

⁴² Van Doesum 2009, par. 7.5.

⁴³ Van Norden 2007, par. 2.5.

⁴⁴ Cornielje 2016, par. 2.4.5.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Van Hilten 1992, p. 9.

⁴⁷ Van Norden 2007, par 2.5.

Het rechtskarakter van de btw neem ik mee in het toetsingskader. Een interpretatie van het btw-recht kan pas een juiste zijn als deze interpretatie in overeenstemming is met het rechtskarakter van de btw. Daarom dienen de verschillen en overeenkomsten die uit het onderzoek volgen, te worden getoetst aan het beoogde subject en object van heffing om te bepalen of deze verschillen en/of overeenkomsten zijn te rechtvaardigen binnen de btw.

2.5. Deelconclusie

In dit hoofdstuk is het toetsingskader samengesteld. Met behulp van dit toetsingskader toets ik de verschillen en overeenkomsten die uit de probleemstelling voortvloeien op hun rechtvaardiging. In de toetsing worden, zoals hierboven betoogd, de rechtsgrond, de rechtsgrondslag en de externe neutraliteit niet meegenomen, omdat deze niet van belang zijn voor het formuleren van een antwoord op de probleemstelling. Het toetsingskader bestaat uit de volgende elementen:

- a. *Het beginsel van algemene heffing*: het beginsel van algemene heffing bewerkstelligt dat de gehele particuliere consumptie in de heffing wordt betrokken.
- b. *De economische neutraliteit*: bij de economische neutraliteit staat centraal dat de concurrentieverhoudingen tussen ondernemers niet mogen worden verstoord.
- c. *De juridische neutraliteit*: bij de juridische neutraliteit is van belang dat de omzetbelasting bij gelijke goederen en diensten een gelijk percentage van de kleinhandelsprijs is.
- d. *De rechtsvormneutraliteit*: wanneer belastingplichtigen zich in vergelijkbare posities bevinden, moet de belastingheffing gelijk zijn.
- e. *Het rechtskarakter van de btw*: met het rechtskarakter wordt bedoeld *wie* en *wat* moeten worden belast.

Hoofdstuk 3: Theoretische beginselen

3.1. Inleiding

In dit hoofdstuk worden de theoretische beginselen uiteengezet die zijn benodigd om in de navolgende hoofdstukken de fusies en overnames in de btw te kunnen behandelen. De volgende deelvraag staat daarbij centraal:

Welke theoretische uitgangspunten zijn benodigd om de toepassing van de artikelen 19 en 29 Btw-richtlijn te kunnen doorgronden en wat is de achtergrond van de artikelen 19 en 29 Btw-richtlijn?

In paragraaf twee besteed ik aandacht aan het subject van heffing waarna ik in paragraaf drie het object van heffing kort toelicht. Paragraaf vier staat in het kader van de vrijstellingen. In paragraaf vijf behandel ik het recht op aftrek van voorbelasting. Vanwege ontbrekende relevantie voor het onderzoek worden maatstaf van heffing, plaatsbepaling, tarieven en verschuldigheid niet behandeld. Deze theoretische beginselen spelen geen specifieke rol binnen de figuur van de geruisloze overgang. Vervolgens wordt in paragraaf zes de moeizame positie van de houdstervennootschap, een bijzonder subject van heffing in de btw, toegelicht. Wanneer een aandelentransactie plaatsvindt, is het meestal een houdstervennootschap die de aandelen in een deelneming verkoopt. Voor het vervolg van de scriptie is het dus van belang om de belastingplicht van de houdstervennootschap, gezien de discussie in de literatuur hieromtrent⁴⁸, te doorgronden. Tot slot worden in paragraaf zeven de algemene theoretische beginselen van artikel 19 en 29 Btw-richtlijn besproken. Het hoofdstuk eindigt met een deelconclusie in paragraaf acht.

3.2. Het subject van heffing

3.2.1. Inleiding

In de btw is van belang *wie* de belastingplichtige is. Ondanks dat uit het beginsel van algemene heffing blijkt dat met de btw wordt gepoogd de particuliere consumptie te belasten, wordt de btw niet geheven bij de consument, maar bij de *belastingplichtige ondernemer*.⁴⁹ Dit ondernemersbegrip heeft, gezien het doel de particuliere consumptie te belasten, een ruime reikwijdte. Dit is reeds meermaals door het Hof van Justitie EU bevestigd.⁵⁰ Deze ruime invulling komt overeen met de bedoeling om met btw enkel particuliere consumptie te belasten en btw dus niet te laten drukken op leveringen in de productieketen.⁵¹ De belangrijkste gevolgen van het ondernemerschap zijn dat de ondernemer over de door hem verrichte leveringen van goederen en diensten btw dient af te dragen en dat hij, indien hij belaste prestaties verricht, recht op aftrek van voorbelasting krijgt. Als een betrokkene als belastingplichtige wordt aangemerkt, bestaan niet enkel materiële gevolgen, maar ook formele gevolgen.⁵²

Artikel 9 Btw-richtlijn omschrijft de *subjectief belastingplichtige* als:

⁴⁸ Zie o.a. Van Norden 2007, Blokland 2016, Blokland 2017, Merx 2016 en Cornielje 2017.

⁴⁹ Braun (red.) 2016, par. 2.1.6.A.

⁵⁰ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 20 juni 2013, nr. C-219/12 (Christian Fuchs), *BNB* 2013/245.

⁵¹ Van Norden 2007, par. 4.1.

⁵² Van Hilten & Van Kesteren 2014, par. 5.2.2.

'eenieder die, op ongeacht welke plaats, zelfstandig een economische activiteit verricht, ongeacht het oogmerk of het resultaat van die activiteit.'

Nederland heeft deze bepaling in artikel 7 Wet OB 1968 geïmplementeerd. In de Nederlandse wet wordt niet gesproken over de belastingplichtige, maar over de *ondernemer*. De Hoge Raad heeft echter geoordeeld dat beide begrippen als synoniemen moeten worden opgevat.⁵³ Beide begrippen gebruik ik dan ook door elkaar. Uit de definitie van artikel 9 Btw-richtlijn blijkt dat het ondernemersbegrip bestaat uit drie cumulatieve elementen waarvan hierna de hoofdpunten afzonderlijk worden behandeld.⁵⁴

3.2.2. Eenieder

Met het begrip *eenieder* is een aanknopingspunt gecreëerd om niet alleen natuurlijke personen en rechtspersonen als btw-ondernemer aan te kunnen merken, maar ook de samenwerkingsverbanden die als entiteit aan het maatschappelijk verkeer deelnemen.⁵⁵ Uit het loonslagersarrest kan worden afgeleid dat hierbij doorslaggevend is of het verband zich in het economisch verkeer als een eenheid presenteert.⁵⁶ Uit de zaak Heerma blijkt dat het mogelijk is dat een maat, onafhankelijk van de maatschap, zelfstandig een autonome economische activiteit uitvoert. Hiermee wordt de rechtsvormneutraliteit van de Europese btw tot uitvoering gebracht.⁵⁷ Immers, het begrip *eenieder* kent geen juridische beperkingen en geeft dus vorm aan de rechtsvormneutraliteit.⁵⁸ Iedere bedrijfsporm, eenmanszaak of n.v., kan een *eenieder* vormen.

3.2.3. Het verrichten van een economische activiteit, onafhankelijk van oogmerk en resultaat

Artikel 9 lid 2 Btw-richtlijn geeft aan wat onder een *economische activiteit* moet worden verstaan. De term *economische activiteit* heeft een ruim bereik. Zo blijkt bijvoorbeeld uit de zaak Rompelman⁵⁹ dat voorbereidingswerkzaamheden voor in de toekomst te verrichten belastbare prestaties kunnen worden aangemerkt als economische activiteiten. Hieruit kan worden geconcludeerd dat het begrip *economische activiteit* meer omvat dan het enkele verrichten van prestaties onder bezwarende titel.⁶⁰ Verder volgt uit het arrest Hong Kong⁶¹ dat wanneer enkel prestaties om niet worden verricht, geen sprake is van een economische activiteit. Een zeker *opbrengstoogmerk* is dus vereist, wat nog niet betekent dat ook een *winstoogmerk* is vereist.⁶² Het is dus voor het ondernemerschap vereist dat prestaties tegen vergoeding (gaan) worden verricht. Dit is volledig in lijn met het beginsel van algemene heffing, omdat er geen particuliere consumptie plaatsvindt als er geen consumptieve bestedingen worden gedaan.

⁵³ HR 2 mei 1984, nr. 22 153, *BNB* 1984/295 en recent nog bevestigd in HR 18 november 2016, nr. 12/02683, *V-N* 2016/60.12.

⁵⁴ Van Hilten & Van Kesteren 2014, par. 5.2.3.

⁵⁵ Braun (red.) 2016, par. 2.1.6.B.

⁵⁶ TC 28 november 1977, nr. 11 177 O'68 (loonslagersarrest), *BNB* 1978/89.

⁵⁷ HvJ EG 27 januari 2000, nr. C-23/98 (Heerma), *BNB* 2000/297.

⁵⁸ Van Doesum 2009, par. 7.4.

⁵⁹ HvJ EG 14 februari 1985, nr. 268/83 (Rompelman), *BNB* 1985/315.

⁶⁰ Van Norden 2007, par. 4.4.1.

⁶¹ HvJ EG 1 april 1982, nr. C-89/91 (Hong Kong), *BNB* 1982/311.

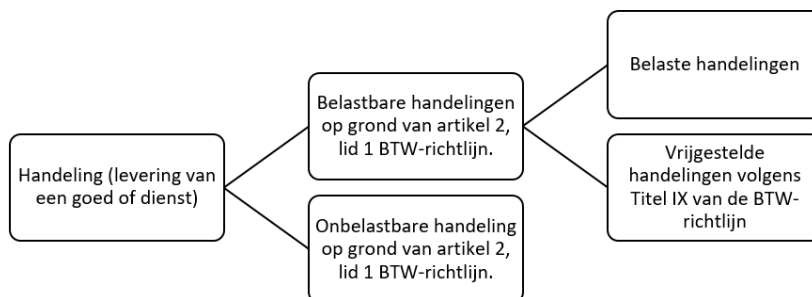
⁶² Van Hilten & Van Kesteren 2014, par 5.4.2.

3.2.4. Zelfstandig

Artikel 10 van de Btw-richtlijn geeft aan wat onder zelfstandigheid moet worden verstaan. Daarbij is van belang dat een uitsluiting van loontrekkenden en personen met een arbeidscontract plaatsvindt van het begrip economische activiteit. Dit is theoretisch juist.⁶³ Namelijk, niet de werknemer, maar de werkgever treedt op in het economische verkeer en is, indien economische activiteiten worden verricht, zelf belastingplichtig. Volgens Van Zadelhoff kunnen op basis van Bijlage A bij de Tweede Richtlijn rechtspersonen niet *onzelfstandig* zijn.⁶⁴ Daarnaast betoogt Van Hilten dat op basis van het arrest Arthur Andersen⁶⁵ kan worden gesteld dat rechtspersonen in beginsel zelfstandig belastingplichtig zijn voor de btw.⁶⁶ In beginsel mag er naar mijn mening dus vanuit worden gegaan dat een rechtspersoon voor de btw zelfstandig optreedt.⁶⁷

3.3. Het object van heffing

Het object van heffing ligt ik slechts zeer beperkt toe. Voor deze scriptie is enkel het verschil tussen het *belastbare* object van heffing en het *belaste* object van heffing van belang. De figuur van de geruisloze overgang zorgt ervoor dat handelingen die op zichzelf belastbaar, en dus belast of vrijgesteld kunnen zijn, worden aangemerkt als *onbelastbare* handelingen. Handelingen worden onbelastbaar doordat het niet-leveringsbeginsel er *bij fictie* voor zorgt dat geen afzonderlijke leveringen en diensten worden geconstateerd. Vereenvoudigd ziet dit er als volgt uit:



Figuur 1: Belastbare versus belaste handelingen

3.4. Vrijstellingen

3.4.1. Inleiding

De Btw-richtlijn voorziet met de artikelen 131 t/m 137 in een aantal vrijstellingen. Door toepassing van een vrijstelling blijft een belastbare prestatie alsnog buiten de heffing.⁶⁸ De vrijstellingen zijn een wezensvreemd element in de btw, omdat een inbreuk wordt gemaakt op het beginsel van algemene heffing dat stelt dat alle prestaties in de heffing moeten worden betrokken.⁶⁹ De meeste vrijstellingen zien op diensten die door ondernemers rechtstreeks aan consumenten worden verricht.⁷⁰ Een

⁶³ Van Norden 2007, par. 4.3.1.

⁶⁴ Van Zadelhoff 1999, p. 43.

⁶⁵ HR 10 februari 2006, nr. 37 800 (eindarrest Arthur Andersen), *BNB* 2006/125.

⁶⁶ Zie de noot van Van Hilten bij het eindarrest Arthur Andersen (*BNB* 2006/125).

⁶⁷ Zie voor de drie uitzonderingen op de zelfstandigheid van rechtspersonen: Van Norden 2007, par. 4.3.2.

⁶⁸ Braun (red.) 2016, par. 2.3.0.C.a1.

⁶⁹ Van Hilten & Van Kesteren 2014, par. 10.1.

⁷⁰ Braun (red.) 2016, par. 2.3.0.C.a1.

belastingplichtige die een vrijgestelde prestatie verricht, heeft voor de aan deze prestatie toe te rekenen voorbelasting geen recht op aftrek van voorbelasting. Doordat het niet bestaan van een recht op aftrek van voorbelasting bij vrijgestelde prestaties voor cumulatie van btw zorgt, maakt het bestaan van de vrijstellingen een inbreuk op de economische en juridische neutraliteit van de btw. In het navolgende bespreek ik enkel de vrijstelling inzake aandelen en andere waardepapieren. Dit vanwege de mogelijke toepassing van deze vrijstelling bij de aandelentransactie.

3.4.2. De vrijstelling inzake aandelen en andere waardepapieren

Artikel 135 lid 1 onderdeel f voorziet in een vrijstelling voor handelingen, uitgezonderd bewaring en beheer, inzake aandelen, deelnemingen in vennootschappen of verenigingen, obligaties en andere waardepapieren. Allereerst is het bij de vrijstellingen van belang dat dit communautaire begrippen zijn. Deze begrippen vergen conform het arrest SUFA een strikte uitleg.⁷¹ Wat wordt bedoeld met een ‘handeling inzake’ is niet in de richtlijngeschiedenis noch de parlementaire geschiedenis verduidelijkt. Er kan dus geen uitputtende opsomming worden gegeven van handelingen die onder de vrijstelling vallen.⁷² Daarnaast is de definitie van ‘andere waardepapieren’ niet volledig uitgekristalliseerd. Uit het arrest Granton⁷³ blijkt dat een overdraagbare kortingskaart die bij inwisseling recht geeft op een korting bij aanschaf van goederen en diensten bij bepaalde ondernemers, geen waardepapier is.⁷⁴ De aandelentransactie valt onder de reikwijdte van de vrijstelling van artikel 135 lid 1 onderdeel f Btw-richtlijn valt, zo blijkt uit de arresten AB SKF⁷⁵ en DTZ Zadelhoff.⁷⁶

3.5. Aftrek van voorbelasting

3.5.1. Inleiding en algemene theorie

De hoeksteen van de omzetbelasting is het recht op aftrek van voorbelasting.⁷⁷ Het recht op aftrek van voorbelasting bewerkstelligt dat de btw niet op productieve consumptie drukt. Dit is van belang in het kader van het beginsel van algemene heffing, de economische neutraliteit en het rechtskarakter van de btw zoals geformuleerd in hoofdstuk twee. Productieve consumptie is namelijk niet het beoogde object van heffing van de btw.

Uit vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie EU blijkt dat het doel van de aftrekegeling is gelegen in het ontlasten van ondernemers van de in het kader van al zijn economische activiteiten verschuldigde of betaalde btw, mits die activiteiten op zich in beginsel aan de heffing van btw zijn onderworpen.⁷⁸ Om te bewerkstelligen dat ondernemers volledig worden ontlast is van belang dat zij onmiddellijk en voor het volledige bedrag recht op aftrek hebben.⁷⁹ Artikel 168 Btw-richtlijn bepaalt

⁷¹ HvJ EG 15 juni 1989, nr. C-348/87 (SUFA), *FED* 1989/559.

⁷² Braun (red.) 2016, par. 2.3.3.G.b2.

⁷³ HvJ EU 14 juni 2014, nr. C-461/12 (Granton), *BNB* 2014/210.

⁷⁴ Van Hilten & Van Kesteren 2014, par. 10.7.1.3.

⁷⁵ HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-029/08 (AB SKF), *NTFR* 2009/2421, *BNB* 2010/251.

⁷⁶ HvJ EU 5 juli 2012, nr. C-259/11 (DTZ Zadelhoff), *BNB* 2012/311.

⁷⁷ Van Hilten & Van Kesteren 2014, par. 12.1.

⁷⁸ Van Norden 2007, par. 6.15 en bijvoorbeeld de zaken HvJ EG 8 juni 2000, nr. C-98/98 (Midland Bank), *BNB* 2001/118, r.o. 19 en HvJ EG 22 februari 2001, nr. C-408/98 (Abbey National I), *V-N* 2001/15.26, r.o. 24.

⁷⁹ Van Hilten & Van Kesteren 2014, par. 12.1.

vervolgens dat recht op aftrek van voorbelasting bestaat *voor zover de goederen en diensten worden gebruikt voor belaste handelingen van een belastingplichtige*. Dit impliceert dat indien de goederen en diensten enkel worden gebruikt voor vrijgestelde handelingen, er geen recht op aftrek van voorbelasting ontstaat. Als gevolg van de cumulatie die door dit onderscheid ontstaat, ontstaat de *paradox van de btw*⁸⁰:

‘Degene die denkt te zijn vrijgesteld, is belast en degene die denkt te zijn belast, is vrijgesteld’

Wanneer goederen of diensten worden gebruikt voor zowel vrijgestelde als belaste handelingen is enkel het deel van de voorbelasting aftrekbaar dat toerekenbaar is aan de belaste handelingen. Artikel 174 Btw-richtlijn voorziet daarvoor in de zogenoemde *pro rata*-aftrekberekening. Bij de *pro rata* worden de totale vergoedingen die zijn behaald met handelingen waarvoor recht op aftrek van voorbelasting bestaat gedeeld door de totale gerealiseerde vergoedingen.⁸¹ In het arrest *Banco Mais* gaat het om de berekening van de *pro rata* conform de Portugese wetgeving.⁸² Portugal had in de nationale wetgeving een implementatie van artikel 173 lid 2 Btw-richtlijn opgenomen. Met artikel 173 lid 2 Btw-richtlijn wordt bewerkstelligd dat lidstaten *deel pro rata*'s kunnen toestaan of verplichten. Zo kunnen lidstaten bijvoorbeeld verplichten dat een deel *pro rata* wordt bepaald voor iedere sector van de bedrijfsuitoefening.⁸³ De uitspraak van het Hof van Justitie EU leidt ertoe dat lidstaten, wanneer zij een implementatie van artikel 173 lid 2 Btw-richtlijn in hun nationale wet hebben, een zekere vrijheid hebben bij het bepalen van alternatieve *pro rata*'s, mits deze *pro rata* nauwkeurig is dan de gewone *pro rata* zoals die uit artikel 174 Btw-richtlijn voortvloeit.⁸⁴ In feite wordt de zuivere *pro rata* ‘opgeschoond’ om het werkelijke gebruik van de goederen of diensten beter te kunnen benaderen.⁸⁵

3.5.2. De *Midland Bank*-doctrine

Het Hof van Justitie EU heeft in verschillende arresten het recht op aftrek van voorbelasting nader ingevuld. In het *Midland Bank*-arrest is geoordeeld dat btw slechts aftrekbaar is bij een rechtstreeks en onmiddellijk verband tussen de in eerdere stadia verrichte handelingen en de handelingen in een later stadium waarvoor een recht op aftrek bestaat.^{86,87} Hiermee veronderstelt het Hof van Justitie EU dat in de prijs van de door de belastingplichtige verrichte handelingen waarvoor recht op aftrek bestaat, de kosten zijn verdisconteerd die door belastingplichtige in een eerder stadium zijn gemaakt. De eerste stap inzake het recht op aftrek van voorbelasting bestaat dus uit het toewijzen van

⁸⁰ Van Loo 2003 en Van Hilten & Van Kesteren 2014, par. 2.4.3.

⁸¹ Van Norden 2007, par. 6.15.

⁸² HvJ EU 10 juli 2014, nr. C-183/13 (*Banco Mais*), *V-N* 2014/36.24.14.

⁸³ Van Kesteren & Cornielje 2015, par. 2.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Van Hilten & Van Kesteren 2014, par. 12.13.3.

⁸⁶ HvJ EG 8 juni 2000, nr. C-98/98 (*Midland Bank*), *BNB* 2001/118.

⁸⁷ Van Norden 2007, par. 6.15.

voorbelasting aan belaste en vrijgestelde prestaties. Van Norden stelt dat deze toewijzing op basis van twee elementen dient te gebeuren⁸⁸:

- Er moet een rechtstreeks en onmiddellijk verband zijn tussen de in een eerder stadium aangekochte goederen en diensten en de belaste of vrijgestelde handelingen van belastingplichtige (*verbandstoets*);
- De uitgaven die zijn gedaan om de in een eerder stadium aangekochte goederen en diensten te verwerven moeten zijn verdisconteerd in de prijs van de belaste of vrijgestelde handelingen van belastingplichtige (*verdisconteringstoets*).

Als rechtstreekse toerekening niet mogelijk is, betekent dit niet onmiddellijk dat er voor dat gedeelte van voorbelasting geen aftrek mogelijk is. De Midland Bank-doctrine schrijft namelijk voor dat er aftrek bestaat conform de pro rata als de kosten van de goederen en diensten onderdeel uitmaken van de algemene kosten van belastingplichtige en als algemene kosten zijn verdisconteerd in de prijs van zijn producten.⁸⁹ In het Midland Bank-arrest heeft het Hof van Justitie EU geen concrete invulling van het begrip *algemene kosten* gegeven. In casu ging het om kosten die werden gemaakt voor een gerechtelijke procedure.

3.5.3. De pre pro rata

Er bestaat ook de mogelijkheid dat aangekochte goederen en diensten voor zowel belastbare als onbelastbare (niet-economische) handelingen worden gebruikt. Voor de voorbelasting die ziet op het gebruik voor onbelastbare handelingen bestaat, evenals voor vrijgestelde handelingen, geen recht op aftrek van voorbelasting. De Btw-richtlijn bevat geen wettelijke voorschriften die zien op een dergelijke situatie. In het *Securenta*-arrest⁹⁰ heeft het Hof van Justitie EU zich uitgelaten over de splitsing van voorbelasting over deze twee categorieën handelingen.⁹¹ Het Hof van Justitie EU oordeelt hier dat de vaststelling van methoden en criteria om de aftrekbaarheid van voorbelasting tussen economische en niet-economische activiteiten tot de beoordelingsbevoegdheid van de nationale lidstaten behoort. In Nederland is dit tot op heden niet in de wet vastgelegd.

3.5.4. Herziening

Mogelijk moet een eenmaal toegepaste aftrek worden herzien wanneer zich na verloop van tijd wijzigingen in het gebruik voordoen. Bij een wijziging in het gebruik van een bepaald goed kan het zijn dat een belastingplichtige meer of minder voorbelasting in aftrek heeft gebracht dan conform het werkelijke gebruik juist zou zijn.⁹² De Btw-richtlijn voorziet met de artikelen 184 t/m 190 in de mogelijkheid om voorbelasting te herzien indien zich gewijzigde omstandigheden voordoen.⁹³ Allereerst voorzien de artikelen 184 en 185 Btw-richtlijn in een herziening wanneer de aftrek hoger of

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ HvJ EG 13 maart 2008, nr. C-437/06 (*Securenta*), V-N 2008/14.20.

⁹¹ Braun (red.) 2016, par. OB.2.4.4.1.e.

⁹² Bijl, Van Hilten & Van Vliet 2001, par. 11.8.1.

⁹³ Van Hilten & Van Kesteren 2014, par. 12.14.1.

lager was dan waartoe de belastingplichtige feitelijk is gerechtigd.⁹⁴ Hierbij kan worden gedacht aan kortingen, annuleringen van verkopen, vernieling of diefstal.

Artikel 187 Btw-richtlijn schrijft voor dat bij *investeringsgoederen* een herzieningstermijn van vijf jaren na ingebruikname kan worden gesteld. Voor *onroerende* investeringsgoederen kan maximaal een termijn van twintig jaren na ingebruikname worden ingesteld. Wanneer in enig jaar binnen de herzieningsperiode een wijziging in het gebruik optreedt, moet worden herzien. Artikel 190 Btw-richtlijnen geeft lidstaten de vrijheid om zelf invulling te geven aan het begrip investeringsgoederen. Deze vrijheid is niet onbeperkt. Zo heeft het Hof van Justitie EU in het arrest Nordania dat onder investeringsgoederen niet de goederen kunnen worden begrepen waarvan de verkoop voor de belastingplichtige een gebruikelijke economische activiteit vormt.⁹⁵

Als een investeringsgoed wordt geleverd tijdens de herzieningsperiode, hangt af van de levering wat er met de resterende herzieningsperiode moet gebeuren. Als de levering van het investeringsgoed is vrijgesteld, dan wordt conform artikel 190 lid 1 Btw-richtlijn de economische activiteit geacht volledig te zijn vrijgesteld. Wanneer de levering is belast, wordt de economische activiteit geacht volledig te zijn belast.

3.6. De moeizame positie van de houdstervennootschap in de btw

3.6.1. Inleiding

Wanneer een aandelentransactie plaatsvindt, zal de verkoop van de aandelen meestal worden uitgevoerd door een houdstervennootschap. Gezien het feit dat bij de aandelentransactie de houdstervennootschap vaak is betrokken, is het voor het vervolg van deze scriptie van belang om de belastingplicht van de houdstervennootschap te behandelen. Immers, wanneer een houdstervennootschap niet belastingplichtig is, kan ook niet worden toegekomen aan toepassing van de artikelen 19 en 29 Btw-richtlijn. Er bestaan dan immers geen belastbare leveringen van goederen en diensten waarop het niet-leveringsbeginsel kan worden toegepast. In deze paragraaf wordt de moeizame positie van de houdstervennootschap in de btw uiteengezet.

3.6.2. Het startpunt; de zaak Polysar

Het startpunt van de jurisprudentie rondom de houdstervennootschap is de zaak Polysar.⁹⁶ In dit arrest is sprake van een zogenoemde *zuivere houdstermaatschappij*. Een dergelijke houdstermaatschappij heeft als enige activiteit het houden van aandelen in dochtervennootschappen. Het Hof van Justitie EU oordeelt in deze casus dat het enkele houden en verwerven van aandelen niet kan worden aangemerkt als een economische activiteit. Het ontvangen dividend vormde dan ook geen vergoeding voor een prestatie, omdat het dividend voortspuit uit het loutere eigendom van de aandelen. Op deze beslissing is voortgebouwd in het Sofitam-arrest.⁹⁷ In deze zaak is geen sprake van een zuivere

⁹⁴ Terra & Kajus 2017, par. 17.6.1.

⁹⁵ HvJ EG 6 maart 2008, nr. C-98/07 (Nordania Finans), *BNB* 2008/219.

⁹⁶ HvJ EG 20 juni 1991, nr. C-60/90 (Polysar Investment Netherlands b.v.), *FED* 1991/633.

⁹⁷ HvJ EG 22 juni 1993, nr. C-333/91 (Sofitam SA), *FED* 1993/608.

houdstermaatschappij, maar van een houdstermaatschappij die naast het houden van aandelen ook aan de btw onderworpen handelingen verricht. Het Hof van Justitie EU oordeelt hier dat het dividend niet moet worden opgenomen in de pro rata-berekening.⁹⁸ Van Norden concludeert dat het juist is dat een zuivere houdstervennootschap buiten de btw wordt gehouden. Een zuivere houdstervennootschap maakt immers geen deel uit van de productieketen en zou geen belastingplichtige moeten zijn.⁹⁹ Dit is naar mijn mening de juiste conclusie. De zuivere houdstervennootschap wijkt immers niet af van een particuliere niet-belastingplichtige belegger. Vervolgens zijn er in de jurisprudentie drie situaties geschetst waarin een houdstervennootschap wel als ondernemer kan kwalificeren.

3.6.3. De effectenhandelaar

Uit het arrest Wellcome Trust¹⁰⁰ blijkt dat de handelsactiviteit die door een effectenmakelaar wordt uitgeoefend binnen de reikwijdte van de btw valt.¹⁰¹ Deze uitspraak is door het Hof van Justitie EU meermaals bevestigd. Allereerst in r.o. 16 van het arrest Harnas & Helm¹⁰² en vervolgens in r.o. 59 van het arrest EDM.¹⁰³ In de Cursus Belastingrecht wordt betoogd dat dit arrest passend is in het systeem van de btw omdat de effectenhandelaar zijn effecten als voorraad aanhoudt op dezelfde manier als een andere belastingplichtige zijn voorraad aanhoudt.¹⁰⁴ Deze redenering lijkt mij logisch en passend binnen het rechtskarakter van de btw. Echter, het is nog niet geheel duidelijk waar de scheidslijn ligt tussen de zuivere houdstervennootschap en de effectenhandelaar.

3.6.4. De moeiende houdstervennootschap

In het arrest Floridienne/Berginvest¹⁰⁵ heeft het Hof van Justitie EU op basis van het Polysar-arrest een volgende stap gezet. In de praktijk werd uit r.o. 14 van het Polysar-arrest afgeleid dat een moeiende houdstervennootschap die geen vergoeding voor het moeien ontvangt als ondernemer kon worden aangemerkt.¹⁰⁶ Het Hof van Justitie EU heeft in het arrest Floridienne/Berginvest geoordeeld dat deze zienswijze niet juist is. In dit arrest heeft het Hof van Justitie EU verduidelijkt dat het moeien *gepaard moet gaan* met aan de btw onderworpen handelingen om een economische activiteit te kunnen constateren. Dit is later bevestigd in r.o. 22 van het arresten CIBO¹⁰⁷ en r.o. 18 van het arrest Welthgrove.¹⁰⁸

De moeiende houdstervennootschap kan mijns inziens, in tegenstelling tot de zuivere houdstervennootschap, niet met een particuliere belegger worden vergeleken. Een moeiende houdstervennootschap is namelijk leidinggevende van één of meerdere werkmaatschappijen. Het leidinggeven aan de werkmaatschappijen waarin de daadwerkelijke productie plaatsvindt, maakt dan

⁹⁸ Bomer & Van Kesteren 1999, par. 2.

⁹⁹ Van Norden 2007, par. 5.2.3.

¹⁰⁰ HvJ EG 20 juni 1996, nr. C-155/94 (Wellcome Trust), *FED* 1996/577.

¹⁰¹ Cornielje 2016, par. 6.3.3.

¹⁰² HvJ EG 6 februari 1997, nr. C-80/95 (Harnas&Helm), *BNB* 1997/286.

¹⁰³ HvJ EG 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM), *NTFR* 2004/669.

¹⁰⁴ Braun (red.) 2016, par. 2.1.6.E.c.

¹⁰⁵ HvJ EG 14 november 2000, nr. C-142/99 (Floridienne/Berginvest), *FED* 2001/179.

¹⁰⁶ Braun (red.) 2016, par. 2.1.6.E.c.

¹⁰⁷ HvJ EG 27 september 2001, nr. C-16/00 (CIBO), *FED* 2002/31.

¹⁰⁸ HvJ EG 12 juli 2001, nr. C-102/00 (Welthgrove), *BNB* 2002/182.

deel uit van de productieketen en daarin dient, conform het beoogde object van heffing wat uit het rechtskarakter van de btw voortvloeit, btw niet te drukken. Deze zienswijze wordt door Braun onderschreven.¹⁰⁹ Hij gaat daarin nog verder en stelt dat ook de moeiende houdstervennootschap die niet als belastingplichtige wordt aangemerkt toch recht op aftrek van voorbelasting moet krijgen. Immers, als de werkmaatschappijen zelf de leiding hadden uitgeoefend, hadden zij wel recht op aftrek van voorbelasting.¹¹⁰ Het lijkt mij passend binnen het beginsel van algemene heffing en het rechtskarakter van de btw dat de houdstervennootschap die een economische rol uitoefent binnen een concern wel als belastingplichtige wordt aangemerkt.

Naar aanleiding van het arrest *Floridienne/Berginvest* kunnen twee vragen rijzen¹¹¹:

1. Wat moet verstaan worden onder *gepaard gaan met*?

De concrete vraag die het arrest oproept is de vraag of de moeiactiviteit zelfstandig een economische activiteit onder bezwarende titel moet vormen of dat er naast de moeiactiviteit aan de btw onderworpen handelingen moeten bestaan.¹¹² Volgens Van Norden is het voor belastingplicht niet noodzakelijk dat het moeien zelf tegen vergoeding gebeurt.¹¹³ Cornielje stelt dat de inmenging niet kan worden gezien als een voorwaarde voor belastingplicht, maar dat deze wel van belang is om te bepalen of een deelneming binnen het kader van de belastingplicht wordt gehouden. Er dient dus een verband te bestaan tussen de inmenging en de diensten die onder bezwarende titel worden verricht.¹¹⁴ Echter, het hebben van de hoedanigheid van belastingplichtige betekent daarmee nog niet dat alle aandelenpakketten ook als ondernemingsvermogen worden aangemerkt. Daarvoor kan steun worden gevonden in het arrest *Larentia en Minerva*¹¹⁵ waaruit blijkt dat als een houdstervennootschap meerdere deelnemingen houdt, maar slechts aan de btw onderworpen handelingen verricht voor een aantal deelnemingen, geen economische activiteiten verricht ten aanzien van de overige deelnemingen.¹¹⁶ Daarmee wordt bevestigd wat Bomer en Van Kesteren in 1999 al impliceerden, namelijk dat de houdstermaatschappij voor btw-doeleinden kan worden geknipt in een ondernemers- en een niet-ondernemersdeel.¹¹⁷ Het *Larentia en Minerva*-arrest heeft tot gevolg dat een volledig aftrekrecht kan worden gecreëerd bij de houdstervennootschap door in alle deelnemingen te moeien en daarvoor een (lage, niet-symbolische) managementfee te berekenen.

2. Wanneer is sprake van *inmenging*?

¹⁰⁹ Braun 2002, p. 111.

¹¹⁰ Braun 1999, par. 5.

¹¹¹ Cornielje 2016, par. 6.3.4.1.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ Van Norden 2007, par. 5.2.4.

¹¹⁴ Cornielje 2016, par. 6.3.4.1.

¹¹⁵ HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14 en C-109/14 (*Larentia en Minerva*), *V-N* 2015/44.18.

¹¹⁶ Cornielje 2016, par. 6.3.4.1.

¹¹⁷ Bomer & Van Kesteren 1999.

Uit het arrest Larentia en Minerva kan de conclusie worden getrokken dat er snel sprake is van inmenging. Inmenging vormt een economische activiteit *voor zover zij inhoudt dat* handelingen worden verricht die aan de btw zijn onderworpen.¹¹⁸ Een zware inhoudelijke toetsing van het begrip inmenging is dus niet vereist. Hierover zal door het Hof van Justitie EU nadere duiding worden gegeven als antwoord op de vragen prejudiciële vragen in de zaak Marle Participations SARL.¹¹⁹ Door de Franse verwijzende rechter is aan het Hof van Justitie EU gevraagd of verhuur van een gebouw aan een deelneming inmenging vormt.

De meest recente ontwikkeling inzake de moeiende houdstervennootschap bij het Hof van Justitie EU is de beschikking MVM.¹²⁰ Het Hof van Justitie EU heeft een beschikking afgegeven, omdat zij meende dat sprake was van een *acte éclairé*. Belanghebbende stelt in r.o. 43 van de beschikking dat zij meent dat de houdstermaatschappij de kosten maakt in het belang van het concern en dit concern nagenoeg enkel belaste prestaties levert. Het Hof van Justitie EU verwerpt deze uitspraak en stelt dat het verband tussen het houden van de aandelen en de overige economische activiteiten te zwak is om het houden van de aandelen tot de economische activiteit te kunnen rekenen. Toch opent het Hof van Justitie EU wel de deur naar volledige aftrek van voorbelasting, mits de gemaakte kosten van het verwerven en houden volledig zijn verdisconteerd in de prijs van de belaste prestaties. De annotators van V-N achten dit vrij onmogelijk.¹²¹ Aannemelijker is volgens Van Kesteren dat de kosten voor het verwerven van aandelen en de managementdiensten worden gecompenseerd door het uitgekeerde dividend van de dochtermaatschappijen of door een stijging van de waarde van de aandelen.¹²² Ook Cornielje stelt dat de deur maar op een heel klein kiertje gezet is.¹²³

Volgens Van Kesteren moet naar aanleiding van de zaak MVM de conclusie worden getrokken dat er voor houdstervennootschappen niets anders op zit dan voor het moeien kosten door te berekenen aan de deelnemingen. Hij vindt gewenst dat er jurisprudentie verschijnt die verduidelijkt welke eisen aan een dergelijke kostenberekening moeten worden gesteld.¹²⁴ Joosten en Tetteroo vinden daarentegen dat bij moeien moet worden beoordeeld of de btw-belaste handelingen die de houdstervennootschap verricht, handelingen zijn die met het houden van aandelen als geheel gepaard gaan en niet of er rechtstreeks vergoedingen van de desbetreffende deelnemingen worden gevraagd.¹²⁵ Uit de analyse van Joosten en Tetteroo leidt ik af dat zij de Larentia en Minerva-knip niet nodig achten als de btw-belaste handelingen van een houdstervennootschap met de activiteit ‘houden van aandelen’ gepaard gaan. Vanuit het rechtskarakter van de btw zou hun analyse zijn te rechtvaardigen. Immers, als de managementdiensten deel uitmaken van de productieketen zou hierop, onafhankelijk van eventuele

¹¹⁸ Cornielje 2016, par. 6.3.4.1.

¹¹⁹ HvJ EU 29 mei 2017, nr. C-320/17 (Marle Participations Sarl) (*prejudiciële vragen*).

¹²⁰ HvJ EU 12 januari 2017, nr. C-28/16 (MVM), V-N 2017/17.15.

¹²¹ Redactionele aantekening bij bovenstaand arrest (V-N 2017/17.15).

¹²² Van Kesteren 2017.

¹²³ Cornielje 2017, par. 4.2.

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ Joosten & Tetteroo 2017.

kostendoorbelasting, geen btw mogen drukken aangezien er geen sprake is van particuliere consumptie. Echter, gezien de stand van de huidige jurisprudentie valt het houdstervennootschappen aan te bevelen om voor het verkrijgen van het ondernemerschap de kosten voor de moei-diensten aan iedere deelneming afzonderlijk door te belasten. Cornielje stelt dat dit in de praktijk vrij eenvoudig te realiseren is door het sluiten van een beheerovereenkomst en het sturen van facturen voor de beheersdiensten, mits de vergoeding hiervoor niet symbolisch is.¹²⁶

3.6.5. De verlengstukgedachte

De verlengstukgedachte is in een aantal arresten aan de orde geweest. Daarbij kan worden gewezen op de arresten Regié Dauphinoise¹²⁷, Harnas & Helm¹²⁸, Floridienne/Berginvest¹²⁹, EDM¹³⁰ en NCC.¹³¹ Cornielje stipt in deze arresten aan dat het verlengstukcriterium een tweezijdige uitleg toekomt. Uit de jurisprudentie kan namelijk worden afgeleid dat de verlengstukgedachte wordt gebruikt voor:

- a. Handelingen met betrekking tot aandelen worden, omdat zij het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk van de belastbare handelingen vormen, tot de economische activiteit gerekend. Op die manier kan een houdstervennootschap belastingplichtig zijn met betrekking tot de handelingen met betrekking tot aandelen.
- b. Een bepaalde financiële handeling wordt niet meegenomen in de berekening van de pro rata, omdat deze als bijkomstig moet worden aangemerkt. Een financiële handeling is niet bijkomstig als deze het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk vormt van de belastbare handelingen.

Volgens Blokland is het niet optimaal dat het verlengstukcriterium enerzijds bij de uitleg van artikel 9 Btw-richtlijn wordt gebruikt en anderzijds bij de uitleg van artikel 174 lid 2 Btw-richtlijn. Namelijk, artikel 174 lid 2 Btw-richtlijn treedt pas in werking als vaststaat dat een ondernemer prestaties onder bezwarende titel heeft verricht.¹³² Daarmee heeft hij een punt. Het is namelijk verwarrend dat voor twee verschillende toetsen hetzelfde begrip wordt gebruikt, terwijl het Hof van Justitie EU zich niet expliciet uitlaat over de verhouding tussen het gebruik van de verlengstukgedachte bij beide richtlijnbepalingen.

Verder ben ik het niet eens met de uitleg van het verlengstukcriterium als gebruikt door het Hof van Justitie EU bij de uitleg van artikel 9 Btw-richtlijn. Van Norden stelt mijns inziens juist dat het verlengstukcriterium ruim moet worden uitgelegd.¹³³ Immers, een houdstervennootschap die aandelen als deelneming houdt, daarvoor managementdiensten verricht en deze kosten niet doorbelast, maakt

¹²⁶ Cornielje 2017, par. 4.2.

¹²⁷ HvJ EG 11 juli 1996, nr. C-306/94 (Regié Dauphinoise), *BNB* 1997/38.

¹²⁸ HvJ EG 6 februari 1997, nr. C-80/95 (Harnas&Helm), *BNB* 1997/286.

¹²⁹ HvJ EG 14 november 2000, nr. C-142/99 (Floridienne/Berginvest), *FED* 2001/179.

¹³⁰ HvJ EG 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM), *NIFR* 2004/669

¹³¹ HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-174/08 (NCC Construction Denmark), *V-N* 2009/56.14.

¹³² Blokland 2016, par. 3.4.3.

¹³³ Van Norden 2007, par. 5.2.5.

deze kosten in verband met de productieketen. Als de werkmaatschappij deze kosten zelf had gemaakt, was de BTW die op deze kosten drukt, afhankelijk van de activiteiten van de werkmaatschappij, vermoedelijk wel aftrekbaar geweest. Als deze houdstermaatschappij naast het houden van aandelen belastbare handelingen verricht, is een ruime uitleg van het verlengstukcriterium noodzakelijk om het houden van aandelen als economische activiteit aan te kunnen merken.

3.7. Basisbeginselen van de artikelen 19 en 29 Btw-richtlijn

3.7.1. Algemeen

Na kort een aantal theoretische beginselen van de btw te hebben geschetst, staat in deze alinea doel, uitwerking en achtergrond van de geruisloze overgang centraal. Artikel 19 Btw-richtlijn voorziet in de regeling voor de overdracht of overgang van een algemeenheid van goederen. Vervolgens verklaart artikel 29 Btw-richtlijn de faciliteit van artikel 19 Btw-richtlijn van overeenkomstige toepassing op diensten. In Nederland zijn beide richtlijnbepalingen samengevoegd tot één bepaling, artikel 37d Wet OB 1968. Dit artikel bewerkstelligt dat indien een algemeenheid van goederen overgaat, *bij fictie* geen levering van een goed of dienst als bedoeld in artikel 2 Btw-richtlijn plaatsvindt, het *niet-leveringsbeginsel*. Daarnaast treedt de overnemende partij *in de plaats* van de overdragende partij. De geruisloze overgang wordt vaak als een faciliteit bestempeld. Een belastingplichtige heeft echter niet de keuze om de faciliteit al dan niet toe te passen, want de faciliteit geldt *van rechtswege*.¹³⁴

Bij een overdracht van een onderneming worden meestal zowel lichamelijke als onlichamelijke zaken overgedragen, dus is bij de overdracht toepassing van zowel artikel 19 als 29 Btw-richtlijn benodigd.¹³⁵ Volgens Van Norden volgt uit Zita Modes¹³⁶ dat beide artikelen in samenhang moeten worden gelezen.¹³⁷ Dit lijkt mij logisch, aangezien een onderneming meestal uit zowel lichamelijke als onlichamelijke zaken bestaat en afzonderlijke toepassing dan onnodig is. Dit is ook door het Hof van Justitie EU in het arrest X b.v. bevestigd.¹³⁸ Wanneer enkel onlichamelijke zaken worden overgedragen, kan afzonderlijke toepassing van artikel 29 Btw-richtlijn aan de orde zijn.

3.7.2. Inbreuken

Met de artikelen 19 en 29 Btw-richtlijn worden inbreuken gemaakt op enkele aspecten uit het toetsingskader. Allereerst maakt toepassing van het niet-leveringsbeginsel een inbreuk op het beginsel van algemene heffing. Het uitgangspunt dat iedere levering van een goed of dienst afzonderlijk voor de btw in aanmerking wordt genomen, wordt hiermee aan de kant geschoven. Het feit dat door het niet-leveringsbeginsel afzonderlijke leveringen en diensten worden weggedacht, is uniek binnen de btw.¹³⁹ Door het niet-leveringsbeginsel worden de afzonderlijke goederen en diensten, de onderdelen van de overgang, niet per element bepaald. Dat betekent volgens Cornielje niet dat sprake is van een

¹³⁴ Van Doesum & Van Norden 2007, par. 3.2.1.

¹³⁵ Cornielje 2016, par. 4.3.5.

¹³⁶ HvJ EG 27 november 2003, nr. C-497-01 (Zita Modes), V-N 2003/61.18.

¹³⁷ Van Norden, par. 6.8.4.

¹³⁸ HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-651/11 (X b.v.), NTFR 2013/1293.

¹³⁹ Cornielje 2016, par. 4.3.2.

black box. De onderdelen kunnen worden bepaald, maar blijven onbepaald.¹⁴⁰ De inbreuk op het beginsel van algemene heffing is dus niet gering.

Ook kan de vraag rijzen waarom de ene bundel zaken wel in aanmerking wordt genomen als algemeenheid van goederen en de andere niet. Van Kesteren stelt dat dit verschil is gelegen in de *immateriële band* die de goederen tezamen houdt en die overgaat bij de overdracht.¹⁴¹ Deze band zorgt ervoor dat de goederen en diensten tezamen een economische activiteit kunnen vormen. Verder blijkt uit het arrest Zita Modes dat de overdrager op de hoogte moet zijn van de intentie van de overnemer om al dan niet met de overgedragen bundel zaken de economische activiteit voort te zetten. Ook dit vormt een inbreuk op het beginsel van algemene heffing, omdat subjectieve elementen in beginsel geen rol spelen binnen de btw.

Mogelijk wordt ook de economische neutraliteit verstoord. Namelijk, voor toepassing van de artikelen 19 en 29 Btw-richtlijn is vereist dat sprake is van een *algemeenheid van goederen*. Kan de algemeenheid van goederen niet worden vastgesteld, dan moet worden beoordeeld of sprake is van (één of meerdere) leveringen van een goed of (één of meerdere) diensten die onder bezwarende titel zijn verricht door een belastingplichtige. Indien blijkt dat één van de leveringen of diensten is vrijgesteld, treedt cumulatie op van de btw. Alsdan ontstaat een verschil met de regeling van de artikelen 19 en 29 Btw-richtlijn. Immers, voor toepassing van de geruisloze overgang is irrelevant of een levering of een dienst als onderdeel van een algemeenheid van goederen al dan niet is vrijgesteld. De economische neutraliteit wordt dus mogelijk door artikelen 19 en 29 Btw-richtlijn geschaad.

Met de faciliteit van artikel 19 en 29 Btw-richtlijn wordt geen inbreuk gemaakt op de juridische neutraliteit. Of het rechtskarakter van de btw wordt geschaad, is discutabel. Zo stelt Van Norden dat bij de geruisloze overgang slechts een horizontale overgang binnen de bedrijfskolom plaatsvindt en de goederen of diensten niet dichterbij de consument komen.¹⁴² Er vindt dus geen verbruik plaats. Ik stel daarom ook dat de artikelen 19 en 29 Btw-richtlijn geen inbreuk maken op het beoogde object en subject van de btw. Immers, bij een fusie of overname vindt geen verbruik plaats.

3.7.3. Doel van de regeling

Uit het Voorstel voor de Zesde Richtlijn kunnen de doelen van de geruisloze overgang worden afgeleid¹⁴³:

1. *Eenvoud bij bedrijfsoverdrachten*: Men kan zich afvragen of het inderdaad erg lastig is om bij een overdracht afzonderlijke leveringen en diensten aan te merken. In de conclusie van A-G Jacobs bij het arrest Zita Modes¹⁴⁴ wijst de A-G op waarderingsproblematiek indien de

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Van Kesteren 1994, p. 266.

¹⁴² Van Norden 2004.

¹⁴³ Voorstel voor een Zede richtlijn van de Raad van 29 juni 1973, COM 73/950, nr. 18A, blz. 753.

¹⁴⁴ HvJ EG 27 november 2003, nr. C-497-01 (Zita Modes), V-N 2003/61.18, r.o. 28.

afzonderlijke leveringen en diensten onder verschillende tarieven vallen. Cornielje stelt dat het aan de andere kant ook niet eenvoudig is om vast te stellen of de geruisloze overgang van toepassing is.¹⁴⁵ Naar mijn mening is het lastiger om tot een juiste waardering te komen dan om vast te stellen of de geruisloze overgang van toepassing is.¹⁴⁶

2. *Voorkomen van onnodig financieel belasten van betrokken partijen:* De regeling beoogt verder om zowel verkrijger als overdrager niet aan onnodige financiële druk te onderwerpen. Dit lijkt mij een legitieme doelstelling voor de regeling van de geruisloze overgang. Immers, door een fusie of overname komen goederen niet dichterbij de consument, enkel de persoon van de ondernemer verandert.¹⁴⁷

Daarnaast stelt A-G Jacobs in zijn conclusie bij Zita Modes dat een bijkomend voordeel van de geruisloze overdracht is dat een insolvente onderneming geen btw dient te berekenen over een bedrijfsoverdracht zonder dat deze btw wordt afgedragen, terwijl aan de overnemer recht op aftrek van voorbelasting toekomt. Met de geruisloze overgang wordt dus faillissementsfraude bestreden.

3.7.4. Uitwerking van de toepassing van de geruisloze overgang; indeplaatstreding

De artikelen 19 en 29 Btw-richtlijn bewerkstelligen dat de overnemende partij in de plaats treedt van de overdragende partij. Binnen de context van de btw gaat het daarbij om het overnemen van de btw-positie van de overdragende partij. De overnemer zal de plaats van de overdrager overnemen met betrekking tot de positie tegenover de fiscus. De reikwijdte van de indeplaatstreding is nog niet volledig uitgekristalliseerd.¹⁴⁸ De overname van de positie met betrekking tot de herzieningsregels van artikel 187 e.v. Btw-richtlijn is met name van belang. Door toepassing van het niet-leveringsbeginsel loopt de herzieningstermijn die liep bij de overdrager door bij de overnemer. Er start dus geen nieuwe herzieningstermijn. Wanneer afzonderlijke leveringen van goederen of diensten waren geconstateerd, had de overdrager, afhankelijk van of de levering is belast of is vrijgesteld, moeten herzien.

Ook met betrekking tot de vermogensetikettering wordt de plaats ingenomen van de overnemer. Daarnaast herleeft de optie tot vrijgestelde verhuur niet.¹⁴⁹ De indeplaatstreding suggereert enerzijds dat de overnemende huurder in de plaats treedt van de overdragende huurder. Aan de andere kant is het zo dat uit de tekst van artikel 11 lid 1 onderdeel a Wet OB 1968 blijkt dat voor btw-belaste verhuur door huurder en verhuurder een gezamenlijk verzoek moet worden gedaan.¹⁵⁰ Uit het karakter van de indeplaatstreding blijkt naar mijn mening dat de vrijgestelde verhuur niet herleeft. Immers, door de indeplaatstreding treedt de overnemer in de plaats van de overdragende huurder, die het verzoek heeft gedaan. Een nieuw verzoek is dan naar mijn mening ook niet nodig.

¹⁴⁵ Cornielje 2016, par. 4.4.1.

¹⁴⁶ Zie bijvoorbeeld R.P. van den Dool, *Waardering van incurante aandelen*, (FED Fiscale Brochures), Deventer: Kluwer 2015. In par. 1.1 wordt de lastige problematiek geschetst rondom waardering van incurante aandelen.

¹⁴⁷ Braun (red.) 2016, par. 6.0.2.B.a.

¹⁴⁸ Cornielje 2016, par. 4.5.1.

¹⁴⁹ Van Hilten & Van Kesteren 2014, par. 6.10.3.

¹⁵⁰ Van Hilten 1993, par. 2.

Verder kan worden gedacht aan de toepassing van de landbouwregeling van artikel 27 lid 6 Wet OB 1968. Opvallend is verder dat géén indeplaatstreding geldt voor toepassing van de margeregeling. Van Hilten en Van Kesteren vragen zich af of dit in overeenstemming is met artikel 19 en 29 Btw-richtlijn dat enkel stelt dat beperking van de geruisloze overgang is toegestaan wanneer de overnemer niet volledig belastingplichtig is.¹⁵¹

De indeplaatstreding gaat volgens de Staatssecretaris van Financiën niet zo ver dat de overnemende partij kan worden aangesproken voor de belastingschulden van de overdrager.¹⁵² Daarnaast kan ook de overdragende partij niet worden aangesproken voor belastingschulden die ontstaan na de overdracht. Dit volgt ook uit artikel 8 lid 1 Uitvoeringsbeschikking Wet OB 1968. Verder stelt Cornielje dat vaststellingsovereenkomsten met de Belastingdienst niet mee overgaan. Bij expliciete standpuntbepalingen of toezeggingen van de inspecteur aan de overdrager moet de overnemer zorgvuldig nagaan in hoeverre deze door de overnemer kunnen worden gebruikt.¹⁵³ Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een algemeen geformuleerde btw-ruling waarin voor de overgenomen onderneming is bepaald hoe de pro-rata berekening moet gebeuren. Mutsaers pleit ervoor om bij btw-rulings die niet direct zien op het overgenomen gedeelte de overnemer de keuze te geven om de rechten en verplichtingen van de overdrager onverkort over te nemen of te negeren.¹⁵⁴ In deze ben ik het eens met Cornielje. De reikwijdte van de overgedragen expliciete standpuntbepalingen eindigt bij wijziging van de relevante feiten.¹⁵⁵ Een overdracht van een onderneming lijkt mij zo'n relevant feit.

3.8. Deelconclusie

In dit hoofdstuk zijn allereerst de hoofdlijnen van het subject en object van heffing uiteengezet. Vervolgens is uitgelegd hoe de aftrek van voorbelasting en de vrijstellingen werken. Een theoretische basis van deze beginselen is benodigd om in de volgende hoofdstukken de bijzondere figuur van de geruisloze overgang te kunnen bespreken. In paragraaf zes is vervolgens de moeizame positie van de houdstervennootschap in de btw besproken. Een zuivere houdstervennootschap is voor de btw geen belastingplichtige, tenzij sprake is van een: effectenhandelaar, moeiende houdstervennootschap of een houdstervennootschap waarbij de handelingen met betrekking tot aandelen het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk vormen van de belastbare handelingen van de houdstervennootschap. Daarbij ben ik tot de conclusie gekomen dat de positie van de houdstervennootschap in de btw nog niet volledig is uitgekristalliseerd. Verdere invulling door het Hof van Justitie EU ligt dus in de lijn der verwachting. Tot slot is in paragraaf zeven de achtergrond van de geruisloze overgang in de btw geschetst.

¹⁵¹ Van Hilten & Van Kesteren 2014, par. 6.10.3.

¹⁵² Bijvoegsel Handelingen II 1998, 25 709, nr. 70, p. 5273 en 5274.

¹⁵³ Cornielje 2016, par. 4.5.1.2.

¹⁵⁴ Mutsaers 2015, par. 3.

¹⁵⁵ Cornielje 2016, par. 4.5.1.1.

Hoofdstuk 4: De activa-passivatransactie

4.1. Inleiding

In dit hoofdstuk behandel ik de btw-gevolgen van de activa-passivatransactie. De toepassing van de geruisloze overgang staat daarbij centraal. In dit hoofdstuk worden enkel de gevolgen behandeld, de toetsing van deze gevolgen komt in hoofdstuk zes. De volgende deelvraag staat daarbij centraal:

Wat zijn de btw-gevolgen van een activa-passivatransactie?

Allereerst wordt in paragraaf twee het verschil tussen het toepassen van de geruisloze overgang via de subject- of de objectachtige benadering toegelicht. Vervolgens onderzoek ik in de derde paragraaf de criteria die uit de arresten Zita Modes en Christel Schriever voortvloeien. Hierbij wordt de nadruk gelegd op de activa-passivatransactie. De btw-behandeling van de geruisloze overgang bij aandelen c.q. deelnemingen, binnen de btw bijzondere activa, wordt in het volgende hoofdstuk onderzocht. Tot slot wordt behandeld hoe het recht op aftrek van voorbelasting is vormgegeven bij zowel overdrager als overnemer inzake kosten die zijn gemaakt met het oog op de overgang. Het hoofdstuk eindigt in paragraaf vijf met een deelconclusie.

4.2. Objectachtige versus subjectachtige benadering

4.2.1. Algemeen

Door de geruisloze overgang wordt een inbreuk gemaakt op het onderscheid tussen object en subject van heffing. Op het moment van de overdracht vallen het object en subject van de btw samen, de economische activiteit is namelijk onderwerp van de overdracht. Het gevolg hiervan is dat bij uitleg van de geruisloze overgang de nadruk volgens Cornielje kan liggen op een objectbenadering of op een subjectbenadering.¹⁵⁶ Echter, de termen subject- en objectbenadering zijn naar mijn mening verwarrend. Menig fiscalist zal bij subject denken aan degene van wie de belasting wordt geheven en bij object aan hetgeen wordt belast. Beide benaderingen bekijken de geruisloze overgang vanuit het oogpunt van het object of het subject. Daarom zijn naar mijn mening de termen *subjectachtige* en *objectachtige benadering* beter op zijn plaats. Het verschil tussen beide benaderingen licht ik toe aan de hand van twee voorbeelden. Het eerste ziet op de feiten zoals die in de zaak Christel Schriever lagen.¹⁵⁷ Schriever was eigenaar van een detailhandel in sportartikelen. De detailhandel bevond zich in een pand dat eigendom was van Schriever. Per 30 juni 1996 heeft zij de goederenvoorraad en winkeluitrusting overgedragen aan de vennootschap Sport S. GmbH (hierna: Sport S.). Het pand werd voor onbepaalde tijd verhuurd aan Sport S. (*voorbeeld 1*). Het tweede voorbeeld ziet op dezelfde situatie, maar nu huurde Schriever het pand van een derde partij. Op het moment dat Schriever de winkeluitrusting en goederenvoorraad overdraagt aan Sport S., verkoopt de derde partij zijn pand aan Sport S. (*voorbeeld 2*).

¹⁵⁶ Cornielje 2016, par. 5.3.1.

¹⁵⁷ HvJ EU 10 november 2011, nr. C-444/10 (Christel Schriever), V-N 2011/63.16.

4.2.2. De objectachtige benadering

Binnen de objectachtige benadering staat centraal of hetgeen onderdeel is van de overdracht zelfstandig een algemeenheid van goederen vormt, ofwel *overdracht = onderneming*.¹⁵⁸ Binnen deze benadering wordt dus het subject van de overdrager (zijn onderneming) het object van de geruisloze overgang. In voorbeeldvorm werkt dit als volgt uit:

- *Voorbeeld 1:* Enkel de winkeluitrusting en voorraad tezamen vormen geen economische activiteit. Om de winkelactiviteiten uit te kunnen voeren is het pand noodzakelijk. Echter, dit pand wordt niet als onderdeel van de algemeenheid overgedragen, dus de overdracht \neq onderneming. Het feit dat naast de overdracht van de winkeluitrusting en voorraad ook het pand wordt verhuurd, doet er niet aan af dat met hetgeen wordt overgedragen op zelfstandige basis geen economische activiteit kan worden uitgeoefend.
- *Voorbeeld 2:* Het feit dat het pand door een derde aan Sport S. wordt overgedragen, doet er niet aan af dat hetgeen Schriever heeft overgedragen (winkeluitrusting en voorraad) geen onderneming vormt. Wel kan worden gesteld dat de derde een economische activiteit of een gedeelte van een economische activiteit overdraagt aan Sport S. Namelijk, zijn economische activiteit bestaande uit de duurzame exploitatie van een vermogensbestanddeel, zijnde de verhuur, wordt overgedragen aan Sport S. In dat geval is bij de overdracht van de derde aan Sport S. wel sprake van overdracht = onderneming.

4.2.3. De subjectachtige benadering

Binnen de subjectachtige benadering wordt de overdracht bekeken uit het perspectief van het subject. Er moet worden beoordeeld of de persoon van de ondernemer is gewisseld voor een andere ondernemer.¹⁵⁹ Hetgeen wordt overgedragen hoeft niet noodzakelijkerwijs als een onderneming te kwalificeren. Centraal staat of er voor de overdracht sprake was van een economische activiteit die na de overdracht wordt uitgeoefend door een andere ondernemer. Met andere woorden, het kan zijn dat bij de overdracht het hetgeen bij de overdracht overgaat geen onderneming vormt, dus *overdracht \neq onderneming*.

- *Voorbeeld 1:* Voor de overdracht oefende Schriever een detailhandel uit in dit pand en na de overdracht oefent Sport S. in hetzelfde pand dezelfde detailhandel uit. In casu is dus enkel sprake van een wisseling van de persoon van de ondernemer. Het feit dat het pand geen onderdeel uitmaakt van de algemeenheid van goederen en de winkeluitrusting en voorraad op zichzelf bezien niet als economische activiteit kwalificeren, doet daar niet aan af.
- *Voorbeeld 2:* In dit geval kan enkel de overdracht van de derde aan Sport S. kwalificeren als een onderneming, de overdracht van de winkeluitrusting en de voorraad niet. Echter, als het geheel

¹⁵⁸ Cornielje 2016, par. 5.3.1.

¹⁵⁹ Ibid.

wordt beschouwd, wordt voor de overdracht een detailhandel uitgeoefend en na de overdracht ook. Enkel de persoon van de ondernemer is gewisseld.

4.2.4. Beide benaderingen afgewogen

In het arrest *Zita Modes* is sprake van de overdracht van een kledingzaak aan een parfumerie.¹⁶⁰ In casu heeft het Hof van Justitie EU allereerst vastgesteld dat het begrip *algemeenheid van goederen* een communautair begrip is en dat dit begrip dus ook communautair moet worden uitgelegd. In r.o. 40 stelt zij dat sprake moet zijn van een overdracht van zaken *welke tezamen een onderneming of een gedeelte van een onderneming vormen*. Daaruit concludeert Cornielje dat de zaken die worden overgedragen constituerende elementen moeten zijn van de over te dragen algemeenheid van goederen.¹⁶¹ Dit betekent volgens hem dat het Hof van Justitie EU hier kiest voor de objectachtige benadering.

Vervolgens heeft het Hof van Justitie EU zijn oordeel gegeven in de zaak *Christel Schriever*. In de zaak *Christel Schriever* ging het om een detailhandel in sportartikelen. Deze onderneming werd uitgevoerd in het pand waarvan *Schriever* eigenaar is. *Schriever* heeft, in het kader van een bedrijfsoverdracht, de goederenvoorraad en winkeluitrusting overgedragen. Daarnaast heeft zij niet het pand verkocht, maar voor onbepaalde tijd aan de overdrager verhuurd. Het Hof van Justitie EU komt hier tot de conclusie dat sprake kan zijn van een overdracht van een algemeenheid van goederen aangezien het (verhuurde) pand noodzakelijk is voor de economische activiteit die de verkrijger uit gaat oefenen. Hieruit blijkt mijns inziens dat het Hof van Justitie EU kiest voor de subjectachtige benadering. Immers, de winkelinventaris en de voorraad tezamen zijn niet voldoende om een economische activiteit te kunnen uitvoeren. Volgens Cornielje is de subjectachtige benadering in strijd zijn met de zinsnede *overgang van een algemeenheid van goederen* in het arrest *Zita Modes*.¹⁶²

Naar mijn mening is er geen sprake van strijd met het arrest *Zita Modes*. In het geval van *Zita Modes* wordt met zowel de object- als de subjectachtige benadering tot hetzelfde resultaat gekomen. Bij deze overgang werd zowel de gehele onderneming (het object) overgedragen als dat er een wisseling in de persoon van de ondernemer (het subject) plaatsvond. Het Hof van Justitie EU heeft zich dus niet uit hoeven laten over een keuze tussen de twee benaderingen. Verder stelt het Hof van Justitie EU in r.o. 40 dat '*de algemeenheid van goederen aldus moet worden uitgelegd dat **daaronder valt de overdracht van een handelszaak of van een autonoom bedrijfsonderdeel***'. Hieruit blijkt niet dat het Hof van Justitie EU de subjectachtige benadering expliciet heeft uitgezonderd van toepassing van de geruisloze overgang.

Naar mijn mening moet de subjectachtige benadering leidend zijn. Immers, ook in de gevallen waarin onder toepassing van de objectachtige benadering de geruisloze overgang toepassing kan vinden,

¹⁶⁰ HvJ EG 27 november 2003, nr. C-497-01 (*Zita Modes*), V-N 2003/61.18.

¹⁶¹ Cornielje 2016, par. 5.3.3.1.

¹⁶² Cornielje 2016, par. 5.3.3.2.

bestaat, wanneer wel vanuit de subjectachtige benadering toepassing mogelijk is, behoefte aan fiscale facilitering. Er treedt bij een keuze voor de subjectachtige benadering geen strijd op met doel en strekking van de geruisloze overgang. Ook in de Conclusie van het bruingoedearrest door Van Hilten¹⁶³ en in de Conclusie van Jacobs¹⁶⁴ van het Zita Modes-arrest zie ik de subjectachtige benadering terugkomen. Een enkel nadeel aan de toepassing van de subjectachtige benadering is dat, wanneer men voorbeeld 2 in het achterhoofd neemt, beide partijen op de hoogte moeten zijn van het feit dat er een geruisloze overgang plaatsvindt. Uitvoeringstechnisch kan dit een nadeel opleveren. In het vervolg van het hoofdstuk zal ik de geruisloze overgang benaderen vanuit de subjectachtige benadering.

4.3. De criteria uit Zita Modes; algemeenheid van goederen

4.3.1. Inleiding

De exacte invulling van het begrip *algemeenheid van goederen* ontbreekt in artikel 19 Btw-richtlijn. Ook het Hof van Justitie EU komt in het arrest Zita Modes tot deze conclusie. In tegenstelling tot in de zaken CPP en Skandia heeft het Hof van Justitie EU geen richtlijnen op gebieden buiten de btw geraadpleegd.¹⁶⁵ Uit r.o. 40 van het Zita Modes-arrest kunnen vijf cumulatieve vereisten worden afgeleid voor de algemeenheid van goederen die in de navolgende paragrafen worden besproken.¹⁶⁶

4.3.2. Criterium 1: De overgang of overdracht

Artikel 19 Btw-richtlijn en artikel 37d Wet OB 1968 spreken over een *overgang* van goederen, terwijl het Hof van Justitie EU het in het Zita Modes-arrest over de *overdracht* heeft. De invulling van het begrip overgang, zoals dat voorkomt in artikel 19 Btw-richtlijn en artikel 37d Wet OB 1968 is ruim. Een overgang is elke handeling die leidt tot een vermogensovergang van het ene vermogen naar het andere vermogen.¹⁶⁷ Volgens Keijsers is het begrip overdracht een stuk beperkter dan het begrip overgang.¹⁶⁸ Echter, Van Hilten stelt in haar Conclusie bij het bruingoedearrest dat de begrippen overgang en overdracht niet anders moeten worden uitgelegd dan in artikel 14 lid 1 Btw-richtlijn. Daar kan ik mij bij aansluiten. Namelijk, enkel in de Nederlandse taalversie van de Btw-richtlijn wordt in artikel 14 Btw-richtlijn een onderscheid tussen overdracht en overgang gemaakt.

Cornielje stelt de vraag of het mogelijk is dat het civiele eigendomsrecht achterblijft bij de overdrager en er toch een geruisloze overgang voor de btw plaatsvindt.¹⁶⁹ Hierbij komt eerst de vraag op of een *doorlopende dienst* onder het niet-leveringsbeginsel kan vallen. Hierbij kan worden gedacht aan voorbeeld 1 uit de voorgaande paragraaf. Mogelijk kan uit het arrest Christel Schriever worden afgeleid dat de doorlopende dienst bestaande uit de verhuur van het pand ook onder het niet-leveringsbeginsel kan worden geschaard. Echter, naar mijn mening is de verhuurdienst een afzonderlijke dienst die zelfstandig in de btw moet worden betrokken. Dat deze dienst ook onder het

¹⁶³ Conclusie A-G HR Van Hilten 26 februari 2010, nr. 08/02136 (bruingoedearrest), *BNB* 2010/223, punten 5.3.14 en 5.3.16.

¹⁶⁴ Conclusie A-G HvJ EG Jacobs 29 september 2002, nr. C-497/01 (Zita Modes), *V-N* 2003/61.18.

¹⁶⁵ Van Norden 2014, par. 2.2.

¹⁶⁶ Van Doesum & Van Norden 2007, par. 3.2.

¹⁶⁷ Cornielje 2016, par. 5.4.2.

¹⁶⁸ Keijsers 1985, par. 5.2.

¹⁶⁹ Cornielje 2016, par. 5.4.2.

niet-leveringsbeginsel zou kunnen vallen, is mijns inziens onjuist en kan misbruik ontlokken. De HR heeft meermaals geoordeeld dat de doorlopende dienst niet onder het niet-leveringsbeginsel kan worden geressorteed.¹⁷⁰ Naar mijn mening is dit oordeel van de HR juist, omdat economisch gezien geen diensten overgaan op de overnemer, maar er nieuwe dienstverlening plaatsvindt tussen overdrager en overnemer. Hetzelfde geldt mijns inziens voor detachering van personeel van overdrager naar overnemer. Verder kan worden gedacht aan tijdelijke diensten als het afwickelen van de nog lopende orders.¹⁷¹ Strikte toepassing van de hierboven besproken leer van de doorlopende diensten zou betekenen dat dergelijke diensten niet onder het niet-leveringsbeginsel vallen. Cornielje stelt voor om toch geruisloze overgang toe te staan voor dergelijke diensten als de dienstverlening voor een bepaalde periode wordt verricht en niet kunnen worden verworven van een derde dienstverlener.¹⁷² Hier kan ik mij bij aansluiten.

4.3.3. Criterium 2: Handelszaak of autonoom bedrijfsmiddel

4.3.3.1. Inleiding

Het begrip *handelszaak* is Belgisch spraakgebruik voor het Nederlandse begrip *onderneming*.¹⁷³ Het is dus, in tegenstelling tot wat Cornielje oppert, geen beperking tot ondernemingen die met name goederen in- en verkopen.¹⁷⁴ De centrale vraag is waar de scheidslijn ligt tussen de overdracht van een autonoom bedrijfsmiddel enerzijds en de overdracht van goederen zonder meer anderzijds. Daarbij is van doorslaggevend belang of er samenhang bestaat tussen de verschillende vermogensbestanddelen.¹⁷⁵ Het moet gaan om vermogensbestanddelen die zodanig met elkaar samenhangen dat het geheel herkenbaar is als de onderneming.¹⁷⁶ Van Kesteren omschrijft dit als een *onzichtbare immateriële band* die de goederen tezamen houdt en die mee overgaat bij de overdracht.¹⁷⁷ De samenhang kan worden beoordeeld vóór, tijdens en na de overdracht.¹⁷⁸

4.3.3.2. Vóór de overdracht

Logischerwijs dient al voor toepassing van artikel 19 Btw-richtlijn sprake te zijn van een btw-onderneming, anders had er geen belastingplicht bestaan. Een bijzonder arrest in dit kader is het Faxworld-arrest.¹⁷⁹ Faxworld GbR, een personenvennootschap, heeft als enige doel de oprichting van Faxworld AG, een kapitaalvennootschap. Faxworld GbR heeft goederen en diensten aangekocht op eigen naam en heeft deze vervolgens geruisloos overgedragen aan Faxworld AG. Met een beroep op de reeds in paragraaf 3.2.3 besproken jurisprudentie inzake de voorbereidende handelingen¹⁸⁰ komt het Hof van Justitie EU in deze zaak toch tot belastingplicht voor de GbR. Van Norden concludeert uit

¹⁷⁰ HR 29 januari 2010, nr. 08/01847, V-N 2010/8.16 en HR 11 april 2014, nr. 12/01836 (assurantieportefeuillearrest), *BNB* 2014/120.

¹⁷¹ Cornielje 2016, par. 5.4.2.3.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ Braun (red.) 2016, par. 6.5.2.B.b.1.

¹⁷⁴ Cornielje 2016, par. 5.4.3.

¹⁷⁵ Merckx 2005, par. 4.1.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ Van Kesteren 1994, p. 266.

¹⁷⁸ Cornielje 2016, par. 5.4.3.2.

¹⁷⁹ HvJ EG 29 april 2004, nr. C-137/02 (Faxworld), *NTFR* 2004/672.

¹⁸⁰ Bijv. HvJ EG 14 februari 1985, nr. 268/83 (Rompelman), *BNB* 1985/315.

deze zaak dat het Hof van Justitie EU de door de AG ontplooid economische activiteiten toerekent aan de GbR voor de bepaling van de belastingplicht. De persoon die de economische activiteiten uiteindelijk ontplooit, mag niet ter zake doen volgens het Hof van Justitie EU.¹⁸¹ Verder oordeelt het Hof van Justitie EU voor het aftrekrecht dat de GbR de belaste handelingen van de overnemer in aanmerking mag nemen om de btw af te kunnen trekken. Lamers leidt uit dit arrest af dat daadwerkelijke exploitatie voor de overdracht niet is vereist. Wel moet de overdrager met hetgeen hij overdraagt een economische activiteit hebben verricht.¹⁸² De samenhang vóór de overdracht kan dus mijns inziens, als er maar één overdrager bestaat, snel worden aangenomen.

Ook bestaat de vraag of er voldoende samenhang bestaat wanneer er *meerdere overdragers* bestaan in het kader van slechts één algemeenheid van goederen. De Hoge Raad heeft zich hier recent meerdere malen over uitgelaten, zoals in het visrokerijarrest.¹⁸³ De Hoge Raad oordeelt in dit arrest, onder verwijzing naar het bruingoedarrest, dat van een algemeenheid van goederen slechts sprake kan zijn bij één overdrager en één overnemer. De HR past hier dus een strikte objectachtige benadering toe. In het arrest is sprake van tussenkost van een leasemaatschappij die goederen die in de visrokerij werden gebezigd, overdraagt aan de overdrager. Deze tussenkost lijkt voor de HR een brug te ver te zijn, terwijl uit eerdere arresten kan worden afgeleid dat indien overdrachten plaatsvinden van verschillende leden van een fiscale eenheid, dit geen probleem oplevert.¹⁸⁴ Kroesen en Boevé vinden dit opmerkelijk, aangezien voor het roken van de vis bij de overdrager de geleasede zaken ook benodigd waren.¹⁸⁵ A-G Van Hilten heeft in haar Conclusie gesteld dat het feit dat de zaken van de overdrager over te dragen onderneming in meerdere handen zijn, geen belemmering moet vormen voor toepassing van de geruisloze overgang. Wel moeten de zaken als *één geheel* worden geëxploiteerd en moeten zij met behoud van samenhang over gaan. Ik verkies daarbij de visie van Van Hilten boven de visie van de HR, omdat gezien doel en strekking van de geruisloze overgang ook in deze situatie toepassing is te rechtvaardigen. In dit kader is een verwijzing naar het arrest X b.v. noodzakelijk.¹⁸⁶ In dit arrest oordeelt het Hof van Justitie EU, op basis van een letterlijke lezing van artikel 19 Btw-richtlijn dat de geruisloze overgang geen toepassing kan vinden ingeval van meerdere overdragers. Mijns inziens is dit een te strikte uitleg van artikel 19 Btw-richtlijn. Het verdient aanbeveling om op dit gebied een ruimere toepassing toe te staan ingeval de zaken voor overdracht als geheel worden geëxploiteerd en met behoud van samenhang overgaan. Cornielje pleit daarbij voor het kijken naar de economische eenheid tussen de verschillende overdragers.¹⁸⁷ Die visie kan ik beamen.

¹⁸¹ Van Norden 2004, par. 2.3.

¹⁸² Lamers 2008, par. 3.

¹⁸³ HR 5 maart 2010, nr. 34 505 (visrokerijarrest), *BNB* 2010/295.

¹⁸⁴ HR 2 maart 2007, nr. 42 237 (hotelinventarisarrest), *BNB* 2007/190.

¹⁸⁵ Kroesen & Boevé 2010, p. 1 t/m 5.

¹⁸⁶ HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-651/11 (X b.v.), *NTFR* 2013/1293.

¹⁸⁷ Cornielje 2016, par. 5.4.3.4.

4.3.3.3. *Tijdens de overdracht*

Tijdens de overdracht kunnen zich onduidelijkheden voordoen wanneer een overdracht via *meerdere partijen* plaatsvindt of wanneer een *ketentransactie* plaatsvindt.

De HR heeft zich in het verleden meerdere malen uitgelaten over de betrokkenheid van meerdere partijen bij de overdracht.¹⁸⁸ Zo heeft zij geoordeeld over een fiscale eenheid met een juwelier als directeur-groootaandeelhouder.¹⁸⁹ Om een doorstart te kunnen bewerkstelligen heeft de fiscale eenheid de goodwill, handelsnaam en personeel overgedragen aan belanghebbende. De bank van de fiscale eenheid heeft de inventaris en voorraad in zekerheidseigendom en levert deze zaken aan belanghebbende. Daarnaast wordt het onroerend goed door de fiscale eenheid ondergebracht in een stichting, waarna de stichting aan belanghebbende levert. De HR oordeelt hier dat sprake is van een algemeenheid van goederen en laat zich niet uit over het feit dat dit via verschillende partijen gebeurt. Dit arrest is mijns inziens een perfect voorbeeld van het in paragraaf 3.7.3 genoemde insolventiedoel van de regeling. Immers, ingeval van een insolvente onderneming nemen geldverstrekkers goederen tot zich waar zij hier een zekerheidsrecht op hebben gevestigd. Als de insolvente onderneming vervolgens de resterende activa overdraagt aan een overnemer en de geldverstrekkers verstrekken de zekerheidsgoederen, is sprake van een wisseling van de persoon van de ondernemer. Dit is naar mijn mening een terechte toepassing van de geruisloze overgang.

De andere onduidelijkheid, de ketentransacties, zijn enkel door Rechtbank Arnhem beoordeeld. In casu was sprake van een A-B-C-D-transactie.¹⁹⁰ Twee sportcentra werden ononderbroken verhuurd door A en uiteindelijk door D. De vraag was of de overdracht van C aan D als geruisloze overdracht kon worden aangemerkt. De Rechtbank stelde van wel en achtte daarbij irrelevant dat C de onderneming onmiddellijk heeft doorverkocht. Dit lijkt op gespannen voet te staan met Zita Modes, aangezien C de economische activiteit niet zelf heeft geëxploiteerd.¹⁹¹ Vanuit de subjectachtige benadering bezien is deze uitspraak van de Rechtbank een juiste. Dat C niet aan het voortzettingsvereiste heeft voldaan, is daarbij naar mijn mening irrelevant.

4.3.3.4. *Na de overdracht*

Als tegengestelde van de vraag of een overdracht door meerdere overdragers een probleem vormt, kan de vraag worden gesteld of een overdracht aan *meerdere verkrijgers* een probleem oplevert. Hierbij kan worden gedacht aan de situatie dat wordt overgedragen aan meerdere juridische entiteiten die tezamen een fiscale eenheid vormen. In het geval van een fiscale eenheid als overdrager levert toepassing van de geruisloze overgang geen probleem op.¹⁹² Ook Van Norden en Van Doesum zijn

¹⁸⁸ Deze arresten zijn gewezen onder de wettekst tot 1998. De tekst luidde toen nog: *Bij overdracht van een onderneming of een deel daarvan aan degene die de onderneming of het deel daarvan voortzet wordt, met inachtneming van bij ministeriële regeling te stellen voorwaarden, ter zake van de leveringen en diensten, welke die overdracht vormen geen belasting geheven.*

¹⁸⁹ HR 28 november 1990, nr. 24 248, *FED* 1991/118.

¹⁹⁰ Rechtbank Arnhem 24 maart 2011, nr. AWB 10/2503, *V-N* 2011/36.20.

¹⁹¹ Cornielje 2016, par. 5.4.3.5.

¹⁹² Cornielje 2016, par. 5.4.3.7.

van mening dat de overdracht aan een fiscale eenheid geen probleem oplevert.¹⁹³ In dat geval is de fiscale eenheid en niet het overnemende gedeelte de verkrijger van de algemeenheid van goederen. Een dergelijke benadering strookt ook met het arrest *Ampliscientifica*, waarin het Hof van Justitie EU heeft geoordeeld dat bij een fiscale eenheid sprake is van één belastingplichtige.¹⁹⁴

Wanneer geen sprake is van een fiscale eenheid, is de vraag of de geruisloze overgang toepassing kan vinden. Naar mijn mening is dit niet vereist. Namelijk, er vindt geen wisseling plaats in de persoon van de ondernemer, maar de persoon van de ondernemer wordt over verschillende ondernemers gesplitst. In dat geval kan de geruisloze overgang alleen toepassing vinden als elke overdracht afzonderlijk voldoet aan de voorwaarden voor de overdracht van een algemeenheid van goederen.¹⁹⁵ Met iedere overgedragen algemeenheid afzonderlijk moet een economische activiteit kunnen worden uitgevoerd. Een voorbeeld is een supermarkt met slijterij waarbij de supermarkt wordt overgedragen aan één verkrijger en de slijterij aan een andere. Er worden dan twee autonome economische activiteiten overgedragen. Beide activa-passivatransacties kunnen in dit geval geruisloos plaatsvinden.

4.3.4. Criterium 3: Lichamelijke en onlichamelijke zaken

De afbakening omtrent lichamelijke zaken leidt niet tot problemen. Hiervoor kunnen de gebruikelijke definities worden gebruikt zoals die gelden bij de levering van een lichamelijke zaak. Immers, het begrip lichamelijke zaak is een Unierechtelijk begrip en is genoemd in artikel 14 lid 1 Btw-richtlijn.¹⁹⁶

Het feit dat ook onlichamelijke zaken deel kunnen uitmaken van een overdracht van een algemeenheid van goederen is logisch. In paragraaf 3.7.1 stelde ik al dat artikel 19 en 29 Btw-richtlijn in samenhang moeten worden gelezen. Echter, wanneer alleen onlichamelijke zaken overgaan is de vraag of artikel 29 Btw-richtlijn dusdanig moet worden gelezen dat je *algemeenheid van goederen* in artikel 19 Btw-richtlijn kunt lezen als *algemeenheid van diensten*. Merckx bepleit een dergelijke uitleg, omdat dit naar haar mening blijkt uit andere taalversies van het *Zita Modes*-arrest en dit past binnen doel en strekking van de geruisloze overgang.¹⁹⁷ Immers, ook bij een overdracht van enkel onlichamelijke zaken komen er geen goederen of diensten dichterbij de consument, er is sprake van een horizontale verschuiving. Hier kan ik mij bij aansluiten. Ook bij een overdracht van enkel onlichamelijke zaken is toepassing van de geruisloze overdracht te rechtvaardigen.

Het Hof van Justitie EU heeft zich uitgelaten in het kader van de overdracht van een portefeuille levensverzekeringsspolissen.¹⁹⁸ De casus betrof een verzekeringsmaatschappij die 195 verzekeringscontracten cedeerde aan een Zwitserse verzekeringsmaatschappij. Deze laatste nam alle rechten en verplichtingen van de verzekeringen op zich. In dit arrest wordt door het Hof van Justitie

¹⁹³ Van Norden & Van Doesum 2007, par. 3.2.2.

¹⁹⁴ HvJ EG 22 mei 2008, nr. C-162/07 (*Ampliscientifica*), *V-N* 2008/25.20.

¹⁹⁵ Van Norden 2010, par. 4.

¹⁹⁶ Zie ook HvJ EG 4 oktober 1995, nr. C-291/99 (*Armbrecht*), *BNB* 1996/62.

¹⁹⁷ Merckx 2005, par. 4.2.

¹⁹⁸ HvJ EU 22 oktober 2009, nr. C-242/08 (*Swiss RE*), *NTR* 2009/2278.

EU niet specifiek ingegaan op de mogelijke toepassing van de geruisloze overgang. Dit is niet expliciet aan het Hof van Justitie EU gevraagd, maar had wel ambtshalve kunnen worden beantwoord. Verder kan uit het arrest van de Hoge Raad inzake een assurantieportefeuille¹⁹⁹ worden afgeleid dat de overdracht van een assurantieportefeuille onder omstandigheden als algemeenheid van diensten kan worden aangemerkt.²⁰⁰

In de literatuur wordt aangenomen dat de algemeenheid van diensten hier van toepassing kan zijn. Zo stelt Van Norden dat de kern van het verzekeringsbedrijf bestaat uit de verzekeringscontracten die een autonoom bedrijfsmiddel kunnen representeren, het is de essentie van het verzekeringsbedrijf.²⁰¹ Vroon vult hier aan dat het feit dat goodwill is berekend een extra aanwijzing vormt dat sprake is van een algemeenheid van diensten.²⁰² Echter, Cornielje heeft zijn twijfels.²⁰³ Namelijk, bij een verzekeringsbedrijf is volgens hem meer nodig voor het uitvoeren van een autonome economische activiteit dan enkel de polissen. Hij denkt daarbij aan personeel, computers en een financiële administratie. Ik ben van mening dat ingeval van de overgang van een verzekeringsportefeuille, de geruisloze overgang toepassing kan vinden. Immers, er wordt een bestanddeel overgedragen waarmee een autonome economische activiteit kan worden uitgevoerd. Dit geldt mijns inziens voor meerdere vormen van een algemeenheid van diensten, zoals schuldvorderingen of intellectueel eigendom, mits met deze onlichamelijke zaken een economische activiteit kan worden uitgevoerd.

4.3.5. Criterium 4: Autonome economische activiteit

Met de overgedragen algemeenheid dient een *autonome economische activiteit* te kunnen worden verricht. Wat een economische activiteit is, is reeds besproken in paragraaf 3.2.3. Daarbij is niet voldoende dat slechts een voorraad goederen of een enkel bedrijfsmiddel wordt overgedragen. Er moet daadwerkelijk een economische activiteit worden overgedragen. Van belang is dat feitelijk de dag na de overdracht de overdrager met de overgedragen activa en passiva de economische activiteit van de overnemer kan voorzetten. Deze eis zorgt naar mijn mening niet voor veel onduidelijkheid.

Een kanttekening bij dit vereiste is dat de HR voorheen niet toestond de *7-2-b-ondernemer*, ofwel de ondernemer die belastingplichtig is door exploitatie van een vermogensbestanddeel, de geruisloze overgang toepaste.²⁰⁴ De HR is op dit punt omgegaan en staat de toepassing van artikel 37d Wet OB 1968, in casu bij een verhuurde onroerende zaak, nu wel toe bij de *7-2-b-ondernemers*.²⁰⁵ Dit is naar mijn mening een juiste opvatting, omdat de behandeling van een *7-2-b-ondernemer* niet zou moeten afwijken van de behandeling van een ‘normale’ ondernemer.

¹⁹⁹ HR 11 april 2014, nr. 12/01836 (assurantieportefeuillearrest), *BNB* 2014/120.

²⁰⁰ Cornielje 2016, par. 5.4.4.3.

²⁰¹ Van Norden 2009, p. 7.

²⁰² Vroon 2010, par. 3.

²⁰³ Cornielje 2016, par. 5.4.4.3.

²⁰⁴ HR 4 februari 1987, nr. 23 945, *BNB* 1987/147 en HR 25 april 2003, nr. 38 132, *NTFR* 2003/766.

²⁰⁵ HR 6 juni 2008, nr. 42 677, *BNB* 2008/221.

4.3.6. Criterium 5: Het voortzettingsvereiste

In het Zita Modes-arrest heeft het Hof van Justitie EU geoordeeld dat de verkrijger de bedoeling moet hebben om de handelszaak of het overgedragen bedrijfsonderdeel te exploiteren. De verkrijger mag de activiteit niet onmiddellijk zonder meer vereffenen en in voorkomend geval de voorraden te verkopen. Sanders²⁰⁶ en Lamers²⁰⁷ vinden dat de verkrijgende ondernemer niet per definitie de economische activiteiten van de overdragende ondernemer voort moet zetten, zolang er maar exploitatie plaatsvindt van de verkregen algemeenheid van goederen. Het lastige van dit *voorzettingsvereiste* is dat de overdrager zich bewust moet zijn van de bedoeling van de verkrijgende ondernemer.²⁰⁸

In r.o. 39 van het arrest Christel Schriever heeft het Hof van Justitie EU het voortzettingsvereiste herhaald. Dit lijkt een voor de praktijk lastige rechtsoverweging, omdat wordt gesproken over een periode van twee jaar. Namelijk, op het moment van overdracht weet de overdrager niet hoe de situatie over twee jaar zal zijn.²⁰⁹ Van Norden pleit daarbij voor een uitleg van het voortzettingsvereiste als een *niet-liquidatie-eis*.²¹⁰ Voor hem is daarbij relevant dat de btw een objectieve belasting is en dat het naheffingsrisico bij de overdrager kan worden veroorzaakt door de overnemer. Daarom lijkt mij voldoende als de overdrager kan aantonen dat de overnemer niet voornemens is de algemeenheid van goederen te liquideren. Er moet dus een beperkte uitleg van het niet-liquidatie-vereiste gelden. Daarentegen pleit Sanders voor een verklaring met een daaraan gekoppelde referentieperiode.²¹¹ Dit lijkt mij niet de gewenste oplossing, omdat de overdrager nog steeds het naheffingsrisico draagt, terwijl de overnemer de naheffing kan ontlokken. Het vereisen van een verklaring is voor mij enkel een optie wanneer binnen de referentieperiode toch wordt vereffend, het naheffingsrisico overgaat van de overdrager op de overnemer. Echter, ik vermoed in navolging van Van Nieuwenhuijsen dat een verklaring een vorm van overregulering is.²¹²

4.4. Recht op aftrek van voorbelasting bij kosten gemaakt in het kader van de overgang

4.4.1. Inleiding

Bij de behandeling van de geruisloze overgang is niet enkel het al dan niet van toepassing zijn van de faciliteit van belang. Met de toepassing van de faciliteit hangt het recht op aftrek van voorbelasting samen. Aangezien bij een fusie of overname vaak kosten worden gemaakt, zoals de kosten van een advocaat of de kosten van een due diligence onderzoek, is van belang om te onderzoeken hoe het recht op aftrek van voorbelasting bij deze kosten is vormgegeven. Ik doe dit in de navolgende deelparagrafen voor zowel overdrager als overnemer en onderzoek specifiek de herzieningstermijnen.

²⁰⁶ Sanders 2016, par. 4.

²⁰⁷ Lamers 2008, par. 5.

²⁰⁸ Sanders 2016, par. 5.

²⁰⁹ Cornielje 2016, par. 5.4.6.

²¹⁰ Van Norden 2004, par. 3.1.

²¹¹ Sanders 2016, par. 5.

²¹² Zie voor dit laatste ook de noot van Van Nieuwenhuijsen in *NtFR* 2003/2035.

4.4.2. De overdrager

In het arrest *Abbey National I*²¹³ heeft het Hof van Justitie EU zich uitgelaten over de aftrekbaarheid van de btw op kosten die door de overdrager zijn gemaakt in het kader van geruisloze overgang. In geding was hoe de btw op de kosten die waren gemaakt in het kader van de geruisloze overdracht in aftrek konden worden gebracht. De Engelse belastingdienst pleitte daarbij voor niet-aftrekbaarheid van de voorbelasting, omdat de geruisloze overgang door het niet-leveringsbeginsel zorgt voor een buiten de werkingssfeer van de btw vallende handeling. Allereerst probeert het Hof van Justitie EU conform de *Midland Bank*-doctrine een rechtstreeks en onmiddellijk verband te zoeken tussen bepaalde kosten in een eerder stadium en één of meer in een later stadium verrichte handelingen waarvoor recht op aftrek bestaat. Doordat als gevolg van toepassing van het niet-leveringsbeginsel geen belaste handelingen bestaan, bestaat er geen recht op volledige aftrek van voorbelasting. Het feit dat, wanneer het niet-leveringsbeginsel geen toepassing vindt, er belastbare handelingen hadden plaatsgevonden, doet daar niet aan af. Het Hof van Justitie EU merkt de kosten wel aan als algemene kosten, omdat de kosten onlosmakelijk zijn verbonden met de algehele economische activiteit. Volgens de redactie van *V-N* is dit een noodgreep van het Hof van Justitie EU geweest.²¹⁴ In een meer eenvoudige en eveneens logische redenering kan worden gesteld dat kosten die toerekenbaar zijn aan een handeling die buiten de werkingssfeer van de btw valt, *directe kosten* zijn van deze handeling en dus niet voor recht op aftrek van voorbelasting in aanmerking komen. Het leerstuk van de algemene kosten komt dan niet in beeld.

Volgens Beelen maakt het Hof van Justitie EU in dit arrest een *ingenieuze kunstgreep*.²¹⁵ Het Hof van Justitie EU maakt hier namelijk gebruik van het feit dat de Btw-richtlijn enkel bepaalt wanneer wél recht op aftrek van voorbelasting bestaat en niet wanneer dit recht niet bestaat. Als was onderzocht of de handelingen een rechtstreeks en onmiddellijk verband kennen met de geruisloze overgang moet tot de conclusie worden gekomen dat dit verband bestaat. Het Hof van Justitie EU is er desondanks van overtuigd dat kosten die buiten de btw vallen toch samenhangen met de algehele economische activiteit en dus voor pro rata aftrek zorgen.²¹⁶

Verder is de mogelijkheid die het Hof van Justitie EU geeft in r.o. 39 opvallend.²¹⁷ Beelen vindt deze r.o. verwonderlijk, omdat het Hof van Justitie EU hier spreekt over het opstellen van een pro rata bij een duidelijk afgebakend bedrijfsgedeelte. De mogelijkheid tot het splitsen van de pro rata bij gedeelten van ondernemingen wordt hiermee door het Hof van Justitie EU geopend, terwijl artikel 173 lid 2 Btw-richtlijn deze keuze uitdrukkelijk overlaat aan de lidstaten.²¹⁸ Het kan in de beoordeling hebben meegespeeld dat het Verenigd Koninkrijk artikel 173 lid 2 Btw-richtlijn in de nationale

²¹³ HvJ EG 22 februari 2001, nr. C-408/98 (*Abbey National I*), *NFR* 2001/376.

²¹⁴ Zie de redactionele aantekening van redactie *V-N* in *V-N* 2001/15.26.

²¹⁵ Beelen 2010, par. 4.4.6.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ Cornielje 2016, par. 4.5.2.1.

²¹⁸ Beelen, par. 4.4.6.

wetgeving heeft geïmplementeerd. Ik kan mij daarom bij Cornielje aansluiten, die stelt dat de mogelijkheid voor toerekening aan een afgebakend gedeelte van een onderneming enkel voortvloeit uit artikel 173 lid 2 Btw-richtlijn en dus niet algemeen kan worden toegepast wanneer een dergelijke implementatie niet is uitgevoerd.²¹⁹ In mijn opinie bestaat de mogelijkheid tot het constateren enkel als sprake is van een afgebakend gedeelte dat volledig belast of volledig vrijgesteld presteert. Voor het bepalen van een *deel pro rata* moet artikel 173 lid 2 Btw-richtlijn zijn geïmplementeerd.

Ook is lastig wanneer een bedrijfs gedeelte als een duidelijk afgebakend gedeelte kan worden aangemerkt. Volgens Van Kesteren kan hier geen sprake van zijn als een afdeling van een bedrijf personeel en bedrijfsmiddelen deelt met andere afdelingen. Er moet sprake zijn van een afdeling die coherente, onderlinge nauw samenhangende taken verricht die rechtstreeks resulteren in belastbare handelingen van de belastingplichtige.²²⁰ Bij dit standpunt kan ik mij aansluiten. Om een duidelijk afgebakend gedeelte te kunnen constateren, moet het mogelijk zijn om een deel van een bedrijf af te kunnen stoten, waarbij dit deel de dag na de afstoting dezelfde prestaties kan verrichten als ervoor.

Ondanks het feit dat naar mijn mening een implementatie van artikel 173 lid 2 Btw-richtlijn is benodigd om toe te komen aan het bepalen van een deel pro rata, is het het meest zuiver om aan te sluiten bij hetgeen wordt overgedragen. Daarbij denk ik aan volgend voorbeeld:

Een belastingadvieskantoor houdt naast zijn belastingadvieswerkzaamheden ook een verzekeringsbedrijf aan. Met betrekking tot de belastingadvieswerkzaamheden verricht zij voor 80% belaste activiteiten. Bij de verzekeringsactiviteiten verricht zij voor 20% belaste activiteiten. Wanneer het belastingadvieskantoor vervolgens zijn verzekeringsbedrijf overdraagt en daarbij de geruisloze overgang kan toepassen, is het meest zuiver om voor het recht op aftrek van voorbelasting voor de verkoopkosten aan te sluiten bij het deel pro rata van de verzekeringsactiviteiten.

In dat kader kan ik aanbevelen om een implementatie van artikel 173 lid 2 Btw-richtlijn verplicht te stellen. Wanneer een dergelijke implementatie niet bestaat en de omzet van zowel de verzekeringsactiviteiten als de belastingadviesdiensten gelijk was, had recht op een pro rata aftrek van 50% bestaan, terwijl een pro rata van 20% meer zuiver is. Het implementeren van artikel 173 lid 2 Btw-richtlijn zorgt er aldus voor dat de aftrek van voorbelasting zuiverder kan worden bepaald. Echter, aan deze verplichting kleeft ook een nadeel. Echter, het opstellen van een deel pro rata gaat deels ten koste van één van de doelen van de geruisloze overgang, de eenvoud.

Het Abbey National I-arrest lijkt op gespannen voet te staan met het later gewezen Faxworld-arrest, waarvan ik de feiten in paragraaf 4.3.3.2 heb geschetst.²²¹ In dit arrest rekent het Hof van Justitie EU kosten toe aan de belaste prestaties in een later stadium van de overnemer, omdat de overnemer door toepassing van de artikelen 19 en 29 Btw-richtlijn in de plaats treedt van de overdrager. In r.o. 42 van dit arrest spreekt het HvJ echter over *deze specifieke omstandigheden*. Echter, het Hof van Justitie EU

²¹⁹ Cornielje, par. 4.5.2.1.

²²⁰ Van Kesteren 2008, par. 7.

²²¹ HvJ EG 29 april 2004, nr. C-137/02 (Faxworld), NTFR 2004/672.

staat later in een vergelijkbare situatie ook aftrek van voorbelasting toe aan de vennoten van een personenvennootschap, Kopalnia, voor de belaste handelingen die in een later stadium worden verricht door deze personenvennootschap.²²² Het HvJ trekt in r.o. 34 van dit arrest duidelijk de leer door van het arrest Faxworld. Het bijzondere aan de omstandigheden bij vennoten en een personenvennootschap is de *vereenzelviging* tussen de vennoten en de vennootschap maatschappelijk gezien.²²³ Dit is zowel juridisch als feitelijk moeilijk te vergelijken met de feiten zoals die voorlagen in Faxworld. Sanders verbaast zich in zijn noot er dan ook over dat de Faxworld-leer wordt doorgetrokken. Hij schrijft: *‘De mat wordt even opgetild, en weg is het probleem’*.²²⁴ Mijns inziens zien beide arresten op specifieke situaties, zoals ook het Hof van Justitie al aangaf in Faxworld. Daarnaast vind ik dat de aftrek van voorbelasting niet afhankelijk hoort te zijn van de activiteiten van een andere belastingplichtige. Deze beide arresten zie ik dus als twee uitzonderingssituaties.

4.4.3. De overnemer

Naast de overdrager maakt ook de overnemer kosten voor de aankoop van de onderneming of het gedeelte van de onderneming. Cornielje ziet twee mogelijkheden voor aftrek van voorbelasting bij de overnemer²²⁵:

1. Er bestaat geen rechtstreeks en onmiddellijk verband tussen de gebruikte diensten bij verwerving van de algemeenheid van goederen en één of meer in een later stadium verrichte belastbare handelingen. Wel kunnen de kosten van de gebruikte diensten tot de algemene kosten worden gerekend. Daarnaast stelt Cornielje dat evenals in Abbey National I de mogelijkheid bestaat dat de kosten deel uitmaken van de algemene kosten van een duidelijk afgebakend gedeelte van de onderneming.
2. Er wordt een beroep gedaan op de Rompelman-leer waarbij de aankoop de eerste ondernemingshandeling is. Hier maakt men dan de veronderstelling dat er een rechtstreeks en onmiddellijk verband bestaat tussen de aankoopkosten en de latere belaste activiteiten.

Mijns inziens komen beide oplossingen op hetzelfde neer. Beide oplossingen vormen een uitwerking van de Midland Bank-doctrine. In de eerste oplossing gaat Cornielje uit van de situatie waarin de kosten algemene kosten vormen. Bij zijn tweede oplossing ziet Cornielje wel een verdiscontering van de aankoopkosten in de latere belaste activiteiten en komt men niet toe aan de kwalificatie als algemene kosten. Bij de aankoopkosten bij de activa-passivatransactie is het recht op aftrek van voorbelasting dus afhankelijk van de feiten.

4.4.4. Herziening

Zoals reeds in paragraaf 3.7.4 aan de orde is geweest, voorziet de geruisloze overgang met de indeplaatstreding erin dat de herzieningstermijnen overgaan van de overdrager op de overnemer. Dit in

²²² HvJ EU 1 maart 2012, nr. C-280/10 (Kopalnia), V-N 2012/17.17.

²²³ Van Kesteren 2014, par. 5.

²²⁴ Noot van Sanders in *NTFR* 2012/704.

²²⁵ Cornielje 2016, par. 4.5.3.

tegenstelling tot de situatie waarin de geruisloze overgang geen toepassing vindt. In dat geval moet, afhankelijk van of de levering van het desbetreffende investeringsgoed belast of vrijgesteld plaatsvindt, worden herzien. Rondom de herziening is het interessant hoe moet worden omgegaan met de situatie dat de geruisloze overgang midden in een boekjaar plaatsvindt. Immers, herziening vindt in principe aan het einde van het boekjaar plaats. De vraag is dan of de herziening voor dat boekjaar pro rata moet worden verdeeld over de overdrager en de overnemer. De HR heeft in dit kader geoordeeld dat de verschuldigheid van de herzienings-btw op het einde van het boekjaar ontstaat.²²⁶ Wanneer halverwege het boekjaar wordt overgedragen, geschiedt de herziening op het einde van het boekjaar voor rekening van de overnemer. Er bestaan dus geen twee herzieningsmomenten in één boekjaar, namelijk ten tijde van de overgang en aan het einde van het boekjaar. Dit lijkt mij, gezien de eenvoudsdoelstelling van de geruisloze overgang, logisch en juist.

4.5. Deelconclusie

In dit hoofdstuk zijn de btw-gevolgen van de activa-passivatransactie besproken. Allereerst heb ik bij de uitleg van de geruisloze overgang voor een subjectachtige benadering gekozen, waarbij het relevant is dat de persoon van de ondernemer door de overdracht wordt gewisseld. Een objectachtige benadering is naar mijn mening te strikt, terwijl zowel vanuit jurisprudentie als wetsgeschiedenis niet eenduidig valt af te leiden welke benadering moet worden toegepast. Vervolgens zijn de vijf vereisten die uit het Zita Modes-arrest voortvloeien verder ingevuld. Bij een activa-passiva transactie kan een geruisloze overdracht plaatsvinden als sprake is van een bundeling lichamelijke en onlichamelijke zaken die tezamen worden gehouden door een immateriële band waarmee een economische activiteit kan worden uitgevoerd. Daarbij is niet relevant of meerdere overdragers of meerdere overnemers bestaan of meerdere overdrachten nodig zijn, als er maar een wisseling plaatsvindt in de persoon van de ondernemer. Daarbij dient de ondernemer vóór overdracht een economische activiteit uit te oefenen die na de overdracht door een andere ondernemer wordt uitgeoefend. Tot slot is het recht op aftrek van voorbelasting bij zowel overdrager als overnemer en de herziening uitgewerkt. Met betrekking tot de verkoopkosten bij de overnemer is tot de conclusie gekomen dat de algemene regel is dat moet worden aangesloten bij een duidelijk afgebakend bedrijfsgedeelte. Daarbij is de aanbeveling gedaan dat een implementatie van artikel 173 lid 2 Btw-richtlijn verplicht moet worden gesteld om tot een zuiverder recht op aftrek van voorbelasting te komen. Met een dergelijke implementatie wordt het vaststellen van een deel pro rata bij een duidelijk afgebakend bedrijfsgedeelte verplicht gesteld. Daarnaast bestaan er twee arresten die zien op specifieke omstandigheden, Faxworld en Kopalnia. Tot slot is de conclusie getrokken dat bij de aankoopkosten moet worden getoetst of deze kosten zijn verdisconteerd in de prijs van de in een later stadium verrichte belaste leveringen van goederen of diensten of dat zij deel uitmaken van de algemene kosten.

²²⁶ HR 8 augustus 2014, nr. 12/0395, *BNB* 2014/224.

Hoofdstuk 5: De aandelentransactie

5.1. Inleiding

In dit hoofdstuk behandel ik de btw-gevolgen van een aandelentransactie. De volgende deelvraag staat daarbij centraal:

Wat zijn de btw-gevolgen van een aandelentransactie?

In paragraaf 3.6 is de moeizame positie van de houdstervennootschap binnen de btw reeds uiteengezet. Op deze uitleg wordt in deze paragraaf voortgebouwd. In de tweede paragraaf onderzoek ik of de geruisloze overgang toepassing kan vinden bij een aandelentransactie. Vervolgens behandel ik in de vierde paragraaf hoe het recht op aftrek van voorbelasting is vormgegeven bij zowel overdrager als overnemer inzake kosten die zijn gemaakt met het oog op de aandelentransactie en behandel ik de herziening. Het hoofdstuk eindigt met een deelconclusie.

5.2. De aandelentransactie en de geruisloze overgang

5.2.1. Het arrest EDM

Bij de aandelentransactie is het arrest EDM van belang.²²⁷ In dit arrest oordeelde het Hof van Justitie EU dat wanneer het houden en verwerven van aandelen niet als economische activiteit is aan te merken, hetzelfde geldt voor de verkoop van aandelen. Deze verkoop vindt dan dus ook plaats buiten de reikwijdte van de btw. Uit dit arrest leidt Van Hilten af dat de verkoop van een deelneming alleen een aan de btw onderworpen handeling is wanneer aandelen worden verkocht in het kader van de handelsactiviteit van de effectenmakelaar.²²⁸ In casu staat centraal dat de enkele verkoop van aandelen geen economische activiteit op kan leveren. Van Kesteren interpreteert het arrest als volgt: wanneer het verwerven en houden van de aandelen géén economische activiteit vormt, de verkoop ook niet en wanneer het verwerven en houden wél een economische activiteit vormt, is de verkoop dat ook.²²⁹ Hieruit kan volgens hem de conclusie worden getrokken dat wanneer er sprake is van belastingplicht met betrekking tot de aandelen, de verkoop van de aandelen een economische activiteit vormt.

5.2.2. Het arrest AB SKF

In het arrest AB SKF gaat het om SKF, de moedervennootschap van een industriële groep.²³⁰ SKF mengt zich tegen vergoeding in het beheer van haar dochtervennootschappen en is daarvoor belastingplichtig. De moedermaatschappij is voornemens om de aandelen in een 100%- en een 26,5%-deelneming te verkopen. Het arrest is met name gericht op de toepassing van de vrijstelling van artikel 135 lid 1 onderdeel f Btw-richtlijn en het recht op aftrek van voorbelasting van de btw op de verkoopkosten van AB SKF. Echter, eerst gaat het Hof van Justitie EU in op belastingplicht en de geruisloze overgang. Het recht op aftrek van voorbelasting komt later in dit hoofdstuk aan de orde.

²²⁷ HvJ EG 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM), *NtFR* 2004/669.

²²⁸ Zie de noot van Van Hilten bij *BNB* 2004/285.

²²⁹ Van Kesteren 2004, par. 1.

²³⁰ HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-029/08 (AB SKF), *NtFR* 2009/2421, *BNB* 2010/251.

De eerste vraag ziet op de belastingplicht van de houdster vennootschap bij de verkoop van de aandelen. Met betrekking tot de overdracht van de aandelen in de dochtermaatschappij oordeelt het Hof van Justitie EU dat de overdracht met het oog op de herstructurering kan worden beschouwd als een handeling die bestaat uit het verkrijgen van duurzame opbrengsten uit activiteiten die verder gaan dan de enkele verkoop van aandelen. Het Hof van Justitie EU merkt de verkoop aan als rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk van de belastbare activiteit, zijnde de *moeionderneming*.

In het kader van de bij het Hof van Justitie EU ingediende opmerkingen heeft de EC erop gewezen dat de overdracht van aandelen kan worden gelijkgesteld met een overgang van een algemeenheid van goederen. Volgens de EC komen de aandelenoverdracht en de activa-passivaoverdracht *functioneel* overeen. Het Hof van Justitie EU oordeelt dat aan de hand van het ingediende dossier niet is na te gaan of de verkoop van de aandelen tot gevolg heeft gehad dat de activa van de betrokken ondernemingen volledig of gedeeltelijk zijn overgedragen. Het Hof van Justitie EU sluit hier dus niet uit dat de geruisloze overgang toepassing vindt bij de overdracht van een 100%-deelneming. Zij draagt daarbij de nationale rechter op na te gaan of sprake is van een aandelenoverdracht waarbij een geheel van goederen overgaat. Overigens is door de Zweedse nationale rechter na verwijzing geoordeeld dat de geruisloze overgang geen toepassing kon vinden.

In de literatuur is dit arrest niet onopgemerkt gebleven. Molenaar werpt de vraag op waarom het Hof van Justitie EU niet duidelijk maakt of de verkoop van aandelen door een moeiende houdster vennootschap een economische activiteit vormt of dat juist door toepassing van de verlengstukgedachte sprake is van een activiteit die binnen de reikwijdte van de btw valt.²³¹ Volgens Mierop en Bouwmeester wordt de verlengstukgedachte gebruikt omdat AB SKF zich ten tijde van de aandelenverkoop niet meer moeide in het beheer van de verbonden onderneming.²³² Echter, uit de feiten kan ik niet afleiden dat AB SKF zich ten tijde van de verkoop niet meer moeide. Met Molenaar ben ik het eens. Het zou logisch zijn dat wanneer sprake is van een moeiende houdster vennootschap, de verkoop van dit aandelenpakket ook een belastbare handeling oplevert. Het Hof van Justitie EU past in AB SKF dus niet de EDM-leer toe zoals Van Kesteren die heeft afgeleid. Namelijk, kennelijk is het niet zo dat wanneer het verwerven en houden van aandelen een economische activiteit oplevert, de verkoop van die aandelen dan ook zonder meer een economische activiteit oplevert. Dus, de verkoop van de aandelen van een deelneming waarin wordt gemoeid, levert niet zonder meer een economische activiteit op. Daarvoor heeft het Hof van Justitie EU immers de verlengstukgedachte nodig. Doortrekken van de EDM-leer was naar mijn mening logisch geweest.

De beslissing van het Hof van Justitie EU omtrent de mogelijkheid tot het aanmerken van een aandelenoverdracht als een algemeenheid van goederen deed het nodige stof opwaaien. Zo vindt Van Norden dat het Hof van Justitie EU hiermee de werkingssfeer van artikel 19 en 29 Btw-richtlijn oprekt

²³¹ Molenaar 2009, p. 2.

²³² Mierop & Bouwmeester 2010, par. 4.

of zelfs uitrekt.²³³ Aandelen zijn namelijk deelnemingsrechten in een deelneming en vormen op zichzelf geen algemeenheid van goederen. Het feit dat het Hof van Justitie EU een soort *transparence fiscale* voorstelt om na te gaan of op niveau van de deelneming een overgang van een algemeenheid van goederen heeft plaatsgevonden, is nog onbekend in het systeem van de btw. De btw kent een dergelijke *transparence fiscale* niet.²³⁴ Met *transparence fiscale* wordt bedoeld op de situatie dat een persoon die een economische activiteit uitvoert via een werkmaatschappij zoveel mogelijk gelijk wordt behandeld als een persoon die geen gebruikmaakt van een werkmaatschappij.²³⁵ Dit is iets anders dan de *fiscale transparantie* zoals die elders in de belastingwetgeving is gekend. Daarbij wordt bedoeld op de situatie dat activa en passiva en het resultaat van een entiteit rechtstreeks worden toegerekend aan de deelnemer in die entiteit.²³⁶

Verder roept het mogelijke toepassen van een *transparence fiscale* ook vragen op. Wat moet er gebeuren als de onderliggende deelneming geen algemeenheid van goederen vormt? Moet dan worden teruggevallen op de vrijstelling van artikel 135 lid 1 onderdeel f Btw-richtlijn of vindt er op het niveau van de deelneming een overdracht plaats van losse zaken die afzonderlijk worden geleverd?²³⁷ Ook kan het zo zijn dat aandelen worden gehouden in een tussenhoudster die op zijn beurt weer de aandelen in de werkmaatschappijen houdt. Geldt de *transparence fiscale* dan enkel op niveau van de tussenhoudster of moet naar de werkmaatschappijen worden gekeken?²³⁸ Het oordeel dat door het Hof van Justitie EU gegeven is in de zaak AB SKF roept dus vragen op.

5.2.3. Het arrest X b.v.

Gezien het feit dat na het wijzen van het arrest AB SKF onduidelijkheden bleven bestaan omtrent de toepassing van de geruisloze overgang op aandelenbelangen, heeft de HR in de zaak X b.v. vragen gesteld omtrent de toepassing van artikel 19 en 29 Btw-richtlijn bij de verkoop van een 30%-deelneming.²³⁹ In casu is sprake van X b.v., een houdstervenootschap, die 30% van de aandelen houdt in A b.v. De overige aandelen worden gehouden door B Holding b.v., X1 Beheer b.v. en C b.v. Deze vennootschappen moeien zich tegen vergoeding in het beleid van X b.v. en staken het moeien bij de overdracht.

In r.o. 34 en 35 oordeelt het Hof van Justitie E.U. dat, aan de hand van het arrest Schriever, het bezit van aandelen in een onderneming anders dan het bezit van de activa van een onderneming niet volstaat om een autonome economische activiteit te kunnen voortzetten. In de r.o. 38 t/m 40 komt het Hof van Justitie EU tot zijn uiteindelijke oordeel. De overdracht van aandelen, ongeacht omvang van de deelneming, kan slechts worden gelijkgesteld met de overgang van een (gedeelte van een)

²³³ Van Norden 2010, par. 4.1.

²³⁴ Ibid.

²³⁵ Vleggeert 2014, par. 1.

²³⁶ Schuurman & Vermeulen 2014, par. 2.1.3.

²³⁷ Cornielje 2012, par. 3.2.

²³⁸ Ibid.

²³⁹ HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-651/11 (X b.v.), *NTFR* 2013/1293.

algemeenheid van goederen als de deelneming deel is van een zelfstandige eenheid waarmee het mogelijk is een autonome economische activiteit uit te voeren en deze activiteit wordt voortgezet. Een aandelenoverdracht zonder meer kwalificeert niet als de overdracht van een algemeenheid van goederen. Aandeelhouders zijn namelijk geen eigenaar van de activa van de onderneming waarin zij een deelneming bezitten.

In r.o. 41 tot en met 43 gaat het Hof van Justitie EU in op de ratio van de bepaling, zijnde het voorkomen van buitensporige fiscale druk bij de verkrijger door het moeten voorfinancieren van btw. Het niet toepassen van het niet-leveringsbeginsel bij een aandelenoverdracht komt volgens het Hof van Justitie EU niet in strijd met de ratio. Als het niet-leveringsbeginsel niet van toepassing is, vormt de aandelenoverdracht een vrijgestelde handeling en heeft de verkrijger dus niet te maken met het voorfinancieren van btw. Van Norden opperde al eerder dat een dergelijke uitleg van de ratio van de bepaling in samenhang met de vrijgestelde aandelenoverdracht een juiste is.²⁴⁰ Naar mijn mening is het niet zo dat toepassing van de geruisloze overgang bij een aandelenoverdracht volledig zinloos is. Bij de geruisloze overgang bestaat immers recht bestaan op pro rata aftrek van voorbelasting, terwijl bij een vrijgestelde handeling dit recht op aftrek van voorbelasting niet bestaat.²⁴¹

Tot slot gaat het Hof van Justitie EU in op de derde prejudiciële vraag. Het is volgens het Hof van Justitie EU relevant of de overdracht van de minderheidsdeelneming nauw samenhangt met de beëindiging van de managementwerkzaamheden. In r.o. 53 stelt zij namelijk dat wanneer de managementwerkzaamheden een zelfstandig onderdeel vormen van zijn werkzaamheden en de verkrijger een vergoeding heeft betaald die losstaat van de prijs van de aandelen, de geruisloze overgang uitsluitend op de managementwerkzaamheden kan zien. Mogelijk kan de houdstervereniging dus buiten het overdragen van de aandelen wel zijn ‘moeiactiviteiten’ geruisloos overdragen aan een overdrager. Echter, zoals ook Blokland betoogt, lijkt dit een *slip of the pen*.²⁴² Deze benadering impliceert dat de moeionderneming en de aandelen twee verschillende ondernemingen zijn. Dit kan niet juist zijn, omdat het houden van de aandelen een voor de moeionderneming noodzakelijke voorwaarde vormt.

5.2.4. Wanneer is een geruisloze overgang bij aandelen van toepassing?

Naar aanleiding van het arrest X b.v. kan de vraag rijzen of dit oordeel tot gevolg heeft dat de geruisloze overgang niet van toepassing kan zijn op aandelentransacties. Enerzijds is het Hof van Justitie EU duidelijk in zijn bewoordingen, waaruit men af kan leiden dat de geruisloze overgang bij aandelentransacties toepassing mist. Zo spreekt het Hof van Justitie EU in r.o. 38 over *ongeacht de omvang van de deelneming*. Anderzijds spreekt zij in het arrest met enige regelmaat over het 30%-belang, dus kan de vraag rijzen of de situatie anders zou zijn als sprake is van een

²⁴⁰ Van Norden 2007, par. 4.1.

²⁴¹ Cornielje 2016, par. 6.4.2.

²⁴² Blokland 2016, par. 4.6.5.2.

meerderheidsdeelneming. Naar mijn mening kan uit r.o. 38 duidelijk worden afgeleid dat het oordeel ingeval een meerderheidsdeelneming niet anders zou zijn.

Met de jurisprudentie zoals die er nu ligt zie ik enkel mogelijkheden voor de toepassing van de geruisloze overdracht als de aandelen een onderdeel vormen van een *zelfstandige eenheid*. Dit kan mijn inziens gebeuren bij de drie uitzonderingsvormen waarin een houdstervennootschap wel belastingplichtig is. De aandelen dienen dan onderdeel te zijn van een grotere zelfstandige eenheid:

1. De houdstervennootschap draagt zijn *moeionderneming*, samen met de aandelen van de deelneming waarin wordt gemoeid, over. Cornielje kan zich in praktische zin zich hier moeilijk een voorstelling bij maken. Hij vraagt zich af wat moet worden overgedragen om een moeionderneming over te dragen.²⁴³ Mijns inziens is dit inherent aan het karakter van de moeionderneming. Ik wijs daarbij bijvoorbeeld op de overdracht van een verzekeringsportefeuille zoals in de zaak Swiss Re aan de orde was. Bij sommige economische activiteiten zijn er simpelweg niet veel activa nodig om een economische activiteit uit te kunnen oefenen. Dit is ook het geval bij moeien. Daarbij kan het zijn dat de overnemer een andere ‘moeistijl’ heeft dan de overdrager. Dat is naar mijn mening inherent aan moeien. In dat geval is het voldoende om de managementovereenkomst en de kennis over de deelneming over te dragen aan de overnemer. Daarbij is niet van belang dat de overnemer dezelfde moeistijl overneemt als de overdrager. Het overdragen van een moeionderneming is abstract, maar moet naar mijn mening wel met toepassing van de geruisloze overgang kunnen. Hierbij merk ik op dat het Hof van Justitie EU in het arrest X b.v., zoals juist vermeld, in dit kader een *slip of the pen* heeft verricht.
2. De houdstervennootschap draagt zijn *effectenmakelaardij* samen met de effecten die hij in bezit heeft, over. Ook in dit geval vormen mijns inziens de effecten, samen met de effectenmakelaardij, een autonome economische activiteit. Bij overdracht van een effectenmakelaardij kan worden gedacht aan kennis, personeel (brokers) en overige essentiële activa als een kantoor of computers.
3. De houdstervennootschap die belastingplichtig is voor het houden van aandelen in een deelneming doordat deze aandelen een *rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk* vormen van de belastbare handelingen, kan ook een beroep doen op de geruisloze overgang. Dit kan het geval zijn als deze de economische activiteit waar de aandelen het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk van vormen, samen met de aandelen overdraagt aan de verkrijger. In dat geval horen de aandelen als het ware bij de economische activiteit en vormen zij een zelfstandige eenheid.

Verder ben ik van mening dat het X b.v.-arrest juist is. In het AB SKF-arrest werd de transparance fiscale voorgesteld. Naar mijn mening is er geen plaats voor een transparance fiscale in de btw. Het gebruik van een mogelijke transparance fiscale lijkt mij vanuit het oogpunt van de eenvoudsdoelstelling van de geruisloze overgang niet passend. Uitvoeren van transparance fiscale gaat

²⁴³ Cornielje, par. 6.4.2.

gepaard met een heleboel criteria die bepalen hoe transparance fiscale moet worden uitgevoerd. Dat lijkt mij geen haalbare kaart. Met de stand van de huidige jurisprudentie en wetgeving lijkt het mij juist dat het Hof van Justitie EU tot een dergelijke uitspraak komt. Men moet binnen de btw kijken naar de functie van de deelneming in het vermogen van de overdrager en niet naar de activa en passiva op een ondergelegen niveau.²⁴⁴ Aan de andere kant vereist de rechtsvormneutraliteit wel toepassing van de geruisloze overgang op een 100%-aandelenpakket. Immers, vergelijkbare gevallen zouden voor btw-doeleinden gelijk moeten worden behandeld. Desondanks is het Hof van Justitie EU naar mijn mening duidelijk en is er geen mogelijkheid om de geruisloze overgang toe te passen op een 100%-deelneming. Het probleem inzake de toepassing van de geruisloze overdracht op aandelentransacties is gelegen in de beperkte belastingplicht bij houdstermaatschappijen en niet in de ontbrekende transparance fiscale. Dit zal nader in hoofdstuk zes worden toegelicht.

Ook de subjectachtige benadering rechtvaardigt geen andere conclusie. Bij een aandelentransactie vindt er geen wisseling plaats in de persoon van de ondernemer. De onderneming blijft namelijk in zijn eigen juridische huls. Zo blijft b.v. A bij een aandelentransactie b.v. A. In plaats van een wisseling in de persoon van de ondernemer, vindt er een wisseling plaats in de persoon van de eigenaar c.q. aandeelhouder.

5.3. Recht op aftrek van voorbelasting bij kosten gemaakt in het kader van de overgang

5.3.1. De overdrager

5.3.1.1. Inleiding

In paragraaf 3.5.2 is reeds de theoretische basis van het recht op aftrek van voorbelasting weergegeven, waaronder de Midland Bank-doctrine. Met betrekking tot aandelenverkoop en het recht op aftrek van voorbelasting bestaan er drie mogelijkheden:

1. Bij de aandelenoverdracht vindt de geruisloze overgang wel toepassing.
2. De houdstervennootschap is belastingplichtig voor zijn handelingen met betrekking tot aandelen, maar kan geen beroep doen op de geruisloze overgang.
3. De houdstervennootschap is niet belastingplichtig voor zijn handelingen met betrekking tot aandelen. De aandelen bevinden zich dan in de *niet-economische sfeer*.

5.3.1.2. De aandelentransactie en de geruisloze overgang

Ingeval de aandelentransactie met toepassing van de artikelen 19 en 29 Btw-richtlijn kan plaatsvinden, is de situatie met betrekking tot aftrek van voorbelasting niet anders dan is besproken in paragraaf 4.4.2. Conform het arrest Abbey National I bestaat er recht op aftrek van voorbelasting conform de pro rata.²⁴⁵ Voor een bespreking van dit arrest verwijst ik terug naar paragraaf 4.4.2.

²⁴⁴ Lamers 2005, par. 4.

²⁴⁵ HvJ EG 22 februari 2001, nr. C-408/98 (Abbey National I), *NTFR* 2001/376.

5.3.1.3. De vrijgestelde aandelentransactie

5.3.1.3.1. De Midland Bank-doctrine

In paragraaf 3.5.2 is reeds de Midland Bank-doctrine toegelicht. Kort samengevat dient in de doctrine een tweestappenplan te worden gevolgd waarbij eerst voorbelasting wordt toegerekend aan belaste en vrijgestelde handelingen, de zogenoemde *directe kosten*. Wanneer geen sprake is van directe kosten, moet worden onderzocht of de kosten moeten worden verondersteld deel uit te maken van de kosten van de gehele bedrijfsactiviteit. De kosten dienen dan als *algemene kosten* te zijn verdisconteerd in de prijs van alle producten.

In arresten volgend op het arrest Midland Bank neemt het Hof van Justitie EU de verdiscontering van algemene kosten in de prijs van alle producten snel aan. Cornielje omschrijft dit als: '*de verdiscontering van de kosten is niet langer het toetsingscriterium, maar de conclusie*'.²⁴⁶ Van Doesum en Van Kesteren zijn het niet eens met de redeneringswijze van het Hof van Justitie, zij vinden dat het Hof van Justitie EU hiermee feitelijk het paard achter de wagen spant.²⁴⁷ Cornielje ontkracht de redenering van Van Doesum en Van Kesteren door terug te grijpen op één van de uitgangspunten van het Hof van Justitie EU, zijnde het zoveel mogelijk ontlasten van de aan de belastingplichtige in rekening gebrachte btw. Als reeds is vastgesteld dat de kosten door een als zodanig handelende belastingplichtige in het kader van zijn economische activiteiten zijn gemaakt, moeten de kosten wel algemene kosten zijn.²⁴⁸ De toets voor de algemene kosten is dan meer een *causaliteitstoets* dan een verdisconteringstoets. Dit lijkt mij juist. Verder ben ik van mening dat een strikte uitleg van de verdisconteringstoets in het kader van de algemene kosten te ver gaat. Het lijkt mij logisch dat in de prijs van de verkochte producten een deel ziet op de overheadkosten. Om deze overheadkosten te koppelen aan specifieke kosten die bijvoorbeeld zijn gemaakt in het kader van de verwerving van een deelneming, lijkt mij erg lastig. Ik kan mij dus vinden in de redenering dat als bepaalde kosten overheadkosten zijn, deze kosten zijn verdisconteerd als algemene kosten.²⁴⁹

Na het Midland Bank-arrest volgde het al eerder besproken Abbey National I-arrest, waarin het Hof van Justitie EU bij de geruisloze overgang algemene kosten constateert. Deze lijn wordt in het arrest CIBO door het Hof van Justitie EU doorgetrokken.²⁵⁰ In de zaak CIBO werden kosten gemaakt in het kader van de aankoop van een deelneming. Ook hier merkt het Hof van Justitie EU de kosten aan als algemene kosten en wordt de btw daarop volgens de pro rata aftrekbaar.

In het arrest Kretztechnik heeft het Hof van Justitie EU een volgende stap gezet.²⁵¹ Hierbij gaat het om de kosten die worden gemaakt in het kader van een aandelenuitgifte. Hier wordt het inmiddels bekende beeld door het Hof van Justitie EU herhaald. Ook hier merkt het Hof van Justitie EU de

²⁴⁶ Cornielje 2016, par. 6.5.3.2.

²⁴⁷ Van Doesum & Van Kesteren 2012, par. 4.5.2.

²⁴⁸ Cornielje 2016, par. 6.5.3.2.

²⁴⁹ Zie in dit kader ook: Beelen 2010, par. 4.4.5.

²⁵⁰ HvJ EG 27 september 2001, nr. C-16/00 (CIBO), FED 2002/31.

²⁵¹ HvJ EG 26 mei 2005, nr. C-465/03 (Kretztechnik), NTFR 2005/754.

kosten aan als algemene kosten, omdat er een rechtstreeks en onmiddellijk verband is met de algehele bedrijfsactiviteit van Kretztechnik.²⁵² Het voorlopige slotstuk inzake het aanmerken van kosten als kosten die verband houden met de gehele bedrijfsactiviteit is het arrest PPG Holdings.²⁵³ In dit arrest is een volledig belast presterende ondernemer wettelijk verplicht om een pensioenfonds aan te houden. Hij doet dit in een afzonderlijke entiteit die zelfstandig belastingplichtig is. PPG Holdings maakt kosten voor het vermogensbeheer van de effecten in het pensioenfonds. Het Hof van Justitie EU merkt, onder verwijzing naar de Midland Bank-doctrine, de kosten aan als algemene kosten. Op basis van deze arresten kom ik tot conclusie dat de verdisconteringstoets bij de algemene kosten-toets erg ruim moet worden opgevat wanneer de kosten niet specifiek toerekenbaar zijn aan belaste of vrijgestelde handelingen.

Het Hof van Justitie EU staat niet in alle gevallen de kwalificatie als algemene kosten toe. Dit heeft zij voor het eerst gedaan in het arrest BLP.²⁵⁴ In deze casus verkocht een ondernemer die uitsluitend belaste prestaties verrichte een deelneming om zijn schulden af te kunnen lossen. Deze verkoop was vrijgesteld. Hierbij is van belang dat uit de vraag van de verwijzende rechter al volgde dat sprake was van een vrijgestelde handeling en het Hof van Justitie EU zich niet heeft gebogen over het al dan niet van toepassing zijn van de vrijstelling.²⁵⁵ BLP probeerde een volledig recht op aftrek te verkrijgen door te stellen dat wanneer zij haar financiële situatie had versterkt door het aangaan van een banklening, zij de btw op de daarvoor gemaakte kosten wel had kunnen aftrekken. Desondanks oordeelt het Hof van Justitie EU in r.o. 27 en 28 dat deze kosten directe kosten zijn van een vrijgestelde handeling en dus de voorbelasting niet aftrekbaar is.

Een ander arrest dat hierbij in het oog springt, is de zaak Investrand.²⁵⁶ Een niet-belastingplichtige houdstervennootschap verkoopt een deelneming tegen een op basis van toekomstige winstcijfers berekende prijs. Het in de toekomst ontvangen van de prijs vormt een vordering. Vervolgens wordt de houdstervennootschap belastingplichtig. In geschil is of btw op de kosten die zijn gemaakt in het kader van een arbitrageprocedure op het moment dat een houdstervennootschap belastingplichtig is, maar die feitelijk betrekking hebben op de verkoop van de deelneming in de periode voordat de houdstervennootschap belastingplichtig werd, in aftrek kan komen. Allereerst oordeelt het Hof van Justitie EU dat van directe kosten geen sprake is, aangezien er geen samenhang met belaste activiteiten bestaat. Ook kunnen de kosten niet worden aangemerkt als algemene kosten omdat het feit dat de vordering tot het vermogen van de ondernemer behoort niet voldoende is om een rechtstreeks en onmiddellijk verband te kunnen constateren. Ik ben het met Sanders eens dat deze uitspraak de neutraliteit verstoort.²⁵⁷ Namelijk, de kosten van de arbitrageprocedure zullen ook verdisconteerd zijn

²⁵² Beelen 2010, par. 4.4.9.

²⁵³ HvJ EU 18 januari 2012, nr. C-26/12 (PPG Holdings), *V-N* 2013/48.17.

²⁵⁴ HvJ EG 6 april 1995, nr. C-4/94 (BLP), *FED* 1995/495.

²⁵⁵ Van Dongen 2004, par. 2.4.

²⁵⁶ HvJ EG 8 februari 2007, nr. C-435/05 (Investrand), *BNB* 2007/308.

²⁵⁷ Sanders 2010, p. 2/3.

in de prijs van de belaste prestaties. Dit terwijl een particuliere aandeelhouder niet in staat is om kosten te verdisconteren in belaste prestaties. Ik zou hier, in het licht van de voorgaande jurisprudentie, pro rata-aftrek dus op zijn plaats vinden.

Tot slot moet in dit kader op het arrest Becker worden gewezen.²⁵⁸ In casu werden kosten gemaakt voor juridische bijstand in de strafrechtelijke vervolging van de zaakvoerder van de onderneming. Het Hof van Justitie EU gaat na of sprake is van een rechtstreeks en onmiddellijk verband met de belaste handelingen. Hierbij gaat in het Hof van Justitie EU in r.o. 30 na dat de strafzaken waren gericht tegen natuurlijke personen en niet tegen de vennootschap, alhoewel dat strafrechtelijk wel mogelijk was geweest. In r.o. 31 oordeelt het Hof van Justitie EU dat het feit dat zonder de advocaatkosten de belastbare activiteit niet had kunnen voortbestaan, niet relevant is. Van der Wulp leidt uit deze zaak af dat kosten die zijn gemaakt ten behoeve van privébelangen van een belastingplichtige niet onlosmakelijk zijn verbonden met de belaste handelingen, ook niet als er een causaal verband bestaat met de belaste handelingen.²⁵⁹ Anders dan Cornielje, die stelt dat doordat een causaal verband bestaat met de belastbare handelingen en daardoor recht op aftrek van voorbelasting moet bestaan, is dit naar mijn mening een juist oordeel van het Hof van Justitie EU. Om dit te motiveren is de vergelijking met de particulier het meest duidelijk. Als een werknemer van een btw-onderneming verwickeld raakt in een strafzaak die zijn oorzaak vindt in iets wat gebeurt is tijdens zijn werktijd (tijdens een voor dat bedrijf belastbare activiteit), kan hij de btw op de juridische kosten die hij maakt, behoudens uitzonderingen, ook niet aftrekken, aangezien hij geen belastingplichtige is. In beide gevallen is de afnemer geen btw-ondernemer en moet er dus ook geen recht op aftrek van voorbelasting bestaan.

5.3.1.3.2. Het arrest AB SKF

De feiten uit het arrest AB SKF zijn reeds in paragraaf 5.2.1. geschetst. Met zijn tweede vraag wil de verwijzende rechter nagaan of in casu de vrijstelling van artikel 135 lid 1 onderdeel f Btw-richtlijn van toepassing is. De EC stelt zich op het standpunt dat deze vrijstelling alleen geldt bij handelingen in het kader van een commerciële activiteit van verhandeling van waardepapieren. Een strategische herschikking van de activa valt daar volgens de EC niet onder. In r.o. 47 verwerpt het Hof van Justitie EU deze uitleg, omdat het verschillend behandelen van identieke gevallen de rechtszekerheid schaadt. Daarnaast gaat dit tegen de objectiviteit van de btw in. In r.o. 53 komt het Hof van Justitie EU tot het oordeel dat de vrijstelling van toepassing is. In de literatuur bestaat overeenstemming over dit oordeel.²⁶⁰ Hier kan ik mij bij aansluiten. Het toepassen van het standpunt van de EC zou vanuit de neutraliteit van de btw niet juist zijn.

Daarna gaat het Hof van Justitie EU in op het recht op aftrek van voorbelasting bij de verkoopkosten. Daarbij is het, gezien het zojuist aangehaalde BLP-arrest, niet onlogisch dat er in het geheel geen recht

²⁵⁸ HvJ EU 21 januari 2013, nr. C-104/12 (Wolfram Becker), V-N 2013/17.18.

²⁵⁹ Van der Wulp 2017, par. 4.1.

²⁶⁰ Zie bijvoorbeeld Lantman & Boender 2010, par. 3.2.2. en Mierop & Bouwmeester 2010, par. 3.2.

bestaat op aftrek van voorbelasting. Immers, de verkoopkosten hebben mogelijk een rechtstreeks en onmiddellijk verband met een vrijgestelde handeling. Aan de andere kant, in een aantal zaken, zoals de zaken Abbey National I, CIBO en Kretztechnik, wordt bij een buiten de werkingssfeer van de btw vallende handeling aftrek toegekend volgens de pro rata. A-G Mengozzi gaat in zijn Conclusie in op dit verschil.²⁶¹ Hij stelt dat de indruk kan ontstaan dat handelingen die buiten de werkingssfeer van de btw vallen, zoals de geruisloze overgang, gunstiger worden behandeld dan vrijgestelde handelingen. Deze gunstigere behandeling is een gevolg van keuzes van de wetgever bij het inrichten van het btw-systeem. Inherent aan het btw-systeem is dat bij een vrijstelling de btw-keten wordt doorbroken. Dit betekent volgens de A-G dat er geen recht op aftrek van voorbelasting bestaat. In deze visie van Mengozzi kan ik mij volledig vinden. Immers, strikte toepassing van de Midland Bank-doctrine vereist de conclusie dat als kosten kunnen worden toegerekend aan vrijgestelde handelingen, de btw op deze kosten in dat geval niet aftrekbaar is.

Het Hof van Justitie EU neemt de benadering van de A-G niet over en maakt het zich volgens Beelen een stuk moeilijker.²⁶² Allereerst spreekt het Hof van Justitie EU in r.o. 59 over directe kosten. Zij oordeelt dat de voorbelasting die rechtstreeks en onmiddellijk verband houdt met uitgaande handelingen die zijn vrijgesteld of buiten de werkingssfeer van de btw vallen, niet voor aftrek in aanmerking komt. Cornielje leidt uit het gebruik van het woord **moeten** in daarop voortbordurende r.o. 60 af dat de zojuist aangehaalde ruim toegepaste verdisconteringstoets door het Hof van Justitie EU *strikt* wordt geïnterpreteerd.²⁶³ De enkele causaliteit lijkt niet meer voldoende om kosten als algemene kosten aan te merken, zij moeten daadwerkelijk zijn verdisconteerd in de prijs van de handelingen. Mijns inziens heeft het Hof van Justitie EU, gezien de arresten genoemd in paragraaf 5.3.1.3.1 waarin zij feitelijk bij de meeste handelingen die buiten de werkingssfeer van de btw aftrek vallen aftrek conform de pro rata toestaat, in dit geval ook aftrek volgens de pro rata mogelijk willen maken. Het Hof van Justitie EU zag zich naar mijn mening genoodzaakt een doelredenering op te stellen om naar pro rata aftrek te redeneren. Dat heeft in deze casus geresulteerd in een strikte verdisconteringstoets, omdat op basis van andere argumenten niet tot toepassing van de algemene kosten-leer kan worden gekomen.

Vervolgens kan men zich afvragen of een dergelijke verzwaarde toets daadwerkelijk zin heeft. Belastingplichtigen maken in het kader van de verkoop van een deelneming de nodige kosten. Bij verkoop van een incurante deelneming is het waarderingsproces lastig. Er kan worden gewaardeerd op basis van historische gebeurtenissen, maar dit kan ook op basis van toekomstige kasstromen.²⁶⁴ Van den Dool en Van der Hoeven halen in dit kader een interessante quote van Vis aan: *‘Je moet waarde*

²⁶¹ Conclusie A-G HvJ EG Mengozzi 12 februari 2009, nr. C-29/08 (AB SKF), *BNB* 2010/251.

²⁶² Beelen 2010, par. 4.4.13.

²⁶³ Cornielje, par. 6.5.8.

²⁶⁴ Van den Dool & van der Hoeven 2015, par. 1.1

*en prijs van elkaar scheiden.*²⁶⁵ Deze quote dekt de lading van wat ik hier probeer duidelijk te maken. De verkoopprijs van een deelneming is niet simpelweg de waarde plus de met de verkoop samenhangende kosten, maar de prijs is een uitkomst van onderhandelingen. Cornielje omschrijft deze prijs als het resultaat van de wetten van vraag en aanbod.²⁶⁶

In r.o. 62 oordeelt het Hof van Justitie EU dat aan de hand van het ingediende dossier niet kan worden beoordeeld of de uitgaven een rechtstreeks en onmiddellijk verband houden met de vrijgestelde aandelenoverdrachten of met de economische activiteit in het geheel. Het Hof van Justitie EU geeft daarbij de opdracht aan de verwijzende rechter om het verband te onderzoeken. Hiermee opent het Hof van Justitie EU de deur naar een mogelijk recht op aftrek van voorbelasting. Beelen noemt de opdracht die het Hof van Justitie EU hier geeft een schier onmogelijke taak.²⁶⁷ Dat ben ik met hem eens, zeker in het licht van het voorgaande waarin ik stelde dat prijs en waarde niet aan elkaar gelijk zijn.

Vervolgens gaat het Hof van Justitie EU in r.o. 65 t/m 72 in op de fiscale neutraliteit. Het Hof van Justitie EU stelt hier vast dat wanneer een handeling met betrekking tot aandelen buiten de reikwijdte van de btw valt, er wel recht op aftrek van voorbelasting bestaat, terwijl dit recht niet bestaat als de handeling binnen de reikwijdte van de btw valt en is vrijgesteld.²⁶⁸ In r.o. 69 volgt dan ook de conclusie dat wanneer kosten voor advies bij overdracht van deelnemingen kunnen worden aangemerkt als algemene kosten wanneer de overdracht buiten de werkingssfeer van de btw valt, die behandeling bij dezelfde overdracht als vrijgestelde handeling dezelfde moet zijn.

Het Hof van Justitie EU heeft zich in het AB SKF-arrest gevangen geweten tussen enerzijds het systeem van de btw met zijn vrijstellingen zonder recht op aftrek en anderzijds het feit dat zij in de Midland Bank-doctrine met betrekking tot handelingen die buiten de werkingssfeer van de btw vallen de mogelijkheid tot pro rata aftrek heeft geopend. Dit komt mijns inziens doordat in de directe kosten-toets enkel kostentoekening aan belaste of vrijgestelde prestaties kan plaatsvinden. Doordat een niet-belastbare activiteit niet in dit rijtje voorkomt, bestaat niet de mogelijkheid tot *directe kosten van een niet-belastbare activiteit*. Bij kosten die worden gemaakt voor een niet-belastbare activiteit kan het Hof van Justitie EU zo dus de tweede mogelijkheid, zijnde de algemene kosten, toepassen. Dit terwijl in de casus van AB SKF deze mogelijkheid naar mijn mening niet bestaat, omdat in de directe kosten-toets mogelijk al voldaan is aan de verdisconteringstoets.

Daarnaast komt dit arrest de rechtszekerheid niet ten goede, omdat in het BLP-arrest, waarin ongeveer gelijke feiten aan de orde kwamen, het Hof van Justitie EU tot een andere conclusie kwam.²⁶⁹ Naar mijn mening is in het arrest AB SKF de Midland Bank-doctrine doorgeschoten, zeker als men de BLP-casus daarnaast legt. Met algemene kosten wordt bedoeld op kosten die worden gemaakt in het kader

²⁶⁵ Ibid.

²⁶⁶ Cornielje 2016, par. 6.5.8.

²⁶⁷ Beelen 2010, par. 4.4.13.

²⁶⁸ Cornielje 2016, par. 6.5.8.

²⁶⁹ Cornielje 2016, par. 6.5.8.

van alle handelingen, zoals kosten van het management of kosten van het gebouw. Bij de kosten die voor de aandelenoverdracht worden gemaakt, is het duidelijk dat de kosten toerekenbaar zijn aan deze vrijgestelde activiteit. Het feit dat de kosten dan niet werkelijk zijn verdisconteerd in de prijs van de aandelen, is voor mij dan niet meer relevant.²⁷⁰ Het feit dat de kosten kunnen worden gekoppeld aan de vrijgestelde aandelenoverdracht is mijns inziens voldoende. Daarenboven blijkt, zoals ik juist al aangaf, dat het aantonen van een dergelijk verband erg lastig kan zijn.

Tot slot legt Cornielje de vinger op de zere plek met betrekking tot de berekening van de pro rata.²⁷¹ Immers, de verkoop van de aandelen door AB SKF vormt een belastbare, zij het vrijgestelde, handeling. De opbrengst die met de verkoop van de deelneming wordt gegenereerd moet dus worden meegenomen in de berekening van de pro rata. Dit in tegenstelling tot de situatie waarin de verkoopopbrengst door toepassing van het niet-leveringsbeginsel buiten de reikwijdte van de btw valt en dus niet wordt meegenomen in de berekening van de pro rata.²⁷² Mogelijk bestaat er in de zaak AB SKF wel de mogelijkheid dat de verkoop van de deelnemingen als ‘bijkomstig’ moet worden aangemerkt in de zin van de van 174 lid 2 onderdeel b Btw-richtlijn en zo buiten de berekening van de pro rata kan blijven. De kans dat de verkoop, wanneer de geruisloze overgang niet van toepassing is, als bijkomstig wordt aangemerkt, acht ik niet groot. Bijkomstige handelingen zijn namelijk handelingen die een zeer beperkt gebruik impliceren van goederen of diensten waarover btw is verschuldigd.²⁷³ In het arrest Mercedes Benz Italia²⁷⁴ heeft het Hof van Justitie EU geoordeeld dat:

‘een economische activiteit moet worden aangemerkt als ‘bijkomstig’ (...) wanneer zij niet het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk vormt van de belastbare activiteit van de onderneming of wanneer zij geen aanmerkelijk gebruik impliceert van de goederen of diensten waarvoor btw verschuldigd is’

Daarbij moet erop worden gewezen dat in dit arrest een vertaalfout is gemaakt. Het woord **of** impliceert alternatieve criteria. Uit andere taalversies volgt echter dat sprake is van cumulatieve criteria.²⁷⁵ Wanneer sprake is van een vrijgestelde aandelenoverdracht zoals in het arrest AB SKF, kan naar mijn mening niet worden betoogd dat deze aandelen geen noodzakelijk verlengstuk vormen van de belastbare activiteit en waarvan geen aanmerkelijk gebruik wordt gemaakt. Immers, de aandelen zijn essentieel voor een houdstervennootschap. Vanuit de neutraliteit geredeneerd zou het aanmerken van de verkoop van de aandelen, ten opzichte van de aandelenverkoop die buiten de reikwijdte van de btw plaatsvindt, als een bijkomstige handeling juist wel zijn gewenst. Immers, de verkoop van een deelneming geeft, tenzij sprake is van een effectenmakelaar²⁷⁶, geen handelingen aan die tot de ‘gebruikelijke’ economische activiteit behoren. De verkoop van een deelneming gebeurt in de meeste

²⁷⁰ Zie voor een soortgelijke redenering Molenaar 2009, p. 4/5.

²⁷¹ Cornielje 2016, par. 6.5.8.

²⁷² Zie hiervoor artikel 173 Btw-richtlijn.

²⁷³ Zie r.o. 80 van HvJ EG 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM), *NTRF* 2004/669 en r.o. 30 van HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-174/08 (NCC Construction Denmark), *V-N* 2009/56.14.

²⁷⁴ HvJ EU 14 december 2016, nr. C-378/15 (Mercedes Benz Italia), *V-N* 2017/3.15.

²⁷⁵ Arzini 2017, p. 4.

²⁷⁶ Waarbij overigens de kans bestaat dat de effectenmakelaar een beroep kan doen op de geruisloze overgang.

gevallen slechts incidenteel. Aangezien de verkoop van een deelneming in de meeste gevallen slechts incidenteel is, is het zuiverder om deze vrijgestelde verkoopopbrengst niet op te nemen in de pro rata berekening.

Kortom, het AB SKF-arrest is in meerdere opzichten verwonderlijk. Ondanks het feit dat vast Unierecht is dat een ondernemer zoveel mogelijk moet worden ontlast van de btw die aan hem in rekening wordt gebracht, moet dit niet indruisen tegen de wezenlijke kenmerken van de btw. Alhoewel door toepassing van vrijstellingen de economische neutraliteit wordt geschonden, heeft de Uniewetgever deze schending geaccepteerd. Daarnaast bestaat er slechts één arrest waarin de verkoopkosten werden geacht te zijn verdisconteerd in de prijs van de aandelen.²⁷⁷ Daarbij ging het om een bemiddelingsdienst die enkel moest worden betaald wanneer de bemiddelende partij daadwerkelijk een koper vond. In dat geval achtte het Hof Arnhem – Leeuwarden voldoende aannemelijk de fee is verdisconteerd in de prijs van de aandelen. Er bestond dan ook geen recht op aftrek voor deze kosten.

5.3.1.4. De niet-economische aandelentransactie

Bij een niet-economische transactie kan logisch worden beredeneerd dat er geen recht op aftrek van voorbelasting bestaat.²⁷⁸ Immers, de houdstervennootschap handelt in deze situatie niet als belastingplichtige. In het arrest Uudenkaupungin kaupunki heeft het Hof van Justitie EU geoordeeld dat het uitvoeren van een belaste activiteit op grond van artikel 168 Btw-richtlijn een voorwaarde is om voor aftrek van voorbelasting in aanmerking te komen.²⁷⁹

Indien een zuivere houdstervennootschap een deelneming verkoopt, lijkt het mij helder dat geen recht op aftrek van voorbelasting bestaat. Dit kan ook worden afgeleid uit het arrest Larentia en Minerva.²⁸⁰ In dit arrest gaat het Hof van Justitie EU in op aankoopkosten bij een houdstervennootschap en oordeelt zij dat kosten niet aftrekbaar zijn wanneer een houdstervennootschap zich niet tegen vergoeding mengt in het beheer van de dochtervennootschap. Bij verkoopkosten vermoed ik dat eenzelfde redenering kan plaatsvinden. Echter, aan de andere kant kan men opmerken dat in de arresten Abbey National I, CIBO en Kretztechnik bij handelingen buiten de reikwijdte van de btw, het Hof van Justitie EU heeft geoordeeld dat aftrek conform de pro rata mag plaatsvinden. Echter, mijns inziens is de eerste benadering theoretisch juist.

5.3.2. De overnemer

In het kader van de aankoopkosten van de overnemer is het eerder besproken CIBO-arrest van belang. Hier oordeelt het Hof van Justitie EU dat de aankoopkosten volgens de pro rata aftrekbaar zijn. In het arrest Larentia en Minerva heeft het Hof van Justitie EU deze redenering feitelijk herhaald. Daarin oordeelde zij dat wanneer een deelneming wordt aangekocht waarin de houdstervennootschap zich

²⁷⁷ Hof Arnhem – Leeuwarden 17 januari 2017, nr. 15/01562, V-N 2017/19.10.34.

²⁷⁸ Beelen 2010, par. 4.4.1.

²⁷⁹ HvJ EG 30 maart 2006, nr. C-184/04 (Uudenkaupungin kaupunki), V-N 2006/18.25.

²⁸⁰ HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14 en C-109/14 (Larentia en Minerva), V-N 2015/44.18.

tegen vergoeding in het beheer zal mengen, in beginsel geen beperking van het recht op aftrek van voorbelasting bestaat. Dit is pas anders als de houdstervennootschap naast belaste prestaties ook vrijgestelde prestaties verricht. Feitelijk oordeelt het Hof van Justitie EU hier dus dat de aankoopkosten als algemene kosten worden aangemerkt. Daarbij kan de vraag opkomen of het oordeel van het Hof van Justitie EU anders zou zijn geweest wanneer niet sprake was van een moeiende houdstervennootschap, maar van een effectenhandelaar of een houdstervennootschap waarbij de handelingen met betrekking tot aandelen het verlengstuk vormen van de belastbare activiteiten. Bij de effectenhandelaar bestaat vermoedelijk recht op aftrek van voorbelasting met betrekking tot de aankoop van de aandelen die tot de voorraad van de handelaar gaan behoren. Bij de verlengstukhoudster is het naar mijn mening logisch om aftrek van voorbelasting toe te kennen conform de pro rata van de belastbare handelingen. Daarnaast heeft het Hof van Justitie EU geoordeeld dat wanneer sprake is van deelnemingen waarin wel wordt gemoeid (economische activiteit) en waarin niet wordt gemoeid (geen economische activiteit) de btw op de kosten die toerekenbaar is aan de dochterondernemingen waarin niet wordt gemoeid, niet in aftrek kan komen.²⁸¹

Evenals in paragraaf 4.4.3 is besproken, is hier ook een argumentatie op basis van de Rompelman-leer mogelijk als sprake is van een beginnend belastingplichtige.²⁸² Zoals al eerder in paragraaf 4.4.2 aan de orde is geweest, kent het Hof van Justitie EU een grote bereidheid om te voorkomen dat een beginnend belastingplichtige met niet-aftrekbare voorbelasting wordt geconfronteerd. Mogelijk kan ook in het kader van de beginnende houdstervennootschap worden betoogd dat zij zoveel mogelijk moet worden ontlast van de bij haar in rekening gebrachte btw. Evenals ik in paragraaf 4.4.3 heb betoogd, komen beide oplossingen op hetzelfde neer. Ik verwijs voor de redenering in dat kader dan ook terug naar die paragraaf.

In dit kader is het interessant dat vragen zijn gesteld in de Ryanair-zaak omtrent de aftrekbaarheid van aankoopkosten wanneer een overnemer aandelen koopt in een deelneming waarin zij zich daarna tegen vergoeding wil gaan moeien.²⁸³ Met deze vragen komen beide benaderingen samen. Mogelijk verwijst het Hof van Justitie EU in dit Ryanair-arrest terug naar het eerdere CIBO-arrest. Het Hof van Justitie heeft zich namelijk in dit arrest uitgelaten over de aftrekbaarheid van de aankoopkosten bij een succesvolle overname. Aan de andere kant kan het Hof van Justitie EU op basis van de Rompelman-leer oordelen op grond waarvan kan worden betoogd dat alle voorbelasting aftrekbaar moet zijn. Een cruciale factor in de Ryanair-zaak is dat de overname niet succesvol is. Met een beroep op het arrest INZO kan dan, in de lijn van de Rompelman-leer worden betoogd dat alle voorbelasting aftrekbaar is, aangezien het voornemen bestond om belastbare prestaties te verrichten met de deelneming.²⁸⁴ Echter,

²⁸¹ In dit kader is ook interessant hoe moet worden omgegaan met de aankoopkosten als een ander dan de aankopende partij deze kosten draagt. Gezien de beperkte omvang van deze scriptie wil ik daar niet verder op ingaan, zie daarvoor Van Kesteren 2014 en Hummel 2007.

²⁸² Cornielje 2016, par. 6.5.10.1.

²⁸³ HvJ EU 12 mei 2017, nr. C-249/17 (Ryanair), (*prejudiciële vragen*).

²⁸⁴ HvJ EG 29 februari 1996, nr. C-110/94 (INZO), *V-N* 1996/1396.

ik vermoed dat het Hof van Justitie EU het arrest CIBO gaat herhalen. De kosten kunnen dan als algemene kosten in aftrek komen conform de pro rata. Het is interessant te volgen wat het Hof van Justitie EU in deze zaak gaat oordelen.

5.3.3. Herziening

Bij een aandelentransactie is de toepassing van de geruisloze overgang voor de herzieningstermijnen minder van belang. Immers, de herzieningstermijnen die zien op de investeringsgoederen van de deelneming die overgaat, blijven achter in de deelneming. Een aandelentransactie verandert dus niets aan de lopende herzieningstermijnen van de deelneming. Aandelen zelf kunnen geen voorwerp vormen van de herzieningsregels, omdat aandelen geen roerende zaken zijn. In het kader van de herzieningsregels is indeplaatstreding bij een aandelentransactie dus niet strikt noodzakelijk.

5.4. Deelconclusie

In dit hoofdstuk is de aandelentransactie besproken. In het arrest X b.v. heeft het Hof van Justitie EU de mogelijkheid tot het toepassen van de geruisloze overgang op een aandelentransactie sterk beperkt. Enkel in drie situaties kan de geruisloze overgang in het kader van de aandelentransactie plaatsvinden, waarbij de aandelen onderdeel zijn van een 'zelfstandige eenheid'. Dit kan mijns inziens het geval zijn bij de drie uitzonderingssituaties waarin een houdstervennootschap belastingplichtig is.

Vervolgens stond in de derde paragraaf het recht op aftrek van voorbelasting bij zowel overdrager als overnemer centraal. Met betrekking tot de overdrager zijn door mij drie situaties geschetst:

1. De geruisloze overgang is van toepassing: de verkoopkosten kunnen conform de pro rata worden afgetrokken.
2. De geruisloze overgang is niet van toepassing, maar de houdstervennootschap voert met betrekking tot de aandelen wel een economische activiteit uit: conform het arrest AB SKF kan er recht op aftrek van voorbelasting bestaan als de verkoopkosten niet rechtstreeks toerekenbaar zijn aan de vrijgestelde aandelenverkoop. Mijns inziens is deze uitspraak vanuit het systeem van de btw gezien onjuist, doordat een vrijstelling met zich meebrengt dat geen recht op aftrek bestaat.
3. De geruisloze overgang is niet van toepassing en de houdstervennootschap is niet belastingplichtig: het Hof van Justitie EU heeft zich nog niet over een dergelijke situatie uitgelaten. Als sprake is van een zuiver passieve houdstervennootschap kan er geen recht op aftrek van voorbelasting bestaan. Heeft de houdstervennootschap naast het passieve houden van deelnemingen ook belaste activiteiten, kan enerzijds worden betoogd dat geen recht op aftrek van voorbelasting bestaat, maar kan ook worden

Met betrekking tot de aankoopkosten van de overnemer heeft het Hof van Justitie EU zich expliciet uitgelaten in de zaken CIBO en Larentia en Minerva en pro rata aftrek toegestaan. Mogelijk kan ook worden betoogd dat de aftrek van voorbelasting bij een beginnend belastingplichtige niet mag worden belemmerd. Hierbij is interessant wat het Hof van Justitie EU gaat in de zaak Ryanair.

Hoofdstuk 6: Een vergelijking tussen de activa-passivatransactie en de aandelentransactie

6.1. Inleiding

In dit hoofdstuk komt de btw-behandeling van de activa-passivatransactie en de aandelentransactie samen. De deelvraag die hierbij centraal staat, luidt als volgt:

Indien er verschillen en/of overeenkomsten ontstaan in beide figuren; in hoeverre zijn deze te verklaren aan de hand van het toetsingskader en hoe kunnen de verschillen worden weggenomen voor zover zij niet zijn te rechtvaardigen aan de hand van het toetsingskader?

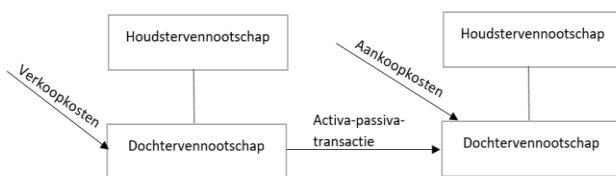
In paragraaf twee worden allereerst de verschillen en overeenkomsten die de beide transactievormen kennen, uiteengezet. Vervolgens worden in paragraaf drie deze verschillen en overeenkomsten getoetst aan het in hoofdstuk twee geformuleerde toetsingskader. In paragraaf vier wordt onderzocht of een betere en meer evenwichtige btw-behandeling van beide vormen van transacties tot de mogelijkheden behoort. Het hoofdstuk eindigt met een deelconclusie.

6.2. Verschillen en overeenkomsten

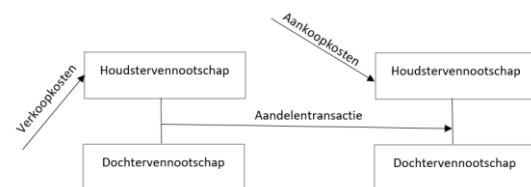
6.2.1. Inleiding

Vanuit een juridisch perspectief zijn de activa-passivatransactie en de aandelentransactie twee verschillende transacties. Bij een activa-passivatransactie zijn de activa en passiva van een onderneming hetgeen in de transactie wordt overgedragen, terwijl bij een aandelentransactie de activa en passiva in de juridische huls van de onderneming achterblijven. Enkel de aandelen, feitelijk de eigendomsbewijzen van de juridische huls en dus van de activa en passiva, worden overgedragen.²⁸⁵

Echter, vanuit economisch oogpunt komen beide transacties functioneel overeen. Met beide transacties wordt bewerkstelligd dat een onderneming wordt overgedragen. Swinkels geeft in zijn noot onder het arrest AB SKF aan dat het te rechtvaardigen is als het Hof van Justitie EU de economische werkelijkheid laat prevaleren boven de juridische werkelijkheid.²⁸⁶ In het restant van de paragraaf bespreek ik de verschillen bij toepassing van de geruisloze overgang bij beide transacties en het daarmee corresponderende recht op aftrek van voorbelasting. Dit doe ik aan de hand van de volgende figuren, waarmee het verschil tussen beide transacties duidelijk wordt.



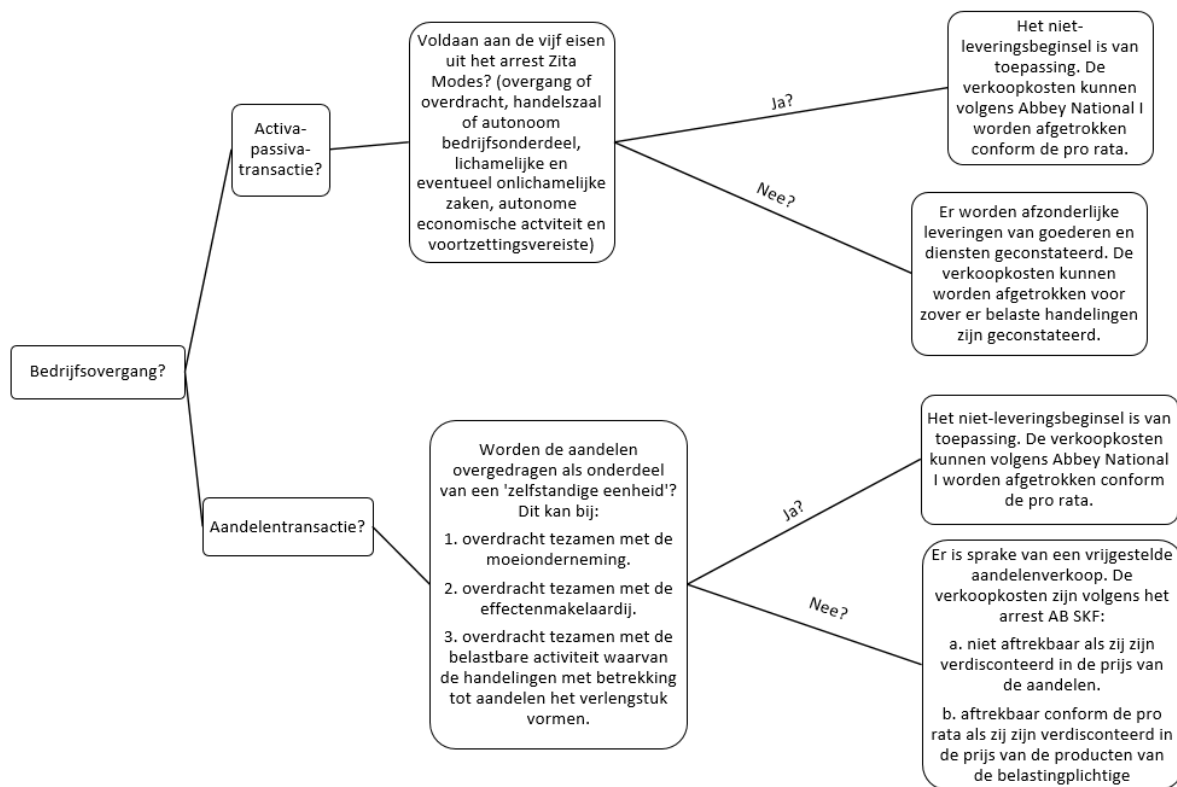
Figuur 2: Activa-passivatransactie



Figuur 3: Aandelentransactie

²⁸⁵ Cornielje 2012, par. 3.1.

²⁸⁶ Zie de noot bij HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-029/08 (AB SKF), BNB 2010/251.



Figuur 4: Toepassing van de geruisloze overgang en recht op aftrek van voorbelasting bij verkoopkosten.

6.2.2. Toepassing van de geruisloze overgang en het recht op aftrek van voorbelasting

In de hoofdstukken vier en vijf zijn de voorwaarden voor toepassing van de geruisloze overgang uiteengezet. De toepassing van de geruisloze overgang en het daarmee corresponderende recht op aftrek van voorbelasting voor de verkoopkosten zijn samengevat in figuur vier. Voor een uitgebreide bespreking verwijs ik terug naar beide hoofdstukken.

Met betrekking tot aankoopkosten kan bij de activa-passivatransactie worden betoogd dat de aankoopkosten als algemene kosten zien op de gehele bedrijfsactiviteit en daardoor recht op pro rata aftrek bestaat. Daarnaast kan men stellen dat met een beroep op de Rempelman-leer volledig recht op aftrek van voorbelasting kan bestaan omdat de aankoopkosten zijn verdisconteerd in de later te verrichten belaste activiteiten. Bij de aandelentransactie bestaan feitelijk dezelfde twee mogelijkheden als bij de activa-passivatransactie. Indien aandelen worden aangekocht in een deelneming waarin niet zal worden gemoeid, bestaat conform het arrest Larentia en Minerva geen recht op aftrek van voorbelasting. Daarbij is het antwoord op de voorliggende vragen inzake Ryanair erg interessant. In de volgende paragraaf zullen de verschillen en overeenkomsten in toepassing van de geruisloze overgang, aan- en verkoopkosten aan het toetsingskader worden getoetst.

6.3. Toepassing van het toetsingskader op de verschillen en overeenkomsten

6.3.1. Het beginsel van algemene heffing

Met de btw als algemene verbruiksbelasting wordt beoogd iedere besteding van de consument in de heffing te betrekken. Daarbij is het oogmerk van een handeling irrelevant. Hieruit vloeit de

objectiviteit van de btw voort. Met de faciliteit van artikel 19 en 29 Btw-richtlijn wordt op twee manieren een inbreuk gemaakt op het beginsel van algemene heffing:

1. Met het niet-leveringsbeginsel wordt afgeweken van het uitgangspunt dat iedere levering van een goed of dienst afzonderlijk in de heffing wordt betrokken.
2. In het arrest Zita Modes wordt de toepassing van de geruisloze overgang afhankelijk gesteld van de bedoelingen van de overnemer. Doordat uit dit arrest een voortzettingsvereiste voortvloeit, wordt een inbreuk gemaakt op de objectiviteit.

De faciliteit van artikel 19 Btw-richtlijn maakt mijns inziens terecht een inbreuk op het beginsel van algemene heffing. In het kader van een bedrijfsoverdracht is het geen sinecure om per levering van een goed of dienst de individuele btw-gevolgen vast te stellen. Het aanbrengen van enige eenvoud in dat proces is te daarom te rechtvaardigen. Daarbovenop komt dat bij een bedrijfsoverdracht geen goederen of diensten dichterbij de consument komen. Er wordt hierbij dus geen inbreuk gemaakt op het basisbeginsel dat iedere besteding van de consument afzonderlijk in de heffing moet worden betrokken. Toepassing van de geruisloze overgang vereist namelijk dat zowel de overdrager als overnemer²⁸⁷ ondernemer zijn voor btw-doeleinden. Van particuliere consumptie is bij een bedrijfsoverdracht geen sprake. Het feit dat afzonderlijke leveringen van goederen en diensten worden weggedacht is mijns inziens te rechtvaardigen gezien de behoefte aan eenvoud en het feit dat geen particuliere consumptie plaatsvindt.

Op dit punt rechtvaardigt het beginsel van algemene heffing dat niet bij alle aandelentransacties de geruisloze overgang toepassing kan vinden. Wanneer de houdstervennootschap met betrekking tot het houden van de aandelen niet belastingplichtig is, wordt zij feitelijk gelijkgesteld met een eindverbruiker. In elk geval is het te rechtvaardigen dat de geruisloze overgang geen toepassing kan vinden bij een eindverbruiker. Daarbij speelt mee dat in de btw geen plaats is voor een transparance fiscale, zoals reeds betoogd in paragraaf 5.2.4. Wat er op het niveau van de dochtervennootschap gebeurt, is voor toepassing van de geruisloze overgang niet van belang. Daar valt tegenin te brengen dat het Hof van Justitie EU in de arresten Kopalnia en Faxworld (zie paragraaf 4.4.2) *vereenzelviging* toepast tussen vennoten en maatschap en personenvennootschap en kapitaalvennootschap. Zoals ik al eerder heb betoogd, moeten deze arresten als specifieke arresten worden gezien.

Aan de andere kant kan worden gesteld dat het feit dat de niet-belastingplichtige houdstermaatschappij wordt gelijkgesteld met een eindverbruiker, niet terecht is. Als een belastingplichtige kiest om niet met een houdsterstructuur te werken, maar het beheer vanuit de werkmaatschappij verricht, kan worden gesteld dat een rechtstreeks en onmiddellijk verband bestaat met de algehele bedrijfsactiviteit, waardoor recht op aftrek van voorbelasting conform de pro rata ontstaat. Dit terwijl de houdstervennootschap die zich niet tegen vergoeding moeit in het beheer van de werkmaatschappijen

²⁸⁷ Mogelijk wordt de overdrager door de overdracht btw-ondernemer, maar dat doet mijns inziens niets af aan de conclusie.

geen recht op aftrek van voorbelasting kent. Het Hof van Justitie EU zou het begrip economische activiteit ruimer kunnen uitleggen of meer een concernbenadering kunnen aanhangen.²⁸⁸

Tot slot wijs ik op het feit dat een inbreuk op het beginsel van algemene heffing in beginsel strikt moet worden uitgelegd. Doel en strekking van de geruisloze overgang zijn eenvoud en het voorkomen van het onnodig financieel belasten van betrokken partijen. Bij de aandelentransactie speelt eenvoud naar mijn mening geen rol. Als enkel de aandelen worden overgedragen, is dat in beginsel één transactie. Het niet-leveringsbeginsel maakt door het reduceren van die ene transactie naar geen transactie dat het eenvoudsargument zeer beperkt van belang is. Daarnaast bestaat door de vrijstelling van artikel 135 lid 1 onderdeel f Btw-richtlijn geen financiële belasting. Men kan dus stellen dat, gezien doel en strekking, toepassing van de geruisloze overgang overbodig is. Echter, daar kan tegenin worden gebracht dat toepassing van de geruisloze overgang van belang is voor de fiscale indeplaatstreding en voor het recht op aftrek van voorbelasting. De fiscale indeplaatstreding is ook in dit geval beperkt, omdat de activa en passiva van de dochtermaatschappij in hun eigen juridische huls achterblijven en de indeplaatstreding dus is beperkt tot de aandelen die van houdstervennootschap veranderen. Ook dit lijkt een strikte uitleg van de geruisloze overgang in het kader van het beginsel van algemene heffing te rechtvaardigen.

6.3.2. De economische neutraliteit

De economische neutraliteit stelt dat de concurrentieverhoudingen tussen ondernemers niet mogen worden verstoord. De wetgever heeft met het systeem van vrijstellingen zelf al een inbreuk gemaakt op de economische neutraliteit. De economische neutraliteit wordt daarom relatief getoetst.

Hierbij is relevant dat een aandelentransactie door toepassing van artikel 135 lid 1 onderdeel f Btw-richtlijn is vrijgesteld. De vraag daarbij is of de Uniewetgever bij de aandelentransactie bewust heeft geaccepteerd dat cumulatie van btw optreedt bij dergelijke bedrijfsoverdrachten. Daarbij moet worden gekeken naar het doel waarmee de wetgever deze vrijstelling heeft ingesteld. Uit noch de Nederlandse wetsgeschiedenis noch de totstandkomingsgeschiedenis van de Zesde Richtlijn kan doel en strekking worden gedestilleerd. De vrijstelling is ontstaan uit tradities, de oude omzetbelastingwetten kenden al een dergelijke vrijstelling.²⁸⁹ Uit het arrest *Velvet & Steel Immobilen*, een arrest dat ziet op de vrijstelling voor borgtochten, zekerheids- en garantieverbintenissen, volgen drie argumenten die de ratio van de vrijstelling ondersteunen.²⁹⁰ Ondanks dat dit arrest niet ziet op de vrijstelling voor handelingen met betrekking tot aandelen, kan de les die dit arrest geeft naar mijn mening worden doorgetrokken naar de vrijstelling van artikel 135 lid 1 onderdeel f Btw-richtlijn. Daarbij hebben naar mijn mening alle drie de argumenten die worden genoemd in *Velvet Steel Immobilen* geen betrekking op de aandelentransactie. Bij een aandelentransactie is de verkoopprijs bekend, dus ook de belastbare

²⁸⁸ Zie in dit kader meer uitgebreid Van Norden 2007, par. 5.2.4.

²⁸⁹ Bijl, Van Hilten & Van Vliet 2001, par. 9.4.4.

²⁹⁰ HvJ EU 19 april 2007, nr. C-455/05 (*Velvet & Steel Immobilen*), V-N 2007/21.18.

grondslag. Het vaststellen van de verkoopkosten is geen moeilijke opdracht en daarnaast is sprake van een transactie tussen belastingplichtigen²⁹¹, dus wordt de kostprijs van financiële handelingen voor consumenten niet verhoogd. Men kan zich dus afvragen of de wetgever bij het opstellen van de richtlijnbevestiging dergelijke aandelenoverdrachten op het oog heeft gehad. Daarbij wijs ik ook op het feit dat de tijden zijn veranderd. Toen de Zesde Richtlijn in werking trad, hadden banken een andere rol in de samenleving dan nu. Dit leidt ertoe dat de richtlijnteksten van de vrijstellingen niet meer zijn toegesneden op de hedendaagse praktijk.²⁹² Daarnaast worden er in de loop der tijd, door het streven naar economische efficiëntie, steeds meer diensten ingekocht dan intern verricht. Daardoor krijgen vrijgestelde ondernemers steeds meer te maken met niet-afrekbare btw op inkoopkosten waar dat eerder in mindere mate het geval was. In het kader daarvan neem ik de stelling in dat de wetgever niet heeft beoogd om aandelenoverdrachten in het kader van een fusie of overname vrij te stellen.

Verder wordt, gegeven het feit dat de vrijstelling toepassing vindt, de economische neutraliteit bij de toepassing van de geruisloze overgang geschonden. Voor het recht op aftrek van voorbelasting is het relevant of de geruisloze overgang toepassing vindt of niet. Bij toepassing van de geruisloze overgang bestaat recht op aftrek van voorbelasting conform de pro rata. Vindt de geruisloze overgang geen toepassing, dan worden afzonderlijke leveringen van goederen en diensten geconstateerd. Er bestaat dan recht op aftrek van voorbelasting conform de gewone regels. Als de geruisloze overgang bij een aandelenoverdracht toepassing vindt, kan ook aftrek van voorbelasting conform de pro rata plaatsvinden. Vindt deze geen toepassing, dan bestaat, afhankelijk van de wijze van verdiscontering van de kosten, of geen recht op aftrek van voorbelasting of recht op aftrek van voorbelasting conform de pro rata. Indien in dit geval door de houdstervereniging wordt gekeken naar de dochtervereniging, kan het zijn dat wanneer deze een activa-passivatoverdracht was aangegaan, de geruisloze overgang wél toepassing had gevonden en er dus een recht op aftrek van voorbelasting conform de pro rata had bestaan. Afhankelijk van de vorm waarin de ondernemer zijn transactie doet, bestaat er recht op aftrek van voorbelasting. De huidige wettoepassing werkt dus niet economisch neutraal uit. Het meest ideale scenario zou naar mijn mening bestaan als de houdstervereniging bij verkoop van aandelen recht op aftrek verkrijgt volgens de pro rata van de deelneming. Dit zou een gelijke behandeling van de aandelen- en de activa-passivatoverdracht impliceren.

Daarnaast zorgt ook de pro rata-berekening voor een schending van de economische neutraliteit. Doordat een aandelenoverdracht, indien de geruisloze overgang niet van toepassing is, een vrijgestelde activiteit oplevert, moet de vergoeding die voor de aandelenoverdracht wordt ontvangen, worden meegenomen in de berekening van de pro rata. Daarbij kan, zoals betoogd in paragraaf 5.3.1.3.2., geen beroep worden gedaan op de regeling inzake toekomstige handelingen van artikel 174 lid 2 onderdeel b Btw-richtlijn. Desondanks heb ik in die paragraaf wel betoogd dat het juist en neutraler zou zijn

²⁹¹ Behalve wanneer de overdracht plaatsvindt tussen twee zuivere houdsterverenigingen (zijnde consumenten).

²⁹² Braun (red.) 2016, par. 2.3.3.G.a1.

wanneer de verkoopopbrengst buiten de pro rata blijft. Als de dochtervennootschap zijn autonome economische activiteit daarentegen zelf had verkocht, en de geruisloze overgang vindt wel toepassing, wordt het niet-leveringsbeginsel toegepast. De vergoeding die daarvoor wordt ontvangen, wordt niet meegenomen in de pro rata berekening. Wanneer bij een aandelentransactie wel een beroep kan worden gedaan op de geruisloze overgang, blijft de vergoeding ook buiten de pro rata. De economische neutraliteit wordt dus ook in dit opzicht geschonden.

De systematiek rondom de aankoopkosten lijkt in eerste opzicht logisch en coherent. Echter, wanneer een belastingplichtige niet met een houdsterstructuur werkt, krijgt hij recht op aftrek van voorbelasting voor de btw op de aankoopkosten conform de pro rata van zijn onderneming, tenzij de aankoopkosten volledig zijn verdisconteerd in de belaste handelingen. Wanneer een houdstervennootschap aankoopkosten maakt voor het verwerven van een deelneming en zich vervolgens belast in deze deelneming gaat moeien, kan het zo zijn dat een volledig recht op aftrek van voorbelasting ontstaat. Hierbij is het antwoord op de prejudiciële vragen in de zaak Ryanair relevant. De meest economisch neutrale uitwerking is naar mijn mening de situatie dat de houdstervennootschap op zijn aankoopkosten recht op aftrek verkrijgt conform de pro rata van de deelneming. In dat geval bestaat er voor het recht op aftrek van voorbelasting op aankoopkosten geen verschil tussen een houdster- en een niet-houdsterstructuur.

6.3.3. Juridische neutraliteit

Bij juridische neutraliteit is van belang dat de btw strikt evenredig is aan de prijs van de goederen en diensten, ongeacht het aantal handelingen dat tijdens het productieproces plaatsvindt. Economisch vergelijkbare gevallen moeten gelijk worden behandeld. De aandelentransactie en de activa-passivatransactie zijn economisch vergelijkbare transacties. Toch worden beide transacties voor btw-doeleinden niet gelijk behandeld. Dit houdt enerzijds een schending van de juridische neutraliteit in. Anderzijds kun je stellen dat de vrijstelling of het niet-leveringsbeginsel bewerkstelligt dat bij de aandelen- of activa-passivatransactie geen btw in rekening wordt gebracht. Vervolgens ontstaat bij de verkoopkosten geen verschil in behandeling wanneer bij de aandelentransactie de verkoopkosten niet zijn verdisconteerd in de prijs van de aandelentransactie. Immers, in beide gevallen ontstaat recht op pro rata aftrek. Er ontstaat dus geen verschil in btw-druk. Echter, de houdstervennootschap krijgt recht op aftrek conform haar eigen pro rata, terwijl een deelneming bij een activa-passivatransactie recht op aftrek krijgt conform zijn eigen pro rata. In de meest zuivere situatie verkrijgt de houdstervennootschap op zijn verkoopkosten recht op aftrek van voorbelasting conform de pro rata van de deelneming. Pas in die situatie worden economisch vergelijkbare gevallen gelijk behandeld. Met de huidige jurisprudentie worden economisch vergelijkbare transacties, ondanks dat de uitkomst in btw-druk op de verkoopkosten gelijk **kan** zijn, niet gelijk behandeld. Deze mogelijk ongelijke behandeling ontstaat door toepassing van de vrijstelling. Daarbij ben ik, zoals ik reeds heb betoogd in paragraaf 5.3.1.3, van mening dat het onjuist is dat het Hof van Justitie EU bij verkoopkosten voor een

vrijgestelde aandelentransactie de deur naar pro rata aftrek heeft geopend. Verkoopkosten zijn immers economisch toe te wijzen aan de aandelenverkoop en inherent aan een vrijstelling is het ontbrekende recht op aftrek van voorbelasting. De juridische neutraliteit kan daar mijns inziens geen verandering in brengen. Rondom de aankoopkosten gelden in dit kader dezelfde opmerkingen als gemaakt in paragraaf 6.3.2.

Met betrekking tot toepassing van de geruisloze overgang moet gelijke behandeling niet zo ver gaan dat het verband tussen normen die binnen de btw bestaan en de toepassing daarvan in concrete gevallen verloren raakt.²⁹³ Zo kan met transparance fiscale gelijke behandeling tussen de aandelentransactie en de activa-passivatransactie worden bereikt. Dit leidt er naar mijn mening toe dat het verband tussen normen die binnen de btw bestaan, zijnde het bepalen van de belastingplicht op het niveau van de belastingplichtige, zonder de activiteiten van de deelnemingen aan de houdstervennootschap toe te rekenen, en de toepassing in concrete gevallen verloren gaat. De juridische neutraliteit rechtvaardigt dus een verschillende behandeling. Dit is zeker het geval als men daarbij afweegt dat toepassing bij de aandelentransactie, buiten recht op aftrek van voorbelasting en indeplaatstreding, weinig toegevoegde waarde heeft.

6.3.4. Rechtsvormneutraliteit

Met rechtsvormneutraliteit wordt bedoeld op het feit dat belastingplichtigen in vergelijkbare posities met gelijke belastingheffing moeten worden geconfronteerd. Het is daarbij niet relevant in welke rechtsvorm de economische activiteit wordt uitgeoefend. De rechtsvormneutraliteit vereist dat de aandelen- en de activa-passivatransactie voor de btw gelijk worden behandeld. Het mag voor de geruisloze overgang niet uitmaken of een ondernemer kiest om zijn economische activiteit via houdster- of een niet-houdsterstructuur uit te voeren. De rechtsvormneutraliteit rechtvaardigt het verschil in toepassing van de geruisloze overgang tussen aandelen- en activa-passivatransactie niet.

6.3.5. Het rechtskarakter van de btw

Met het rechtskarakter wordt bedoeld op *wie* en *wat* moet worden belast. Allereerst behandel ik het beoogde subject van heffing, de particulier. Het probleem omtrent de afbakening van particulieren en belastingplichtigen speelt zich met name af bij de houdstervennootschap. Deze vertoont kenmerken van een particuliere belegger, maar heeft vaak een belangrijke rol binnen een concern die niet door een particulier kan worden ingevuld. In principe is de conclusie die hier kan worden getrokken, gelijk aan de conclusie uit paragraaf 6.3.1 omtrent de positie van de houdstervennootschap.

Daarnaast is het beoogde object van heffing het consumptief verbruik van goederen en diensten. Bij een bedrijfsoverdracht kan men zich afvragen of er daadwerkelijk consumptief verbruik plaatsvindt. Immers, voor toepassing van de geruisloze overgang is vereist dat de overdrager een autonome economische activiteit overdraagt aan de overnemer. Zowel wanneer deze overdracht plaatsvindt in de

²⁹³ Cornielje 2016, par. 2.4.5.2.

vorm van een aandelentransactie als in de vorm van een activa-passivatransactie, komen er geen goederen of diensten dichterbij de consument.²⁹⁴ Het rechtskarakter van de btw rechtvaardigt dus niet dat de geruisloze overgang bij de aandelentransactie een meer beperkte reikwijdte kent. Het kan voorkomen dat een niet-belastingplichtige houdstervennootschap zijn aandelen verkoopt in een volledig belast presterende dochtervennootschap. Alsdan vindt de geruisloze overgang geen toepassing, terwijl deze wel toepassing had gevonden als de dochtervennootschap een activa-passivatransactie aan zou gaan. Het gevolg daarvan kan zijn dat de niet-belastingplichtige houdstervennootschap de btw op zijn verkoopkosten niet kan aftrekken, de niet-belastingplichtige overnemer de aankoopkosten niet kan aftrekken en de aandelentransactie een belastbare, zij het vrijgestelde, handeling is. Het rechtskarakter van de btw rechtvaardigt deze ongelijke behandeling naar mijn mening niet, omdat enkel een horizontale overgang binnen de bedrijfskolom plaatsvindt.²⁹⁵

6.3.6. Deelconclusie

Na deze vergelijking kom ik tot de conclusie dat enkel het beginsel van algemene heffing en de juridische neutraliteit de beperktere reikwijdte van de geruisloze overgang bij de aandelentransactie ten opzichte van de activa-passivatransactie rechtvaardigen. De economische neutraliteit, de rechtsvormneutraliteit en het rechtskarakter van de btw rechtvaardigen dit verschil niet. Op basis van de probleemstelling ga ik op zoek naar een oplossing waarmee deze onevenwichtigheden kunnen worden opgelost.

Ik ben van mening dat deze problematiek niet kan worden opgelost door een aanpassing van de faciliteit van artikel 19 en 29 Btw-richtlijn. Eerder zag ik op basis van de huidige wettekst en jurisprudentie geen ruimte om een transparance fiscale toe te passen bij de geruisloze overgang. Een oplossing kan zijn om de transparance fiscale in de Btw-richtlijn vast te leggen. Echter, een dergelijke mogelijkheid heeft niet mijn voorkeur. Zoals ik reeds in de voorgaande paragrafen aangaf, moet er een meer gelijke behandeling ontstaan tussen houdster- en niet-houdsterstructuren inzake verkoop- en aankoopkosten. Door het invoegen van een transparance fiscale wordt een deel van het probleem opgelost, maar niet het gehele probleem. Het door mij geconstateerde probleem gaat verder dan de toepassing van de geruisloze overgang en is naar mijn mening te herleiden naar de belastingplicht van de houdstervennootschappen en de vrijstelling van artikel 135 lid 1 onderdeel f Btw-richtlijn.

De positie van de houdstervennootschap binnen de btw is lastig en discutabel. Daarbij ben ik van mening dat door het uitbreiden van het begrip *economische activiteit* ook de problematiek rondom de ongelijke behandeling bij geruisloze overgang worden opgelost. Immers, als de belastingplicht wordt uitgebreid en een houdstervennootschap als vennootschap met een sturende en beleidsbepalende rol binnen een concern een economische activiteit uitvoert, kan de geruisloze overgang ook plaatsvinden.

²⁹⁴ Daarbij buiten beschouwing houdend dat een zuivere houdstervennootschap als een eindverbruiker en dus als een consument wordt aangemerkt.

²⁹⁵ Van Norden 2004.

Als de belastingplichtige houdster vennootschap zijn aandelenpakket overdraagt aan een overnemer die ook als houdster vennootschap een sturende en beleidsbepalende rol gaat aannemen, vindt daarmee de overdracht van een autonome economische activiteit plaats.

Naast de beperkte belastingplicht van houdster vennootschappen kan ook de vrijstelling een kernprobleem vormen. Een handeling met betrekking tot aandelen is vrijgesteld, terwijl wanneer de geruisloze overgang bij de activa-passivatransactie niet wordt toegepast, het afhankelijk is van de aard van de leveringen van goederen of diensten in hoeverre recht op aftrek van voorbelasting bestaat. Bij een vrijstelling heeft de wetgever doelbewust aanvaard dat cumulatie van btw optreedt. Naar mijn mening moeten zowel in het kader van de belastingplicht van houdster vennootschappen als in het kader van de vrijstelling van artikel 135 lid 1 onderdeel f Btw-richtlijn aanpassingen worden overwogen om tot een meer evenwichtige behandeling van de activa-passivatransactie en de aandelentransactie te komen. In de volgende paragraaf licht ik toe hoe ik deze wijzigingen voor me zie. Nogmaals, daarbij is naar mijn mening een wijziging van de faciliteit van de geruisloze overgang niet vereist.

Dit neemt niet weg dat ik wel kritiek heb op de geruisloze overgang. Zoals ik reeds in hoofdstuk vier heb toegelicht, ben ik van mening dat de faciliteit een ruimere werking moet toekomen dan in sommige arresten is geoordeeld. Daarnaast heb ik voorgesteld het voorzittingsvereiste te interpreteren als een *niet-liquidatie-vereiste*. Tot slot heb ik voorgesteld om een implementatie van artikel 173 lid 2 Btw-richtlijn verplicht te stellen.

6.4. Oplossingen voor de geconstateerde problemen

6.4.1. Inleiding

In het kader van de positie van de houdster vennootschappen zijn drie oplossingen te bepleiten, welke ik hierna afzonderlijk behandel. Hierbij ga ik in op (1) toelaten van de houdster vennootschap in de *fiscale eenheid*, (2) de *uitbreiding van de belastingplicht* zoals Blokland dat betoogt en (3) de *beperking van de belastingplicht* zoals Cornielje betoogt.

6.4.2. De fiscale eenheid

Een mogelijke oplossing is het toelaten van de niet-belastingplichtige houdster vennootschap tot de *fiscale eenheid*. Nederland staat dit momenteel met de Houdsterresolutie toe als het een houdster vennootschap betreft die een *sturende en beleidsbepalende* rol heeft.²⁹⁶ Deze oplossing is ook onder het huidige Europese recht mogelijk. Artikel 11 van de Btw-richtlijn, het artikel waarin de kanbepaling voor de fiscale eenheid is opgenomen spreekt namelijk over personen en niet over belastingplichtigen. Uit het arrest Commissie/Nederland²⁹⁷ blijkt dat het Hof van Justitie EU de Nederlandse Houdsterresolutie goedkeurt. Op basis van dit arrest, in samenhang met het arrest

²⁹⁶ Holdingresolutie van 18 februari 1991, nr. VB91/347.

²⁹⁷ HvJ EU 25 april 2013, nr. C-65/11 (Commissie/Nederland), V-N 2013/24.14.

Commissie/Ierland²⁹⁸, betoog ik dat een niet-belastingplichtige houdstervennootschap, onafhankelijk van of zij moeit in het beleid van de fiscale eenheid, kan worden gevoegd in een fiscale eenheid. Daarbij moet niet uit het oog worden verloren dat daarvoor economische, financiële en organisatorische verwevenheid is vereist. Het toelaten van een houdstervennootschap in de fiscale eenheid zorgt er volgens Van Norden voor dat de btw neutraal werkt, omdat het implementeren van een holdingstructuur geen invloed heeft op de btw-positie.²⁹⁹ Verder komt het toestaan van niet-belastingplichtigen in de fiscale eenheid ook overeen met de grondgedachte van de fiscale eenheid, zijnde de Duitse *Organschaftsgedachte*, die inhoudt dat personen die structureel zijn verbonden en onderling afhankelijk zijn, als één belastingplichtige moeten kwalificeren.³⁰⁰

Deze oplossing is momenteel de manier om de houdstervennootschap recht op aftrek van voorbelasting conform de pro rata van de fiscale eenheid toe te kennen. Men behandelt dan een eenheid fiscaal als één die ook in economisch opzicht één eenheid vormt.³⁰¹ Verder wordt door de verwevenheden, met name door de organisatorische en economische verwevenheden, verzekerd dat de niet-belastingplichtige een reële economische rol heeft binnen het concern. De zuivere houdstervennootschap die geen rol heeft binnen het concern blijft dus buiten de fiscale eenheid.

Echter, het toelaten van de niet-belastingplichtige houdstervennootschap tot de fiscale eenheid lost niet de problematiek op zoals die is geschetst in paragraaf 5.2.4. Als de houdstervennootschap zijn aandelen verkoopt, maakt dit nog niet dat deze aandelenverkoop een economische activiteit oplevert. Zoals blijkt uit het arrest AB SKF betekent het feit dat het verwerven en houden van aandelen een economische activiteit oplevert, nog niet zonder meer dat dit ook bij verkoop zo is. De geruisloze overgang kan enkel toepassing vinden als de aandelen deel uitmaken van een grotere zelfstandige eenheid. Een andere manier van redeneren is de mogelijkheid dat een aandelenpakket uit een fiscale eenheid wordt overgedragen aan een andere fiscale eenheid. In dat geval kan worden betoogd dat de geruisloze overgang wel toepassing kan vinden, omdat als gevolg van het arrest *Ampliscentifica*³⁰² de fiscale eenheid wordt gezien als één belastingplichtige.³⁰³ Alsdan worden niet de aandelen, maar de economische activiteit overgedragen die door de overnemende fiscale eenheid wordt voortgezet. Wanneer niet wordt overgedragen aan een andere fiscale eenheid, kan de geruisloze overgang geen toepassing vinden, omdat niet aan het voortzettingsvereiste kan worden voldaan.

Daarnaast is de fiscale eenheid territoriaal begrensd tot natuurlijke personen en lichamen die in Nederland zijn gevestigd of in Nederland een vaste inrichting hebben.³⁰⁴ Als dus sprake is van een houdstervennootschap die in België is gevestigd en de werkmaatschappijen zijn in Nederland

²⁹⁸ HvJ EU 9 april 2013, nr. C-85/11 (Commissie/Ierland), V-N 2013/24.13.

²⁹⁹ Van Norden 2007, par. 5.8.4.2.

³⁰⁰ Braun (red.) 2016, par. OB.2.1.6.I.d.

³⁰¹ Van Doesum & Van Norden 2009, par. 3 en 5.

³⁰² HvJ EG 22 mei 2008, nr. C-162/07 (*Ampliscentifica*), V-N 2008/25.20.

³⁰³ Cornielje 2017 (II), par. 4.3.3.

³⁰⁴ Braun (red.) 2016, par. OB.2.1.6.I.e.

gevestigd, kan deze oplossing geen soelaas bieden.³⁰⁵ Wil de oplossing beter werken, is mijns inziens nodig dat de territoriale beperking uit de richtlijn wordt verwijderd. Echter, het toestaan van de grensoverschrijdende fiscale eenheid werkt misbruik in de hand. Vermoedelijk wordt daarom de grensoverschrijdende fiscale eenheid niet in de Btw-richtlijn opgenomen. Daarom moeten andere oplossingen worden onderzocht. Dit neemt niet weg dat totdat een dergelijke oplossing bestaat, ik het aanbeveel dat Nederland de Houdsterresolutie niet intrekt.

6.4.3. De oplossing van Blokland

Blokland stelt in zijn proefschrift voor om alle *actieve deelnemers* belastingplichtig te maken. Met actieve deelnemers doelt hij op degenen die actief deelnemen in een economische activiteit van een andere belastingplichtige.³⁰⁶ Een voorbeeld is inmenging in het beheer van een economische activiteit. Hierbij is niet relevant of de inmenging onder bezwarende titel wordt verricht. Een zuivere houdstervennootschap of een zuivere aandeelhouder kan door actief deel te nemen belastingplichtig worden. Deze oplossing is naar mijn mening de juiste. Om deze oplossing te kunnen bewerkstelligen is volgens Blokland een wijziging van artikel 9 Btw-richtlijn nodig. Echter, in aanvulling op Blokland vind ik dat voor de actieve deelname aan een economische activiteit van een andere belastingplichtige is vereist dat de houdstervennootschap meer dan de helft van de stemrechten in bezit heeft. Immers, pas dan kunnen ook daadwerkelijk beslissingen worden genomen over het beleid van de dochtervennootschap. Dit kan mijns inziens worden gedaan door de tekst van artikel 9 lid 1 Btw-richtlijn te veranderen voor de volgende (dikgedrukt JK):

‘Als „belastingplichtige” (...) Als economische activiteit wordt in het bijzonder beschouwd:

- a. De exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.*
- b. De actieve deelname aan een economische activiteit van een andere belastingplichtige, waarbij de deelnemer en de andere belastingplichtige nauw financieel met elkaar zijn verbonden.***

Daarbij wil ik nog opmerken dat een definitie van actieve deelname mijns inziens niet in de Btw-richtlijn dient te worden opgenomen. De exacte scheidslijn tussen actieve deelname en passieve deelname moet in de jurisprudentie worden uitgewerkt. Verder ziet de actieve deelname ook op houdstervennootschappen die zich momenteel *tegen* vergoeding mengen in de economische activiteit van een andere belastingplichtige. Voor het bereiken de stemrechtseis heb ik gekozen om aan te sluiten bij de *financiële verwevenheid* zoals die geldt voor de fiscale eenheid. Uit een door de HR gewezen arrest blijkt dat aan de aandelen ook stemrecht moet zijn verbonden, het bezit van certificaten kwalificeert niet voor de financiële verwevenheid.³⁰⁷ In dit arrest is op deze algemene regel een uitzondering gemaakt. Wanneer de bezitter van de certificaten indirect alle inkomsten van een aandeelhouder geniet en door middel van bestuursfuncties ook de aan de aandelen verbonden zeggenschap uitvoert, is ook aan de financiële verwevenheid voldaan. Met deze aansluiting wordt

³⁰⁵ Zie ook Blokland 2017, par. 5.

³⁰⁶ Blokland 2016, par. 9.4.2.

³⁰⁷ HR 31 januari 2014, nr. 12/01314, V-N 2014/9.16

bewerkstelligd dat een vennootschap die actief deelneemt ook daadwerkelijk zeggenschap heeft over het beleid van de andere belastingplichtige.

Echter, met een wijziging van artikel 9 Btw-richtlijn is de gewenste oplossing nog niet bereikt. Een actieve houdstervenootschap die zich niet tegen vergoeding mengt, verricht geen leveringen van goederen of diensten onder bezwarende titel. Het gevolg daarvan is dat er onder het huidige btw-recht geen recht op aftrek van voorbelasting bestaat, aangezien daarvoor wordt aangesloten bij het verrichten van belaste handelingen.³⁰⁸ Blokland stelt in dit kader voor om voor het recht op aftrek van voorbelasting aan te sluiten bij het recht op aftrek van voorbelasting dat de belastingplichtige heeft waarin actief wordt deelgenomen. Hierbij moet dan een uitzondering bestaan voor goederen die door de houdstervenootschap zijn ingekocht ten behoeve van prestaties die zij zelf onder bezwarende titel verricht. De Nederlandse regering heeft al in de zaak Polysar een dergelijke benadering betoogd.³⁰⁹ Met een dergelijke benadering wordt bewerkstelligd dat de zuivere houdstervenootschap, mits hij actief deelneemt aan de economische activiteit van een andere belastingplichtige en dus een reële economische functie binnen een concern heeft die niet zonder meer door een particuliere belegger kan worden ingenomen, niet als eindverbruiker wordt aangemerkt.³¹⁰ Een nadeel is dat het recht op aftrek van voorbelasting afhangt van de belaste activiteiten van de dochtervenootschap. Verder kan het feit dat de dochtervenootschap in het buitenland is gevestigd, de bewijslast verzwaren.³¹¹

Een mogelijke parallel kan worden gevonden in het arrest ESET.³¹² In het arrest ESET staat de relatie tussen hoofdhuis en vaste inrichting centraal. Hierbij verricht een vaste inrichting voornamelijk interne prestaties ten behoeve van de economische activiteit van een in een andere lidstaat gevestigd hoofdhuis. De verwijzende rechter vraagt daarbij of de vaste inrichting de btw op de kosten die zijn gemaakt in de lidstaat waar de vaste inrichting is gevestigd en die zijn gemaakt ten behoeve van de economische activiteit van het hoofdhuis, in aftrek kan komen. Het Hof van Justitie EU oordeelt dat op grond van artikel 168 sub a Btw-richtlijn de kosten die zijn gemaakt in de ene lidstaat (A) in die lidstaat (A) in aftrek mogen komen als zij verband houden met economische activiteiten in een andere lidstaat (B) waarvoor recht op aftrek zou bestaan als ze in de eerste lidstaat zouden zijn verricht (A).³¹³ In het kader van deze problematiek zijn prejudiciële vragen gesteld in de zaak Morgan Stanley.³¹⁴ Met deze vragen wordt beoogd om de samenhang tussen de arresten ESET en Le Crédit Lyonnais³¹⁵, dat stelt dat omzet uit een andere lidstaat (B) niet mag worden meegenomen bij de pro rata berekening van het hoofdhuis in lidstaat A, te ontdekken. Uit deze arresten kan men de les trekken dat ook elders in de btw voor het recht op aftrek van voorbelasting moet worden gekeken naar een ander dan de

³⁰⁸ Blokland 2016, par. 9.4.3.

³⁰⁹ HvJ EG 20 juni 1991, nr. C-60/90 (Polysar Investment Netherlands b.v.), FED 1991/633.

³¹⁰ Blokland 2016, par. 9.4.3.

³¹¹ Ibid.

³¹² HvJ EU 21 juni 2016, nr. C-393/15 (ESET), V-N 2017/18.50.

³¹³ Merckx & Starkenburg 2017, par. 4. Zie dit artikel ook voor de discussie of een beschikking bij dit arrest op zijn plaats is.

³¹⁴ HvJ EU 3 april 2017, nr. C-165/17 (Morgan Stanley), (prejudiciële vragen).

³¹⁵ HvJ EU 12 september 2013, nr. C-388/11 (Le Crédit Lyonnais), V-N 2013/48.15.

belastingplichtige zelf, al gaat het hier om de relatie vaste inrichting – hoofdhuis en niet deelneming – houdstervennootschap.

Blokland geeft een rekenvoorbeeld voor de situatie dat er een houdstervennootschap is die zich niet tegen vergoeding moet in het beheer van een dochtervennootschap (D) en D zich vervolgens niet tegen vergoeding moet in het beheer van een kleindochtervennootschap (KD). De houdstervennootschap maakt kosten voor een geconsolideerde jaarrekening, D presteert 100% belast en KD presteert 70% belast. Zowel D als KD hebben een omzet van € 100.000,-.³¹⁶ KD heeft dus een belaste omzet van € 70.000,-. Aangezien de omzet van beide dochtervennootschappen € 100.000,- is, krijgt de houdstervennootschap recht op aftrek van voorbelasting voor:

$$\frac{€100.000 + €70.000}{€200.000} \times 100\% = 85\%$$

Een nadeel van deze manier van berekenen is dat het een lastige rekensom met zich meebrengt als er een lange ketting is van vennootschappen die ononderbroken actief deelnemen in de vennootschap waarmee zijn financieel zijn verbonden. Daarnaast is hier, in tegenstelling tot bij de geruisloze overgang³¹⁷, direct duidelijk tot welk niveau moet worden doorgekeken, namelijk tot het niveau van de vennootschap die zich niet meer moet in het beheer van de vennootschap die daaronder hangt. Hoewel ik direct toegeef dat een dergelijke benadering lastig uitvoerbaar kan zijn, vind ik dat hiermee recht wordt gedaan aan het rechtskarakter en de neutraliteit van de btw. Bovendien wordt nu de situatie bereikt met betrekking tot aan- en verkoopkosten zoals ik die in paragraaf 6.3.2 en 6.3.3 heb geschetst. Een houdstervennootschap krijgt nu recht op aftrek van voorbelasting voor aan- en verkoopkosten conform de pro rata van de belastingplichtigen waarin zij zich moet. Een houdstervennootschap die een wezenlijke economische functie vervult binnen een concern, wordt op deze manier toch ontlast van de voorbelasting die op dat niveau drukt op een meer neutrale wijze dan wanneer bij de geruisloze overgang een transparance fiscale wordt toegepast. Het feit dat deze neutralere wijze van aftrek van voorbelasting op deze manier kan worden bereikt, geeft de doorslag om niet de geruisloze overgang aan te passen, maar de belastingplicht van de houdstervennootschap.

Om een dergelijk recht op aftrek van voorbelasting in de Btw-richtlijn te kunnen opnemen, moet mijns inziens een nieuw artikel 175b Btw-richtlijn worden opgenomen. De tekst daarvan luidt:

1. *Indien een belastingplichtige op grond van artikel 9, lid 1, punt b) belastingplichtig is, wordt het aftrekbare gedeelte gesteld op het aftrekbare gedeelte, zoals overeenkomstig artikel 173, 174 en 175 is bepaald, dat geldt bij de belastingplichtige waarin actief wordt deelgenomen*
2. *Indien een belastingplichtige naast de belastingplicht op grond van artikel 9, lid 1, punt b) andere belaste handelingen verricht overeenkomstig artikel 168, 169 en 170, wordt het aftrekbare gedeelte voor kosten die rechtstreeks verband houden met deze handelingen bepaald overeenkomstig artikel 173, 174 en 175.*

³¹⁶ Voorbeeld ontleend aan Blokland 2016, par. 9.4.3.

³¹⁷ Zie hiervoor meer concreet par. 5.3.1.

3. *Indien een belastingplichtige actief deelneemt in economische activiteiten van meerdere belastingplichtigen, wordt het aftrekbare gedeelte als bedoeld in lid 1 bepaald op basis van de verhouding van de per jaar berekende omzet, btw niet inbegrepen, van de belastingplichtigen waarin actief wordt deelgenomen.*
4. *Indien de belastingplichtige waarin actief wordt deelgenomen ook belastingplichtig is op grond van artikel 9, lid 1, punt b) wordt het aftrekbare gedeelte van de in lid 1 genoemde belastingplichtige bepaald op basis van de verhouding van de per jaar berekende omzet, btw niet inbegrepen, van de belastingplichtigen waarin actief wordt deelgenomen.*
5. *Indien de situatie overeenkomstig lid 3 en lid 4 zich tegelijkertijd voordoen, wordt eerst de berekening gemaakt op basis van lid 4 alvorens de berekening van lid 3 te maken. Voor de berekening op basis van lid 3 dient in de per jaar berekende omzet de omzet te worden begrepen van alle belastingplichtigen die in de berekening op basis van lid 4 zijn meegenomen.*

Een voorbeeld van de uitwerking van deze bepaling is opgenomen in bijlage 1.

Als beide Richtlijnwijzigingen in samenhang worden bekeken, heeft deze visie als voordeel dat recht wordt gedaan aan de neutraliteit en het rechtskarakter van de btw. Een ander voordeel is dat de geruisloze overgang bij aandelentransacties eerder plaats kan vinden. Immers, als een houdstervennootschap actief deelneemt in een dochtervennootschap, dan wordt dat conform het nieuwe artikel 9 lid 1 onderdeel b Btw-richtlijn gezien als een economische activiteit. Daarbij kan de economische activiteit van het actief deelnemen worden overgedragen en kan de geruisloze overgang toepassing vinden. Daarnaast werkt in dit geval het recht op aftrek van voorbelasting neutraal uit ten opzichte van de activa-passivatransactie. Als de dochtervennootschap een activa-passivatransactie zou aangaan, dan heeft zij conform Abbey National I recht op aftrek van voorbelasting op de aankoopkosten conform de pro rata. Als een houdstervennootschap zich enkel moeit in het beheer van één dochtervennootschap en hij vervreemdt de aandelen in deze dochtervennootschap, heeft hij ook recht op aftrek conform de pro rata die in dit geval door toepassing van artikel 175b Btw-richtlijn bestaat uit de pro rata van de dochtervennootschap. Dit beeld vertroebelt als de houdstervennootschap zich moeit in meerdere deelnemingen en het aftrekbare gedeelte van de houdstervennootschap wordt bepaald aan de hand van de omzetverhoudingen. Deze komt dan niet meer één-op-één overeen met de pro rata van de dochtervennootschap waarin de aandelen worden vervreemd.

6.4.4. De oplossing van Cornielje

Cornielje stelt voor om in het kader van de rechtszekerheid en fiscale neutraliteit een specifieke bepaling op te nemen met betrekking tot het houden, verkrijgen en overdragen van aandelen. Volgens hem dient enkel de verkoop van aandelen als belastbare handeling te worden aangemerkt wanneer de effecten de plaats van handelsvoorraad innemen bij een effectenhandelaar.³¹⁸ Dit heeft tot gevolg van de verkoop van een deelneming steeds buiten de reikwijdte van de btw plaatsvindt, tenzij sprake is van een effectenmakelaar. De kosten die de overdrager maakt met het oog op de verkoop worden vermoedelijk conform de Midland Bank-doctrine aangemerkt als algemene kosten. Als sprake is van een zuivere houdstervennootschap, bestaat er geen recht op aftrek van voorbelasting.

³¹⁸ Ibid.

Ik kan mij vinden in de visie van Cornielje dat een zuivere houdstervennootschap die enkel deelnemingen houdt om dividend te ontvangen en niet moeit volledig buiten de btw moet blijven. Echter, ik vind zijn oplossing te strikt. Immers, nog steeds bestaat het onevenwichtige onderscheid tussen houdster- en niet-houdsterstructuren. Dit probleem wordt door de oplossing van Blokland wel ondervangen en de zuivere houdstervennootschap die zich op geen enkele manier mengt in het beheer, blijft daarbij ook buiten de reikwijdte van de btw. Ook lost deze oplossing de ongelijke behandeling van de activa-passivatransactie en de aandelentransactie niet op, terwijl dat in de oplossing van Blokland wel grotendeels gebeurt. Het enige voordeel van deze oplossing ten opzichte van die van Blokland is de eenvoud. Ik vind echter dat een juiste toepassing van het rechtskarakter en neutraliteit van de btw zijn te prevaleren boven de eenvoud. Daarnaast heb ik met het voorbeeld van bijlage 1 aangetoond dat een dergelijke berekening lastig is, maar niet onmogelijk.

6.4.5. Mijn oplossing

Zoals ik zojuist al heb aangegeven, acht ik de oplossing van Blokland, die door mij verder is uitgewerkt, de meest juiste. De nadelen van zijn oplossing zijn inmiddels ook de revue gepasseerd. Deze wegen mijns inziens niet op tegen de voordelen, zijnde:

- De keuze tussen een houdsterstructuur en een structuur waarbij beheersdiensten intern worden gehouden, pakt voor de btw neutraal uit. De door van Norden bepleite concernbenadering komt hierdoor meer nadrukkelijk naar voren.³¹⁹
- De toepassing van de geruisloze overdracht met betrekking tot de aandelentransactie wordt ruimer en sluit beter aan bij de toepassing van de geruisloze overdracht bij de activa-passivatransactie.
- Een houdstervennootschap die zich niet moeit in het beheer van de dochtervennootschappen, blijft voor de btw een eindverbruiker.
- De houdstervennootschap die zich moeit in het beheer van zijn dochtervennootschappen, maar dit niet tegen vergoeding doet, krijgt nu aftrek van voorbelasting conform een pro rata die kan worden aangeduid als de ‘concern pro rata’.

Daarbij merk ik wel op dat deze constatering voornamelijk is gedaan vanuit de bril van dit onderzoek, zijnde de geruisloze overgang. Voordat daadwerkelijk tot een aanpassing van de Btw-richtlijn kan worden overgegaan, is verder onderzoek nodig naar de uitbreiding van de reikwijdte van de belastingplicht en de alternatieve wijze van berekenen van het recht op aftrek van voorbelasting.

Echter, voor mij blijft er één knelpunt bestaan. Als de geruisloze overdracht niet van toepassing is op de aandelenoverdracht, is de vrijstelling van artikel 135 lid 1 onderdeel f Btw-richtlijn van toepassing. Met de betoogde oplossing van Blokland is echter naar mijn mening snel sprake van een autonome economische activiteit bij een aandelentransactie. Bij de overige aandelentransacties is dan, de schending van de neutraliteit ten spijt, sprake van een vrijgestelde handeling. Door de oplossing van

³¹⁹ Zie Van Norden 2007, hoofdstuk 8.

Blokland in te voeren, wordt het probleem dus al verminderd. Echter, met mijn standpunt in het achterhoofd dat de wetgever vermoedelijk dergelijke aandelentransacties niet heeft willen vrijstellen, zie ik hier een knelpunt. Toch ben ik van mening dat ik, gezien het onderwerp van het onderzoek, geen voorstel kan doen tot wijziging van de vrijstelling. Om de vrijstelling te kunnen wijzigen is mijns inziens een meer diepgravend onderzoek nodig naar alle situaties die worden geraakt door artikel 135 lid 1 onderdeel f Btw-richtlijn. Pas nadat een dergelijk onderzoek is verricht, is het mogelijk een wijziging van de vrijstelling voor te stellen. Daarnaast kan men met de stand van de huidige jurisprudentie, ondanks mijn afwijkende standpunt, pro rata aftrek op de verkoopkosten bewerkstelligen. Daarom is, in het kader van mijn onderzoeksvraag en gezien de huidige stand van de jurisprudentie, mijn aanbeveling om de vrijstelling voorlopig te laten bestaan in zijn huidige vorm.

6.5. Deelconclusie

In dit hoofdstuk heb ik allereerst de bevindingen uit de hoofdstukken vier en vijf getoetst aan het in hoofdstuk twee geformuleerde toetsingskader. Daarbij ben ik tot de conclusie gekomen dat de figuur van de geruisloze overgang binnen de btw, op enkele onduidelijkheden na, niet de oorzaak is van de ongelijke behandeling van de aandelentransactie en de activa-passivatransactie. Deze ongelijke behandeling wordt veroorzaakt door de lastige positie van de houdstervennootschap en door de vrijstelling van artikel 135 lid 1 onderdeel f Btw-richtlijn.

Om te kijken of de behandeling van de activa-passivatransactie en aandelentransactie meer in lijn kunnen worden gebracht met het toetsingskader, heb ik drie oplossingen besproken. Allereerst de mogelijkheid tot het opnemen van de houdstervennootschap in de fiscale eenheid. Deze oplossing kan naar mijn mening door Nederland unilateraal worden uitgevoerd tot er een meer structurele oplossing bestaat. De oplossing van Blokland, waarbij de houdstervennootschap die actief deelneemt in de economische activiteit van een andere belastingplichtige én financieel verweven is met die belastingplichtige, als belastingplichtige wordt aangemerkt, is naar mijn mening een goede oplossing. Deze belastingplichtige krijgt dan een recht op aftrek van voorbelasting conform de pro rata van de belastingplichtige waarin deze actief deelneemt. Om een dergelijke wijziging van de Btw-richtlijn te kunnen bewerkstelligen, heb ik de wijziging van artikel 9 Btw-richtlijn en de invoering van artikel 175b Btw-richtlijn voorgesteld. Met deze oplossing wordt bewerkstelligd dat enerzijds de behandeling van de aandelen- en de activa-passivatransactie meer in lijn liggen met het toetsingskader en wordt gerealiseerd dat het verschil in btw-behandeling tussen een houdster- en een niet-houdsterstructuur wordt gereduceerd. De oplossing van Cornielje, bestaande uit het beperken van de belastingplicht tot de effectenmakelaardij, acht ik minder passend. De vrijstelling van artikel 135 lid 1 onderdeel f Btw-richtlijn kan naar mijn mening blijven bestaan, omdat mijn onderzoek niet voldoende is gericht op de vrijstelling om daar een conclusie over te kunnen trekken.

Hoofdstuk 7: Een vergelijking met de fusiefaciliteiten in de Fusierichtlijn

7.1. Inleiding

In dit hoofdstuk maak ik een vergelijking tussen de fusiefaciliteiten zoals die op Europees niveau zijn geregeld in de directe belastingen en de fusiefaciliteiten zoals die zijn geregeld in de indirecte belastingen. De volgende deelvraag staat daarbij centraal:

In hoeverre stemmen de faciliteiten die uit de Fusierichtlijn volgen overeen met de faciliteit voor de geruisloze overgang die uit de Btw-richtlijn volgt en zijn de daaruit voortvloeiende overeenkomsten en verschillen te verklaren aan de hand van doel en strekking van beide regelingen en beide belastingsoorten?

De tweede paragraaf geeft een inleiding in de achtergrond van de Fusierichtlijn om de overgang van indirecte naar directe belastingen te vergemakkelijken. Daar de Fusierichtlijn conform artikel 3 onder c juncto deel B enkel ziet op de Nederlandse VPB, passeert alleen de VPB de revue. Allereerst moet worden opgetekend dat naast de fiscale Fusierichtlijn ook een civiele Fusierichtlijn bestaat die het civiele kader verzorgt voor de handelingen die de fiscale Fusierichtlijn in artikel 2 behandelt.³²⁰ Ik ga verder niet op de civiele Fusierichtlijn in. Vervolgens zet ik in de derde paragraaf doel en strekking van beide regelingen uiteen. De vierde paragraaf ziet op de werking van de Fusierichtlijn en de vijfde op het grensoverschrijdende karakter van de btw-faciliteit. In de zesde t/m de negende paragraaf bespreek ik de vormen van fusie en overname die in de Fusierichtlijn worden genoemd. Het onderzoek richt zich voornamelijk op de Fusierichtlijn en niet op de implementatie daarvan in de verschillende lidstaten. Gezien het feit dat mijn btw-onderzoek zich richt op artikel 19 en 29 Btw-richtlijn en niet op de implementatiewetgeving daarvan, lijkt mij dit de meest zuivere vergelijking. In iedere paragraaf wordt nagegaan of een dergelijke transactie ook voor btw-doeleinden geruisloos kan plaatsvinden en onderzoek ik of eventuele verschillen en/of overeenkomsten kunnen worden verklaard aan de hand van doel en strekking van beide regelingen. In de negende paragraaf wordt een conclusie getrokken en worden aanbevelingen gedaan. Het hoofdstuk eindigt met een deelconclusie.

Overigens is bij een vergelijking van de fusiefaciliteiten de behandeling van aan- en verkoopkosten erg interessant. In de btw kan, afhankelijk van de concrete situatie, recht op volledige aftrek of recht op pro rata aftrek bestaan. Bij de Nederlandse deelnemingsvrijstelling is echter de keuze gemaakt om aan- en verkoopkosten onder de deelnemingsvrijstelling te brengen. De aan- en verkoopkosten zijn daarom niet aftrekbaar. Onduidelijk is wat de Nederlandse wetgever onder aan- en verkoopkosten verstaat. Recent zijn de standpunten van de wetgever hieromtrent gepubliceerd naar aanleiding van een WOB-verzoek.³²¹ De niet-aftrekbaarheid in de VPB en de mogelijke aftrekbaarheid in de btw kan voor een spanningsveld zorgen.³²² Echter, gezien de focus op het Europese recht in deze scriptie, behandel ik deze problematiek niet.³²³

³²⁰ Boulogne 2016, par. 1.

³²¹ Brief ministerie van Financiën, 26 april 2016, nr. DGB2010/1423U.

³²² Hofman 2017, par. 2.

³²³ Zie bijv. het recente arrest van Hof Arnhem – Leeuwarden 31 januari 2017, nr. 16/00228 en nr. 16/00262, *NTFR* 2017/539.

7.2. Inleiding tot de beide belastingsoorten

7.2.1. Inleiding in de heffingswijze

In de directe belastingen spelen andere problemen bij fusies en overnames dan in de btw. Waar de btw een transactiebelasting is, heeft een directe belasting als de VPB een ander karakter en een andere heffingswijze. Qua *heffingswijze* bestaat het verschil tussen directe en indirecte belastingen. De btw is een indirecte belasting en wordt geheven bij een ander dan degene die de belastinglast draagt. De belasting wordt niet geheven bij de consument, maar bij degene bij wie de consument zijn bestedingen doet.³²⁴ De VPB is een vorm van een directe belasting. Deze wordt geheven van het belastingplichtige lichaam zelf en de belastinglast en -plicht liggen juridisch gezien bij ditzelfde lichaam. Dit onderscheid is voor dit onderzoek van belang vanuit Europees oogpunt. In artikel 113 VWEU is namelijk geregeld dat de omzetbelasting wordt geharmoniseerd voor zover harmonisatie noodzakelijk is om de instelling en werking van de interne markt te bewerkstelligen en concurrentievervalsingen te voorkomen. Dit in tegenstelling tot de directe belastingen. De bevoegdheid tot het vaststellen van directe belastingen ligt bij de lidstaten zelf. Alle harmonisatie die op het gebied van de directe belastingen is ingevoerd, vindt zijn basis in artikel 115 VWEU, het algemene harmonisatieartikel voor wetgeving met een invloed op de gemeenschappelijke markt.³²⁵ Daarnaast wordt in discussies rondom de harmonisatie van directe belastingen vaak gewezen op het subsidiariteitsbeginsel van artikel 5 lid 3 VEU.³²⁶ Het subsidiariteitsbeginsel stelt dat een hogere instantie (de EU) geen taken op zich moet nemen wanneer lagere overheden de taken zelf kunnen afhandelen.

Ook hebben beide belastingen een ander *karakter*. Met de btw wordt getracht om de particuliere consumptie in de heffing te betrekken. De VPB belast de winst van lichamen. De VPB strekt zich uit tot alle *ondernemingswinsten* die worden behaald door belastingplichtige subjecten.³²⁷ Bij het begrip winst voor Nederlandse VPB-doeleinden moet een onderscheid worden gemaakt tussen *totaal-* en *jaarwinst*. Voor dit onderzoek is enkel relevant op te merken dat onder de totaalwinst³²⁸ van een onderneming wordt verstaan het eindvermogen van een onderneming minus het beginvermogen. Hier moeten de privéonttrekkingen bij worden opgeteld en de kapitaalstortingen van worden afgetrokken.³²⁹ Onttrekkingen en stortingen zijn handelingen waarmee ondernemingsvermogen wordt overgeheveld naar privé en vice versa. De jaarwinst is vervolgens het deel van de totaalwinst dat aan een bepaald jaar wordt toegerekend.³³⁰ Doordat de VPB en de btw een ander karakter hebben, vergelijk ik hier feitelijk twee ongelijken met elkaar. Volledige parallellen tussen beide belastingen kan ik dus niet trekken. Wel kan ik op basis van de wijze van hoe het in de directe belastingen is geregeld, inspiratie opdoen voor vormgeving in de Btw-richtlijn.

³²⁴ Wijtvlit 2014, par 3.3.1.

³²⁵ Weber & Brandsma (red.) 2016, par. 2.0.1.A.

³²⁶ Weber & Brandsma (red.) 2016, par. 4.0.1.

³²⁷ Van der Burgt (red.) 2016, par. 0.0.0.

³²⁸ Zie artikel 8 Wet VPB 1969 juncto artikel 3:8 Wet IB 2001.

³²⁹ Van Kempen (red.) 2016, par. 3.2.6.A.

³³⁰ Zie artikel 8 Wet VPB 1969 juncto artikel 3:25 Wet IB 2001.

7.2.2. Inleiding in de fusieproblematiek in de directe belastingen

Bij een fusie of overname kan het gebeuren dat één of meerdere VPB-plichtigen als gevolg van de fusie of overname ophouden te bestaan. Alsdan beëindigt vanuit het oogpunt van de VPB de subjectieve belastingplicht. Artikel 15d Wet VPB 1969 bepaalt dat bij het ophouden van het genieten van in Nederland belastbare winst voordelen die niet reeds uit anderen hoofde in aanmerking zijn genomen, worden gerekend tot de winst van het jaar waarin belastingplichtige ophoudt om in Nederland belastbare winst te genieten. Met andere woorden, wanneer een subjectief belastingplichtige ophoudt te bestaan, wordt het eindvermogen bepaald. Aan de hand van dat eindvermogen kan de totaalwinst worden bepaald en wordt alle jaarwinst die nog niet eerder is belast, belast in het jaar van staking.

Een dergelijke afrekening kan tot een aanzienlijke fiscale last leiden, terwijl er bij een fusie of overname geen liquide middelen worden ontvangen om deze belastingschuld te kunnen voldoen.³³¹ In dat kader zijn in de Wet VPB 1969 faciliteiten opgenomen voor de bedrijfsfusie, juridische fusie en juridische (af)splitsing. Daarnaast verwijst artikel 8 Wet VPB 1969 naar artikel 3:55 Wet IB 2001 waarin de aandelenfusie is geregeld. Deze artikelen voorzien, grof gesteld, in twee mogelijkheden: de fusie of overname kan *ruisend* of *geruisloos* plaatsvinden. Wanneer de fusie of overname ruisend plaatsvindt, wordt afgerekend over de stille reserves, fiscale reserves en goodwill. Wanneer de fusie of overname geruisloos plaatsvindt, vindt er geen fiscale afrekening plaats en treedt de overnemer ten aanzien van alle vermogensbestanddelen die in het kader van de fusie of overname zijn verkregen in de plaats van de overdrager (*fiscale indeplaatsstelling*). De geruisloze faciliteit voorziet dus in behoud van liquiditeiten. Hiermee wordt hetzelfde doel nagestreefd als met artikel 19 en 29 Btw-richtlijn.

In grensoverschrijdende situaties ontstaat het probleem dat lidstaten, waaronder Nederland, niet bereid zijn om fiscale facilitering toe te staan. Dit omdat de vermogensbestanddelen na de fusie of overname het Nederlandse heffingsterritoir hebben verlaten. Dit betekent dat de fiscale facilitering in Nederland enkel een uitstel van belastingheffing tot gevolg heeft, terwijl in grensoverschrijdende situaties sprake is van afstel. Daarbij moet worden opgetekend dat in de meeste gevallen het land waarin de ontvangende vennootschap is gevestigd, een step-up verleent. Dit betekent dat de ontvangen vermogensbestanddelen op de openingsbalans op hun waarde in het economische verkeer worden gesteld. In de meeste gevallen blijven dan de stille reserves, fiscale reserves en goodwill uit de periode dat de vennootschap in Nederland subjectief belastingplichtig was onbelast. Zonder dwingende regelgeving van de EU faciliteren lidstaten daarom grensoverschrijdende fusies of overnames niet.³³²

Één van de doelstellingen van de EU het instellen van een interne markt is waarin vrij verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal is gewaarborgd.³³³ Het niet toestaan van

³³¹ Terra & Wattel 2012, par. 10.2.

³³² Boulogne 2016, par. 1.

³³³ Zie daarvoor artikel 3 lid 3 VEU.

grensoverschrijdende fusies en overnames kan de totstandkoming van deze interne markt belemmeren. Reeds in 1969 is daarom door de EG een richtlijnvoorstel gedaan dat zag op grensoverschrijdende fusies, splitsingen en inbreng van activa.³³⁴ De Fusierichtlijn is laatstelijk gewijzigd op 19 oktober 2009. Met deze meest recente wijziging is beoogd om ten opzichte van de vorige richtlijn meer duidelijkheid en toegankelijkheid te bieden.³³⁵ Tot slot is de Fusierichtlijn een richtlijn. Een richtlijn is enkel verbindend ten aanzien van het resultaat. De nationale overheden zijn dus vrij in hun keuze wat betreft implementatie, als het beoogde resultaat maar op de juiste wijze wordt bereikt.

7.3. Doel en strekking van beide regelingen

7.3.1. De Fusierichtlijn

In de preambule van de Fusierichtlijn zijn doel en strekking van de richtlijn geformuleerd. Daaruit blijkt dat met de Fusierichtlijn is beoogd om fiscale obstakels die lidstaten toewerpen aan grensoverschrijdende fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruilen weg te nemen. Daarnaast is met de Fusierichtlijn beoogd om de heffingsrechten van lidstaten veilig te stellen, zodat de lidstaat van de inbrengende belastingplichtige zijn heffingsrechten behoudt over de aangegroeide stille reserves, fiscale reserves en goodwill van de ingebrachte goederen.³³⁶ Het primaire doel van de Fusierichtlijn is dus om de interne markt te bevorderen door fiscale obstakels die bij grensoverschrijdende fusies of overnames door lidstaten worden opgeworpen, weg te nemen.

7.3.2. De faciliteit van artikelen 19 en 29 Btw-richtlijn

Met de geruisloze overgang van de artikelen 19 en 29 Btw-richtlijn wordt beoogd om bedrijfsoverdrachten te vereenvoudigen. Daarnaast wordt met de faciliteit van artikel 19 en 29 Btw-richtlijn beoogd om betrokken partijen niet onnodig financieel te belasten. De uniewetgever heeft willen voorkomen dat de aankopende partij de btw voor de aankoop eerst moet voorfinancieren om hem daarna (wanneer een volledig recht op aftrek van voorbelasting bestaat) weer af te trekken in zijn eerstvolgende btw-aangifte. Met deze doelstelling wordt recht gedaan aan de benadering dat fusies en overnames zonder extra financiële last moeten kunnen plaatsvinden. Daarnaast is in het Zita Modes-arrest door A-G Jacobs aangehaald dat met de geruisloze overgang insolventiefraude kan worden voorkomen. Voor een meer diepgaande bespreking van doel en strekking van de artikelen 19 en 29 Btw-richtlijn verwijs ik terug naar paragraaf 3.7.3.

7.4. Algehele systematiek van de Fusierichtlijn

In beginsel ziet de Fusierichtlijn op grensoverschrijdende rechtshandelingen. Echter, in sommige gevallen kunnen rechtshandelingen die binnen één lidstaat worden verricht ook onder het bereik van de Fusierichtlijn vallen. Hierbij wijs ik op het arrest Leur Bloem³³⁷ waarin sprake was van een

³³⁴ Voorstel voor een gemeenschappelijke regeling voor fusies, splitsingen en inbreng van activa met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten van de Raad van 15 januari 1969, COM 69/5.

³³⁵ Weber & Brandsma (red.) 2016, par. 7.2.0.B.

³³⁶ Boulogne 2016 (II), par. 2.1.

³³⁷ HvJ EG 17 juli 1997, nr. C-28/95 (Leur-Bloem), *BNB* 1998/32.

aandelenfusie waarbij in Nederland gevestigde vennootschappen waren betrokken. Het Hof van Justitie EU heeft in deze zaak geoordeeld dat wanneer een lidstaat bij de implementatie van een Europese richtlijn heeft gekozen om deze ook van toepassing te laten zijn op zuiver interne situaties, deze zuiver interne situaties ook worden beheerst door het Unierecht. Daarnaast is uit het arrest A Oy gebleken dat als bij een rechtshandeling een vennootschap is betrokken die in een EER-lidstaat is gevestigd, de Fusierichtlijn geen toepassing vindt.³³⁸

Uit artikel 1 Fusierichtlijn blijkt dat de richtlijn alleen moet worden toegepast als vennootschappen van twee of meer lidstaten bij de rechtshandeling zijn betrokken. Artikel 3 Fusierichtlijn geeft vervolgens de definitie van een ‘vennootschap van een lidstaat’, waarvoor de volgende eisen gelden:

- a. Artikel 3 onderdeel a Fusierichtlijn vereist dat de vennootschap een *rechtsvorm* heeft als genoemd in bijlage I, deel A. Deze lijst is uitputtend geformuleerd. Wanneer vennootschappen een rechtsvorm hebben die niet in deze lijst wordt genoemd, is de Fusierichtlijn niet van toepassing, zo blijkt ook uit het arrest Gaz de France.³³⁹ Enige kritiek op deze lijst is dat door de keuze voor een lijst nieuwe rechtsvormen, tenzij de richtlijn wordt gewijzigd, geen beroep kunnen doen op de Fusierichtlijn. Het voordeel van een dergelijke lijst daarentegen is gelegen in de rechtszekerheid. Boulogne pleit daarbij voor vervanging door algemene begrippen of criteria.³⁴⁰ Echter, deze optie leidt naar mijn mening tot rechtsonzekerheid en nieuwe jurisprudentie. Immers, bij algemene criteria kan het onduidelijk zijn welke rechtsvormen kwalificeren. Daarnaast worden twijfelgevallen voorgelegd aan de rechter. Mij lijkt het toevoegen van bezemclausules een beter voorstel. Met een bezemclausule, zoals ‘alle rechtsvormen naar Nederlands recht’, kan het probleem van de uitputtende lijst of de algemene criteria worden opgelost.
- b. Artikel 3 onderdeel b Fusierichtlijn vereist dat de vennootschap volgens de fiscale wetgeving van een lidstaat wordt geacht fiscaal *in die lidstaat te zijn gevestigd*. Daarnaast mag de vennootschap niet door een met een derde land gesloten dubbelbelastingverdrag worden geacht buiten de EU te zijn gevestigd. Voor het bepalen van de fiscale vestigingsplaats wordt door de richtlijn terugverwezen naar de nationale fiscale wetgeving. De richtlijn laat zich daarbij niet uit over welke criteria door de lidstaten aan de fiscale vestigingsplaats kunnen worden gesteld.³⁴¹
- c. Artikel 3 onderdeel c Fusierichtlijn stelt een *onderworpenheidseis*. De vennootschap moet zonder mogelijkheid van keuze en zonder ervan te zijn vrijgesteld, zijn onderworpen aan een belasting die is genoemd in bijlage I, deel B of aan enige andere belasting die in de plaats zou komen van één van die belastingen. Voor Nederland is dat de VPB.

Wanneer de beide in artikel 2 Fusierichtlijn genoemde lichamen vennootschappen van een lidstaat zijn, komen zij in aanmerking voor fiscale facilitering. Artikel 4 lid 1 en artikel 9 van de Fusierichtlijn

³³⁸ HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-48/11 (A Oy), *V-N* 2012/40.19.51.

³³⁹ HvJ EU 1 oktober 2009, nr. C-247/08 (Gaz de France), *NTFR* 2009/2231.

³⁴⁰ Boulogne 2016 (II), par. 2.3.

³⁴¹ Weber & Brandsma (red.) 2016, par. 7.2.3.C.b.

regelen dat de in artikel 2 Fusierichtlijn genoemde rechtshandeling niet leiden tot enigerlei belastingheffing over de vermogenswinst die wordt bepaald door het verschil tussen de werkelijke waarde en de fiscale waarde van de ingebrachte activa en passiva. In plaats daarvan regelt artikel 4 lid 4 van de Fusierichtlijn dat de ingebrachte activa en passiva gaan behoren tot een *vaste inrichting* van de ontvangende vennootschap. Door deze vaste inrichtingseis wordt bewerkstelligd dat de lidstaat waarin de ongerealiseerde meerwaarden zijn opgekomen het heffingsrecht over deze meerwaarden behoudt tot het moment van realisatie.³⁴² Hiermee creëer je uitstel van belastingheffing. Hierdoor is geen sprake van afstel van belastingheffing, waardoor geen inbreuk ontstaat op het soevereine heffingsrecht van binnen het territoire van de desbetreffende lidstaat ontstane meerwaarden. Met het vaste inrichtingsbegrip wordt aangesloten bij het internationale belastingrecht. In de meeste verdragen die zijn ingegeven door het OESO-Modelverdrag is de vaste inrichting het aanknopingspunt voor heffing in de bronstaat en moet diensgevolge de woonstaat voorkoming van dubbele belasting verlenen.³⁴³ Boulogne is van mening dat de vaste inrichtingseis te star is.³⁴⁴ Immers, uit het arrest National Grid Indus is reeds gebleken dat wanneer er geen vaste inrichting achterblijft in een lidstaat, dit de lidstaten er niet van kan weerhouden om (onder door het Hof van Justitie EU gestelde voorwaarden) de stille reserves van de overgedragen activa te belasten.³⁴⁵ Artikel 5 van de door lidstaten te implementeren ATAD voorziet in een codificatie van de jurisprudentie omtrent de exitheffingen, waaronder National Grid Indus.³⁴⁶ Deze richtlijn bestond ten tijde van de publicatie van het proefschrift van Boulogne nog niet en is des te meer een aanwijzing dat dit aspect van de Fusierichtlijn mogelijk is achterhaald. In artikel 4 lid 2 onderdeel b is vervolgens geregeld dat hetgeen is ingebracht, bijdraagt aan de belastinggrondslag in de lidstaat van de inbrenger. Deze eis is ingegeven vanuit de wens om de belastingclaim in de lidstaat van de inbrenger te waarborgen. Met het oog op de lidstaat van de verkrijger is in lid 4 geregeld dat ter zake van de ingebrachte activa en passiva in die lidstaat dezelfde regels inzake afschrijving, meerwaarden en waardeverminderingen bij de overnemer van toepassing zijn als vóór de fusie. Feitelijk regelt dit lid de fiscale indeplaatstreding. Tot slot is in artikel 4 lid 5 Fusierichtlijn geregeld dat wanneer de lidstaat van de verkrijgende vennootschap voor activa en passiva niet dezelfde regels inzake afschrijvingen, meerwaarden en waardeverminderingen bij de overnemer toestaat, voor de activa en passiva waarbij niet dezelfde regels worden toegepast, de fiscale facilitering niet van toepassing is.

In de artikelen 5 en 6 van de Fusierichtlijn wordt de overneming van reserves respectievelijk van verliezen geregeld. Deze artikelen zijn voor het verdere onderzoek inhoudelijk niet van belang. Ditzelfde geldt voor de indeplaatstreding bij aandeelhouders van artikel 7 en 8, de bijzondere regeling

³⁴² Terra & Wattel 2012, par. 10.8.1.

³⁴³ Terra & Wattel 2012, par. 10.8.4.

³⁴⁴ Boulogne (II) 2016, par. 2.4.

³⁴⁵ HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), *NTR* 2011/2856.

³⁴⁶ De Wilde 2016, par. 2.1.

inzake de vaste inrichting van artikel 10 Fusierichtlijn en de bijzondere regeling inzake transparante entiteiten van artikel 11 Fusierichtlijn. Deze worden daarom niet inhoudelijk besproken.³⁴⁷

Tot slot is artikel 15 Fusierichtlijn van belang. Dit artikel voorziet in een *antimisbruikbepaling*. Lidstaten kunnen ingevolge artikel 15 lid 1 onderdeel a toepassing van de richtlijn weigeren indien blijkt dat een van de in artikel 1 bedoelde rechtshandelingen als hoofddoelen of een der hoofddoelen *belastingfraude of belastingontwijking* heeft. Daarbij bestaat een bewijsvermoeden. Dit is het geval wanneer de herstructurering of rationalisering van de activiteiten niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen. In dat geval geldt het vermoeden dat het hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking is. In dit kader is het arrest Zwijnenburg belangrijk.³⁴⁸ Daarin heeft het Hof van Justitie EU geoordeeld dat de antimisbruikbepaling geen toepassing vindt indien met de rechtshandeling is beoogd om de heffing te voorkomen van een belasting die niet is genoemd in bijlage I, deel A van de Fusierichtlijn. In dit onderzoek is van belang dat de toepassing van een faciliteit in de Fusierichtlijn niet kan worden geweigerd met een beroep op de antimisbruikbepaling wanneer daarmee de heffing van btw wordt voorkomen. Verder is in de btw *misbruik van recht* meer algemeen geregeld. Een belastingplichtige kan geen beroep doen op enige btw-regeling wanneer niet is voldaan aan de norm- en motieftoets.³⁴⁹ Zo faalt een beroep op de geruisloze overgang dus wanneer misbruik van recht in het spel is.

7.5. Het grensoverschrijdende karakter van de Btw-faciliteit

De Fusierichtlijn voorziet in een grensoverschrijdende faciliteit. Daarbij is implementatie voor de lidstaten verplicht. De faciliteit van de geruisloze overgang in de btw is een *kan*-bepaling. Echter, iedere lidstaat heeft artikel 19 en 29 Btw-richtlijn in de nationale wetgeving geïmplementeerd.³⁵⁰ De tekst van artikel 19 en 29 Btw-richtlijn spreekt niet over een territoriale begrenzing. In de literatuur wordt daarom gesteld dat grensoverschrijdende toepassing mogelijk is.³⁵¹ Echter, de Btw-richtlijn spreekt over leveringen en diensten, maar niet over intracommunautaire leveringen en verwervingen.³⁵² Mogelijk moet voor grensoverschrijdende toepassing de intracommunautaire verwerving worden toegevoegd aan de tekst van artikel 19 en 29 Btw-richtlijn. In de praktijk komt het ook voor dat belastingplichtigen wordt tegengeworpen dat de geruisloze overgang geen toepassing kan vinden in een grensoverschrijdende situatie.³⁵³ Naar mijn mening bestaan goede argumenten om te bepleiten dat grensoverschrijdende toepassing mogelijk is. Daarvoor is een richtlijnwijziging benodigd. De huidige richtlijntekst voorziet namelijk niet in deze mogelijkheid.

³⁴⁷ Zie voor meer verdieping Boulogne 2016, en voor een korte afspiegeling van hetgeen Boulogne heeft onderzocht, zie Boulogne 2016 (II).

³⁴⁸ HvJ EU 20 mei 2010, nr. C-352/08 (Zwijnenburg), *NTFR* 2010/1562.

³⁴⁹ HvJ EG 21 februari 2006, nr. C-255/02 (Halifax), *NTFR* 2006/359.

³⁵⁰ Cornielje 2016, par. 4.6.

³⁵¹ Kroesen & Boevé 2009, par. 3.

³⁵² Cornielje 2016, par. 4.6.2.

³⁵³ Sanders 2016, par. 10.

Ten eerste kan worden gewezen op doel en strekking van de geruisloze overgang zoals besproken in paragraaf 3.7.3 en 7.3.2. In grensoverschrijdende situaties kan, evenals in zuiver interne situaties, sprake zijn van behoefte aan eenvoud en verlichting van de financiële last. Het argument van eenvoud is naar mijn mening zelfs sterker in grensoverschrijdende situaties, omdat intracommunautaire leveringen en verwervingen moeten worden aangegeven voor ieder geleverd goed. Daarnaast kan naar mijn mening het derde door A-G Jacobs geformuleerde doel, zijnde het voorkomen van insolventiefraude, grensoverschrijdend net zoveel belang hebben als in een binnenlandse situatie. Doel en strekking van de geruisloze overgang staan grensoverschrijdende toepassing dus niet in de weg.

Ten tweede kan worden gewezen op het feit dat met de EU wordt gestreefd naar het instellen van een interne markt. Het niet toestaan van de grensoverschrijdende geruisloze overgang kan in strijd komen met het vrije verkeer van vestiging.³⁵⁴ Immers, wanneer in zuiver interne situaties een algemeenheid van goederen wordt overgedragen, kan wel een beroep worden gedaan op de faciliteit van artikel 19 en 29 Btw-richtlijn.³⁵⁵ Wanneer wordt gehandeld in strijd met een verkeersvrijheid, is dit slechts verdedigbaar als sprake is van situaties die niet objectief vergelijkbaar zijn of wanneer een rechtvaardiging kan worden gevonden in een dwingende reden van algemeen belang.³⁵⁶ Daarnaast moet de beperking geschikt zijn om het gewenste doel te bereiken en mag zij niet verdergaan dan strikt noodzakelijk is. Naar mijn mening bestaat er geen rechtvaardiging om het niet-toestaan van de grensoverschrijdende geruisloze overgang te rechtvaardigen. Daarnaast bestaan er op het gebied van de directe belastingen wél faciliteiten voor grensoverschrijdende fusies en overnames om deze zelfde mogelijke strijdigheid met de verkeersvrijheden weg te nemen.

Echter, het toestaan van de grensoverschrijdende geruisloze overgang kan ook tot problemen leiden. Zo kan het zijn dat, ondanks dat het begrip *algemeenheid van goederen* een communautair begrip is³⁵⁷, de interpretatie van het begrip in de verschillende lidstaten niet overeenkomt. Cornielje pleit in dat kader voor de invoering van een *cross border VAT ruling*.³⁵⁸ Vanaf juni 2013 zijn een aantal lidstaten, waaronder Nederland, een pilot gestart met dergelijke rulings. De kern van een dergelijke ruling is dat lidstaten met elkaar in overleg gaan over allerhande btw-gevolgen van transacties. Zij hebben daarbij een inspanningsverplichting, geen resultaatsverplichting.³⁵⁹ Uit de gegevens op de website van de EC blijkt dat er nog maar 19 cross border VAT rulings zijn afgesloten. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat enkel een ruling kan worden aangevraagd als de voorgelegde situatie complex is.³⁶⁰ Een geruisloze overgang is in de meeste gevallen niet complex en mag dus geen onderwerp zijn van een cross border VAT ruling. Wel is naar mijn mening de invoering van een cross border VAT ruling benodigd om de grensoverschrijdende geruisloze overgang te kunnen uitvoeren, waarbij de

³⁵⁴ Cornielje 2016, par. 4.6.2.

³⁵⁵ Kroesen & Boevé 2009, par. 2.

³⁵⁶ Zie o.a. HvJ EU 12 juni 2014, nr. C-39/13, C-40/13, C-41/13 (SCA, X en MSA), *NTRF* 2014/1872, r.o. 28.

³⁵⁷ Zie HvJ EG 27 november 2003, nr. C-497-01 (Zita Modes), *V-N* 2003/61.18.

³⁵⁸ *Ibid.*

³⁵⁹ Zie https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/vat/vat-cross-border-rulings-cbr_en (online geraadpleegd op 27 juli 2017).

³⁶⁰ *Ibid.*

complexheidseis mogelijk moet vervallen. Daarbij denk ik niet alleen aan de toepassing van de geruisloze overgang, maar ook aan de invulling daarvan. Zo heeft bijvoorbeeld iedere lidstaat herzieningsregels geïmplementeerd. Echter, artikel 189 Btw-richtlijn geeft lidstaten enige vrijheid om herzieningsregels in te vullen. Met een cross border VAT ruling kan fiscale indeplaatsstelling voor een belastingplichtige worden bewerkstelligd. Daarbij is van belang dat met de Btw-richtlijn geharmoniseerde wetgeving bestaat, alhoewel op sommige gebieden wel keuzevrijheid voor de lidstaten bestaat. Lidstaten kunnen op deze wijze proberen onderling een juiste overname van bijvoorbeeld de herzieningspositie te regelen. Daarnaast besef ik mij dat dit mogelijk nog toekomstmuziek is, maar gezien de huidige tijdsgeest³⁶¹ verwacht ik dat dergelijke cross border VAT rulings in de toekomst zeker een plaats verdienen in de btw-wetgeving.

7.6. De fusie en de splitsing

7.6.1. Behandeling in de Fusierichtlijn

Artikel 2 Fusierichtlijn geeft definities van de verschillende rechtshandelingen die onder het bereik van de Fusierichtlijn vallen. In artikel 2 onderdeel a Fusierichtlijn worden drie vormen van fusies aangeduid:

- a. De activa en passiva van één of meer vennootschappen gaan over op een andere reeds bestaande vennootschap. De verkrijgende vennootschap dient bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van de andere vennootschappen uit te geven aan de deelgerechtigden van de verdwijnende vennootschap(en). Deze uitgifte mag gepaard gaan met een bijbetaling in geld van maximaal 10% van de nominale waarde of, indien deze ontbreekt, tegen de fractiewaarde van de bewijzen van deelgerechtigdheid.
- b. De activa en passiva van twee of meerdere vennootschappen gaan over naar een nieuw opgerichte vennootschap. De nieuw opgerichte vennootschap dient bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van de andere vennootschappen uit te geven aan de deelgerechtigden van de verdwijnende vennootschap(en). Deze uitgifte mag gepaard gaan met een bijbetaling in geld van maximaal 10% van de nominale waarde of, indien deze ontbreekt, tegen de fractiewaarde van de bewijzen van deelgerechtigdheid.
- c. De activa en passiva van een verdwijnende vennootschap gaan over naar de moedervennootschap die *alle* aandelen in de verdwijnende vennootschap bezit.

Vervolgens omschrijft artikel 2 onderdeel b Fusierichtlijn de splitsing als de rechtshandeling waarbij de activa en passiva van het vermogen van een verdwijnende vennootschap overgaan op twee of meer reeds bestaande of nieuw opgerichte vennootschappen. De verkrijgende vennootschappen zijn vereist om bewijzen van deelgerechtigdheid uit te geven aan de deelgerechtigden van de verdwijnende

³⁶¹ Daarmee doel ik op de tijdsgeest waarin de informatie-uitwisseling tussen lidstaten (en niet-lidstaten) steeds meer toeneemt, waarin de digitalisatie een vlucht neemt en waarin rulings tussen lidstaten zullen worden uitgewisseld.

vennootschap(pen) en daarbij mag een bijbetaling worden gedaan van maximaal 10% van de nominale waarde of, bij gebreke van een nominale waarde, van de fractiewaarde van de bewijzen.³⁶²

Bij alle vier de genoemde mogelijkheden geldt een *niet-liquidatie-eis*.³⁶³ De activa en passiva van de verdwijnende vennootschap moeten overgaan als gevolg van een ontbinding zonder liquidatie. In het arrest Punch Graphix heeft het Hof van Justitie EU geoordeeld dat een ontbinding van een vennootschap bij fusie geen liquidatie oplevert in de zin van de Moeder-dochterrichtlijn.³⁶⁴

7.6.2. Behandeling in de btw

Tot op heden heeft het Hof van Justitie EU zich nog niet uitgelaten over de toepasbaarheid van de geruisloze overgang bij de fusie en de splitsing. Een mogelijke oorzaak hiervan zou kunnen zijn dat er geen grote problemen ontstaan met betrekking tot de fusie en de splitsing in de btw.³⁶⁵ Van belang bij de fusie en de splitsing is dat dit civiele rechtsfiguren zijn die onder voorwaarden fiscaal worden gefaciliteerd.³⁶⁶ Een fusie of splitsing impliceert dat de activa en passiva van rechtswege overgaan op de verkrijgende vennootschap(pen). In Nederland noemen we deze overgang van rechtswege als gedefinieerd in artikel 2:309 van het Burgerlijk Wetboek een *overgang onder algemene titel*.

Voordat kan worden toegekomen aan de toepassing van de geruisloze overgang moet worden bepaald of een fusie of splitsing leveringen van goederen en/of diensten onder bezwarende titel oplevert.

Allereerst is de vraag relevant of er bij een fusie of splitsing met betrekking tot de levering van goederen een *overgang* plaatsvindt als bedoeld in artikel 14 Btw-richtlijn. Van Norden en Van Doesum zijn van mening dat dit niet het geval is omdat de lichamen die betrokken zijn bij een fusie of splitsing als het ware hun eigen goederen en onlichamelijke zaken ‘meenemen’ naar de rechtspersonen die na de fusie of splitsing blijven bestaan.³⁶⁷ In dat geval kan geen sprake zijn van een levering en kan de geruisloze overgang niet worden toegepast. Cornielje heeft mijns inziens een terecht punt als hij stelt dat door de fusie of splitsing juist wél een overgang plaatsvindt.³⁶⁸ Immers, door de fusie of splitsing wordt vermogen wat eerst aan de verdwijnende vennootschap werd toegerekend na de fusie of splitsing toegerekend aan de verkrijgende vennootschap. Er vindt mijns inziens bij een fusie of splitsing dus wel een overgang plaats in de zin van artikel 14 Btw-richtlijn. Daarnaast is het begrip *dienst* in artikel 24 Btw-richtlijn negatief geformuleerd, waardoor ook onlichamelijke zaken over kunnen gaan bij een fusie of splitsing.

Echter, om een levering of dienst als belastbaar aan te kunnen merken, is een *bezwarende titel* vereist. Er moet een *rechtstreeks verband* bestaan tussen vergoeding en prestatie. Zowel Van Norden als Van Doesum zijn van mening dat bij een fusie of splitsing geen bezwarende titel kan worden

³⁶² Weber & Brandsma (red.) 2016, par. 7.2.1.C.b.

³⁶³ Weber & Brandsma (red.) 2016, par. 7.2.1.B.b.

³⁶⁴ HvJ EU 16 oktober 2012, nr. C-371/11 (Punch Graphix), *NTFR* 2012/2533.

³⁶⁵ Cornielje 2016, par. 7.4.1.

³⁶⁶ Arts 2011, par. 4.1.

³⁶⁷ Van Norden 2007, par. 7.4.8.

³⁶⁸ Cornielje 2016, par. 7.5.1.

geconstateerd. Namelijk, inherent aan een overgang onder algemene titel is dat de verkrijging om niet plaatsvindt en een bezwarende titel dus ontbreekt.³⁶⁹ Wanneer een bezwarende titel ontbreekt, kan niet worden toegekomen aan toepassing van de geruisloze overgang. Ook Arts is een dergelijke mening toegedaan. Hij beargumenteert dat een verkrijgende vennootschap bij een fusie of splitsing geen tegenprestatie verricht aan of de verdwijnende vennootschap zelf of aan de aandeelhouders van die vennootschap. De aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap worden namelijk van rechtswege aandeelhouder in de verkrijgende vennootschap.³⁷⁰ Tot slot bevestigt ook Cornielje deze visie. Hij betoogt dat vanuit het oogpunt van de aandeelhouders in de verdwijnende vennootschap enkel een ruil plaatsvindt. Zij ruilen de aandelen in de verdwijnende vennootschap in tegen aandelen in de verkrijgende vennootschap en ontvangen daarnaast mogelijk een bijbetaling van 10% in contanten.³⁷¹ Deze bijbetaling dient enkel als vervolmaking van de ruilverhouding en brengt geen verandering in de conclusie dat geen bezwarende titel kan worden geconstateerd. Op enkele uitzonderingen na kan in de meeste gevallen geen bezwarende titel worden geconstateerd.³⁷² De fusie of splitsing levert dus geen belastbare levering of dienst op. Wanneer er geen belastbare levering of dienst kan worden geconstateerd, kan de geruisloze overgang geen toepassing vinden.

Tot slot kan de vraag rijzen of, indien wel sprake zou zijn van een bezwarende titel, de geruisloze overgang toepassing kan vinden. Overigens moet worden opgemerkt dat uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat door de Nederlandse regering is beoogd om artikel 37d Wet OB 1968 van toepassing te laten zijn op fusies en splitsingen.³⁷³ Naar mijn mening moet hierbij worden getoetst aan de eisen zoals die ook in paragraaf 4.3 de revue zijn gepasseerd:

1. *Overdracht of overgang*: zoals zojuist betoogd, acht ik dat bij een fusie een overgang plaatsvindt.
2. *Handelszaak of autonoom bedrijfsmiddel*: hier is van belang is dat er een samenhang bestaat tussen bedrijfsmiddelen waardoor het geheel herkenbaar is als de onderneming. Aan deze eis kan ook bij een fusie of splitsing worden voldaan.
3. *Lichamelijke en onlichamelijke zaken*: bij een fusie of splitsing gaat het gehele vermogen of een gedeelte daarvan van de verdwijnende rechtspersoon van rechtswege over op de verkrijgende rechtspersoon. Hieruit vloeit voort dat in de meeste gevallen de overgang uit zowel lichamelijke als onlichamelijke zaken bestaat.³⁷⁴
4. *Autonome economische activiteit*: uit deze eis vloeit voort dat bij de fusie of splitsing een autonome economische activiteit moet overgaan van de verdwijnende op de verkrijgende rechtspersoon. Voor een bespreking van het begrip ‘economische activiteit’ verwijs ik terug naar paragraaf 3.2.3.

³⁶⁹ Van Norden 2007, par. 7.4.8.

³⁷⁰ Arts 2011, par. 4.2.1.

³⁷¹ Cornielje 2016, par. 7.5.3.

³⁷² Bij de uitzonderingen kan worden gedacht aan de fictieve diensten van artikel 16 of artikel 18 onderdeel c Btw-richtlijn.

³⁷³ Kamerstukken II 1997/'98, 25 709, nr. 5, p. 15.

³⁷⁴ Cornielje 2016, par. 7.8.3.

5. *Voortzettingsvereiste*: de verkrijgende partij moet de bedoeling hebben om de verkregen autonome economische activiteit voort te zetten. Deze eis kan ook bij een fusie of splitsing worden gesteld.

Kortom, wanneer bij een fusie leveringen van goederen en diensten onder bezwarende titel kunnen worden vastgesteld, is toepassing van de geruisloze overgang mogelijk. Ingeval van een fusie kan aan alle eisen die in het Zita Modes-arrest zijn gesteld, voldaan zijn. Daarbij gelden dezelfde voorwaarden zoals die gelden bij een activa-passivatransactie en een aandelentransactie. Echter, doordat bij een fusie geen bezwarende titel bestaat, kan aan toepassing van de geruisloze overgang niet worden toegekomen.

7.6.3. Vergelijking behandeling Fusierichtlijn en btw-behandeling

In de btw kunnen, in tegenstelling tot de Fusierichtlijn, de fusie en splitsing niet fiscaal worden gefaciliteerd. Naar mijn mening is dit verschil in behandeling niet te rechtvaardigen aan de hand van doel en strekking van beide regelingen en belastingen. Bij een fusie of een splitsing bestaat binnen de btw, net als bij de activa-passivatransactie in de btw, behoefte aan fiscale facilitering. Echter, in tegenstelling tot bij de activa-passivatransactie bestaat deze behoefte niet in het kader van de eenvoud of de beperking van de financiële last, maar in het kader van de fiscale indeplaatstreding. Doordat een bezwarende titel ontbreekt, bestaan er geen belastbare handelingen en wordt er dus bij de fusie of de splitsing geen btw geheven. Echter, voor toepassing van met name de herzieningsregels bestaat bij een fusie wel behoefte aan indeplaatstreding. Doordat bij een fusie of een splitsing geen belastbare handelingen kunnen worden vastgesteld, is het onzeker wat er met de herzieningstermijnen gebeurt. Zo vermoedt Cornielje dat mogelijk de herzieningsperiode bij de verdwijnende vennootschap stopt en vindt hij het onduidelijk of bij de verkrijgende vennootschap een nieuwe herzieningsperiode wordt gestart.³⁷⁵ Doordat bij een fusie of een splitsing geen bezwarende titel bestaat, heeft de verkrijger geen voorbelasting betaald voor het verkrijgen van het investeringsgoed dat nog in de herzieningstermijn zit. Daaruit kan worden afgeleid dat de overdrager zijn herzieningstermijnen worden afgesloten en dat bij de overnemer niet verder kan worden herzien. Dit is in strijd met het doel van de herzieningsregels, aangezien het de mogelijkheid opent om een goed waarvoor bij de overdrager alle voorbelasting in aftrek is gebracht, binnen de herzieningstermijn over te dragen aan de overnemer. Deze overnemer is vervolgens niet in staat verder te herzien. Cornielje wijst er terecht op dat dit in strijd is met het doel van de herzieningsregels, zijnde de aftrek van voorbelasting zo juist mogelijk vaststellen.³⁷⁶ Aan de andere kant, mogelijk voorziet de figuur van *algemene titel* in een indeplaatstreding voor fusies en splitsingen onder algemene titel. Naar mijn mening is niet voldoende duidelijk of dit het geval is. Deze problematiek is in de literatuur echter onderbelicht gebleven. Bij een fusie of een splitsing bestaat dus ook behoefte aan toepassing van de geruisloze overgang. Het feit dat deze in de Fusierichtlijn wel wordt verleend en in de btw niet, valt niet te verklaren.

³⁷⁵ Cornielje 2016, par. 7.7.2.1.

³⁷⁶ Ibid.

Wanneer wel een bezwarende titel bestaat, kan de geruisloze overgang toepassing vinden als is voldaan aan de vijf eisen zoals die voortvloeien uit het Zita Modes-arrest. Daarbij worden eisen gesteld die verdergaan dan de eisen die uit de Fusierichtlijn voortvloeien. Immers, wanneer fiscale facilitering in de btw wordt geboden, is vereist dat een autonome economische activiteit overgaat. In de Fusierichtlijn worden geen eisen gesteld aan de aard van de activa en passiva die bij de fusie of splitsing overgaan. Naar mijn mening is dit verschil te verklaren aan de hand van doel en strekking van beide belastingen. De btw is een transactiebelasting waarbij op grond van het beginsel van algemene heffing **iedere** levering van een goed of dienst aan de btw is onderworpen. Door het niet-leveringsbeginsel van artikel 19 en 29 Btw-richtlijn wordt op dit beginsel een inbreuk gemaakt door alle afzonderlijke leveringen en diensten weg te denken. Deze inbreuk is met name gemaakt om eenvoud te bevorderen en financiële last te beperken. Wanneer geen autonome economische activiteit overgaat, maar bijvoorbeeld enkel een voorraad, bestaat er minder tot geen behoefte aan eenvoud en beperking van de financiële last. Daarnaast moet een inbreuk op het beginsel van algemene heffing strikt worden uitgelegd. Dat pas een inbreuk op dit beginsel wordt gemaakt wanneer er een autonome economische activiteit wordt overgedragen, is naar mijn mening te rechtvaardigen. In de Nederlandse VPB wordt een lichaam op grond van artikel 2 lid 5 Wet VPB 1969 geacht een onderneming te drijven met het gehele vermogen. Of in het belastingplichtige lichaam daadwerkelijk een onderneming wordt gedreven, is voor de heffing van de VPB niet relevant. Dat bij een fusie of splitsing niet de eis wordt gesteld dat een onderneming of een zelfstandig gedeelte daarvan moet overgaan, is naar mijn mening aan de hand van bovenstaande te verklaren.

7.7. Gedeeltelijke splitsing

7.7.1. Behandeling in de Fusierichtlijn

Artikel 2 onderdeel c Fusierichtlijn omschrijft de gedeeltelijke splitsing als de rechtshandeling waarbij één of meer *takken van bedrijvigheid* van een vennootschap, zonder dat deze wordt ontbonden, op één of meer reeds bestaande of nieuwe vennootschappen overgaan en ten minste één tak van bedrijvigheid achterblijft in de inbrengende vennootschap. De verkrijgende vennootschap moet bewijzen van deelgerechtigdheid uitgeven aan de deelgerechtigden in de inbrengende vennootschap. Ook bij de gedeeltelijke splitsing mag er een bijbetaling plaatsvinden van maximaal 10% van de nominale waarde of, bij gebreke van een nominale waarde, van de fractiewaarde van de bewijzen.

De definitie van een tak van bedrijvigheid wordt gegeven in artikel 2 onderdeel j Fusierichtlijn. Daaruit blijkt dat met een tak van bedrijvigheid wordt bedoeld op het totaal van de activa en passiva van een afdeling van een vennootschap die uit organisatorisch oogpunt een onafhankelijke exploitatie vormen, dat wil zeggen een geheel dat op eigen kracht kan functioneren. Een nadere invulling van deze definitie is door het Hof van Justitie EU gegeven in het arrest Andersen og Jensen.³⁷⁷ Het Hof van Justitie EU heeft geoordeeld dat alle activa en passiva die aan de tak van bedrijvigheid zijn

³⁷⁷ HvJ EG 15 januari 2002, nr. C-43/00 (Andersen og Jensen ApS), V-N 2002/8.26.

verbonden, moeten worden overgedragen.³⁷⁸ In de onderhavige casus werd door de inbrengende vennootschap een lening aangegaan. Bij de overdracht bleef de opbrengst van de lening achter bij de inbrengende vennootschap, maar werden de verplichtingen die uit de lening voortvloeien overgedragen aan de verkrijgende vennootschap. Volgens het Hof van Justitie EU werden, doordat de liquide middelen bij de inbrengende vennootschap achterbleven, niet alle activa en passiva die zijn verbonden met de tak van bedrijvigheid overgedragen. Daarnaast zijn de r.o. 35 en 36 van dit arrest van belang. Hierin oordeelt het Hof van Justitie EU dat de ‘onafhankelijke exploitatie’ moet worden beoordeeld uit functioneel en financieel oogpunt.³⁷⁹ Dit houdt in dat moet worden beoordeeld of met de activa en passiva tezamen een (winstgevende) onderneming kan worden gedreven.

7.7.2. Behandeling in de btw

De behandeling van de afsplitsing in de btw komt feitelijk overeen met de behandeling van de splitsing. Wederom kan worden gesteld dat wel sprake is van een overgang, maar dat een bezwarende titel ontbreekt. Doordat de bezwarende titel ontbreekt, kan de geruisloze overgang geen toepassing vinden.

7.7.3. Vergelijking behandeling Fusierichtlijn en btw-behandeling

Evenals bij de fusie en de splitsing valt naar mijn mening niet aan de hand van doel en strekking van beide regelingen en belastingen te verklaren waarom de afsplitsing in de Fusierichtlijn wel gefaciliteerd kan plaatsvinden en in de btw niet. Het feit dat bij de afsplitsing in de Fusierichtlijn, in tegenstelling tot bij de splitsing, de eis wordt gesteld dat een ‘tak van bedrijvigheid’ over moet gaan, is daarbij irrelevant.

7.8. Inbreng van activa

7.8.1. Behandeling in de Fusierichtlijn

Artikel 2 onderdeel d Fusierichtlijn omschrijft de inbreng van activa als de rechtshandeling waarbij een vennootschap, zonder te worden ontbonden, haar gehele dan wel één of meer takken van haar bedrijvigheid inbrengt in een andere vennootschap. De inbrengende vennootschap moet in ruil voor de inbreng bewijzen van deelgerechtigdheid van de ontvangende vennootschap ontvangen. De betekenis van de definitie ‘tak van bedrijvigheid’ is hetzelfde als zojuist besproken in paragraaf 7.7.1.

In de definitie die in artikel 2 onderdeel d Fusierichtlijn wordt gegeven, valt op dat in tegenstelling tot de andere onderdelen van dit artikel niet wordt gesproken over ‘uitgifte van bewijzen van deelgerechtigdheid’ maar over ‘verkrijging van bewijzen van deelgerechtigdheid’. Hieruit lijkt te kunnen worden afgeleid dat niet alleen nieuw uitgereikte aandelen kunnen worden verkregen, maar ook eerder ingekochte aandelen.³⁸⁰

³⁷⁸ Boulogne 2016, par. 2.03.B.2.

³⁷⁹ Weber & Brandsma (red.) 2016, par. 7.2.1.D.

³⁸⁰ Van Den Brande – Boomsluiters 2004, par. 3.6.3.

7.8.2. Behandeling in de btw

Bij een inbreng van activa ofwel de bedrijfsfusie wordt op de verkregen (nieuw uitgegeven of eerder ingekochte) aandelen goederen (in de zin van het Burgerlijk Wetboek, niet in de zin van artikel 14 Btw-richtlijn) die behoren tot een activiteit ingebracht met overneming van de schulden die tot die activiteit behoren.³⁸¹

Wederom is de eerste vraag of een bedrijfsfusie een belastbare prestatie oplevert. Daarbij komt de vraag op of inbreng een belastbaar feit kan opleveren. Uit het arrest KapHag blijkt dat een inbreng in geld in een personenvennootschap geen belastbaar feit oplevert.³⁸² Arts wijst er naar mijn mening terecht op dat in beginsel een belastbare prestatie voor de btw bestaat. De vergoeding bestaat uit de overname van de schulden. Bovendien kan de eventuele creditering ook tot de vergoeding behoren. Dit is alleen anders indien met de inbreng exact aan de verplichting tot storting op aandelen wordt voldaan.³⁸³ In die visie kan ik mij vinden.

Vervolgens is de vraag of de bedrijfsfusie geruisloos kan plaatsvinden onder toepassing van artikel 19 en 29 Btw-richtlijn. Hiervoor gelden de voorwaarden zoals die voortvloeien uit het arrest Zita Modes. Wanneer aan deze eisen is voldaan, kan de bedrijfsfusie voor btw-doeleinden ook geruisloos plaatsvinden.

7.8.3. Vergelijking behandeling Fusierichtlijn en btw-behandeling

Zowel de Fusierichtlijn als de Btw-richtlijn voorziet in fiscale facilitering van de bedrijfsfusie. Enig verschil dat hierbij kan worden opgemerkt is dat in de Fusierichtlijn is vereist dat een ‘tak van bedrijvigheid’ overgaat. Daarnaast kan uit het arrest Zita Modes worden afgeleid dat in de btw is vereist dat een ‘autonome economische activiteit’ overgaat.

In de btw is het ondernemersbegrip ruimer dan dat met tak van bedrijvigheid wordt geïmpliceerd.³⁸⁴ Ingevolge artikel 7 Wet OB 1968 wordt als ondernemer aangemerkt eenieder die zelfstandig een bedrijf of beroep uitoefent. Voor een theoretische bespreking van het ondernemersbegrip, het subject van heffing, verwijs ik terug naar paragraaf 3.2. Verschillen met tak van bedrijvigheid zijn met name dat voor ondernemerschap in de btw niet is vereist dat een winststreven bestaat, een streven naar opbrengst is voldoende.³⁸⁵ Aan de andere kant kennen we in de btw de zogenoemde 7-2-b-ondernemer. Belastingplicht in de btw kan ook ontstaan indien een vermogensbestanddeel wordt geëxploiteerd om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen. Arts interpreteert dit als een vorm van beleggen, wat betekent dat geen tak van bedrijvigheid kan bestaan.³⁸⁶ Deze conclusie gaat naar mijn mening te ver. De exploitatie van een vermogensbestanddeel zoals die in de Wet OB 1968 wordt

³⁸¹ Arts 2011, par. 3.1.

³⁸² HvJ EG 26 juni 2003, nr. C-442/01 (KapHag), V-N 2003/34.14.

³⁸³ Arts 2011, par. 3.2.

³⁸⁴ Van Hilten & Van Kesteren 2014, par. 5.1.

³⁸⁵ Van Hilten & Van Kesteren 2014, par. 5.4.4.1.

³⁸⁶ Arts 2011, par. 3.3.

omschreven, kan naar mijn mening ook leiden tot een tak van bedrijvigheid als de exploitatie op eigen kracht kan functioneren.³⁸⁷

Bovenstaand verschil impliceert dat voor de btw eerder ondernemerschap kan worden vastgesteld dan voor de Fusierichtlijn. Het begrip *economische activiteit* in de Btw-richtlijn is dus een ruimer begrip dan *tak van bedrijvigheid* in de Fusierichtlijn. Echter, een dergelijk verschil is naar mijn mening te verklaren aan de hand van doel en strekking van beide belastingen. De btw heeft ten doel om de particuliere consumptie te belasten. Om dit te kunnen bewerkstelligen, is een ruim ondernemersbegrip nodig. Dit verklaart de ruime uitleg van het begrip economische activiteit. Binnen de VPB is een dergelijk ruim ondernemersbegrip niet vereist, waarbinnen het ondernemersbegrip meer is geënt op het dragen van risico en het winstoogmerk. Wanneer een dergelijk winstoogmerk ontbreekt, bestaat er ook geen noodzaak om ondernemingswinsten te belasten. Het feit dat fiscale facilitering bij een bedrijfsfusie binnen de btw eerder kan worden toegepast dan in de Fusierichtlijn is naar mijn mening goed te verklaren.

7.9. Aandelenruil

7.9.1. Behandeling in de Fusierichtlijn

Een aandelenruil is conform artikel 2 onderdeel e Fusierichtlijn een rechtshandeling waarbij een vennootschap in het maatschappelijk kapitaal van een andere vennootschap een deelneming verkrijgt. Als gevolg van de aandelenruil moet de verwervende vennootschap een meerderheid van de stemrechten verkrijgen of de reeds in haar bezit zijnde meerderheid uitbreiden.³⁸⁸ Eventueel mag de ruil gepaard gaan met een bijbetaling van maximaal 10% van de nominale waarde of, wanneer de nominale waarde ontbreekt, de fractiewaarde van de deelbewijzen.

7.9.2. Behandeling in de btw

Allereerst dient te worden opgemerkt dat de term aandelenfusie voor meerdere transacties wordt gebruikt. Zo gebruiken Van Norden en Cornielje de term aandelenfusie voor de verkoop van een deelneming.³⁸⁹ Dit is echter bij de aandelenfusie uit artikel 3:55 Wet IB 2001 niet het geval. Bij de fiscaal gefaciliteerde aandelenfusie of aandelenruil in de Fusierichtlijn gaat het om de situatie dat aandelen worden ingebracht op aandelen.³⁹⁰

Allereerst bestaat de vraag of een inbreng van aandelen op aandelen tot een belastbaar feit in de zin van de Btw-richtlijn kan leiden. Anders dan bij de bedrijfsfusie verkrijgt de verkrijgende vennootschap niet de activa en passiva van de inbrengende vennootschap, maar slechts de aandelen. Evenals bij de bedrijfsfusie is bij de aandelenruil meestal een bezwarende titel aanwezig. Als tegenprestatie voor het

³⁸⁷ Van der Burgt (red.) 2016, par. 0.0.1.b.

³⁸⁸ Weber & Brandsma (red.) 2016, par. 7.2.1.E.

³⁸⁹ Zie Van Norden 2007, par. 7.4.8.3 en Cornielje 2016, par. 6.1.

³⁹⁰ Arts 2011, par. 2.1.

inbrengen van de aandelen ontvangt de inbrenger aandelen in ruil. Een bezwarende titel ontbreekt enkel wanneer exact aan de verplichting tot storting op aandelen is voldaan.

Hierbij moet nog worden opgemerkt dat artikel 19 Btw-richtlijn ook de mogelijkheid om te stellen dat de inbreng in een vennootschap buiten de btw kan vallen. De tekst meldt namelijk ook *inbreng*. Ik sluit mij echter bij Van Doesum aan die van mening is dat pas aan artikel 19 Btw-richtlijn kan worden toegekomen wanneer er een belastbare handeling is geconstateerd. Wanneer een inbreng niet leidt tot een belastbare handeling, kan ook de geruisloze overgang geen toepassing vinden.³⁹¹ A priori belastbaarheid is dus nodig voordat aan toepassing van de geruisloze overgang kan worden toegekomen.

Gezien het feit dat de inbreng een belastbaar feit kan opleveren, kan de vraag worden gesteld of op de inbreng van aandelen de geruisloze overgang van toepassing kan zijn. De vraag of op aandelen de geruisloze overgang van toepassing kan zijn, is reeds besproken in hoofdstuk vijf. Daar is tot de conclusie gekomen dat toepassing alleen mogelijk is wanneer de aandelen worden overgedragen in het kader van een meeromvattende economische activiteit, zoals samen met de moeionderneming. Voor een oplossing van dit probleem verwijs ik terug naar paragraaf 6.4. Wanneer de door mij opgestelde oplossing wordt doorgevoerd, kan de geruisloze overgang wel toepassing vinden op de inbreng van aandelen.

7.9.3. Vergelijking behandeling Fusierichtlijn en btw-behandeling

In de Fusierichtlijn kan een aandelenruil fiscaal gefaciliteerd plaatsvinden. In de btw bestaat die mogelijkheid naar mijn mening ook. Dat bij beide mogelijkheden de mogelijkheid bestaat om een fusie fiscaal gefaciliteerd te laten plaatsvinden, valt naar mijn mening te rechtvaardigen. Hierbij moet wel worden opgetekend dat, evenals bij de aandelentransactie, de behoefte aan fiscale indeplaatstreding minder hoog is. De activa en passiva waarop herzieningstermijnen zien blijven immers achter in hun eigen juridische huls.

7.10. Conclusie en aanbevelingen

De VPB en de btw zijn qua doel en strekking andere belastingen. Desondanks hebben VPB-plichtige lichamen vaak te maken met zowel VPB-heffing als met btw-heffing. Een verschil in toepassingsbereik van fusiefaciliteiten kan dus voor een belastingplichtige lastig zijn. Het eerste knelpunt kan worden gevonden in het feit dat de Fusierichtlijn ten doel heeft om grensoverschrijdende fusies en overnames te laten plaatsvinden zonder fiscale obstakels en met behoud van heffingsrecht over ten tijde van de fusie of overname bestaande ongerealiseerde meerwaarden voor de lidstaat van de inbrengende/verdwijnende vennootschap. De faciliteit in de Btw-richtlijn voorziet niet in fiscale facilitering van de *grensoverschrijdende algemeenheid van goederen*. Ik sluit mij bij Cornielje aan dat

³⁹¹ Van Doesum 2009, p. 223.

dit kan worden bewerkstelligd door in artikel 19 Btw-richtlijn de zinsnede ‘geen levering van goederen’ te veranderen in ‘geen levering van goederen en geen intracommunautaire verwervingen’.³⁹²

Een dergelijke wijziging van de Btw-richtlijn kan naar mijn mening alleen worden doorgevoerd in combinatie met de mogelijkheid tot het aanvragen van een cross border VAT ruling, zoals ik reeds in paragraaf 7.5 heb bepleit.

Vervolgens zijn achtereenvolgens de fusie, splitsing, gedeeltelijke splitsing, inbreng van activa en aandelenruil besproken. Allereerst is voor de fusie, splitsing en gedeeltelijke splitsing tot de conclusie gekomen dat voor btw-doeleinden een bezwarende titel en dus belastbare feiten ontbreken. Alsdan kan ook niet worden toegekomen aan toepassing van de geruisloze overgang. Naar mijn mening is het niet toepassen van de geruisloze overgang in deze situaties niet te verklaren aan de hand van doel en strekking van beide regelingen en beide belastingen.

Bij een inbreng van activa en de aandelenruil is in de meeste gevallen wel een bezwarende titel te constateren. Alsdan kan ook aan toepassing van de geruisloze overgang worden toegekomen. Daarbij is de geruisloze overgang bij de inbreng van activa iets ruimer dan in de Fusierichtlijn. Er kan sneller worden geconstateerd dat sprake is van een economische activiteit dan dat sprake is van een tak van bedrijvigheid. Echter, bovenstaand verschil is naar mijn mening te verklaren aan de hand van doel en strekking van beide belastingen.

In het kader hiervan stelt Cornielje voor om artikel 8 van de Uitv.besch. OB 1968 uit te breiden met fiscale indeplaatstreding voor een fusie of splitsing³⁹³ Naar mijn mening is een dergelijke regeling aan te bevelen zolang de richtlijn niet is gewijzigd. Echter, door enkel in Nederland de indeplaatstreding te regelen, wordt het grensoverschrijdende element daarmee nog niet geregeld. Daarom pleit ik voor een richtlijnwijziging waarbij in het nieuw door mij voor te stellen richtlijnartikel wordt aangesloten bij de Fusierichtlijn. Ik stel voor een nieuwe alinea aan artikel 19 Btw-richtlijn toe te voegen waarin wordt geregeld dat fiscale indeplaatstreding geldt voor de in de Fusierichtlijn genoemde vormen van fusie en overname voor gevallen waarin de geruisloze overgang niet van toepassing is. Daarbij ben ik van mening dat wanneer deze fiscale indeplaatstreding van toepassing kan zijn, moet evenals bij de activa-passivatransactie zoals besproken in hoofdstuk vier, sprake zijn van een algemeenheid van goederen zoals dat is ingevuld in het arrest Zita Modes. Daarnaast kan bij de inbreng van activa en de aandelenfusie de geruisloze overgang wel zonder een wetwijziging van toepassing zijn. Daarom moet in het nieuwe artikel naar mijn mening zijn geregeld dat artikel 19 en 29 Btw-richtlijn voorrang krijgen op de nieuwe alinea van artikel 19 Btw-richtlijn. Immers, wanneer een bezwarende titel bestaat, is de toepassing van de nieuwe alinea niet vereist.

³⁹² Cornielje 2016, par. 4.6.

³⁹³ Cornielje 2016, par. 7.9.

Alvorens tot een richtlijnvoorstel over te gaan, moet het volgende nog worden opgemerkt. Artikel 19 en 29 Btw-richtlijn zijn *kan-bepalingen*. Bij het bespreken van de problematiek van de grensoverschrijdende toepassing van de geruisloze overgang heb ik dit niet als een probleem aangestipt. De achterliggende reden is dat iedere lidstaat de keuze heeft gemaakt om deze bepaling in te voeren. Naar mijn mening is het dus voor het grensoverschrijdende karakter niet vereist dat de bepaling dwingend wordt voorgeschreven. Het nieuwe richtlijnartikel wordt een ‘aanvulling’ op de huidige geruisloze overgang. Met andere woorden, wanneer lidstaten hebben gekozen voor een implementatie van artikel 19 en 29 Btw-richtlijn worden zij verplicht om ook een implementatie van artikel 19b Btw-richtlijn door te voeren.

De voorgestelde tekst van de nieuwe alinea van artikel 19 Btw-richtlijn dient naar mijn mening als volgt te luiden:

‘De lidstaten dienen zich, wanneer de eerste alinea geen toepassing vindt en zich een rechtshandeling als gedefinieerd in artikel 2 onderdelen a tot en met e van Richtlijn 2009/133/EG voordoet en het geheel of een gedeelte van een algemeenheid van goederen overgaat, op het standpunt te stellen dat degene op wie de goederen overgaan, in de plaats treedt van de overdrager.’

7:11. Deelconclusie

In dit hoofdstuk heb ik de fusiefaciliteiten in de directe en de indirecte belastingen met elkaar vergeleken. Op het gebied van de directe belastingen bestaat de Fusierichtlijn die voorziet in de mogelijkheid tot grensoverschrijdende fusies en overnames. Een eerste knelpunt is dat de btw-faciliteit niet voorziet in de mogelijkheid tot grensoverschrijdende fusies en overnames. Dit kan naar mijn mening eenvoudig worden verholpen met een richtlijnwijziging. Deze wijziging moet gepaard gaan met de invoering van cross border VAT rulings zodat lidstaten onderling de indeplaatstreding kunnen regelen en om problemen rondom de invulling van het begrip algemeenheid van goederen te voorkomen.

Daarna heb ik per rechtshandeling waarbij de Fusierichtlijn voorziet in facilitering onderzocht op btw-gevolgen. Daarbij ben ik tot de conclusie gekomen dat de fusie en (gedeeltelijke) splitsing voor de btw niet geruisloos kunnen plaatsvinden. Bij de inbreng van activa en de aandelenruil is dit wel mogelijk. De verschillen en overeenkomsten in de btw-behandeling en de behandeling onder de Fusierichtlijn heb ik op rechtvaardigheid getoetst. Naar mijn mening is niet te rechtvaardigen dat in de btw de fusie en (gedeeltelijke) splitsing niet gefaciliteerd kunnen plaatsvinden. Daarom heb ik een richtlijnwijziging opgesteld die voorziet in fiscale indeplaatstreding bij de in artikel 2 van de Fusierichtlijn opgesomde handelingen. Daaraan is de eis verbonden dat met de rechtshandeling een economische activiteit moet overgaan.

Hoofdstuk 8: Samenvatting en conclusie

In deze scriptie heb ik een onderzoek verricht naar fusies en overnames in de btw. Daartoe stonden twee hoofdvragen centraal. In de hoofdstukken twee t/m zes heb ik het eerste deel van de hoofdvraag uitgewerkt. Het eerste deel van de hoofdvraag luidt als volgt:

In hoeverre zijn de btw-behandeling van de activa-passivatransactie en de aandelentransactie in het kader van de geruisloze overgang met elkaar in overeenstemming en zijn de daar bestaande overeenkomsten en verschillen te verklaren aan de hand van het toetsingskader?

Deze hoofdvraag is onderverdeeld in een aantal deelvragen. In hoofdstuk twee stond de volgende deelvraag centraal:

Welke uitgangspunten liggen ten grondslag aan het huidige btw-stelsel en welk toetsingskader kan aan de hand daarvan worden geformuleerd?

In dit hoofdstuk is allereerst de oorsprong van de btw uiteengezet. Vervolgens heb ik aan de hand van de kernprincipes van de btw een toetsingskader geformuleerd. Ik heb rechtsgrond, rechtsgrondslag en wezenlijke kenmerken van de btw onderzocht. Het door mij samengestelde toetsingskader bestaat uit het beginsel van algemene heffing, de economische, juridische en rechtsvormneutraliteit en het rechtskarakter van de btw. Met het toetsingskader kunnen de overeenkomsten en verschillen in de btw-behandeling van de activa-passivatransactie en de aandelentransactie op rechtvaardigheid worden getoetst.

In het derde hoofdstuk werd een antwoord gezocht op de deelvraag:

Welke theoretische uitgangspunten zijn benodigd om de toepassing van de artikelen 19 en 29 Btw-richtlijn te kunnen doorgronden en wat is de achtergrond van de artikelen 19 en 29 Btw-richtlijn?

In dit hoofdstuk heb ik achtereenvolgens subject en object van heffing, vrijstellingen en recht op aftrek van voorbelasting behandeld. Dit theoretische kader is benodigd om de bijzondere figuur van de *geruisloze overgang* te kunnen begrijpen. Allereerst is vereist dat sprake is van belastingplicht, een subject van heffing, voordat aan toepassing van de geruisloze overgang wordt toegekomen. Verder maakt de geruisloze overgang een inbreuk op het bestaande object van heffing. Doordat bij toepassing van de geruisloze overgang het *niet-leveringsbeginsel* afzonderlijke leveringen van goederen en diensten worden weggedacht, wordt het object van heffing beïnvloed. Een uitleg van de vrijstellingen is benodigd om de vrijstelling van artikel 135 lid 1 onderdeel f Btw-richtlijn te kunnen begrijpen. Deze vrijstelling vindt toepassing bij de aandelentransactie. Tot slot is het recht op aftrek van voorbelasting toegelicht. Een dergelijke toelichting is nodig om de aftrek van voorbelasting bij aankoop- en verkoopkosten te kunnen doorgronden. Al deze theoretische uitgangspunten zijn samengekomen in de uitleg van de belastingplicht van de houdstervennootschap. De houdstervennootschap heeft een bijzondere positie binnen de btw, omdat er slechts in uitzonderlijke gevallen aan belastingplicht wordt toegekomen. Dit terwijl een houdstervennootschap vaak een leidinggevende rol binnen een concern

aanneemt, waardoor de houdstervennootschap een economische rol binnen een concern heeft.

Daarnaast is de houdstervennootschap vaak betrokken bij een aandelentransactie en is dat kader een bespreking van de belastingplicht van de houdstervennootschap noodzakelijk. Als laatste zijn doel en strekking van artikel 19 en 29 Btw-richtlijn, zijnde eenvoud, financiële verlichting en voorkoming van insolventiefraude, toegelicht. Daarnaast is de fiscale indeplaatstreding, waarin de geruisloze overgang voorziet, besproken. De indeplaatstreding is met name van belang voor de overname van de herzieningstermijnen door de overnemer.

In hoofdstuk vier is de btw-behandeling van de activa-passivatransactie onderzocht. Daartoe werd de volgende deelvraag beantwoord:

Wat zijn de btw-gevolgen van een activa-passivatransactie?

In dit hoofdstuk is eerst besproken of bij de figuur van de geruisloze overgang een *objectachtige* of een *subjectachtige benadering* moet worden aangehangen. Cornielje, die recent op dit onderwerp is gepromoveerd, pleit voor een objectachtige benadering. Bij een objectachtige benadering is het van belang dat hetgeen wordt overgedragen zelfstandig een economische activiteit kan vormen. Echter, ik sta een subjectachtige benadering voor. Bij een subjectachtige benadering is van belang dat een wisseling in de persoon van de ondernemer optreedt. Dit kan het beste worden uitgelegd aan de hand van een voorbeeld:

Een ondernemer huurt een pand van een derde om daarin zijn economische activiteit, een slagerij, uit te voeren. Hij besluit zijn onderneming te staken en draagt daartoe de volledige inventaris, voorraad, handelsnaam en kennis over aan een andere ondernemer. Echter, daar het pand geen eigendom is van de slager, kan hij dit niet overdragen. De eigenaar van het pand verkoopt echter het pand aan de nieuwe ondernemer. In dit geval kan vanuit de objectachtige benadering de geruisloze overgang geen toepassing vinden, omdat met hetgeen de slager overdraagt geen economische activiteit kan worden uitgeoefend. Immers, het pand ontbreekt en zonder pand geen economische activiteit. Vanuit de subjectachtige benadering kunnen zowel de levering van de slager als de levering van de pandeigenaar onder de geruisloze overgang worden gebracht. Vóór de overgang werd een slagerij in het pand uitgeoefend en na de overgang ook. Er heeft dus enkel een wisseling in de persoon van de ondernemer plaatsgevonden.

Het is nog onduidelijk of het Hof van Justitie EU de geruisloze overgang vanuit de objectachtige of de subjectachtige benadering heeft willen invullen. Naar mijn mening blijkt uit het arrest Christel Schriever dat het Hof van Justitie steeds meer richting een subjectachtige benadering verschuift. Ik heb daarom in de rest van de scriptie de geruisloze overgang vanuit de subjectachtige benadering ingevuld.

De geruisloze overgang geldt van rechtswege wanneer een *algemeenheid van goederen* overgaat van een overdrager naar een overnemer. De invulling van het begrip algemeenheid van goederen blijkt uit het arrest Zita Modes. In het vierde hoofdstuk heb ik alle eisen uit dit arrest afzonderlijk behandeld. Zo ben ik van mening dat de HR een ruimere toepassing van de geruisloze overgang moet toekennen dan zij tot op heden doet. In dit kader heb ik een aantal aanbevelingen gedaan:

- Doorlopende diensten als verhuur en detachering kunnen niet onder het niet-leveringsbeginsel vallen, maar moeten als afzonderlijke leveringen van goederen en/of dienstverleningen worden gezien. Daarbij moet een uitzondering worden gemaakt voor aflopende diensten met betrekking tot ontvlechting van de overgedragen onderneming. De voorwaarde daarvoor is dat dergelijke diensten niet van een derde kunnen worden verkregen.
- Wanneer er meerdere overdragers een economische activiteit overdragen, moet worden beoordeeld of deze overdragers samen een economische eenheid vormen. De uitleg die de HR in dit kader geeft (slechts bij een fiscale eenheid kunnen meerdere overdragers bestaan), is naar mijn mening te strikt.
- Wanneer bij een overgang van een onderneming meerdere overnemers zijn betrokken, moet per overnemer worden beoordeeld of een economische activiteit is overgedragen aan deze overnemer.
- Het voortzettingsvereiste moet worden uitgelegd als een *niet-liquidatie-vereiste*, omdat de invloed van subjectiviteit in de btw beperkt moet blijven en in dit kader een dergelijk vereiste onnodig is.

Vervolgens heb ik het recht op aftrek van voorbelasting op de verkoopkosten onderzocht. Wanneer de geruisloze overgang toepassing vindt, bestaat conform het arrest Abbey National I recht op aftrek van voorbelasting conform de pro rata. Met dit arrest is ook de mogelijkheid geopend om de pro rata van een duidelijk afgebakend bedrijfsgedeelte te berekenen. Voor een dergelijke berekening is een implementatie van de *kan*-bepaling van artikel 173 lid 2 Btw-richtlijn benodigd. Omdat een dergelijke berekening resulteert in een zuiverder recht op aftrek van voorbelasting, heb ik de aanbeveling gedaan om een dergelijke implementatie te verplichten. Met betrekking tot de aankoopkosten kan, afhankelijk van de prestaties die in de toekomst gaan worden verrichten, volledige of pro rata aftrek ontstaan.

In hoofdstuk vijf staat de volgende deelvraag centraal:

Wat zijn de btw-gevolgen van een aandelentransactie?

In dit hoofdstuk is onderzocht of de geruisloze overgang ook toepassing kan vinden bij een aandelentransactie. In het arrest AB SKF leek het Hof van Justitie EU de geruisloze overgang van toepassing te verklaren bij een 100%-aandelenbelang. Hoewel door de verwijzende rechter niet expliciet naar toepassing van de geruisloze overgang was gevraagd, heeft het Hof van Justitie EU naar aanleiding van opmerkingen van de EC de verwijzende rechter de opdracht gegeven na te gaan of op het niveau van de deelneming een overgang van activa heeft plaatsgevonden. Het Hof van Justitie EU lijkt een soort *transparence fiscale* voor te schrijven waarbij de verwijzende rechter door de aandelen heen moet kijken naar hetgeen gebeurt op het niveau van de deelneming. Echter, op basis van de huidige richtlijntekst en jurisprudentie ben ik van mening dat een dergelijke *transparence fiscale* in de btw geen plaats heeft. Vervolgens zijn door de HR prejudiciële vragen gesteld omtrent de toepassing

van de geruisloze overgang bij een minderheidsdeelneming. In dit arrest, het arrest X b.v., sluit het Hof van Justitie EU de deur naar toepassing van de geruisloze overgang op een aandelentransactie en de geopperde transparance fiscale resoluut. De eerder genoemde mogelijkheid in het arrest AB SKF is daarmee van de baan. De geruisloze overgang kan alleen toepassing vinden op een aandelentransactie wanneer de aandelen deel zijn van een grotere *zelfstandige eenheid*. Naar mijn mening kan dat zich voordoen in de uitzonderingssituaties waarin een houdstervennootschap belastingplichtig is:

1. De aandelen worden samen met de *moeionderneming* overgedragen. Echter, in het arrest X b.v. heeft het Hof van Justitie EU geoordeeld dat de geruisloze overgang enkel kan zien op de moeionderneming en niet op de aandelen die in dat kader worden overgedragen. Deze r.o. is naar mijn mening een ‘slip of the pen’ aangezien de aandelen voor een dergelijke onderneming een doorslaggevend element vormen.
2. De aandelen worden samen met de *effectenmakelaardij* overgedragen.
3. De aandelen worden overgedragen samen met de belastbare activiteit waarvan zij het *noodzakelijke, rechtstreekse en duurzame verlengstuk* vormen.

Vervolgens is de btw-behandeling van de verkoopkosten onderzocht. Wanneer de geruisloze overgang toepassing vindt op de aandelentransactie, bestaat conform het arrest Abbey National I recht op pro rata aftrek. Als de aandelentransactie een vrijgestelde handeling is, bestaat mogelijk ook recht op pro rata aftrek. Het Hof van Justitie EU heeft namelijk in het arrest AB SKF geoordeeld dat wanneer de verkoopkosten niet strikt zijn verdisconteerd in de prijs van de aandelenverkoop, recht op pro rata aftrek bestaat. Zijn de kosten wel strikt verdisconteerd, dan bestaat geen recht op aftrek. In deze redenering van het Hof van Justitie EU kan ik mij niet vinden. Immers, economisch gezien zijn de verkoopkosten toerekenbaar aan de aandelenverkoop. Gezien het feit dat de prijs van een aandelentransactie niet simpelweg waarde + kosten is, vind ik een dergelijk oordeel niet reëel. Inherent aan de vrijstelling is het niet bestaan van recht op aftrek van voorbelasting. Naar mijn mening had de deur naar pro rata aftrek hier niet mogen worden geopend. Tot slot is het recht op aftrek van voorbelasting op verkoopkosten behandeld voor de houdstervennootschap die aandelen houdt in de niet-economische sfeer. Hier heeft het Hof van Justitie EU zich nog niet eerder over uitgelaten. Aan de hand van andere jurisprudentie kan zowel worden betoogd dat geen recht op aftrek bestaat of dat recht op aftrek conform de pro rata bestaat. Met betrekking tot de aankoopkosten kan worden betoogd dat volledige aftrek of aftrek conform de pro rata mogelijk is. In dit kader is het antwoord op de prejudiciële vragen in de zaak Ryanair interessant.

In hoofdstuk zes vergelijk ik de btw-behandeling van de activa-passivatransactie en de aandelentransactie met elkaar. De volgende deelvraag is daarbij beantwoord:

Indien er verschillen ontstaan in beide figuren; in hoeverre zijn deze te verklaren aan de hand van het toetsingskader en hoe kunnen de verschillen worden weggenomen voor zover zij niet zijn te rechtvaardigen aan de hand van het toetsingskader?

Bij de aandelentransactie is de toepassingsmogelijkheid van de geruisloze overgang beperkter dan bij de activa-passivatransactie. Immers, toepassing is bij de aandelentransactie slechts mogelijk in de drie door mij genoemde gevallen. Ook de behandeling van de verkoopkosten verschilt. Bij beide transacties bestaat de mogelijkheid tot het aanmerken van de verkoopkosten als algemene kosten, maar bij de aandelentransactie is dit naar mijn mening door het Hof van Justitie EU onterecht geopperd. Inherent aan een vrijstelling is immers dat geen recht op aftrek van voorbelasting bestaat. Bij de aankoopkosten bestaat bij beide transacties mogelijk recht op volledige of op pro rata aftrek.

Aan de hand van het toetsingskader ben ik tot het oordeel gekomen dat het beginsel van algemene heffing en de juridische neutraliteit de beperktere reikwijdte van de geruisloze overgang bij de aandelentransactie ten opzichte van de activa-passivatransactie rechtvaardigen. Ik ben, omdat de economische neutraliteit, rechtsvormneutraliteit en rechtskarakter het verschil niet rechtvaardigen, tot de conclusie gekomen dat het verschil in behandeling over het algemeen niet te rechtvaardigen is. Om tot een oplossing te komen, is het een mogelijkheid dat een transparance fiscale in de Btw-richtlijn wordt vastgesteld. Met een dergelijke wijziging wordt een doorkijkmogelijkheid expliciet in de wet vastgelegd en kunnen de aandelen- en activa-passivatransactie meer met elkaar in overeenstemming worden gebracht. Echter, naar mijn mening is de onevenwichtige behandeling niet het gevolg van de figuur van de geruisloze overgang, maar van de belastingplicht van de houdstervereniging. Met een aanpassing van die belastingplicht kan zowel de onevenwichtigheid rondom toepassing van de geruisloze overgang als de houdsterproblematiek worden opgelost.

In het kader daarvan heb ik de oplossing die Blokland aandraagt, verder uitgewerkt. Een richtlijnwijziging moet bewerkstelligen dat belastingplicht ontstaat wanneer een houdstervereniging 'actief deelneemt' in de economische activiteit van een andere belastingplichtige. Met een dergelijke wijziging kan een houdstervereniging met een reële economische functie ook als belastingplichtige worden aangemerkt. Wanneer een dergelijke houdstervereniging belastingplichtig is, kan ook de geruisloze overgang toepassing vinden bij een overdracht van de aandelen. Immers, daarmee draagt de houdstervereniging zijn economische activiteit over aan een overdrager. Echter, om voor deze economische activiteit recht op aftrek van voorbelasting te creëren, moet ook de systematiek rondom het recht op aftrek van voorbelasting worden aangepast. Daarbij heb ik een nieuwe richtlijnbevestiging voorgesteld waarin het recht op aftrek van voorbelasting wordt bepaald op basis van de pro rata van de belastingplichtigen waarin actief wordt deelgenomen. Met een dergelijke bevestiging wordt ook een evenwichtige behandeling van aan- en verkoopkosten bereikt. Immers, wanneer zonder richtlijnwijziging een houdstervereniging recht op aftrek conform de pro rata ontvangt, is dit de pro rata van de houdstervereniging en niet de pro rata van de vervreemde deelneming. Wanneer deze wijziging wordt doorgevoerd, is de pro rata van de houdstervereniging afhankelijk van de pro rata van de deelneming waarin zij actief deelneemt. Dit heeft tot gevolg dat de btw-verschillen tussen houdster- en niet-houdsterstructuren grotendeels zijn opgeheven.

In het zevende hoofdstuk staat het tweede deel van de hoofdvraag centraal:

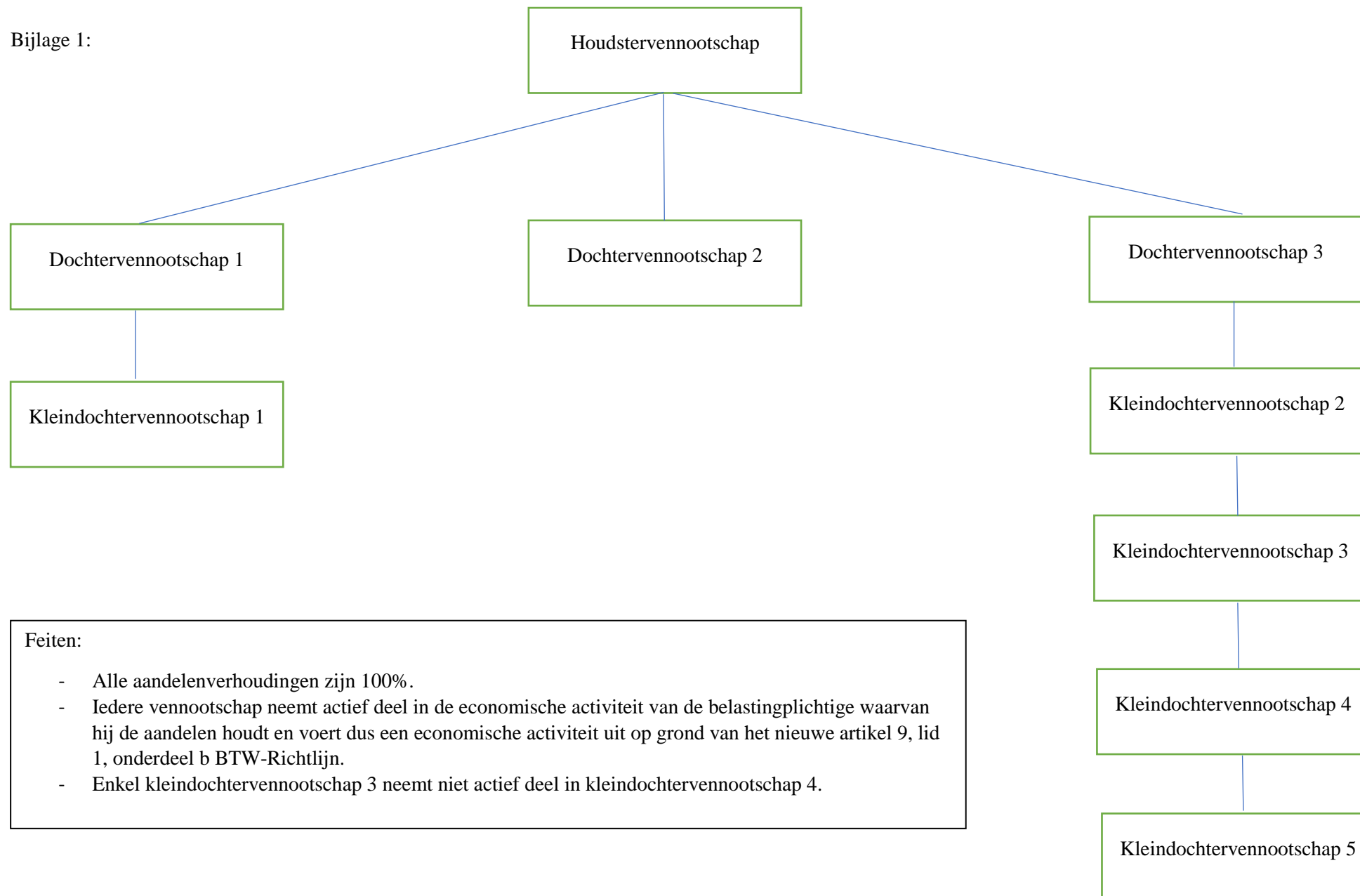
In hoeverre stemmen de faciliteiten die uit de Fusierichtlijn volgen overeen met de faciliteit voor de geruisloze overgang die uit de Btw-richtlijn volgt en zijn de daaruit voortvloeiende overeenkomsten en verschillen te verklaren aan de hand van doel en strekking van beide regelingen?

In dit hoofdstuk heb ik de fusiefaciliteiten die voortvloeien uit de (fiscale) Fusierichtlijn vergeleken met de geruisloze overgang van artikel 19 en 29 Btw-richtlijn. Daar de VPB een ander karakter heeft dan de btw, is het geen strikte vergelijking. Feitelijk kan de vergelijking worden opgevat als een ‘inspiratie opdoen bij’.

Allereerst heb ik opgemerkt dat de btw-faciliteit niet voorziet in grensoverschrijdende toepassing. De oorzaak hiervoor is gelegen in het feit dat artikel 19 Btw-richtlijn spreekt over ‘geen leveringen van goederen. Dit probleem kan worden opgelost door die zinsnede te vervangen voor ‘geen leveringen van goederen en geen intracommunautaire verwervingen’. Daarnaast moet toestaan van de faciliteit gepaard gaan met de invoering van *cross border VAT rulings*. De oorzaak hiervan is gelegen in het feit dat, hoewel *algemeenheid van goederen* een communautair begrip is, de invulling per lidstaat kan verschillen. Daarnaast is de indeplaatstreding met name van belang voor herzieningstermijnen. De Btw-richtlijn kent lidstaten enige vrijheid toe bij het opstellen van de herzieningsregels. Met een *cross border VAT* ruling kunnen deze problemen worden voorkomen.

Vervolgens heb ik onderzocht of in de gevallen waarin de Fusierichtlijn fiscale facilitering verleent, de geruisloze overgang in de btw ook kan worden toegepast. Daarbij ben ik tot de conclusie gekomen dat bij een fusie, splitsing en gedeeltelijke splitsing een bezwarende titel ontbreekt. Dit omdat de verdwijnende of splitsende vennootschap geen tegenprestatie ontvangt voor de fusie of splitsing. Alsdan kan ook niet worden toegekomen aan de geruisloze overgang. Bij de inbreng van activa en aandelenruil bestaat wel een bezwarende titel en kan een beroep op de geruisloze overgang worden gedaan wanneer aan de eisen uit het Zita Modes-arrest is voldaan. In het kader daarvan heb ik voorgesteld om een nieuwe alinea aan artikel 19 Btw-richtlijn toe te voegen. Dit artikel voorziet erin dat, wanneer artikel 19 Btw-richtlijn niet kan worden toegepast en er een rechtshandeling voordoet als bedoeld in artikel 2 van de Fusierichtlijn, toch fiscale indeplaatstreding wordt verleend. Daarmee wordt alsnog voorzien in onder andere een overname van de herzieningstermijnen.

Bijlage 1:



Feiten:

- Alle aandelenverhoudingen zijn 100%.
- Iedere vennootschap neemt actief deel in de economische activiteit van de belastingplichtige waarvan hij de aandelen houdt en voert dus een economische activiteit uit op grond van het nieuwe artikel 9, lid 1, onderdeel b BTW-Richtlijn.
- Enkel kleindochtervennootschap 3 neemt niet actief deel in kleindochtervennootschap 4.

Uitwerking:

De houdstervennootschap neemt actief deel in de economische activiteit van 3 andere belastingplichtigen en moet zijn recht op aftrek van voorbelasting dus bepalen aan de hand van artikel 175b BTW-Richtlijn. In dit geval doet zowel de situatie van artikel 175b lid 3 als de situatie van lid 4 zich voor. Op grond van lid 5 moet dan eerst de lid 4-berekening worden gemaakt alvorens aan de lid 3-berekening toe te komen. De stappen 1, 2 en 3 betreffen de lid 4-berekeningen, de vierde stap ziet op de lid 3-berekening.

1. Dochtervennootschap 1 heeft een omzet van € 70.000,- en presteert 100% belast, kleindochtervennootschap 1 presteert 70% belast en heeft dus € 70.000,- belaste omzet. De totale omzet van dochtervennootschap 1 en kleindochtervennootschap 1 is € 170.000,-. Het pro rata wordt dan:

$$\frac{€70.000 + €70.000}{€170.000} \times 100\% = 82,35\%$$

2. Dochtervennootschap 2 heeft een omzet van € 160.000,- en presteert 80% belast. Omdat deze vennootschap zich niet meer actief moet in een de economische activiteit van een deelneming, moet hier geen lid 4-berekening worden gemaakt.
3. Dochtervennootschap 3 heeft €10.000,- belaste omzet met een pro rata van 100%, kleindochtervennootschap 2 heeft een omzet van € 50.000, presteert 90% belast, resulterend in een belaste omzet van € 45.000, kleindochtervennootschap 3 heeft een omzet van € 10.000,-, presteert 0% belast en heeft dus geen belaste omzet, kleindochtervennootschap 4 heeft een omzet van € 20.000,- en presteert 20% belast en heeft dus € 4.000 belaste omzet en kleindochtervennootschap 5 heeft een omzet van € 30.000,- en presteert 100% belast, resulterend in € 30.000 belaste omzet. Doordat kleindochtervennootschap 3 zich niet actief moet in de economische activiteit van kleindochtervennootschap 4, moet de omzet van kleindochtervennootschappen 4 en 5 niet worden meegenomen in de berekening. De totale omzet die moet worden meegenomen, bedraagt € 70.000,-.

$$\frac{€10.000 + €45.000 + €0}{€70.000} \times 100\% = 78,57\%$$

4. Nu bestaan er drie aparte pro rata's. Om te komen tot één pro rata worden de drie deel pro rata's vermenigvuldigd met de omzet die in de afzonderlijke berekeningen is meegenomen in de De totale omzet bedraagt de omzetten uit de sommen 1, 2 en 3 opgeteld, zijnde € 400.000,-.

$$\frac{€170.000}{€400.000} * 82,35\% + \frac{€160.000}{€400.000} * 80\% + \frac{€70.000}{€400.000} * 78,57\% = 80,75\%$$

De houdstervennootschap krijgt, conform artikel 175b, lid 5 BTW-Richtlijn nu een recht op een aftrekbaar gedeelte van 80,75%.

Literatuurlijst

Dissertaties/oraties

- **Beelen 2010**
S.T.M. Beelen, *Aftrek van BTW als (belaste) omzet ontbreekt* (diss. Rotterdam; Fiscale Monografieën – nr. 134), Deventer: Kluwer 2010.
- **Blokland 2016**
W.J. Blokland, *Omzetbelastingaspecten van ondernemingsfinanciering* (diss. Amsterdam (VU); Fiscale Monografieën – nr. 147), Deventer: Kluwer 2016.
- **Bomer 2012**
A.H. Bomer, *De doorwerking van algemene rechtsbeginselen in de BTW* (diss. Maastricht; Academische Fiscale Beschouwingen), Deventer: Kluwer 2012.
- **Boulogne 2016**
G.F. Boulogne, *Shortcomings in the EU Merger Directive* (diss. Amsterdam (VU); Series on International Taxation – nr. 57), Deventer: Kluwer Law International 2016.
- **Brande, van den – Boomsluiters 2004**
E. van den Brande - Boomsluiters, *De bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting* (diss. Rotterdam; Fiscale Monografieën – nr. 110), Deventer: Kluwer 2004.
- **Braun 2002**
K.M. Braun, *Aftrek van voorbelasting in de BTW* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2002.
- **Cornielje 2016**
S.B. Cornielje, *Fusies en overnames in de Europese BTW* (diss. Tilburg; Fiscale Monografieën – nr. 146), Deventer: Kluwer 2016.
- **Doesum, van, 2009**
A.J. van Doesum, *Contractuele samenwerkingsverbanden in de BTW* (diss. Tilburg; Fiscale Monografieën – nr. 133), Deventer: Kluwer 2009.
- **Hilten, van, 1992**
M.E. van Hilten, *'Bancaire en financiële prestaties in de Europese BTW'* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992.
- **Kavelaars 1997**
P. Kavelaars, *'Vermogenswintheffing: verlies of (aan-)winst'* (oratie), Deventer: Kluwer 1997.
- **Norden, van, 2007**
G.J. van Norden, *Het concern in de BTW* (diss. Tilburg; Fiscale Monografieën – nr. 122), Deventer: Kluwer 2007.
- **Stevens 1980**
L.G.M. Stevens, *Belasting naar draagkracht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1980.

Boeken

- **Bijl, Hilten, van & Vliet, van, 2011**
D.B. Bijl, M.E. van Hilten en D.G. van Vliet, *Europese BTW en Nederlandse Omzetbelasting* (Fiscale Monografieën – nr. 46), Deventer: Kluwer 2011.
- **Braun (red.) 2016**
K.M. Braun (red.), *Cursus Belastingrecht (Omzetbelasting)*, Deventer: Kluwer 2016.
- **Burgt, van der, (red.) 2016**
G.C. van der Burgt (red.), *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, Deventer: Kluwer 2016.
- **Dool, van den, & Hoeven, van der, 2015**
R.P. van den Dool en S. van der Hoeven, *Waardering van incurante aandelen voor de belastingheffing* (vierde druk), Deventer: Kluwer 2015.
- **Hilten, van, & Kesteren, van, 2014**
M.E. van Hilten & H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting* (veertiende druk), Deventer: Kluwer 2014.
- **Kempfen, van, 2016**

M.L.M. van Kempen (red.), *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, Deventer: Kluwer 2016.

- **Schilfgaarde, van, Winter & Wezeman 2013**
P. van Schilfgaarde, J. Winter & J.B. Wezeman, *Van de b.v. en de n.v.* (16^e druk), Deventer: Kluwer 2013.
- **Terra & Kajus 2017**
B.J.M. Terra & J. Kajus, *A Guide to European VAT 2017*, Amsterdam: IBFD 2017.
- **Terra & Wattel 2012**
B.J.M. Terra & P.J. Wattel, *European Tax Law* (sixth edition, fed fiscale studieserie), Deventer: Kluwer 2012.
- **Weber & Brandsma (red.) 2016**
D.M. Weber & R.P.C.W.M. Brandsma (red.), *Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2016.

Artikelen

- **Arts 2011**
J.H.M. Arts, 'Heffing van omzetbelasting bij fusies, splitsingen en interne reorganisaties' (in: De toekomst van de btw: Liber amicorum ter gelegenheid van het emiraat van prof. Arthur Denie), Deventer: Kluwer 2011.
- **Arzini 2017**
N.P. Arzini, 'Een verleng(d)stuk over bijkomstige handelingen' (BTWBrief 2017/20), Deventer: Kluwer 2017.
- **Bettendorf & Cnossen 2014**
L. Bettendorf & S. Cnossen, 'The Long Shadow of the European VAT, Exemplified by the Dutch Experience' (FinanzArchiv, vol. 71, nr. 1), Tübingen: Mohr Siebeck 2014.
- **Blokland 2017**
W.J. Blokland, *Het economisch karakter van het houden van aandelen in de BTW* (NTFR-Beschouwingen 2017/22), Den Haag: SDU 2017.
- **Den Boer 1975**
P. den Boer, 'Discussiebijdrage I', (in: J.H. Christiaanse, Deelnemingsvrijstelling en holdings, Belastingconsulentendag '75), Deventer: Uitgeverij FED b.v. 1975.
- **Bomer & Kesteren, van, 1999**
A.H. Bommer & H.W.M. van Kesteren, 'De houdstermaatschappij: geknipt voor de BTW' (WFR 1999/264), Deventer: Kluwer 1999.
- **Boulogne 2016 (II)**
G.F. Boulogne, 'Lessen uit de EU-Fusierichtlijn' (NTFR-B 2016/11), Den Haag: SDU 2016.
- **Braun 1999**
K.M. Braun, 'De BTW-belastingplicht van moeiende holdings: een legpuzzel waarvan de stukjes niet passen' (WFR 1999/167), Deventer, Kluwer 1999.
- **Cornielje 2012**
S.B. Cornielje, 'De toepassing van art. 37d Wet OB 1968 bij de verkoop van een (minderheids)deelneming' (WFR 2012/403), Deventer: Kluwer 2012.
- **Cornielje 2017**
S.B. Cornielje, 'Houdstervenootschappen en het recht op aftrek van voorbelasting in de BTW' (TFO 2017/149.2), Deventer: Kluwer 2017.
- **Cornielje 2017 (II)**
S.B. Cornielje, 'Overgang van de onderneming in de Omzetbelasting' (TFO 2017/151.1), Deventer: Kluwer 2017.
- **Doesum, van, & Kesteren, van, 2012**
A.J. van Doesum & H.W.M. van Kesteren, 'De onlosmakelijke samenhang tussen kosten en belastbare handelingen' (WFR 2012/885), Deventer: Kluwer 2012.
- **Doesum, van, & Norden, van, 2007**
A.J. van Doesum & G.J. van Norden, 'Bedrijfsoverdrachten en omzetbelasting' (WPNR 2007/6695), Den Haag: SDU 2007.
- **Doesum, van, & Norden, van, 2009**

- A.J. van Doesum & G.J. van Norden, *'De grondslagen en toepassingsmodaliteiten van de fiscale-eenheid-BTW'* (WFR 2009/1572), Deventer: Kluwer 2009.
- **Dongen, van, 2004**
A. van Dongen, *'BTW-gevolgen van de verkoop van aandelen na EDM'* (WFR 2004/964), Deventer: Kluwer 2004.
 - **Elink Schuurman & Vermeulen 2014**
J.H. Elink Schuurman & H. Vermeulen, *'Het regime voor de fbi in de context van de Europese staatssteunregels'* (WFR 2014/1399), Deventer: Kluwer 2014.
 - **Hilten, van, 1993**
M.E. van Hilten, *'Doorlopende optie voor belaste verhuur'* (BTWBrief 1993/3), Deventer: Kluwer 1993.
 - **Hofman 2017**
A.W. Hofman, *'Aftrekbeperking voor aan- en verkoopkosten'* (FBN 2017/07/08), Den Haag: SDU 2017.
 - **Hummel 2007**
C.J. Hummel, *'De BTW-aspecten van een overname'* (NTFR-Beschouwingen 2007/25), Den Haag: SDU 2007.
 - **Joosten en Tetteroo 2017**
P. Joosten & N. Tetteroo, *'De zaak MVM: een gemiste kans?'* (BTWBrief 2017/28), Deventer: Kluwer 2017.
 - **Keijsers 1985**
R.R.J.M. Keijsers, *'De overdracht van een onderneming, geruisloos? (art. 31 Wet OB 1968)'* (WFR 1985/472), Deventer: Kluwer 1985.
 - **Kesteren, van, 2004**
H.W.M. van Kesteren, *'Verkoop aandelen door moeiende houdster: een prestatie!'* (NTFR 2004/1704), Den Haag: SDU 2004.
 - **Kesteren, van, 2008**
H.W.M. van Kesteren, *'Directe en algemene kosten'* (WFR 2008/318), Deventer: Kluwer 2008.
 - **Kesteren, van, 2014**
H.W.M. van Kesteren, *'Overnames en BTW'* (WFR 2014/21), Deventer: Kluwer 2014.
 - **Kesteren, van, 2014**
H.W.M. van Kesteren, *'Indeplaatsstelling en BTW'* (WFR 2014/284), Deventer: Kluwer 2014.
 - **Kesteren, van, 2017**
H.W.M. van Kesteren, *'Geen aftrek voorbelasting voor 'moeiende' holding'* (NLFiscaal 2017/0321), Amsterdam: NLFiscaal 2017.
 - **Kroesen & Boevé 2009**
D. Kroesen & R. Boevé, *'Algemeenheid van goederen en diensten in internationaal verband'* (BTWBrief 2009/8), Deventer: Kluwer 2009.
 - **Kroesen & Boevé 2010**
D. Kroesen & R. Boevé, *'Één stap vooruit, twee stappen achteruit'* (BTWBrief 2010/17), Deventer: Kluwer 2010.
 - **Lamers 2008**
J.J.M. Lamers, *'Ondernemingen overnemen zonder BTW'* (NTFR-Beschouwingen 2008/48), Den Haag: SDU 2008.
 - **Lamers & Merckx 2010**
J.J.M. Lamers & M.M.W.D. Merckx, *'BTW, een kosten-batenanalyse'* (WFR 2010/907), Deventer: Kluwer 2010.
 - **Lantman & Boender 2010**
R.J.M.C. Lantman & J.B.J. Boender, *'Concernbenadering in de BTW sterker dan ooit'* (MBB 2010/03), Den Haag: SDU 2010.
 - **Loo, van 2003**
L. van Loo, *'De paradox van de BTW'* (Belastingadvies 2003/20.7), Deventer: Kluwer 2003.
 - **Merkx 2005**

- M.M.W.D. Merkx, *'Modewereld nu ook verantwoordelijk voor de trend in de BTW. De reikwijdte van art. 31 wet OB 1968 na Zita Modes'* (MBB 2005/02), Den Haag: SDU 2005.
- **Merkx & Starkenburg 2017**
M.M.W.D. Merkx & R. Starkenburg, *'ESET = reset?'* (BTW-Bulletin 2017/28), Deventer: Kluwer 2017.
 - **Mierop & Bouwmeester 2010**
R. Mierop & J. Bouwmeester, *'AB SKF: eindelijk duidelijkheid over BTW-af trek bij verkoop deelneming?'* (WFR 2010/414), Deventer: Kluwer 2014.
 - **Molenaar 2009**
I.F. Molenaar, *'De zaak ABSKF: antwoorden of nog meer vragen?'* (BTWBrief 2009/37), Deventer: Kluwer 2009.
 - **Mutsaers 2015**
M. Mutsaers, *'De reikwijdte van indeplaatstreding bij een overdracht van een algemeenheid van goederen'* (BTWBrief 2015/72), Deventer: Kluwer 2015.
 - **Norden, van, 2004**
G.J. van Norden, *'Algemeenheid van goederen in de BTW weer op de agenda'* (WFR 2004/1824), Deventer: Kluwer 2004
 - **Norden, van, 2009**
G.J. van Norden, *'De zaak Swiss Re: reden voor onrust in de verzekeringssector?'* (BTWBrief 2009/36), Deventer: Kluwer 2009.
 - **Norden, van, 2010**
G.J. van Norden, *'Geen paradox maar een echte tegenstelling in de BTW: strikter én ruimer'* (WFR 2010/684), Deventer: Kluwer 2010.
 - **Pieterse 2010**
L.J.A. Pieterse, *'Over de neutraliteit van de omzetbelasting en het hellend vlak van de uitzonderingen'* (WFR 2010/596), Deventer: Kluwer 2010.
 - **Sanders 2010**
J.Th. Sanders, *'Invenzioni e stravaganze'* (NTFR 2010/1183), Den Haag: SDU 2010.
 - **Sanders 2016**
J. Sanders, *'Over de transfer of a going concern-regeling en de realiteit van ondernemen'* (MBB 2016/06), Den Haag: SDU 2016.
 - **Vervloed 2010**
H. Vervloed, *'Onbelastbare overdracht van een onderneming'* (BTWBrief 2010/10), Deventer: Kluwer 2010.
 - **Vleggeert 2014**
J. Vleggeert, *'Evaluatie van het regime voor fiscale beleggingsinstellingen en een voorstel voor een nieuw regime'* (WFR 2014/476), Deventer: Kluwer 2014.
 - **Vroon 2010**
A. Vroon, *'Vragen om moeilijkheden'* (NTFR-Beschouwingen 2010/20), Den Haag: SDU 2010.
 - **Wijtvliet 2014**
L.W.D. Wijtvliet, *'Direct versus indirect: een diffusie dichotomie. Een verkenning van de betekenis en invulling van het onderscheid tussen directe en indirecte belastingen'* (MBB 2014/10), Den Haag: SDU 2014.
 - **Wilde, de 2016**
M.F. de Wilde, *'De exitheffingen in de Anti-ontgaansrichtlijn en zijn invloed op het Nederlandse belastingstelsel'* (FED fiscaal tijdschrift 2016/109), Deventer: Kluwer 2016.
 - **Wulp, van der 2017**
M.D.J. van der Wulp, *'BTW-af trek bij onbelastbare handelingen: zoeken naar verbondenheid'* (TFO 2017/149.3), Deventer: Kluwer 2017.

Jurisprudentieoverzicht

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap/Europese Unie

- HvJ EG 1 april 1982, nr. C-89/91 (Hong Kong), BNB 1982/311.

- HvJ EG 14 februari 1985, nr. 268/83 (Rompelman), *BNB* 1985/315.
- HvJ EG 15 juni 1989, nr. C-348/87 (SUFA), *FED* 1989/559.
- HvJ EG 20 juni 1991, nr. C-60/90 (Polysar Investment Netherlands b.v.), *FED* 1991/633.
- HvJ EG 29 februari 1996, nr. C-110/94 (INZO), *V-N* 1996/1396.
- HvJ EG 22 juni 1993, nr. C-333/91 (Sofitam SA), *FED* 1993/608.
- HvJ EG 6 april 1995, nr. C-4/94 (BLP), *FED* 1995/495.
- HvJ EG 4 oktober 1995, nr. C-291/99 (Armbrecht), *BNB* 1996/62.
- HvJ EG 20 juni 1996, nr. C-155/94 (Wellcome Trust), *FED* 1996/577.
- HvJ EG 11 juli 1996, nr. C-306/94 (Regié Dauphinoise), *BNB* 1997/38.
- HvJ EG 17 juli 1997, nr. C-28/95 (Leur-Bloem), *BNB* 1998/32.
- HvJ EG 6 februari 1997, nr. C-80/95 (Harnas&Helm), *BNB* 1997/286.
- HvJ EG 25 februari 1999, nr. C-349/96 (Card Protection Plan), *BNB* 1999/224.
- HvJ EG 27 januari 2000, nr. C-23/98 (Heerma), *BNB* 2000/297.
- HvJ EG 8 juni 2000, nr. C-98/98 (Midland Bank), *NTFR* 2000/921.
- HvJ EG 14 november 2000, nr. C-142/99 (Floridienne/Berginvest), *FED* 2001/179.
- HvJ EG 22 februari 2001, nr. C-408/98 (Abbey National I), *NTFR* 2001/376.
- HvJ EG 12 juli 2001, nr. C-102/00 (Welthgrove), *BNB* 2002/182.
- HvJ EG 27 september 2001, nr. C-16/00 (CIBO), *FED* 2002/31.
- HvJ EG 15 januari 2002, nr. C-43/00 (Andersen og Jensen ApS), *V-N* 2002/8.26.
- HvJ EG 26 juni 2003, nr. C-442/01 (KapHag), *V-N* 2003/34.14.
- HvJ EG 27 november 2003, nr. C-497-01 (Zita Modes), *V-N* 2003/61.18.
- HvJ EG 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM), *NTFR* 2004/669.
- HvJ EG 29 april 2004, nr. C-137/02 (Faxworld), *NTFR* 2004/672.
- HvJ EG 21 oktober 2004, nr. C-8/03 (BBL), *NTFR* 2004/1615.
- HvJ EG 26 mei 2005, nr. C-465/03 (Kretztechnik), *NTFR* 2005/754.
- HvJ EG 21 februari 2006, nr. C-255/02 (Halifax), *NTFR* 2006/359.
- HvJ EG 30 maart 2006, nr. C-184/04 (Uudenkaupungin kaupunki), *V-N* 2006/18.25.
- HvJ EG 8 februari 2007, nr. C-435/05 (Investrand), *BNB* 2007/308.
- HvJ EU 19 april 2007, nr. C-455/05 (Velvet & Steel Immobilien), *V-N* 2007/21.18.
- HvJ EG 5 juli 2007, nr. C-321/05 (Kofloed), *V-N* 2007/34.12.
- HvJ EG 6 maart 2008, nr. C-98/07 (Nordania Finans), *BNB* 2008/219.
- HvJ EG 22 mei 2008, nr. C-162/07 (Ampliscientifica), *V-N* 2008/25.20.
- HvJ EG 13 maart 2008, nr. C-437/06 (Securenta), *V-N* 2008/14.20.
- HvJ EU 1 oktober 2009, nr. C-247/08 (Gaz de France), *NTFR* 2009/2231.
- HvJ EU 22 oktober 2009, nr. C-242/08 (Swiss RE), *NTFR* 2009/2278.
- HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-029/08 (AB SKF), *NTFR* 2009/2421, *BNB* 2010/251.
- HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-174/08 (NCC Construction Denmark), *V-N* 2009/56.14.
- HvJ EU 20 mei 2010, nr. C-352/08 (Zwijnenburg), *NTFR* 2010/1562.
- HvJ EU 10 november 2011, nr. C-444/10 (Christel Schriever), *V-N* 2011/63.16.
- HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), *NTFR* 2011/2856.
- HvJ EU 18 januari 2012, nr. C-26/12 (PPG Holdings), *V-N* 2013/48.17.
- HvJ EU 1 maart 2012, nr. C-280/10 (Kopalnia), *V-N* 2012/17.17.
- HvJ EU 5 juli 2012, nr. C-259/11 (DTZ Zadelhoff), *BNB* 2012/311.
- HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-48/11 (A Oy), *V-N* 2012/40.19.51.
- HvJ EU 16 oktober 2012, nr. C-371/11 (Punch Graphix), *NTFR* 2012/2533.
- HvJ EU 21 januari 2013, nr. C-104/12 (Wolfram Becker), *V-N* 2013/17.18.
- HvJ EU 9 april 2013, nr. C-85/11 (Commissie/Ierland), *V-N* 2013/24.13.
- HvJ EU 25 april 2013, nr. C-65/11 (Commissie/Nederland), *V-N* 2013/24.14.
- HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-651/11 (X b.v.), *NTFR* 2013/1293.
- HvJ EU 20 juni 2013, nr. C-219/12 (Christian Fuchs), *BNB* 2013/245.
- HvJ EU 12 september 2013, nr. C-388/11 (Le Crédit Lyonnais), *V-N* 2013/48.15.
- HvJ EU 12 juni 2014, nr. C-39/13, C-40/13, C-41/13 (SCA, X en MSA), *NTFR* 2014/1872.
- HvJ EU 14 juni 2014, nr. C-461/12 (Granton), *BNB* 2014/210.
- HvJ EU 10 juli 2014, nr. C-183/13 (Banco Mais), *V-N* 2014/36.24.14.
- HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14 en C-109/14 (Larentia en Minerva), *V-N* 2015/44.18.

- HvJ EU 12 mei 2016, nr. C-520/14 (Gemeente Borsele), *NTFR* 2016/139.
- HvJ EU 21 juni 2016, nr. C-393/15 (ESET), *V-N* 2017/18.50.
- HvJ EU 14 december 2016, nr. C-378/15 (Mercedes Benz Italia), *V-N* 2017/3.15.
- HvJ EU 12 januari 2017, nr. C-28/16 (MVM), *V-N* 2017/17.15.
- HvJ EU 3 april 2017, nr. C-165/17 (Morgan Stanley), (*prejudiciële vragen*).
- HvJ EU 12 mei 2017, nr. C-249/17 (Ryanair), (*prejudiciële vragen*).
- HvJ EU 29 mei 2017, nr. C-320/17 (Marle Participations Sarl) (*prejudiciële vragen*).

Hoge Raad & Tariefcommissie

- TC 28 november 1977, nr. 11 177 O'68 (loonslagersarrest), *BNB* 1978/89.
- HR 2 mei 1984, nr. 22 153, *BNB* 1984/295.
- HR 4 februari 1987, nr. 23 945, *BNB* 1987/147.
- HR 28 november 1990, nr. 24 248, *FED* 1991/118.
- HR 15 december 1999, nr. 34 958 (zeehondencrèche arrest), *BNB* 2000/128.
- HR 25 april 2003, nr. 38 132, *NTFR* 2003/766.
- HR 10 februari 2006, nr. 37 800 (eindarrest Arthur Andersen), *BNB* 2006/125.
- HR 2 maart 2007, nr. 42 237 (hotelinventaris arrest), *BNB* 2007/190.
- HR 6 juni 2008, nr. 42 677, *BNB* 2008/221.
- HR 29 januari 2010, nr. 08/01847, *V-N* 2010/8.16.
- HR 26 februari 2010, nr. 08/02136 (bruingoed arrest), *BNB* 2010/223.
- HR 5 maart 2010, nr. 34 505 (visrokerij arrest), *BNB* 2010/295.
- HR 31 januari 2014, nr. 12/01314, *V-N* 2014/9.16
- HR 11 april 2014, nr. 12/01836 (assurantieportefeuille arrest), *BNB* 2014/120.
- HR 8 augustus 2014, nr. 12/0395, *BNB* 2014/224.
- HR 18 november 2016, nr. 12/02683, *V-N* 2016/60.12.

Conclusies

- Conclusie A-G HvJ EG Lenz 7 december 1995, nr. C-155/94 (Wellcome Trust), *FED* 1996/577.
- Conclusie A-G HvJ EG Jacobs 29 september 2002, nr. C-497/01 (Zita Modes), *V-N* 2003/61.18.
- Conclusie A-G HvJ EG Mengozzi 12 februari 2009, nr. C-29/08 (AB SKF), *BNB* 2010/251.
- Conclusie A-G HR Van Hilten 26 februari 2010, nr. 08/02136 (bruingoed arrest), *BNB* 2010/223.

Lagere rechtspraak

- Rechtbank Arnhem 24 maart 2011, nr. AWB 10/2503, *V-N* 2011/36.20.
- Hof Arnhem – Leeuwarden 17 januari 2017, nr. 15/01562, *V-N* 2017/19.10.34.

Parlementaire geschiedenis

- Kamerstukken II 1967/'68, 9324.
- Kamerstukken II 1997/'98, 25 709, nr. 3.
- Kamerstukken II 1997/'98, 25 709, nr. 5.
- Bijvoegsel Handelingen II 1998, 25 709, nr. 70.
- Voorstel voor een gemeenschappelijke regeling voor fusies, splitsingen en inbreng van activa met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten van de Raad van 15 januari 1969, COM 69/5.
- Voorstel voor een Zesde richtlijn van de Raad van 29 juni 1973, COM 73/950.
- Brief Ministerie van Financiën, 26 april 2016, nr. DGB2016/1423U.