

Erasmus School of Economics

Masterscriptie Fiscale Economie

De btw-positie van holdingvennootschappen

Naam: A.H.J. (Arnout) Plattel

Studentnummer: 436013

Scriptiebegeleider: Prof. Dr. R.N.G. van der Paardt

Datum van inlevering: 7 december 2017

Inhoudsopgave

Lijst met gebruikte afkortingen	V
HOOFDSTUK 1	
Inleiding	
1.1 Aanleiding	1
1.2 Probleemstelling	1
1.3 Belang van het onderzoek	3
1.4 Afbakening	3
HOOFDSTUK 2	
Het rechtskarakter van de btw	4
2.1 Inleiding	
2.2 Achtergrond van de totstandkoming van de btw	4
2.3 Rechtskarakter belastingwet	5
2.4 Rechtskarakter btw	6
2.4.1 Btw als verbruiksbelasting	7
2.4.1.1 Indirecte verbruiksbelasting	7
2.4.1.2 Algemene verbruiksbelasting	8
2.4.2 Alternatieve duidingen van de btw	8
2.5 Neutraliteitsbeginsel	8
2.5.1 Interne neutraliteit	9
2.5.2 Externe neutraliteit	10
2.5.3 Verschijningsvormen neutraliteitsbeginsel	10
2.5.3.1 Cumulatie van btw in de bedrijfskolom	11
2.5.3.2 Neutraliteit tussen belastingplichtigen	11
2.5.3.3 Neutraliteit tussen eindverbruikers	12
2.5.3.4 Neutraliteit tussen prestaties	12
2.6 Deelconclusie	13
HOOFDSTUK 3	
Het subject en object van de btw	14
3.1 Inleiding	14
3.2 Belastingplichtige (het subject)	14
3.2.1 Eenieder	15
3.2.2 Zelfstandig	15
3.2.3 Economische activiteit	17
3.2.3.1 Exploitatie (on)lichamelijke zaken	17
3.2.3.2 Deelname aan het economische verkeer	18
3.2.3.3 Ongeacht het oogmerk of het resultaat	20
3.2.3.4 Duurzaam streven naar opbrengsten	21
3.3 Leveringen van goederen en diensten onder bezwarende titel	22

3.3.1	De bezwarende titel	23
3.3.1.1	Rechtsbetrekking	24
3.3.1.2	Rechtstreekse verband	25
3.3.2	Subjectieve maatstaf van heffing	27
3.4	Belastbaarheid op twee niveaus	29
3.4.1	Een economische activiteit zonder prestatie onder bezwarende titel	30
3.4.2	Een prestatie onder bezwarende titel zonder economische activiteit	31
3.5	Exploitatie van onlichamelijke zaken	34
3.5.1	Handelingen inzake aandelen	35
3.5.2	Exploitatie van onlichamelijke zaken	37
3.5.3	Verlengstukgedachte	39
3.6	Deelconclusie	40
HOOFDSTUK 4		
	Aftrek van voorbelasting	42
4.1	Inleiding	42
4.2	Afnemer	43
4.3	Onlosmakelijk verband	44
4.3.1	Terminologische verduidelijking	44
4.3.2	Aard van onlosmakelijke verband	45
4.4	Hoedanigheid als belastingplichtige	46
4.5	Toerekenen van kosten	50
4.5.1	Directe kosten	50
4.5.2	Algemene kosten	53
4.6	Onbelastbare handelingen	55
4.6.1	Onbelastbare handelingen	56
4.6.2	Pre pro rata	58
4.7	Deelconclusie	60
HOOFDSTUK 5		
	Houden van aandelen en deelnemingen	63
5.1	Inleiding	63
5.2	Huidige stand van jurisprudentie van het Hof van Justitie	63
5.2.1	Inmenging in het beheer	64
5.2.2	Inmenging in het beheer en belastbare prestaties	65
5.2.2.1	Belastbare prestaties hebben moeien als gevolg	67
5.2.2.2	Belastbare prestaties en moeien zijn onafhankelijke voorwaarden	68
5.2.2.3	Moeien heeft belastbare prestaties als gevolg	68
5.2.3	Opbrengsten holdingvennootschap	70
5.2.4	Aftrek van voorbelasting	73
5.3	Knelpunten huidige situatie	74
5.4	Alternatief beoordelingskader	77
5.4.1	Economische activiteit	77
5.4.2	Aftrek van voorbelasting	78

HOOFDSTUK 6	
Conclusie	81
6.1 Inleiding	81
6.2 Samenvatting	81
6.3 Conclusie	83
Literatuuroverzicht	85
Lijst van aangehaalde jurisprudentie	89

Lijst gebruikte afkortingen

A-G	Advocaat-Generaal
blz.	bladzijde
<i>BNB</i>	Beslissingen in belastingzaken, Nederlandse Belastingrechtspraak
Btw	Belasting over de toegevoegde waarde
Btw-richtlijn	Richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde (<i>PbEU</i> 2006, L 347/1), zoals laatstelijk gewijzigd op 27 juni 2016 (<i>PbEU</i> 2013, L 177/9)
BV	Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Eerste Btw-richtlijn	Richtlijn 1967/227/EEG van de Raad van 11 april 1967 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der Lid-Statens inzake omzetbelasting (<i>PbEG</i> 1967, P 071/ 1301)
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EG	Europese Gemeenschappen
EU	Europese Unie
<i>FED</i>	Fiscaal Tijdschrift FED
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap (voor 1 december 2009)
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie (na 1 december 2009)
<i>Jur.</i>	Jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap/ Europese Unie
losbl.	losbladige uitgave
<i>MBB</i>	Maandblad Belasting Beschouwingen
nr.	nummer
NTFR	Nederlandse Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NV	Naamloze vennootschap
OB	omzetbelasting
<i>PbEG</i>	Publicatieblad van de Europese Gemeenschap (tot 1 januari 2003)
<i>PbEU</i>	Publicatieblad van de Europese Unie (vanaf 1 februari 2003)
r.o.	rechtsoverweging
TC	Tariefcommissie
<i>Trb.</i>	Tractatenblad
Tweede Btw-richtlijn	Richtlijn 1967/228/EEG van de Raad van 11 april 1967 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der Lid-Statens inzake omzetbelasting – Structuur en wijze van toepassing van het gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde (<i>PbEG</i> 1967, P 071/1303)
<i>V-N</i>	Vakstudie-Nieuws
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (<i>PbEU</i> 2010, C 83/47)
Wet OB	Wet op de omzetbelasting 1968

WFR

Zesde Btw-richtlijn

Weekblad voor Fiscaal Recht

Richtlijn 1977/388/EEG van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der Lid-Staten inzake omzetbelasting – Gemeenschaps- lijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag (*PbEG* 1977, L 145/1)

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1.1 Aanleiding

Ruim 26 jaar na het wijzen van het arrest Polysar, dat als nulpunt in de btw-jurisprudentie ten aanzien van aandelen kan worden beschouwd,¹ bestaan nog onduidelijkheden over de btw-positie van holdingvennootschappen. In het arrest Polysar geeft het Hof van Justitie aan dat het enkel verwerven en houden van aandelen niet te beschouwen is als economische activiteit.² Dat nog veel onduidelijkheid bestaat ten aanzien van de btw-positie van holdingvennootschappen, blijkt vooral uit het feit dat in drie afzonderlijke zaken in verschillende Europese landen prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie zijn gesteld over van handelingen inzake aandelen. Deze vragen gaan over de aftrek van voorbelasting ten aanzien van kosten die gemaakt zijn voor respectievelijk een (mislukte) overnamepoging, het houden van aandelen dat gepaard gaat met het verhuren van vastgoed en een voorgenomen, maar niet gerealiseerde verkoop van een deelneming.³

Hoewel veel onduidelijkheid bestaat ten aanzien van het economische karakter van handelingen inzake aandelen, heeft de kwalificatie van een dergelijke activiteit grote materiële gevolgen voor een holdingvennootschap. Als een holdingvennootschap geen economische activiteit verricht, is deze volgens het Hof in zoverre te vergelijken met een particuliere investeerder.⁴ Door het kwalificeren van de activiteit van holdingvennootschappen, maakt men in feite onderscheid tussen enerzijds ondernemende holdingvennootschappen en anderzijds beleggende holdingvennootschappen. Een dergelijk onderscheid dient overigens niet alleen gemaakt te worden voor de btw, maar ook voor andere belastingen. In het kader van de inkomstenbelasting heeft de wetgever bijvoorbeeld ook geworsteld met het maken van een soortgelijk onderscheid.⁵ De Nederlandse wetgever heeft er uiteindelijk voor gekozen om in de Wet Inkomstenbelasting 2001 dit onderscheid te maken aan de hand van het relatieve aandelenbelang. Daarbij heeft de Nederlandse wetgever een op zichzelf arbitraire grens geïntroduceerd van 5% van het geplaatste kapitaal van een aandelenvennootschap: indien een aandeelhouder ten aanzien van zijn aandelenbelang deze grens passeert, wordt hij geacht ondernemer te zijn.⁶ In de Europese Jurisprudentie van het Hof van Justitie wordt het onderscheid niet gemaakt aan de hand van het relatieve aandelenbelang, maar op grond van andere criteria. Daarentegen is het Hof tot op heden nog niet in staat geweest een sluitend rechtskader te formuleren voor handelingen inzake aandelen. Sterker nog, door het groot aantal arresten dat is geweest lijkt het rechtskader minder overzichtelijk te zijn geworden.⁷

1.2 Probleemstelling

In het licht van de onduidelijkheden die bestaan ten aanzien van de btw-positie van holdingvennootschappen, onderzoekt deze verhandeling of in de huidige situatie aan de hand van de juiste criteria het onderscheid wordt gemaakt tussen ondernemende holdingvennootschappen en

¹ Aldus ook W.J. Blokland, Het economische karakter van het houden van aandelen in de btw, *NTFR-B* 2017/22.

² HvJ EG 20 juni 1991, nr. C-60/90 (Polysar), *FED* 1991/633.

³ Zie de prejudiciële vragen inzake Ryanair (C-249/17), Marle Participations (C320/17) en C&D Foods Acquisitions (C-502/17).

⁴ HvJ EG 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM), *NTFR* 2004/669, r.o. 60.

⁵ A.C. Rijkers, *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, Deventer, Kluwer (losbl.), onderdeel 4.0.2.A.a.

⁶ Art. 4.6 Wet Inkomstenbelasting 2001. Hierbij dient te worden opgemerkt dat dit geen pleidooi is voor het introduceren van een gelijk criterium. De vergelijking met de Inkomstenbelasting 2001 is slechts bedoeld als illustratie.

⁷ Aldus S.B. Cornielje, *Fusies en overnames in de Europese BTW*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 201-202.

beleggende holdingvennootschappen. In wezen gaat het in de praktijk om de vraag in welke gevallen holdingvennootschappen een zodanige economische activiteit verrichten waardoor het aandeelhouderschap opgaat in deze economische sfeer. In deze verhandeling wordt met een ondernemende holdingvennootschap bedoeld een holdingvennootschap die een economische activiteit verricht en ook zijn deelnemingen verwerft, houdt en eventueel verkoopt in de hoedanigheid als belastingplichtige. De beleggende holdingvennootschap is een holdingvennootschap die zijn deelnemingen niet de hoedanigheid als belastingplichtige houdt, ongeacht of deze een economische activiteit verricht.

Op grond van de huidige Europese jurisprudentie van het Hof van Justitie wordt dit onderscheid gemaakt door te toetsen of gemoeid wordt in het beheer van een deelneming en of dit moeien gepaard gaat met belastbare handelingen.⁸ De volgende vraag staat in deze verhandeling centraal:

In hoeverre is in het licht van het neutraliteitsbeginsel het huidige door het Hof van Justitie ontwikkelde criterium van inmenging in het beheer in de deelneming, die gepaard moet gaan met belastbare handelingen verricht door een holding jegens of ten behoeve van zijn deelnemingen, het juiste criterium om te beoordelen of deze holdingmaatschappij een economische activiteit verricht waardoor de handelingen inzake aandelen plaatsvinden in de economische sfeer?

Het onderzoek bestaat feitelijk uit twee delen. Het eerste deel van deze verhandeling onderzoekt het rechtskarakter van de btw, het subject en object van de btw en het recht op aftrek van voorbelasting. Het eerste deel onderzoekt dus de huidige stand van het recht en heeft daardoor een informerend karakter. In dit kader zijn de volgende drie deelvragen geformuleerd:

- *Wat is het rechtskarakter van de btw en wat is het neutraliteitsbeginsel?*
- *Wat is het subject en object van de btw?*
- *Wat zijn de voorwaarden voor zowel het ontstaan als voor het bepalen van de omvang van het recht op aftrek van voorbelasting?*

De bovenstaande deelvragen worden successievelijk behandeld in respectievelijk hoofdstuk 2, hoofdstuk 3 en hoofdstuk 4. De bovenstaande vraagstellingen worden onderzocht aan de hand van de bepalingen in de Btw-richtlijn en de uitleg van deze bepalingen in de Europese Jurisprudentie van het Hof van Justitie. Deze verhandeling maakt op sommige onderdelen ook de vergelijking met bepalingen uit de Nederlandse Wet op de omzetbelasting 1968 en de uitleg van deze bepalingen in de jurisprudentie van de Hoge Raad en overige rechters.

Het tweede deel van deze verhandeling vormt een oordeel over de huidige stand van het recht ten aanzien van handelingen inzake aandelen. In dit kader staat de volgende deelvraag centraal:

- *Welke alternatieven c.q. andere criteria zouden mogelijk zijn om de onevenwichtige uitkomsten, bij toepassing van de thans gehanteerde criteria, te ondervangen?*

Het tweede gedeelte van dit onderzoek heeft een beoordelend karakter. Het rechtskarakter van de btw en het neutraliteitsbeginsel, zoals geformuleerd in hoofdstuk 2, vormen in het tweede gedeelte het

⁸ HvJ EU 6 september 2012, nr. C-496/11 (Portugal Telecom), *V-N* 2012/51.21, r.o. 33, HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14 en C-109/14 (Larentia + Minerva/Marenave), *BNB* 2016/25, r.o. 20-21.

toetsingskader. Bovendien onderzoekt hoofdstuk 5 of eventuele verbeteringen mogelijk zijn. Dit onderzoek is aldus te beschouwen als een klassiek rechtswetenschappelijk onderzoek.

1.3 Belang van het onderzoek

Het aantal fusies en overnames in Nederland is sterk toegenomen sinds de wereldwijde economische kredietcrisis die in 2007 is ontstaan.⁹ Met dergelijke fusies en overnames zijn doorgaans omvangrijke advies- en transactiekosten gemoeid. Een heldere en duidelijke fiscale behandeling van dergelijke advies- en transactiekosten is van groot belang. Zoals al is gebleken is de btw-positie van holdingvennootschappen daarentegen nog steeds niet altijd en in alle gevallen duidelijk en overzichtelijk. Daarnaast gaat dit onderzoek over de meest elementaire bouwstenen van de btw, namelijk over de grenzen van de belastingplicht en het recht op aftrek van voorbelasting.

1.4 Afbakening

Het voorwerp van dit onderzoek is de btw-positie van holdingvennootschappen ten aanzien van handelingen inzake aandelen. Zoals de probleemstelling suggereert, wordt de belastingpositie van houdsters onderzocht vanuit een fiscaalrechtelijke invalshoek. Omdat de btw een communautaire belasting is, is deze verhandeling gebaseerd op een analyse van voornamelijk Europese jurisprudentie van het Hof van Justitie. De bepalingen uit de Btw-richtlijn staan in dit onderzoek centraal. Daarom bezigt deze verhandeling voornamelijk communautaire begrippen, zoals ‘belastingplichtige’ en ‘economische activiteit’ in plaats van Nederlandse fiscaalrechtelijke begrippen, zoals ‘ondernemer’, ‘bedrijf’ of ‘beroep’. Deze verhandeling maakt daarentegen in sommige onderdelen een vergelijking met bepalingen uit de Nederlandse Wet op de omzetbelasting 1968. Andere belastingwetten worden in dit onderzoek verder niet inhoudelijk besproken. Dit onderzoek is aldus te beschouwen als een monodisciplinair onderzoek. In het arrest Harnas en Helm suggereert het Hof dat in drie gevallen het houden van aandelen binnen de werkingssfeer van de btw kan vallen.¹⁰ Deze verhandeling analyseert een van deze drie gevallen niet, namelijk het bedrijfsmatig handelen in effecten. Een bedrijfsmatige effectenhandelaar is overigens ook geen holdingvennootschap in eigenlijke zin, aangezien een dergelijke handelaar doorgaans aandelen als voorraad aanhoudt.¹¹ Ten slotte vermijdt deze verhandeling de bespreking van de leer van de vaste inrichting alsmede de mogelijkheid tot het vormen van een fiscale eenheid.

⁹ Centraal Bureau voor de Statistiek, *Bedrijven; fusies en overnames, bedrijfsgrootte, rechtsvorm, bedrijfstak*, 31 oktober 2017, te vinden op: <https://data.overheid.nl> (laatst geraadpleegd op 4 december 2017).

¹⁰ HvJ EG 6 februari 1997, nr. C-80/95 (Harnas en Helm), *BNB* 1997/386, r.o. 16.

¹¹ Aldus ook G.J. van Norden, *Het concern in de BTW*, Deventer, Kluwer, 2007, blz. 153.

HOOFDSTUK 2

Het rechtskarakter van de btw en het neutraliteitsbeginsel

2.1 Inleiding

Dit hoofdstuk onderzoekt de achtergrond en het rechtskarakter van de btw. Hierbij wordt onderzocht wat de belangrijkste overwegingen zijn geweest om een geharmoniseerde btw in te voeren en in hoeverre deze overwegingen nog van belang zijn bij de huidige interpretatie en uitleg van de geharmoniseerde btw. Het doel van deze analyse is om een nuttig toetsingskader te formuleren. Paragraaf 2.2 handelt over de totstandkoming van de geharmoniseerde btw. In paragraaf 2.3 wordt de definitie van het rechtskarakter van een belastingwet bepaald. Vervolgens wordt het rechtskarakter van de btw in paragraaf 2.4 onderzocht. In de eerste paragrafen zal blijken dat het neutraliteitsbeginsel een van de belangrijkste beginselen is van de btw. Daarom staat een analyse van deze belastingneutraliteit centraal in paragraaf 2.5. In het laatste onderdeel worden de belangrijkste bevindingen samengevat.

2.2 Achtergrond van de totstandkoming van de btw

In 1957 is door België, Bondsrepubliek Duitsland, Frankrijk, Italië, Luxemburg en Nederland het verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap getekend. Dit verdrag wordt ook wel het Verdrag van Rome genoemd. Het doel van het Verdrag van Rome was om hinderpalen weg te nemen ten einde het evenwicht in het handelsverkeer en eerlijke mededingingsvoorwaarden te waarborgen.¹² Een van die hinderpalen waren de indirecte belastingen die door bijna alle initiële landen¹³ via een cumulatief cascadestelsel werden geheven. De Europese Commissie heeft besloten onderzoek te doen naar de harmonisatie van de indirecte belastingstelsels. Dit onderzoek heeft geleid tot het ABC-rapport en het Neumark-rapport. Belastingneutraliteit was een van de belangrijkste criteria voor de geharmoniseerde btw.¹⁴ Volgens Braun hebben de conclusies van het ABC-rapport en het Neumark-rapport geleid tot de keuze voor het gemeenschappelijke btw-stelsel met aftrek van voorbelasting en afschaffing van de fiscale binnengrenzen.¹⁵ Op 11 april 1967 werden de Eerste Btw-richtlijn en de Tweede Btw-richtlijn vastgesteld. Een Europese richtlijn verplicht de lidstaten tot het bereiken van een bepaald resultaat. Een richtlijn moet hiertoe worden omgezet in nationale wettelijke bepalingen waarbij de nationale wetgever niet verplicht is de bepalingen uit de richtlijn letterlijk over te nemen.¹⁶ De Eerste Btw-richtlijn verplichtte de lidstaten ertoe hun huidige indirecte belastingstelsel uiterlijk voor 1 januari 1970 te vervangen door het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde. Het uitgangspunt van de Eerste Btw-richtlijn was dat een algemene verbruiksbelasting wordt geheven over goederen en diensten die strikt evenredig is aan de prijs van deze goederen en diensten. De Tweede Btw-richtlijn bepaalde hoe de gemeenschappelijke belasting op de toegevoegde waarde er in grote lijnen uit moest zien. Nog voordat de Tweede Btw-richtlijn door alle lidstaten was ingevoerd, had de Europese Commissie al plannen voor verdere harmonisatie.¹⁷ De Tweede Richtlijn was namelijk vrij beperkt, waardoor voor lidstaten veel ruimte bestond om de bepalingen naar eigen goeddunken te interpreteren en toe te passen. De Zesde Btw-richtlijn is aanvaard in mei 1977 en diende ter vervanging van de Tweede Btw-richtlijn. De lidstaten hadden de verplichting om uiterlijk voor 1 januari 1978 de bepalingen om te

¹² Preambule Verdrag tot de oprichting van de Europese Economische Gemeenschap van 25 maart 1957, *Trb.* 1957, 91.

¹³ M.u.v. Frankrijk.

¹⁴ S.T.M. Beelen, *Aftrek van btw als (belaste) omzet ontbreekt*, Deventer, Kluwer, 2009, blz. 25.

¹⁵ K.M. Braun, *Aftrek van voorbelasting in de BTW*, Deventer, Kluwer, 2002, blz. 21.

¹⁶ Ar. 288 derde volzin VwEU.

¹⁷ K.M. Braun, *Aftrek van voorbelasting in de BTW*, Deventer, Kluwer, 2002, blz. 24.

zetten in nationale wetgeving. De doelstelling van de Zesde Btw-richtlijn is overigens ruimer dan de doelstelling van de Tweede Richtlijn. De Zesde Btw-richtlijn heeft namelijk ook als doel tot een uniforme belastinggrondslag te komen.¹⁸

De Zesde Btw-richtlijn is in de jaren zeventig opgesteld. Door de grote technologische, maatschappelijke en economische ontwikkelingen was het noodzakelijk om veel aanpassingen in en aanvullingen op bepalingen uit de Zesde Btw-richtlijn in te voeren om het btw-stelsel actueel te houden. Van Hilten en van Kesteren geven aan dat door de toename van bepalingen de Zesde Btw-richtlijn een ondoorzichtige en moeizaam leesbare lappendeken was geworden.¹⁹ Daarom heeft de Raad van de Europese Unie in 2006 besloten een nieuwe Btw-richtlijn op te stellen, de huidige Richtlijn 2006/112/EG (hierna: 'Btw-richtlijn'). In de preambule van de Btw-richtlijn wordt gesteld dat in principe geen materiële wijzigingen zijn aangebracht ten opzichte van de Zesde Btw-richtlijn.²⁰ De Btw-richtlijn heeft ook de Eerste Btw-richtlijn vervangen. Overigens is de Btw-richtlijn reeds gewijzigd met een aantal wijzigingsrichtlijnen.²¹ Daarnaast bestaan er sinds 2003 btw-verordeningen.²² In tegenstelling tot richtlijnen zijn Europese verordeningen rechtstreeks verbindend voor zowel lidstaten als onderdanen.²³ De Btw-verordeningen bevatten uitleggingsvoorschriften van een aantal bepalingen van de Btw-richtlijn.²⁴

2.3 Rechtskarakter belastingwet

Elke belastingwet heeft in beginsel een rechtskarakter. In de wetenschappelijke literatuur bestaat geen consensus over de definitie van het rechtskarakter. Zo meent Denie dat het rechtskarakter van een belastingwet het antwoord is op de vraag wat en wie de overheid rechtens wil belasten.²⁵ Terra omschrijft het rechtskarakter als de aard van de belasting waaraan zondermeer juridische gevolgen (behoren te) zijn verbonden.²⁶ Van Kesteren stelt dat het rechtskarakter twee uiterste mogelijkheden is van een schaal waarbinnen het begrip rechtskarakter kan worden gedefinieerd, te weten:

‘1. Het rechtskarakter is een algemene – reeds bij het ontwerp van de wet geformuleerd – ideaal dat in principe in ieder facet van de wet is (of: zou moeten zijn) vertaald; het is een leidraad die aangeeft wie en wat er belast zou moeten worden. De wet zoals die uiteindelijk in het Staatsblad verschijnt, is dan een meer of minder geslaagde uitwerking van die norm. Het is zowel bij de opbouw van de wettelijke bepalingen als bij de uitleg ervan normatief.

2. Het rechtskarakter is een totaalbeeld van alle bijzondere kenmerken van een reeds bestaande wet. Bezien wordt wie belastingplichtig is en wat er wordt belast. Het verkregen (totaal)beeld is normstellend bij de uitleg en de opbouw van de wet.’²⁷

De eerste mogelijkheid die door van Kesteren wordt beschreven ziet op het ideaal dat ten grondslag ligt ten tijde van de invoering van de belasting. Dit ideaal is normatief bij een latere wetsuitleg. Bij de tweede mogelijkheid wordt de norm inductief en a posteriori bepaald. De tweede mogelijkheid die wordt aangedragen door van Kesteren lijkt overeen te komen met de definitie van Denie en Terra. Braun sluit

¹⁸ Zie overweging 2 van de considerans van de Zesde Btw-richtlijn.

¹⁹ Zie o.a. M.E. van Hilten & H.W.M. Van Kesteren, *Omzetbelasting*, Deventer, Kluwer, 2010, blz. 38.

²⁰ Zie overweging 3 van de considerans van de Btw-richtlijn.

²¹ Zie voor een uitgebreid overzicht van de wijzigingsrichtlijnen T.K.M. Rookmaaker-Penners, *Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht)*, Deventer, Kluwer (losbl.), onderdeel 6.1.1.L.

²² Zie T.K.M. Rookmaaker-Penners, *Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht)*, Deventer, Kluwer (losbl.), onderdeel 6.1.1.M.

²³ Art. 288 tweede volzin VwEU.

²⁴ Zie o.a. M.E. van Hilten & H.W.M. Van Kesteren, *Omzetbelasting*, Deventer, Kluwer, 2010, blz. 39.

²⁵ A.H.R.M. Denie, *De overheid in de omzetbelasting*, Deventer, Kluwer, 1987, blz. 14.

²⁶ B.J.M. Terra, *Omzetbelasting bij grensoverschrijdend verkeer*, Deventer, Kluwer, 1984, blz. 25.

²⁷ H.W.M. van Kesteren, *Fiscale rechtswil*, Arnhem, Gouda Quint, 1994, blz. 55.

echter aan bij de eerste mogelijkheid van van Kesteren, aangezien Braun stelt dat het rechtskarakter het uitgangspunt zou moeten zijn bij het concipiëren en eventueel later wijzigen van de betreffende belastingwet. Overigens kan het ideaal dat ten grondslag ligt aan het voornemen om een belastingwet in te voeren uit het oog verloren raken omdat wetgeving immers een samenloop is van politieke compromissen.²⁸ Ook Merx is van mening dat het ideaal, dat ten grondslag zou liggen aan de belasting, geen gegeven is. Zij erkent namelijk dat het ideaal kan wijzigen indien de wetgever bewust afwijkt van het vooraf geformuleerde ideaal.²⁹

Swinkels stelt dat voor het bepalen van het rechtskarakter de objectieve kenmerken van een belasting een rol spelen. Deze objectieve kenmerken zijn volgens Swinkels relevant om te bepalen wie, op welke wijze en wat men rechtens wil belasten. Hij acht de wijze van heffing wel een element van het rechtskarakter.³⁰ Terra is ook van mening dat de wijze van belastingheffing deel uitmaakt van het rechtskarakter. Hij spreekt namelijk over de juridische gevolgen die aan de belasting zijn verbonden. Deze juridische gevolgen zien volgens Terra ook op de manier waarop een belasting wordt geheven.³¹ Volgens van Kesteren is de wijze waarop een belasting wordt geheven geen component van het rechtskarakter van een belastingwet.³² Merx stelt dat de wijze van belastingheffing geen onderdeel vormt van het initiële ideaal bij de invoering van de belasting aangezien de wijze van heffen van de belasting slechts relevant is bij de uitvoering van dit ideaal.³³ Het lijkt er aldus op dat de wijze van heffen van de belasting uiteraard van (technisch) belang is, maar geen onderdeel uitmaakt van het rechtskarakter van de btw. De heffing is slechts een middel om het ideaal uit te voeren. Overigens zij in dit verband opgemerkt dat indien manier van heffing niet op de juiste manier wordt geïmplementeerd, het a posteriori bepaalde rechtskarakter kan veranderen.

Het rechtskarakter moet dus worden afgeleid van het ideaal dat ten grondslag ligt aan de invoering van de belastingwet. Het rechtskarakter is derhalve het antwoord op de vraag wat het beoogde subject en het beoogde object is.³⁴ Het ten grondslag liggende ideaal is de juiste toetssteen voor de uitleg van bepalingen van een belastingwet. Overigens kan het ten grondslag liggende ideaal bij Europese richtlijnen, zoals de Btw-richtlijn, lastig te bepalen zijn. Blokland stelt dat het toepassen deze ‘ideale wijze’ niet mogelijk is omdat de gepubliceerde totstandkomingsgeschiedenis van Europese richtlijnen de nodige lacunes kent. Dit komt volgens hem omdat de totstandkoming van Europese richtlijnen zich vooral heeft afgespeeld achter gesloten deuren.³⁵ De eigenschappen van de btw zijn echter mede ingegeven door de conclusies van het ABC-rapport en het Neumark-rapport. Daarom valt er wel degelijk een ideaal af te leiden uit deze rapporten, waarvan men mag uitgaan dat dit ideaal verwerkt zit in de meeste facetten van de Btw-richtlijn.

2.4 Rechtskarakter btw

In de wetenschappelijke literatuur bestaat er onduidelijkheid over het rechtskarakter van de btw.³⁶ Van Norden vindt het opvallend dat het beoogde subject en het beoogde object vaak niet uit elkaar worden getrokken.³⁷ Het subject voor de btw is de belastingplichtige terwijl het beoogde subject de particuliere

²⁸ K.M. Braun, *Aftrek van voorbelasting in de BTW*, Deventer, Kluwer, 2002, blz. 41.

²⁹ M.M.W.D. Merx, *De woon- en vestigingsplaats in de btw*, Deventer, Kluwer, 2011, blz. 23.

³⁰ J.J.P. Swinkels, *De belastingplichtige en de Europese BTW*, Den Haag, Koninklijke Vermande, 2001, blz. 1.

³¹ In B.J.M. Terra, *Omzetbelasting bij grensoverschrijdend verkeer*, Deventer, Kluwer, 1984, blz. 25. wordt als voorbeeld gegeven dat de belasting (omzetbelasting, red.) niet geheven wordt als een directe productiebelasting en de toepassing van het bestemmingslandbeginsel.

³² H.W.M. van Kesteren, *Fiscale rechtswil*, Arnhem, Gouda Quint, 1994, blz. 57.

³³ M.M.W.D. Merx, *De woon- en vestigingsplaats in de btw*, Deventer, Kluwer, 2011, blz. 25.

³⁴ Zie ook G.J. van Norden, *Het concern in de BTW*, Deventer, Kluwer, 2007, blz. 26.

³⁵ W.J. Blokland, *Omzetbelastingaspecten van ondernemingsfinanciering*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 27.

³⁶ Zie ook H.W.M. van Kesteren, *Fiscale rechtswil*, Arnhem, Gouda Quint, 1994, blz. 55.

³⁷ G.J. van Norden, *Het concern in de BTW*, Deventer, Kluwer, 2007, blz. 26.

consument is.³⁸ Het object van de btw zijn de handelingen van art. 2 lid 1 van de Btw-richtlijn. In deze bepaling wordt aangegeven dat onder andere de levering van goederen onder bezwarende titel, intracommunautaire verwervingen onder bezwarende titel, het verrichten van diensten onder bezwarende titel en de invoer van goederen als belaste handelingen worden beschouwd. Volgens van Norden lopen de meningen over het beoogde object van de btw daarentegen in de wetenschappelijke literatuur uiteen.³⁹ Het beoogde object wordt uitgebreid in de navolgende paragraaf besproken.

2.4.1 Btw als verbruiksbelasting

In de Eerste Btw-richtlijn wordt gesteld dat het gemeenschappelijke stelsel van btw berust op het beginsel dat van goederen en diensten een algemene verbruiksbelasting wordt geheven welke strikt evenredig is aan de prijs van goederen en diensten.⁴⁰ Uit deze bepaling blijkt dat de btw het verbruik van goederen en diensten beoogt te belasten. Overigens merkt Swinkels op dat uit de verschillende taalversies blijkt dat de btw ook is aan te merken als een belasting op consumptie.⁴¹ De lijkt dus communautaire wetgever hetzelfde te bedoelen met verbruik als met consumptie. Merckx stelt dat met consumptie in economische zin wordt bedoeld dat iets gebruikt wordt en dat dit gebruik leidt tot het teniet gaan of waardeloos worden van het gebruikte.⁴² In de wetenschappelijke literatuur wordt de btw daarentegen ook aangeduid als bestedingsbelasting.⁴³ Van Hilten duidt de btw als verbruiksbelasting die als maatstaf voor de btw-heffing aansluit bij de bestedingen. In dit kader kan dus slechts aan het heffen van btw worden toegekomen indien sprake is van een besteding.⁴⁴ Merckx stelt daarentegen dat de btw een verbruiksbelasting is die uit doelmatigheidsoverwegingen het principe ‘verbruik is besteding’ hanteert.⁴⁵ Een dergelijke duiding van de btw gaat dus ogenschijnlijk verder dan de duiding door van Hilten aangezien niet slechts voor de maatstaf van heffing wordt aangesloten bij de besteding, maar ook voor andere aspecten. Uit de Btw-richtlijn volgt daarnaast dat voor het moment van verschuldigdheid van de btw wordt aangesloten bij het moment van de besteding.⁴⁶ Op het moment van besteding hoeft nog geen sprake te zijn van (volledige) consumptief verbruik. De btw is dus in beginsel een verbruiksbelasting die in ieder geval voor de maatstaf van heffing aansluit bij omvang de bestedingen. Ook lijkt het principe ‘verbruik is besteding’ vanuit doelmatigheidsoverwegingen niet alleen ten aanzien van de maatstaf van heffing te worden gebruikt, maar ook ten aanzien van het moment van verschuldigdheid.

2.4.1.1 Indirecte verbruiksbelasting

Van Norden geeft aan dat het indirecte karakter van de btw een consequentie is van dat het beoogde subject, de particuliere consument, niet gelijk is aan het subject, de ondernemer.⁴⁷ Volgens van Kesteren en van Hilten is het theoretisch mogelijk de verbruiksbelasting op een directe manier te heffen. Dit zou inhouden dat de particuliere consumenten periodiek belasting moeten betalen over hetgeen zij geconsumeerd hebben. Overigens stellen de auteurs vast dat in de praktijk verbruiksbelastingen overal

³⁸ Volgens art. 1 Wet op de omzetbelasting 1968 resp. art. 9 van de Btw-richtlijn.

³⁹ G.J. van Norden, *Het concern in de BTW*, Deventer, Kluwer, 2007, blz. 26.

⁴⁰ Art. 2 van de Eerste Btw-richtlijn.

⁴¹ J.J.P. Swinkels, *De belastingplichtige en de Europese BTW*, Den Haag, Koninklijke Vermande, 2001, blz. 2.

⁴² M.M.W.D. Merckx, *De woon- en vestigingsplaats in de btw*, Deventer, Kluwer, 2011, blz. 27.

⁴³ J. Reugebrink, *Omzetbelasting*, Deventer, FED, 1990, blz. 6, B.G. van Zadelhoff, *Onroerende goederen en belasting over toegevoegde waarde*, Deventer, FED, 1992, blz. 42, A.H.R.M. Denie, *De overheid in de omzetbelasting*, Kluwer, Deventer, 1987, blz. 58.

⁴⁴ M.E. van Hilten, *Bancaire en financiële prestaties in de Europese BTW*, Deventer, Kluwer, 1992, blz. 16.

⁴⁵ M.M.W.D. Merckx, *De woon- en vestigingsplaats in de btw*, Deventer, Kluwer, 2011, blz. 28.

⁴⁶ Art. 63 t/m 67 van de Btw-richtlijn bepalen het moment dat de btw wordt verschuldigd door de belastingplichtige. Er lijkt te worden aangesloten bij zowel het moment van het verrichten van de prestatie als het moment van de besteding. Voorts ontstaat er recht op aftrek van voorbelasting op het moment dat de belasting verschuldigd wordt. De besteding speelt in dit kader dus een rol.

⁴⁷ G.J. van Norden, *Het concern in de BTW*, Deventer, Kluwer, 2007, blz. 26.

indirect worden geheven.⁴⁸ Een directe verbruiksbelasting heeft namelijk als belangrijkste bezwaar dat het stuit op praktische moeilijkheden en wellicht wel onmogelijkheden.

2.4.1.2 Algemene verbruiksbelasting

De Eerste Btw-richtlijn stelt het volgende over het algemene karakter van de btw:

“de grootste mate van eenvoud en neutraliteit verkrijgt wanneer de belasting zo algemeen mogelijk wordt geheven en het toepassingsgebied ervan alle fasen van productie en distributie, zomede het gebied van diensten omvat (...)”.⁴⁹

Het algemene karakter van de btw speelt dus een belangrijke rol bij het nastreven van belastingneutraliteit. Het algemene karakter van de btw wordt ook vaak expliciet benadrukt door het Hof van Justitie EU.⁵⁰ Volgens Terra is de btw een ‘algemene’ verbruiksbelasting, waarbij algemeen in tegenstelling staat tot bijzonder.⁵¹ Met algemeen wordt derhalve bedoeld dat in beginsel al het consumptieve verbruik van goederen en diensten door particulieren en daarmee gelijkgestelde personen belast is. Braun maakt in dit verband onderscheid tussen algemene en enumeratieve omzetbelastingen. “Enumeratieve omzetbelastingen belasten bepaalde in de wet opgesomde goederen terwijl de algemene omzetbelasting alle goederen (en diensten) belast, tenzij deze zijn vrijgesteld”.⁵² De btw wijkt dus af van bijzondere verbruiksbelastingen zoals accijnzen. Deze bijzondere verbruiksbelastingen zien namelijk op bestedingen voor bepaalde in de wet beschreven goederen of diensten

2.4.2 Alternatieve duidingen van de btw

Een verkeersbelasting is een belasting die geheven wordt op handelingen die plaatsvinden in het rechtsverkeer.⁵³ Bij een verkeersbelasting is een bepaalde handeling in het rechtsverkeer het heffingsobject en degene die de transactie verricht het subject. Van Hilten en van Kesteren stellen ten aanzien van een verkeersbelasting dat het aanwijzen van een subject niet altijd nodig is. Zij illustreren dit aan de hand van de Registratiewet 1917,⁵⁴ waarbij geen belastingschuldige werd aangewezen want het registratierecht werd op de akte geheven.⁵⁵ Volgens van Zadelhoff kan de btw onder andere worden beschouwd als een verkeersbelasting. Hij leidt dit af van een overweging in het arrest Kerrut⁵⁶, waarin het Hof van Justitie de btw ook aanduidt als verkeersbelasting. Echter stelt van Zadelhoff dat in het ‘BTW-stelsel (...) het belasten van verkeersdaden echter geen doel op zich (is), maar slechts een hulpmiddel om het verbruik of de besteding aan een heffing te onderwerpen.⁵⁷

2.5 Neutraliteitsbeginsel

De tweede overweging van de preambule van de Eerste Btw-richtlijn bepaalt dat de doelstelling om een gemeenschappelijke markt te bewerkstelligen onder andere wordt verwezenlijkt door de invoering van de geharmoniseerde btw welke de mededingingsvoorwaarden niet vervalst en het vrije verkeer van goederen en diensten binnen de gemeenschappelijke markt niet belemmert.⁵⁸ Uit de preambule van de

⁴⁸ M.E. van Hilten & H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, Deventer, Kluwer, 2010, blz. 10.

⁴⁹ Punt 5 van de preambule van de Eerste Btw-richtlijn.

⁵⁰ Zie onder anderen HvJ EG 4 december 1990, nr. C-186/89 (Van Tiem), *BNB* 1991/352, r.o. 17, HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-263/11 (Rēdlihs), *V-N* 2012/51.19, r.o. 30, HvJ EU 21 mei 2016, nr. C-520/14 (Gemeente Borsele), *BNB* 2016/186, r.o. 20, HvJ EU 2 juni 2016, nr. C-263/15 (Lajvér), *V-N* 2016/31.18, r.o. 23.

⁵¹ B.J.M. Terra, *Omzetbelasting bij grensoverschrijdend verkeer*, Deventer, Kluwer, 1984, blz. 26.

⁵² K.M. Braun, *Aftrek van voorbelasting in de BTW*, Deventer, Kluwer, 2002, blz. 47.

⁵³ Zie o.a. M.E. van Hilten & H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, Deventer, Kluwer, 2010, blz. 6.

⁵⁴ Voorloper van de Wet belastingen van rechtsverkeer 1970.

⁵⁵ M.E. van Hilten & H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, Deventer, Kluwer, 2010, blz. 7.

⁵⁶ HvJ EG, 8 juli 1986, nr. 73/85 (Kerrutt), *Jur.* 1986, blz. I-2219.

⁵⁷ B.G. van Zadelhoff, *Onroerende goederen en belasting over toegevoegde waarde*, Deventer, FED, 1992, blz. 42.

⁵⁸ Zie vooral punt 2 van de considerans van de Eerste btw-richtlijn.

Eerste Btw-richtlijn blijkt ook dat de belastingneutraliteit in dit kader een grote rol speelt. Om tot een beter begrip van het neutraliteitsbeginsel te komen, moet onderscheid worden gemaakt tussen de interne neutraliteit en de externe neutraliteit. Volgens Terra heeft de interne neutraliteit betrekking op de nationale aspecten van de btw-heffing. De volgende drie soorten neutraliteit zijn te onderkennen als onderdeel van de interne neutraliteit: de juridische neutraliteit, de economische neutraliteit en de concurrentieneurality. De externe neutraliteit ziet op de internationale aspecten.⁵⁹ In de eerste twee onderdelen worden respectievelijk de interne neutraliteit en de externe neutraliteit behandeld. In het laatste onderdeel staan de verschijningsvormen van het neutraliteitsbeginsel in de Europese jurisprudentie van het Hof van Justitie centraal.

2.5.1 Interne neutraliteit

De interne neutraliteit heeft betrekking op de nationale aspecten van de btw-heffing. De economische neutraliteit vereist dat belastingen geen invloed hebben op de efficiënte allocatie van productiemiddelen. Deze efficiënte allocatie van productiemiddelen wordt bereikt door de marktwerking. Braun stelt dat een volledige economische neutraliteit niet mogelijk is. De belangrijkste reden hiervan is dat de prijselasticiteit van goederen verschilt.⁶⁰ Een algemene en uniforme procentuele belasting heeft als effect dat de vraag van prijselastische goederen sterker afneemt dan prijsinelastische goederen. Ook de theoretische gedachte van de inverse elasticity rule biedt in dit verband geen oplossing. De inverse elasticity rule stelt dat het btw-tarief van producten gelijk moet zijn aan zijn specifieke prijselasticiteit om economische verstoringen van een btw-stelsel te voorkomen. Zo zouden producten met een hogere prijselasticiteit tegen een hoger btw-tarief moeten worden belast dan producten met een lagere prijselasticiteit. Dit uitgangspunt is misleidend omdat deze geen rekening houdt met de kruislingse prijselasticiteit van producten. De kruislingse prijselasticiteit betekent dat een prijsverandering van een bepaald product effect heeft op de vraag naar een ander product.⁶¹ Volledige economische neutraliteit kan dus slechts worden nagestreefd door de mogelijke verstoringen die de btw veroorzaakt zoveel mogelijk te mitigeren. De economische neutraliteit is als zodanig niet nuttig om als toetsingskader te dienen voor deze verhandeling. Van Doesum is van mening dat het neutraliteitsbeginsel in de economische context evenwel betekenis heeft. Het zou volgens hem betrekking hebben op het voorkomen van louter door de belastingheffing ingegeven concentraties binnen bedrijfskolommen. Van Doesum stelt dat deze uitwerking van het neutraliteitsbegrip een aspect vormt van het evenredigheidsbeginsel; de belasting moet strikt evenredig zijn aan de prijs van goederen en diensten.⁶²

De juridische neutraliteit vereist dat de btw strikt evenredig dient te zijn aan de kleinhandelsprijzen.⁶³ Dit houdt in dat een vast en gelijk percentage van de btw geldt voor alle producten. De btw moet geen invloed hebben op de keuze van de consument welke producten hij verbruikt. Terra stelt dat de neutraliteit een relatief begrip is aangezien het alleen beoordeeld kan worden in aangewezen verhoudingen.⁶⁴ In dit verband onderkent Terra nog een derde vorm van neutraliteit, namelijk de mededingingsneutraliteit, ook wel concurrentieneurality genoemd.⁶⁵ De mededingingsneutraliteit houdt in dat de btw geen invloed mag hebben op de concurrentieverhoudingen tussen belastingplichtigen. De mededingingsneutraliteit heeft een ruimere reikwijdte dan de juridische neutraliteit. De mededingingsneutraliteit vereist immers dat de belastingdruk op producten die met

⁵⁹ B.J.M. Terra, *Omzetbelasting bij grensoverschrijdend verkeer*, Deventer, Kluwer, 1984, blz. 32.

⁶⁰ K.M. Braun, *Aftrek van voorbelasting in de BTW*, Deventer, Kluwer, 2002, blz. 17.

⁶¹ Zie onder meer in I. Crawford, M. Keen & S. Smith, *Value Added Taks and Excises*, in *Dimension of Tax Design: The Mirrlees Review*, Oxford, Oxford University Press for Institute for Fiscal Studies (losbl.), blz. 286.

⁶² A.J. van Doesum, *Contractuele samenwerkingsverbanden in de btw*, Deventer, Kluwer, 2009, blz. 31-32.

⁶³ M.E. van Hilten & H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, Deventer, Kluwer, 2010, blz. 15.

⁶⁴ B.J.M. Terra, *Omzetbelasting bij grensoverschrijdend verkeer*, Deventer, Kluwer, 1984, blz. 33.

⁶⁵ Zie onder anderen B.J.M. Terra, *Omzetbelasting bij grensoverschrijdend verkeer*, Deventer, Kluwer, 1984, blz. 33 & K.M. Braun, *Aftrek van voorbelasting in de BTW*, Deventer, Kluwer, 2002, blz. 17.

elkaar concurreren gelijk is. Indien aangenomen wordt dat alle goederen indirect met elkaar concurreren, vereist de btw een uniform tarief voor alle producten. In dit kader is geen ruimte voor de toepassing van verlaagde btw-tarieven en eventuele vrijstellingen ten aanzien van prestaties. Braun en Reugebrink geven aan dat goederen en diensten die de meest noodzakelijke levensbehoeften vervullen niet als zodanig concurreren met andere producten.⁶⁶ Daarom menen zij dat een verlaagd tarief of vrijstelling geen mededingingsverstoring veroorzaakt. Naast dat de stelling van Braun en Reugebrink beperkt is onderbouwd, is de stelling in beginsel ook onjuist. Vanuit een economisch perspectief concurreren alle producten met elkaar, aangezien producten substitueerbaar of complementair zijn. Dit wordt veroorzaakt door de onderlinge kruislingse prijselasticiteit. Daarom kan de toepassing van verlaagde tarieven en vrijstellingen niet worden gerechtvaardigd door de stelling dat deze toepassing geen mededingingsverstoringen veroorzaakt. Mogelijk bestaan evenwel andere rechtvaardigingsgronden voor de toepassing van de lagere btw-tarieven en vrijstellingen, zoals wellicht de rechtvaardiging op grond van het draagkrachtbeginsel of het eenvoudsbeginsel.

Van Norden onderscheidt ten slotte nog een additionele, maar niet minder relevante vorm van neutraliteit: de rechtsvormneutraliteit. Hij stelt dat in een algemene verbruiksbelasting de aard van de handeling centraal staat. De btw kent dus een objectief karakter. Daarom vereist de btw een neutraliteit ten opzichte van rechtsvormen.⁶⁷ Het is voor de btw irrelevant vanuit welke juridische vorm wordt gepresteerd. De rechtsvormneutraliteit is overigens een onderdeel van de mededingingsneutraliteit. Desalniettemin is het nuttig de rechtsvormneutraliteit te onderscheiden om zo tot een nuttiger toetsingskader te komen.

2.5.2 Externe neutraliteit

De externe neutraliteit vereist dat geen btw drukt op uitgevoerde producten. Ook vereist de externe neutraliteit dat op ingevoerde producten btw dient te drukken die gelijk is aan binnenlandse producten.⁶⁸ Het begrip ‘uitvoer’ is in dit verband overigens breder dan het communautaire invoerbegrip: intracommunautaire prestaties vallen ook onder de externe neutraliteit. Zoals reeds in paragraaf 2.4 is opmerkt, lag het streven naar een gemeenschappelijke markt ten grondslag aan de invoering van de Eerste Btw-richtlijn. Een gemeenschappelijke markt tussen lidstaten vereist dat de ondernemers van die lidstaten hun goederen en diensten intracommunautair kunnen aanbieden zonder nadelige materiële btw-gevolgen te ondervinden. De belastingdruk moet dus gelijk zijn voor de prestaties van zowel buitenlandse als binnenlandse belastingplichtigen. Van Hilten en van Kesteren geven terecht aan dat als niet aan de externe neutraliteit wordt voldaan, de btw zich (deels) kan gedragen als een bedrijfsbelasting.⁶⁹ Zij geven als voorbeeld een te lage teruggaaf bij uitvoer. Dit leidt ertoe dat belastingplichtige die goederen uitvoert, een deel van de btw voor eigen rekening moeten nemen om zo te kunnen concurreren met buitenlandse ondernemers.

2.5.3 Verschijningsvormen neutraliteitsbeginsel

Het Hof van Justitie verwijst in verschillende arresten naar het neutraliteitsbeginsel. Volgens een analyse van Swinkels blijkt dat de belastingneutraliteit een aantal verschijningsvormen heeft. Swinkels stelt dat de volgende verschijningsvormen te onderkennen zijn: (1) het voorkomen van cumulatie van de btw in de bedrijfskolom en het waarborgen van (2) de neutraliteit tussen belastingplichtigen, (3) de neutraliteit

⁶⁶ Zie K.M. Braun, *Aftrek van voorbelasting in de BTW*, Deventer, Kluwer, 2002, blz. 18 & J. Reugebrink, *Enkele beschouwingen over de neutraliteit van de omzetbelasting*, Deventer: Kluwer 1965, blz. 19.

⁶⁷ G.J. van Norden, *Het concern in de BTW*, Deventer, Kluwer, 2007, blz. 3.

⁶⁸ B.J.M. Terra, *Omzetbelasting bij grensoverschrijdend verkeer*, Deventer, Kluwer, 1984, blz. 37.

⁶⁹ M.E. van Hilten & H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, Deventer, Kluwer, 2010, blz. 15.

tussen eindverbruikers en (4) de neutraliteit tussen transacties.⁷⁰ Deze vier verschijningsvormen worden in de volgende onderdelen afzonderlijk geanalyseerd.

2.5.3.1 Het voorkomen van cumulatie van btw in de bedrijfskolom

Om de cumulatie van btw te voorkomen, speelt het recht op aftrek van voorbelasting een essentiële rol. Volgens van Hilten en van Kesteren waarborgt het aftrekrecht de neutraliteit van de btw.⁷¹ Door het recht op aftrek van voorbelasting worden belastingplichtigen namelijk gevrijwaard van btw. Zodoende wentelt de btw af op de particuliere consumenten. De voorwaarden voor het aftrekrecht en zijn beperkingen die kunnen gelden bij niet-economische en vrijgestelde prestaties, worden uitgebreid in hoofdstuk 4 geanalyseerd. Voor dit hoofdstuk volstaat de stelling dat het aftrekrecht een essentiële rol speelt om de belastingneutraliteit te waarborgen. Daarom mag het aftrekrecht niet te gemakkelijk worden beperkt, door bijvoorbeeld het stellen van (stringente) formele voorwaarden. In het arrest *Gabalfrisa*⁷² overweegt het Hof bijvoorbeeld dat het aftrekrecht niet beperkt mag worden door een nationale regeling die aanvullende formele voorwaarden stelt ten aanzien van het effectueren van het recht op aftrek van voorbelasting. Swinkels stelt dat de cumulatie van belastingen ook wordt voorkomen door het hanteren van een subjectieve maatstaf van heffing.⁷³ De subjectieve maatstaf wordt in hoofdstuk 3 geanalyseerd. In dit kader volstaat de stelling dat het hanteren van een andere dan een subjectieve maatstaf cumulatie van de btw in de bedrijfskolom als gevolg kan hebben. Zo heeft het Hof in het arrest *Hotel Scandic Gåsabäck AB* benadrukt dat de werkelijk ontvangen tegenprestatie als maatstaf van de btw-heffing gehanteerd dient te worden, ook indien deze tegenprestatie lager is dan de kostprijs.⁷⁴ Zou niet de daadwerkelijk ontvangen tegenprestatie als maatstaf worden gehanteerd, maar bijvoorbeeld een hogere maatstaf, dan komt een gedeelte van de belastingdruk voor rekening van de belastingplichtige.

2.5.3.2 Het waarborgen van de neutraliteit tussen belastingplichtigen

De btw gaat uit van de gelijkheid van fiscale behandeling van belastingplichtigen.⁷⁵ Swinkels alsmede Merx stellen dat de cumulatie van belastingen in de bedrijfskolom direct verband houdt met de neutraliteit tussen belastingplichtigen.⁷⁶ De cumulatie van btw in de bedrijfskolom wordt namelijk veroorzaakt omdat de belastingplichtigen de btw niet geheel kunnen afwentelen op de afnemers. Zodoende komt de btw (deels) voor rekening van de belastingplichtigen waardoor de neutraliteit tussen belastingplichtigen wordt aangetast. Het oordeel van het Hof in het eerder aangehaalde arrest *Gabalfrisa* illustreert dat de externe neutraliteit wordt aangetast indien lidstaten verschillende (formele) vereisten hanteren voor het aftrekrecht. Zodoende kan het concurrentievermogen van belastingplichtigen worden beïnvloed naargelang het land van vestiging. Om de neutraliteit tussen belastingplichtigen te waarborgen, geldt ook een neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm. De juridische hoedanigheid van een belastingplichtige is in beginsel irrelevant bij de beoordeling of sprake is van een economische activiteit.⁷⁷

⁷⁰ J.J.P. Swinkels, *De belastingplichtige en de Europese BTW*, Den Haag, Koninklijke Vermande, 2001, blz. 20-31.

⁷¹ M.E. van Hilten & H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, Deventer, Kluwer, 2010, blz. 321.

⁷² HvJ EG 21 maart 2000, nr. C-110/98 t/m C-147/98 (*Gabalfrisa*), V-N 2000/22.12.

⁷³ J.J.P. Swinkels, *De belastingplichtige en de Europese BTW*, Den Haag, Koninklijke Vermande, 2001, blz. 21.

⁷⁴ HvJ EG 20 januari 2005, nr. C-412/03 (*Hotel Scandic Gåsabäck AB*), V-N 2005/8.22.

⁷⁵ HvJ EG 1 februari 1977, nr. 51/76 (VNO), *BNB* 1977/18, r.o. 14.

⁷⁶ J.J.P. Swinkels, *De belastingplichtige en de Europese BTW*, Den Haag, Koninklijke Vermande, 2001, blz. 25 resp.

M.M.W.D. Merx, *De woon- en vestigingsplaats in de btw*, Deventer, Kluwer, 2011, blz. 32.

⁷⁷ HvJ EG 4 december 1990, nr. C-186/89 (*Van Tiem*), *jur.* 1990, blz. I-4363, r.o. 18.

2.5.3.3 *Het waarborgen van de neutraliteit tussen eindverbruikers*

Swinkels stelt dat de neutraliteit tussen eindverbruikers veronderstelt dat vanuit het oogpunt van de eindverbruiker het btw-stelsel volstrekt neutraal is. Hij wijst in dit kader op de fictieve dienstbepaling van art. 26 van de Btw-richtlijn⁷⁸, die bepaalt dat het gebruik voor privédoeleinden van een tot een bedrijf behorend goed gelijkgesteld wordt met een dienst onder bezwarende titel.⁷⁹ Deze regeling waarborgt derhalve de neutraliteit tussen eindverbruikers. Het uitgangspunt is dus dat ieder product eenzelfde btw-druk dient te kennen en dat het ontwijken van deze belastingdruk dient te worden voorkomen. Het rechtskarakter van de btw vereist immers dat alle particuliere consumptie van producten moet worden belast. In dit kader zij ook gewezen op het arrest Hong-Kong Trade, waarin het Hof overweegt dat indien een prestatieverrichter uitsluitend om niet presteert, deze gelijkgesteld dient te worden met een eindverbruiker.⁸⁰ Zodoende wordt voorkomen dat goederen en diensten belastingvrij kunnen worden geconsumeerd omdat een belastingplichtige in de laatste schakel van de productie- en distributieketen om niet presteert. De Hoge Raad heeft in *BNB* 2008/254 een prestatie tegen een symbolische vergoeding gelijkgesteld aan een prestatie om niet.⁸¹ Van een symbolische vergoeding is sprake indien de vergoeding dusdanig laag is dat de prestatie aangemerkt kan worden als vrijgevigheid.⁸² Het concept van de symbolische vergoeding waarborgt aldus ook de neutraliteit tussen eindverbruikers aangezien anders voor gelijksoortige producten een sterk verschillende belastingdruk kan gelden. De prestaties om niet alsmede de prestaties tegen een symbolische vergoeding worden in hoofdstuk 3 geanalyseerd.

2.5.3.4 *Het waarborgen van de neutraliteit tussen prestaties*

Neutraliteit tussen transacties veronderstelt dat alle transacties aan btw dienen te zijn onderworpen. Swinkels wijst in dit kader vooral op arresten waarin het Hof van Justitie aangeeft dat in beginsel ook alle illegale transacties aan btw zijn onderworpen, tenzij elke mededinging tussen de legale en illegale economische sector is uitgesloten.⁸³ Dergelijke illegale activiteiten worden in beginsel in de btw-heffing betrokken om de mededingingsneutraliteit zoveel mogelijk te waarborgen. Desalniettemin verdient het de voorkeur in dit kader te spreken over neutraliteit tussen prestaties of over neutraliteit tussen handelingen in plaats van neutraliteit tussen transacties. Niet transacties maar de belastbare handelingen van art. 2 lid 1 van de Btw-richtlijn zijn immers het object van de btw. De neutraliteit tussen prestaties volgt evident uit het algemene karakter van de btw.⁸⁴ De wetgever tracht immers alle consumptie van goederen en diensten te belasten.⁸⁵ Het algemene karakter van de btw blijft gewaarborgd door bijzondere regelingen en uitzonderingsmaatregelen te beperken.⁸⁶ Dit algemene karakter is ook af te leiden van de Btw-richtlijn aangezien het oogmerk of resultaat van een activiteit niet relevant is bij de beoordeling of deze kwalificeert als economische activiteit.⁸⁷ Het Hof van Justitie benadrukt in zijn jurisprudentie steevast het objectieve karakter van de btw, waardoor het oogmerk of resultaat niet relevant is.⁸⁸ In het arrest *University of Huddersfield* benadrukt het Hof dat leveringen van goederen of diensten een economische activiteit vormen indien zij aan de objectieve criteria voldoen waarop deze begrippen zijn

⁷⁸ Swinkels wijst overigens op art. 6 lid 2 sub a van de Zesde Btw-richtlijn.

⁷⁹ J.J.P. Swinkels, *De belastingplichtige en de Europese BTW*, Den Haag, Koninklijke Vermande, 2001, blz. 34.

⁸⁰ HvJ EG 1 april 1982, nr. 89/81 (*Hong-Kong Trade*), *BNB* 1982/311, r.o. 10.

⁸¹ HR 11 juli 2008, nr. 43 927, *BNB* 2008/254.

⁸² HvJ EG 21 september 1988, nr. 50/87 (*Commissie/Frankrijk*), *BNB* 1994/306.

⁸³ J.J.P. Swinkels, *De belastingplichtige en de Europese BTW*, Den Haag, Koninklijke Vermande, 2001, blz. 36, waarin hij verwijst naar o.a. HvJ EG 5 juli 1988, nr. 289/86 (*Happy Family*), *FED* 1989/496, r.o. 20.

⁸⁴ A.J. van Doesum, *Contractuele samenwerkingsverbanden in de btw*, Deventer, Kluwer, 2009, blz. 30.

⁸⁵ Aldus vijfde volzin van preambule van de Eerste Btw-richtlijn.

⁸⁶ Aldus vierde volzin van preambule van de Tweede Btw-richtlijn.

⁸⁷ Art. 9 lid 1 van de Btw-richtlijn.

⁸⁸ Zie bijv. HvJ EG 6 april 1995, nr. C-4/94 (*BLP*), *FED* 1995/495, r.o. 24 en HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-263/11 (*Rēdlihs*), *V-N* 2012/51.19, r.o. 28.

gebaseerd.⁸⁹ In hoofdstuk 3 wordt de irrelevantie van het oogmerk of resultaat verder geanalyseerd. Ook zet hoofdstuk 3 de criteria uiteen om te bepalen of sprake is van een economische activiteit en of sprake is van een prestatie onder bezwarende titel. Voor dit hoofdstuk volstaat de stelling dat de nadruk op de objectieve kenmerken van prestaties of handelingen als consequentie heeft dat niet veel betekenis toe dient te komen aan subjectieve kenmerken en omstandigheden. Hoe meer betekenis wordt toegekend aan subjectieve kenmerken en omstandigheden, hoe groter de discrepantie wordt tussen het beoogde object van de btw (het particuliere consumptieve verbruik) en het daadwerkelijke object van de btw (de belastbare handelingen).

2.6 Deelconclusie

Het gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde is ingevoerd in het kader van het streven naar een gemeenschappelijke markt in de Europese Economische Gemeenschap. De gedachte was dat het wegnemen van mededingingsverstoringen essentieel is om deze gemeenschappelijke markt te realiseren. Het uitgangspunt van de Eerste Btw-richtlijn was dat een algemene verbruiksbelasting wordt geheven over goederen en diensten die strikt evenredig is aan de prijs van deze goederen en diensten. De btw is een indirecte belasting aangezien het beoogde subject en het subject niet gelijk zijn. Het beoogde subject van de btw is de particuliere consument en de daarmee gelijkgestelde terwijl het subject de belastingplichtige is. Het object van de btw vormen de belastbare handelingen zoals die zijn beschreven in art. 2 lid 1 van de Btw-richtlijn. In de wetenschappelijke literatuur bestaat overigens discussie over het beoogde object van de btw. Sommige menen dat de btw een (consumptieve) verbruiksbelasting is terwijl andere betogen dat de btw een bestedingsbelasting is. Uit de analyse blijkt dat de btw een verbruiksbelasting lijkt te zijn die in ieder geval voor de maatstaf van heffing aansluit bij de (omvang van) de bestedingen. Ten aanzien van andere aspecten van het btw-stelsel lijkt het principe ‘verbruik is besteding’ ook uit doelmatigheidsoverwegingen te worden gebruikt. Ten slotte is de btw een algemene belasting. Dit houdt in dat het uitgangspunt is dat alle consumptie van goederen en diensten belast dient te worden.

Het beginsel van de belastingneutraliteit is een van de belangrijkste beginselen van het gemeenschappelijke btw-stelsel. De interne neutraliteit ziet op het neutraliteitsbeginsel in de nationale context terwijl de externe neutraliteit ziet op de belastingneutraliteit in internationaal context. Uit de analyse van de Europese jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat het neutraliteitsbeginsel een aantal verschijningsvormen heeft. De belangrijkste verschijningsvormen zijn het voorkomen van cumulatie van btw in de bedrijfskolom en het waarborgen van de neutraliteit tussen belastingplichtigen, eindverbruikers en prestaties of handelingen. Deze verschijningsvormen van het neutraliteitsbeginsel vormen in de komende hoofdstukken een belangrijk houvast bij de uitleg van de belastingneutraliteit.

⁸⁹ HvJ EG 21 februari 2006, nr. C-223/03 (University of Huddersfield), *BNB* 2006/171, r.o. 50.

HOOFDSTUK 3

Het subject en het object van de btw

3.1 Inleiding

In het komende hoofdstuk wordt het subject en het object van de btw geanalyseerd. Het subject en object van de btw wordt aan de hand van de bepalingen uit de Btw-richtlijn onderzocht. Daarom wordt in het komende hoofdstuk gesproken over de communautaire begrippen ‘belastingplichtige’ en ‘economische activiteit’ in plaats van de Nederlandse begrippen ‘ondernemer’ en ‘bedrijf’ uit de Wet op omzetbelasting 1968. De invulling en reikwijdte van deze begrippen wordt door middel van een analyse van (voornamelijk) jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie onderzocht⁹⁰. Paragraaf 3.2 analyseert het subject van de btw. Daaropvolgend gaat paragraaf 3.3 over het object van de btw. Naast dat de economische activiteit een noodzakelijke voorwaarde is voor het begrip ‘belastingplichtige’, geeft het ook de gehele bedrijvigheid van de belastingplichtige aan. Daarom kan het begrip ‘economische activiteit’ worden beschouwd als de scharnierbepaling tussen het subject en object van de btw. In paragraaf 3.4 wordt de samenloop tussen het begrip ‘economische activiteit’ en het begrip ‘prestatie onder bezwarende titel’ onderzocht. Ten slotte wordt in paragraaf 3.5 onderzocht in welke gevallen handelingen inzake aandelen plaatsvinden in de economische sfeer. De analyse van het economische karakter van het houden van aandelen geschiedt door dergelijke handelingen te vergelijken met andere vormen van economische activiteiten, in het bijzonder de exploitatie van onlichamelijke zaken. In de laatste paragraaf worden de belangrijkste bevindingen samengevat.

3.2 Belastingplichtige (het subject van heffing)

In hoofdstuk 2 is onderscheid gemaakt tussen het beoogde subject en het (daadwerkelijke) subject van de btw. Het beoogde subject van de btw is de particuliere consument en de daarmee gelijkgestelde. Het daadwerkelijke subject van de btw is de belastingplichtige, zoals gedefinieerd is in art. 9 van de Btw-richtlijn. Art. 9 lid 1 van de Btw-richtlijn definieert de belastingplichtige als:

“eenieder die, op ongeacht welke plaats, zelfstandig een economische activiteit verricht, ongeacht het oogmerk of het resultaat van die activiteit. Als „economische activiteit” worden beschouwd, alle werkzaamheden van een fabrikant, handelaar of dienstverrichter, met inbegrip van de winning van delfstoffen, de landbouw en de uitoefening van vrije of daarmee gelijkgestelde beroepen. Als economische activiteit wordt in het bijzonder beschouwd de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.”

In de komende paragraaf worden successievelijk de drie volgende elementen van het communautaire begrip ‘belastingplichtige’ behandeld: ‘eenieder’ (onderdeel 3.2.1), ‘zelfstandig’ (onderdeel 3.2.2) en ‘economische activiteit’ (3.2.3). Ook volgt op sommige punten een vergelijking met het ondernemersbegrip van de Wet op de omzetbelasting 1968. In hoofdstuk 2 is reeds aangetoond dat de btw een algemene verbruiksbelasting is. Het tracht immers de particuliere consumptie van alle goederen en diensten te belasten. Het begrip ‘economische activiteit’ moet volgens het Hof van Justitie daarom ruim worden uitgelegd.⁹¹ De ruime uitleg van het begrip ‘economische activiteit’ volgt immers uit het neutraliteitsbeginsel. Het waarborgt immers de neutraliteit tussen eindverbruikers en prestaties.

⁹⁰ En voor vroegere jurisprudentie: het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap.

⁹¹ Zie vooral HvJ EG 4 december 1990, nr. C-186/89 (Van Tiem), *Jur.* 1990, blz. I-4363, r.o. 15, HvJ EU 26 juni 2007, nr. C-284/04 (T-Mobile Austria), *V-N* 2007/32.21, r.o. 34, HvJ EG 29 oktober 2009, nr. C-246/08 (Commissie/Finland), *BNB* 2010/94, r.o. 34 en HvJ EU 2 juni 2016, nr. C-263/15 (Lajvér), *V-N* 2016/31.18, r.o. 20.

3.2.1 Eenieder

Een element van de belastingplicht is het begrip ‘eenieder’. In de Zesde Btw-richtlijn wordt gesproken over het begrip ‘ieder’. Het begrip ‘ieder’ wordt ook gebezigd in de Wet op de omzetbelasting 1968. Omdat de considerans van de Btw-richtlijn aangeeft dat met de vervanging van de Zesde Btw-richtlijn in principe geen materiële wijzigingen zijn aangebracht, is het waarschijnlijk dat de communautaire wetgever hetzelfde bedoelt met ‘eenieder’ als met ‘ieder’. Op grond van het neutraliteitsbeginsel, en vooral op grond van de rechtsvormneutraliteit, volgt dat de hoedanigheid van de prestatieverrichter in beginsel niet relevant is bij de beoordeling van de belastingplicht. Onder eenieder kunnen dus zowel natuurlijke als rechtspersonen vallen. Ook publiekrechtelijke lichamen kunnen onder omstandigheden als belastingplichtige worden aangemerkt.⁹² Daarnaast kunnen entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid, zoals contractuele samenwerkingsverbanden, afzonderlijk belastingplichtig zijn voor de btw. Zij kunnen namelijk worden aangemerkt als ‘eenieder’. Het Hof van Justitie geeft in twee zaken, die overigens geen betrekking hebben op de uitleg van bepalingen uit de Btw-richtlijn, een duidelijke omschrijving van het begrip ‘entiteit’.⁹³ Volgens het Hof verwijst het begrip ‘entiteit’ naar een georganiseerd geheel van personen en elementen, waarmee een economisch activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend.⁹⁴

3.2.2 Zelfstandig

Een ander belangrijk element van de belastingplicht is het begrip ‘zelfstandig’. Art. 10 van de Btw-richtlijn bepaalt dat de voorwaarde van zelfstandigheid wordt gesteld om loontrekkenden uit te sluiten van de btw-heffing, voor zover zij een arbeidscontract hebben gesloten met hun werkgever of een andere juridische band hebben waaruit ondergeschiktheid volgt ten aanzien van de arbeids- en bezoldigingsvoorwaarden en de verantwoordelijkheid van de werkgever. De zelfstandigheidseis lijkt daarom als doel te hebben om werknemers niet afzonderlijk als belastingplichtige aan te merken. Om te beoordelen of sprake is van onzelfstandigheid, dient te worden onderzocht of voor eigen risico en vanuit eigen verantwoordelijkheid prestaties worden verricht. De aanwezigheid van wettelijke bepaalde prijzen doet niet af aan het risico dat prestatieverrichters lopen met het verrichten van de activiteit. De aanwezigheid van een tuchtrechtelijke controle doet niet af aan de eigen verantwoordelijkheid.⁹⁵ Van Norden stelt dat het element ‘zelfstandigheid’ een communautair begrip is waarbij de aanwezigheid van een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst niet doorslaggevend is. De aanwezigheid van een dergelijke overeenkomst kan daarentegen wel een aanwijzing vormen voor het bestaan van een onzelfstandige verhouding.⁹⁶ In het arrest Van der Steen beslist het Hof van Justitie dat een directeur en enig aandeelhouder niet kwalificeert als zelfstandig belastingplichtige voor de werkzaamheden die hij verricht jegens derden. Het Hof stelt in dit kader vast dat de contracten voor de schoonmaakwerkzaamheden gesloten zijn door de vennootschap. De directeur-grotoaandeelhouder loopt volgens het Hof daarom geen economisch risico bij de uitvoering van de schoonmaakwerkzaamheden.⁹⁷ Van der Paardt stelt in dit verband dat het opmerkelijk is dat het Hof zich slechts uitlaat over de prestaties die van der Steen verricht jegens derden. Het is evenwel mogelijk dat een directeur-grotoaandeelhouder in de hoedanigheid als bestuurder niet in een ondergeschikte

⁹² Zoals ik in de afbakening heb aangegeven, behandel ik de overheid als belastingplichtige op grond van art. 13 van de Btw-richtlijn verder niet in deze verhandeling.

⁹³ HvJ EG 11 maart 1997, nr. C-13/95 (Süzen), *Jur.* 1997, blz. I-1259 en HvJ EG 10 december 1998, nr. C-247/96 (Ziemann), *Jur.* 1998, blz. I-8237.

⁹⁴ Aldus ook J.J.P. Swinkels, *De belastingplichtige en de Europese BTW*, Den Haag, Koninklijke Vermande, 2001, blz. 150.

⁹⁵ HvJ EG 26 maart 1987, nr. C-235/85 (Commissie/Nederland), *Jur.* 1987, blz. I-1471 en HvJ EG 25 juli 1991, nr. C-202/90 (Ayuntamiento de Sevilla), *Jur.* 1991, blz. I-4247.

⁹⁶ G.J. van Norden, *Het concern in de BTW*, Deventer, Kluwer, 2007, blz. 91.

⁹⁷ HvJ EG 14 juni 2007, nr. C-355/06 (Van der Steen), *BNB* 2008/52.

verhouding handelt met zijn vennootschap, bijvoorbeeld door het verlenen van managementdiensten.⁹⁸ Het is dus niet geheel duidelijk of een directeur-groootaandeelhouder zou kunnen kwalificeren als belastingplichtige voor de btw, indien hij economische risico's loopt en uit eigen naam, voor eigen rekening en vanuit eigen verantwoordelijkheid handelt jegens zijn vennootschap.⁹⁹

Uit art. 10 van de Btw-richtlijn volgt dat de ondergeschiktheidseis ziet op situaties waarbij een arbeidsverhouding of een soortgelijke juridisch verband bestaat. Van Zadelhoff meent dat de regeling van art. 10 van de Btw-richtlijn is bedoeld om slechts natuurlijke personen uit de btw-heffing te houden. De onzelfstandigheid van een rechtspersoon is volgens hem dan ook niet mogelijk.¹⁰⁰ Ook van Doesum acht een niet-zelfstandige rechtspersoon onmogelijk. De mogelijkheid voor lidstaten om personen, die juridisch gezien zelfstandig zijn, tezamen als één belastingplichtige aan te merken (fiscale eenheid), houdt a contrario in dat alle rechtspersonen in beginsel zelfstandig zijn.¹⁰¹ Van Norden geeft daarentegen aan dat er situaties bestaan waarin de zelfstandigheid van een rechtspersoon ontbreekt. Als voorbeeld geeft hij de situatie dat een rechtspersoon onderdeel uitmaakt van een samenwerkingsverband dat afzonderlijk kwalificeert als belastingplichtige. Indien die rechtspersoon uitsluitend binnen het kader van het samenwerkingsverband actief is, en dus geen andere economische activiteiten verricht, ontbreekt volgens van Norden de zelfstandigheid van die rechtspersoon.¹⁰² Van Doesum stelt daarentegen dat in een dergelijke situatie geen sprake is van feitelijke en maatschappelijke onzelfstandigheid, maar dat slechts de economische activiteit ontbreekt. De ontbrekende economische activiteit leidt volgens van Doesum niet tot de conclusie dat een rechtspersoon onzelfstandig kan zijn. Een dergelijke rechtspersoon is namelijk te beschouwen als afzonderlijke entiteit en draagt ook een eigen naam.¹⁰³ Met van Doesum ben ik het eens dat een rechtspersoon in beginsel niet onzelfstandig kan zijn. Een rechtspersoon kan immers niet in het kader van een arbeidsverhouding uit naam en voor rekening van een andere rechtspersoon handelen. Een arbeidsverhouding tussen rechtspersonen lijkt dus onmogelijk waardoor van een onzelfstandige rechtspersoon in beginsel geen sprake kan zijn.¹⁰⁴ In dit kader zij nog gewezen op een recente uitspraak van het gerechtshof Den Haag waarin een zelfstandige en rechtspersoonlijke vereniging wordt geacht zich in een onzelfstandige positie te bevinden ten opzichte van haar opdrachtgevers.¹⁰⁵ Dit oordeel lijkt onjuist te zijn aangezien het geen steun vindt in de Europese jurisprudentie van het Hof van Justitie, noch in de Btw-richtlijn.¹⁰⁶ Het is daarom een gemiste kans dat de Staatssecretaris het ingestelde pro forma beroep in cassatie heeft ingetrokken.

Van Norden geeft daarnaast aan dat uit het DFDS-arrest¹⁰⁷ volgt dat onder omstandigheden rechtspersonen onzelfstandig kunnen zijn. Het Hof merkte in dit arrest een Engelse dochtermaatschappij aan als vaste inrichting van een Deense moedermaatschappij. Ten slotte kan een rechtspersoon ook onzelfstandig zijn indien hij onderdeel vormt van een fiscale eenheid.¹⁰⁸ Zoals reeds in de afbakening (onderdeel 1.4) is aangegeven, wordt de bespreking van het leerstuk van de vaste inrichting en de fiscale eenheid in deze verhandeling zoveel mogelijk vermeden.

⁹⁸ R.N.G. van der Paardt, annotatie bij: HvJ EG 14 juni 2007, nr. C-355/06 (Van der Steen), *BNB* 2008/52.

⁹⁹ Op grond van HvJ EG 27 januari 2000, nr. C-23/98 (Heerma), *BNB* 2000/297.

¹⁰⁰ B.G. van Zadelhoff, Van Laurel en Hardy en twee hondjes, ofwel zelfstandigheid voor de btw, *WFR* 1992/6012.

¹⁰¹ A.J. van Doesum, Contractuele samenwerkingsverbanden in de btw, Deventer, Kluwer, 2009, blz. 145.

¹⁰² G.J. van Norden, Het concern in de BTW, Deventer, Kluwer, 2007, blz. 93.

¹⁰³ A.J. van Doesum, Contractuele samenwerkingsverbanden in de btw, Deventer, Kluwer, 2009, blz. 146.

¹⁰⁴ Zie vooral HvJ EG 3 maart 2005, nr. C-472/03 (Arthur Andersen), *BNB* 2006/124, r.o. 20-21.

¹⁰⁵ Hof Den Haag 20 januari 2017, nr. BK16/00273, *V-N* 2017/38.19.

¹⁰⁶ Aldus ook J.P.M. Linssen, Samenwerkingsverband van corporaties niet onderworpen aan de heffing van btw, *BtwBrief* 2017/45.

¹⁰⁷ HvJ EG 20 februari 1997, nr. C-260/95 (DFDS), *Jur.* 1997, blz. I-1005.

¹⁰⁸ Zie ook G.J. van Norden, Het concern in de BTW, Deventer, Kluwer, 2007, blz. 94.

3.2.3 Economische activiteit

Een belangrijk element van de belastingplicht is het begrip ‘economische activiteit’. Eenieder kwalificeert slechts als belastingplichtige indien hij een economische activiteit verricht.¹⁰⁹ De Btw-richtlijn definieert een economische activiteit als:

‘**alle** werkzaamheden van een fabrikant, handelaar of dienstverrichter, met inbegrip van de winning van delfstoffen, de landbouw en de uitoefening van vrije of daarmee gelijkgestelde beroepen. Als economische activiteit wordt in het bijzonder beschouwd de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.’¹¹⁰

In de Wet op de omzetbelasting 1968 wordt het begrip ‘economische activiteit’ niet gebezigd, maar over het begrip ‘uitoefening van een bedrijf’.¹¹¹ De Hoge Raad heeft in het verleden bepaald dat ervan uitgegaan moet worden dat de Nederlandse wetgever hetzelfde bedoelt met het begrip ‘ondernemer’ als de communautaire wetgever bedoelt met het begrip ‘belastingplichtige’.¹¹² Omdat het begrip ‘belastingplichtige’ een communautair begrip is, moet de definitie van het begrip ‘economische activiteit’ gelijk zijn aan de definitie van het Nederlandse begrip ‘bedrijf’.¹¹³ Naast dat het verrichten van een economische activiteit een noodzakelijke voorwaarde is voor de belastingplicht, geeft het ook de gehele bedrijvigheid van de belastingplichtige aan. Blokland stelt dat de woorden ‘alle werkzaamheden’ van art. 9 lid 1 van de Btw-richtlijn verwijzen naar het geheel van de werkzaamheden van de belastingplichtige.¹¹⁴ Daarom kan het begrip ‘economische activiteit’ worden beschouwd als de scharnierbepaling tussen het subject en het object van de btw. Cornielje stelt dat de Europese jurisprudentie van het Hof van Justitie niet zorgt voor een betere definitie en afbakening van het begrip ‘economische activiteit’. De toets van de economische activiteit wordt namelijk zowel op het objectniveau (afzonderlijke prestatie) als het subjectniveau (de gehele bedrijvigheid) aangelegd.¹¹⁵ Om een afgebakende analyse te bewerkstelligen, verwijst het begrip ‘economische activiteit’ in deze verhandeling slechts naar de algehele bedrijvigheid van een belastingplichtige (het subjectniveau). De begrippen ‘handeling’ en ‘prestatie onder bezwarende titel’ worden slechts gebezigd in het kader van de beoordeling van belastbaarheid van afzonderlijke prestaties (het objectniveau).

3.2.3.1 Exploitatie van lichamelijke of onlichamelijke zaken

Uit art. 9 lid 1 derde volzin van de Btw-richtlijn blijkt dat in bijzonder als economische activiteit wordt beschouwd ‘de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.’ In de literatuur bestaat geen consensus over de vraag of de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak een specifiek voorbeeld is van een economische activiteit of dat de opname van de derde volzin een uitbereiding betreft op het begrip ‘economische activiteit’. Auteurs die menen dat deze exploitatie een specifiek voorbeeld betreft, hechten voornamelijk veel waarde aan de woorden ‘in het bijzonder’ die duiden op een voorbeeld.¹¹⁶ Onder andere van Hilten meent dat de exploitatie van een (on)lichamelijke zaak een specifiek voorbeeld is van een economische activiteit. Zij

¹⁰⁹ Met uitzondering van eenieder die incidenteel een nieuw vervoermiddel levert dat door de verkoper, door de afnemer, of voor hun rekening, buiten het grondgebied van een lidstaat maar binnen het grondgebied van de Gemeenschap naar de afnemer wordt verzonden of vervoerd zoals is bepaald in art. 9 lid 2 van de Btw-richtlijn.

¹¹⁰ Art. 9 lid 1 tweede volzin van de Btw-richtlijn.

¹¹¹ Art. 7 Wet OB.

¹¹² HR 02 mei 1984, nr. 22 153, *BNB* 1984/295.

¹¹³ Aldus ook A.J. van Doesum, *Contractuele samenwerkingsverbanden in de btw*, Deventer, Kluwer, 2009, blz. 150.

¹¹⁴ W.J. Blokland, *Omzetbelastingaspecten van ondernemingsfinanciering*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 40.

¹¹⁵ S.B. Cornielje, *Fusies en overnames in de Europese BTW*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 77.

¹¹⁶ Aldus G.J. van Norden, *Het concern in de BTW*, Deventer, Kluwer, 2007, blz. 103, K.M. Braun, *Aftrek van voorbelasting in de BTW*, Deventer, Kluwer, 2002, blz. 103 en zie ook. M.E. van Hilten & H.W.M. Van Kesteren, *Omzetbelasting*, Deventer, Kluwer, 2010, blz. 71.

wijst in dit kader op de conclusie van A-G Sir Gordon Slynn bij het arrest Rompelman.¹¹⁷ A-G Sir Gordon Slynn verwijst in zijn conclusie naar de Nederlandse, Deense, Franse en Italiaanse versie van de Btw-richtlijn, waarin de woorden ‘onder andere’ en ‘in het bijzonder’ worden gebruikt. Deze woorden duiden op een voorbeeld.¹¹⁸ Swinkels stelt daarentegen dat geen consensus kan worden bereikt op grond van tekstuele argumenten, met verwijzing naar onder andere de Engelse en de Duitse taalversie van de Btw-richtlijn. Ook toont hij aan dat uit de jurisprudentie geen eenduidige lijn getrokken kan worden om te bepalen of het een specifiek voorbeeld dan wel uitbereiding of aanvulling betreft.¹¹⁹ Hij wijst op de conclusie van A-G Cosmas in de zaak Enkler. A-G Cosmas is in zijn conclusie bij het arrest Enkler veeleer van mening dat de exploitatie van (on)lichamelijke zaken een uitbereiding betreft.¹²⁰ Het betreft volgens Swinkels een uitbereiding omdat bij de exploitatie van (on)lichamelijke zaken een aanvullende eis wordt gesteld, namelijk dat de opbrengsten duurzaam verkregen dienen te worden.¹²¹ Het Hof van Justitie heeft echter in het arrest Götz aangegeven dat de aanvullende eis ten aanzien van de duurzaamheid van de opbrengsten niet alleen geldt voor de exploitatie van (on)lichamelijke zaken, maar voor alle handelingen die kwalificeren als economische activiteit.¹²² Derhalve lijkt uit de jurisprudentie van het Hof niet te kunnen worden afgeleid dat de exploitatie van een (on)lichamelijke zaken een uitbereiding vormt op het begrip ‘economische activiteit’. Daarom behoort de exploitatie van (on)lichamelijke zaken tot alle werkzaamheden van een fabrikant, handelaar of dienstverrichter.

Van Zadelhoff leidt uit het arrest Van Tiem¹²³ af dat de exploitatie drie elementen benodigd zijn, namelijk ‘een gebruiksrecht’, ‘voor een bepaald tijdvak’ en ‘tegen een vergoeding’.¹²⁴ Hoewel het verlenen van een gebruiksrecht voor een bepaalde periode tegen een vergoeding kan worden beschouwd als een werkzaamheid van een dienstverrichter, is een dergelijke activiteit niettemin passiever dan andere werkzaamheden van fabrikanten, handelaren en (‘reguliere’) dienstverrichters. Wellicht is de exploitatie van (on)lichamelijke zaken afzonderlijk opgenomen om te voorkomen dat een discussie ontstaat over het economische karakter van dergelijke activiteiten. In paragraaf 3.5 wordt de exploitatie van lichamelijke of onlichamelijke verder onderzocht.

3.2.3.2 Deelname aan het economische verkeer

Het begrip ‘economische activiteit’ vereist dat de prestatieverrichter deelneemt aan het economische verkeer. Van der Paardt en Sparidis geven aan dat dit vereiste wordt gesteld om te voorkomen dat prestaties om niet en prestaties in eigen kring in de btw-heffing worden betrokken.¹²⁵ In dit onderdeel worden eerst de prestaties om niet onderzocht. Vervolgens staan de prestaties in eigen kring centraal. Ten slotte wordt een derde criterium onderzocht dat is ontwikkeld door het Hof van Justitie: het werkzaam zijn op een markt.

Uit het arrest Hong-Kong Trade blijkt dat indien iemand uitsluitend om niet presteert, niet aangemerkt kan worden als belastingplichtige. Het Hof stelt een dergelijke prestatieverrichter gelijk is aan een eindverbruiker.¹²⁶ Beelen stelt dat de prestaties om niet weliswaar plaatsvinden in het maatschappelijke verkeer, maar niet in het economische verkeer omdat een vergoeding voor deze prestaties ontbreekt. Overigens betekent dit niet dat alle prestaties om niet buiten het kader van de economische activiteit

¹¹⁷ M.E. van Hilten, *Bancaire en financiële prestaties in de Europese BTW*, Deventer, Kluwer, 1992, blz. 188.

¹¹⁸ A-G Sir Gordon Slynn, conclusie bij: HvJ EG 14 februari 1985, nr. 268/83 (Rompelman), *BNB* 1985/311.

¹¹⁹ J.J.P. Swinkels, *De belastingplichtige en de Europese BTW*, Den Haag, Koninklijke Vermande, 2001, blz. 183-188.

¹²⁰ A-G Cosmas, conclusie bij: HvJ EG 26 september 1996, nr. C-230/94 (Enkler), *V-N* 1997 blz. 653, r.o. 26-30.

¹²¹ J.J.P. Swinkels, *De belastingplichtige en de Europese BTW*, Den Haag, Koninklijke Vermande, 2001, blz. 222.

¹²² HvJ EG 13 december 2007, nr. C-408/06 (Götz), *V-N* 2008/3.21, r.o. 18.

¹²³ HvJ EG 4 december 1990, nr. C-186/89 (van Tiem), *Jur.* 1990, blz. I-4363.

¹²⁴ B.G. van Zadelhoff, *Belastingplichtige in de BTW*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 17.

¹²⁵ R.N.G. van der Paardt & E. Sparidis, *Het begrip ondernemer in de omzetbelasting*, Deventer, Kluwer, 2013, blz. 34.

¹²⁶ HvJ EG 1 april 1982, nr. 89/81 (Hong-Kong Trade), *BNB* 1982/311.

worden verricht.¹²⁷ Alle werkzaamheden van een fabrikant, handelaar of dienstverrichter behoren immers tot de economische activiteit, dus ook prestaties om niet, zoals een gratis plakje worst bij de slager. Prestaties om niet constitueren daarentegen zelfstandig geen economische activiteit, maar kunnen slechts in het kader van de economische activiteit worden verricht. In dergelijke situaties gaat het doorgaans om de vraag of recht op aftrek van voorbelasting bestaat ten aanzien van dergelijke handelingen. Derhalve zij verwezen naar hoofdstuk 4, waarin de consequentie van onbelastbare handelingen verder wordt geanalyseerd.

De deelname aan het economische verkeer impliceert dat niet uitsluitend in eigen kring wordt gepresteerd. De Hoge Raad heeft de betekenis van het begrip ‘in eigen kring’ in meerdere arresten uiteengezet. In het arrest van de Hoge Raad van 14 september 1988 (nr. 25 055) is overwogen dat met het begrip ‘eigen kring’ niet de aanwezigheid van gelieerde verhoudingen wordt bedoeld. De omstandigheid dat een (gelieerde) vennootschap zelfstandig als belastingplichtige wordt aangemerkt, leidt volgens de Hoge Raad tot de gevolgtrekking dat geen sprake is van een eigen kring.¹²⁸ Van der Paardt en Sparidis geven evenwel aan dat er een bijzondere kring aanwezig is bij een fiscale eenheid.¹²⁹ Met het uitsluiten van prestaties die verricht worden in eigen kring wordt vooral voorkomen dat bepaalde prestaties in gezinsverhoudingen leiden tot belastingplicht.¹³⁰ Een beperkte uitleg van het begrip ‘eigen of besloten kring’ is op grond neutraliteitsbeginsel begrijpelijk. Dit criterium is immers subjectieve omstandigheid aangezien het in beginsel geen betrekking op aard en kenmerken van bepaalde prestaties maar op de verhouding tussen de prestatieverrichter en de afnemer. Een ruim toepassingsbereik van het begrip ‘eigen of besloten kring’ zou inbreuk maken op het objectieve karakter van de btw aangezien het een onbelastbare omgeving bewerkstelligt.

Blokland stelt in dit kader dat het economische karakter van een activiteit mede wordt getoetst aan de hand van het professionaliteitscriterium. Hij stelt dat prestaties in besloten kring alsmede privébeleggingen en prestaties in besloten kring door dit criterium worden uitgesloten van de economische activiteit.¹³¹ Deze stelling verdient enige kanttekening aangezien het niet geheel duidelijk is in hoeverre dit criterium zich weerhoudt tot het element ‘ongeacht het oogmerk of resultaat van die activiteit’, die ik in het volgende onderdeel behandel.

Van Doesum stelt dat het Hof van Justitie in zijn jurisprudentie het criterium ‘deelname aan het economische verkeer’ niet zozeer in het algemeen toetst in relatie tot het begrip ‘economische activiteit’. De deelname aan het economische verkeer lijkt te zijn besloten in het communautaire begrip ‘economische activiteit’.¹³² Het Hof bezigt daarentegen wel een ander criterium bij de beoordeling of een activiteit een economische is, namelijk het ‘actief zijn op een markt’. In het arrest *Hutchison 3G UK*¹³³ en het arrest *T-Mobile Austria*¹³⁴ hanteert het Hof het criterium van deelname aan een markt voor het eerst. A-G Kokott oordeelt in haar conclusie dat het toekennen van GSM- en UMTS- vergunningen via een openbare veiling is aan te merken als de exploitatie van een (on)lichamelijke zaak om er duurzaam opbrengsten uit te verkrijgen.¹³⁵ Het Hof van Justitie beslist daarentegen dat er geen sprake is

¹²⁷ Vgl. S.T.M. Beelen, *Aftrek van btw als (belaste) omzet ontbreekt*, Deventer, Kluwer, 2009, blz. 252.

¹²⁸

¹²⁹ R.N.G. van der Paardt & E. Sparidis, *Het begrip ondernemer in de omzetbelasting*, Deventer, Kluwer, 2013, blz. 50.

¹³⁰ Aldus ook A.J. van Doesum, *Contractuele samenwerkingsverbanden in de btw*, Deventer, Kluwer, 2009, blz. 172 en zie bijv. HR 14 september 1988, nr. 25 055, *BNB* 1989/213, waarin de Hoge Raad een besloten kring ten aanzien van de exploitatie van een studentensociëteit niet aanwezig acht. Zie voorts R.N.G. van der Paardt & E. Sparidis, *Het begrip ondernemer in de omzetbelasting*, Deventer, Kluwer, 2013, blz. 50, waarin de auteurs wijzen op het arrest TC 26 juli 1943, nr. 2793 O, *B* 7701, waarin een besloten kring aanwezig werd geacht bij een kloostergemeenschap.

¹³¹ W.J. Blokland, *Omzetbelastingaspecten van ondernemingsfinanciering*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 43.

¹³² A.J. van Doesum, *Contractuele samenwerkingsverbanden in de btw*, Deventer, Kluwer, 2009, blz. 178-179.

¹³³ HvJ EG 26 juni 2007, nr. C-369/04 (*Hutchison 3G UK*), *V-N* 2007/32.22.

¹³⁴ HvJ EG 26 juni 2007, nr. C-284/04 (*T-Mobile Austria*), *V-N* 2007/32.21.

¹³⁵ A-G Kokott, conclusie bij: HvJ EG 26 juni 2007, nr. C-369/04 (*Hutchison 3G UK*), *V-N* 2007/32.22 & HvJ EG 26 juni 2007, nr. C-284/04 (*T-Mobile Austria*), *V-N* 2007/32.21

van een economische activiteit omdat de overheidsinstanties door het toekennen van vergunningen niet deelnemen op een markt. Het toekennen van de vergunningen vormt volgens het Hof een noodzakelijke en voorafgaande voorwaarde voor de toegang van marktdeelnemers. Ook in het arrest SPÖ Kärinthië (hierna: SPÖ) bezigt het Hof het criterium van ‘het werkzaam zijn op een markt’ bij de beoordeling of er sprake is van een economische activiteit. Volgens het Hof van Justitie kwalificeren externe marketingactiviteiten, die in het kader van politieke verkiezingen in Oostenrijk worden verricht, niet als economische activiteit. Deze externe marketingactiviteiten bestonden uit voorlichtingsactiviteiten, de organisatie van bijeenkomsten, leveringen van reclamemateriaal en de organisatie van een jaarlijks partijbal. Met dergelijke activiteiten streeft de politieke partij niet duurzaam naar opbrengsten. De politieke partij is immers slechts uit op politieke wilsvorming en is zo niet werkzaam op een markt.¹³⁶ In het recente arrest Gemeente Borsele heeft het Hof zich ook uitgelaten over het ‘markt criterium’. Het Hof oordeelt dat de Gemeente Borsele geen economische activiteit verricht ten aanzien van het verzorgen van het leerlingenvervoer naar school. Daarentegen verricht de Gemeente Borsele met het verzorgen van het leerlingenvervoer een dienst onder bezwarende titel omdat een derde van de ouders financieel bijdragen aan het leerlingenvervoer. Op arrest Gemeente Borsele is veel kritiek geweest in de literatuur.¹³⁷ De kritiek zag vooral op de onduidelijke beslisboom die door het Hof is gehanteerd in vergelijking met andere, rond hetzelfde tijdstip gewezen arresten.¹³⁸ De bovenstaande arresten, en in het bijzonder arrest Gemeente Borsele, worden uitgebreid geanalyseerd in de paragraaf 3.4.

3.2.3.3 *Ongeacht het oogmerk of het resultaat*

Art. 9 lid 1 Btw-richtlijn bepaalt dat het oogmerk of het resultaat van een activiteit irrelevant is bij de beoordeling of het kwalificeert als een economische activiteit. Dit houdt in dat zowel de bedoeling als de uitkomst van een activiteit irrelevant is. Dit uitgangspunt bewerkstelligt het objectieve karakter van de btw. Swinkels stelt dat het criterium ‘ongeacht het oogmerk of het resultaat’ enige kanttekening behoeft. Een activiteit kwalificeert slechts als economisch indien duurzaam wordt gestreefd naar opbrengsten. In zoverre is het oogmerk - het duurzaam streven - en het resultaat – de opbrengsten – relevant.¹³⁹ Het criterium ‘ongeacht het oogmerk of het resultaat’ bewerkstelligt dat niet alleen prestatieverrichters die streven naar winst zijn aan te merken als belastingplichtige aangezien het streven naar (bruto-)opbrengsten al voldoende is. Het streven naar opbrengsten betekent overigens niet dat de opbrengsten uiteindelijk daadwerkelijk moeten worden gerealiseerd. Uit het arrest Rompelman volgt dat een persoon al kwalificeert als belastingplichtige op het moment dat hij initiële investeringsuitgaven doet om een onderneming te verwezenlijken. De belastingplichtige heeft aldus rechtstreeks en onmiddellijk recht op aftrek van voorbelasting op het moment dat hij aan kan tonen dat hij daadwerkelijk voornemens is belaste prestaties te verrichten. Daarbij moet hij ook kunnen aantonen dat de goederen zijn aangeschaft voor het verrichten die (voorgenomen) prestaties.¹⁴⁰ In het arrest INZO heeft het Hof de algemene toepassing van de Rompelman-doctrine bevestigd, want het Hof beslist dat op het moment van de eerste investeringsuitgaven de kwalificatie als belastingplichtige onvoorwaardelijk wordt toegekend. Zodoende behoudt de belastingplichtige het recht op aftrek van voorbelasting, ook indien op een later moment duidelijk wordt dat geen belaste prestaties zijn, of zullen worden, verricht. De situatie van het arrest INZO verschilt in zoverre met de situatie van het arrest Rompelman dat in arrest INZO definitief zeker is dat de onderneming niet wordt verwezenlijkt. De belanghebbende is namelijk in al

¹³⁶ HvJ EG 6 oktober 2009, nr. C-267/08 (SPÖ Kärinthië), *V-N* 2009/52.24.

¹³⁷ Zie M. Soltysik, Het vaststellen van btw-belastbare prestaties bij niet kostendekkende vergoedingen: Het wordt steeds ingewikkelder, *WFR* 2016/147 en R.A. Wolf, Economische activiteit en btw, *NTFR-B* 2016/34.

¹³⁸ HvJ EU 22 juni 2016, nr. C-267/15 (Gemeente Woerden), *BNB* 2016/201 & HvJ EU 2 juni 2016, nr. C-263/15 (Lajvér), *V-N* 2016/31.18.

¹³⁹ J.J.P. Swinkels, De belastingplichtige en de Europese BTW, Den Haag, Koninklijke Vermande, 2001, blz. 189.

¹⁴⁰ HvJ EG 14 februari 1985, nr. C-268/83 (Rompelman), *Jur.* 1985, blz. I-655.

vereffening gesteld.¹⁴¹ In dit verband zij nog gewezen op het arrest Faxworld Gbr. Faxworld Gbr is een Duitse personenvennootschap waarvan het enige statutaire doel bestaat uit de voorbereiding tot oprichting van een kapitaalvennootschap, Faxworld AG. In het kader van de voorbereiding tot oprichting neemt Faxworld Gbr verschillende goederen en diensten af. Na de oprichting van Faxworld AG draagt Faxworld Gbr alle investeringsgoederen over aan Faxworld AG. Ten tijde van de overdracht had Duitsland gebruik gemaakt van een optionele regeling uit de Btw-richtlijn. Deze regeling bepaalt dat de overdracht van activa en passiva niet wordt beschouwd als een levering voor btw-doeleinden. Faxworld Gbr heeft daarnaast geen uitgaande handelingen verricht waarvoor zij een vergoeding heeft bedongen en ontvangen. Het Hof van Justitie overweegt evenwel dat de Rempelman-principe¹⁴² moet worden toegepast. Een belangrijk argument van het Hof is dat de implementatie van een optionele regeling uit de Btw-richtlijn niet van invloed zou moeten zijn bij de beoordeling van het begrip ‘economische activiteit’. Volgens het Hof verricht Faxworld Gbr dus een economische activiteit. In dit arrest wordt de reikwijdte van de economische activiteit door het Hof van Justitie verder opgerekt.¹⁴³ Het Hof merkt daarbij overigens op dat de uitkomst in het arrest Faxworld een uitzondering betreft door te wijzen op de specifieke omstandigheden.¹⁴⁴

De consequentie van de irrelevantie ten aanzien van het oogmerk of het resultaat is dat verlieslatende activiteiten ook kunnen kwalificeren als economische activiteit. Het begrip economische activiteit is immers een objectief begrip wat inhoudt dat slechts objectieve kenmerken van de activiteit relevant zijn. Zo zijn houtleveringen, die als doel hebben om stormschade te beperken, te beschouwen als een economische activiteit. De beweegreden om dergelijke houtleveringen te doen is niet relevant.¹⁴⁵ Dit lijkt ook logisch aangezien het voor de afnemer van deze houtleveringen niet relevant is waarom deze worden verricht. Ten slotte is het bij de beoordeling van een economische activiteit niet relevant op welke manier de afnemer een afgenomen prestatie gebruikt. Dat de afnemer van een geleverd pand een gedeelte hiervan om niet ter beschikking stelt, is geen relevante omstandigheid bij de beoordeling of de prestatieverrichter een economische activiteit verricht.¹⁴⁶

3.2.3.4 *Duurzaam streven naar opbrengsten*

Uit art. 9 lid 1 van de Btw-richtlijn blijkt dat een activiteit is aan te merken als economische activiteit indien de prestatieverrichter duurzaam streeft opbrengsten. In het arrest Götz heeft het Hof van Justitie aangegeven dat zowel de werkzaamheid duurzaam dient te zijn, als de daaruit verkregen opbrengsten.¹⁴⁷ In het arrest Fuchs overweegt het Hof dat het aangaan van een overeenkomst voor onbepaalde tijd voldoende is om te oordelen dat met die activiteit duurzaam opbrengsten worden verkregen.¹⁴⁸ Het verlenen van recht op opstal voor een periode van 18 jaar tegen een jaarlijkse vergoeding lijkt een activiteit te zijn waarmee duurzaam opbrengsten worden verkregen.¹⁴⁹ In het meer recente arrest-Lajvér vindt het Hof een periode van acht jaar voldoende om van duurzaamheid te spreken.¹⁵⁰ In dit verband is het niet geheel duidelijk of met een activiteit duurzame opbrengsten worden verkregen indien hiervoor geen periodieke vergoeding wordt ontvangen, maar bijvoorbeeld een éénmalige, vooruitbetaalde vergoeding. Van der Paardt en Sparidis stellen dat geen onderscheid zou moeten bestaan tussen eenzelfde economische handeling (levering van een beperkt recht) waarbij de verschuldigde periodieke vergoeding is afgekocht en die waarbij de verschuldigde periodieke vergoeding in termijnen wordt

¹⁴¹ HvJ EG 29 februari 1996, nr. C-110/94 (INZO), *Jur.* 1996, blz. I-857.

¹⁴² Term ontleend aan: S.B. Cornielje, *Fusies en overnames in de Europese BTW*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 57.

¹⁴³ S.B. Cornielje, *Fusies en overnames in de Europese BTW*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 57.

¹⁴⁴ HvJ EG 29 april 2004, nr. C-137/02 (Faxworld), *BNB* 2004/286, r.o. 42.

¹⁴⁵ HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-263/11 (Rēdlihs), *V-N* 2012/51.19.

¹⁴⁶ HvJ EU 22 juni 2016, nr. C-267/15 (Gemeente Woerden), *BNB* 2016/201.

¹⁴⁷ HvJ EG 13 december 2007, nr. C-408/06 (Götz), *V-N* 2008/3.21, r.o. 18.

¹⁴⁸ HvJ EU 20 juni 2013, nr. C-219/12 (Fuchs), *BNB* 2013/245, r.o. 27.

¹⁴⁹ HvJ EG 4 december 1990, nr. C-186/89 (van Tiem), *Jur.* 1990, blz. I-4363.

¹⁵⁰ HvJ EU 2 juni 2016, nr. C-263/15 (Lajvér), *V-N* 2016/31.18, r.o. 33.

betaald.¹⁵¹ Volgens van der Paardt en Sparidis moet er aangesloten worden bij de tijdsduur van het beperkte recht in plaats van de ontvangen vergoedingen. Ook Bijl meent dat niet zozeer moet worden aangesloten bij de periodiciteit van de vergoeding maar bij het genot.¹⁵² Het lijkt dus niet geheel in overeenstemming te zijn met het neutraliteitsbeginsel om aan te sluiten bij de periodiciteit van vergoedingen. De belastbaarheid van een bepaalde prestatie zou anders immers kunnen worden gestuurd door het bedingen van een al dan niet periodieke vergoeding. Aan de vereiste duurzaamheid wordt ook voldaan indien een eenmalige betaling wordt bedongen die betrekking heeft op bepaalde periode aangezien die eenmalige vergoeding moet worden toegerekend. Dit is geldt overigens niet alleen voor de exploitatie van (on)lichamelijke zaken, maar voor alle prestaties van fabrikanten, handelaren of dienstverrichters.

De economische activiteit vereist ook een bepaalde regelmaat of duurzaamheid van die activiteit.¹⁵³ De vereiste regelmaat valt onder meer af te leiden uit het arrest Enkler. In het arrest Enkler overweegt het Hof van Justitie dat een economische activiteit niet ziet op bij gelegenheid verrichte prestaties.¹⁵⁴ In beginsel zijn incidentele prestaties dus niet aan te merken als economische activiteit.¹⁵⁵ Van Hilten en van Kesteren stellen dat het regelmatig verrichten van prestaties een objectivering is van het duurzaam streven naar opbrengst, omdat dit streven zich niet gemakkelijk laat vaststellen.¹⁵⁶ Van Norden meent in dit verband dat de vereiste regelmaat het karakter van de btw enigszins geweld aandoet, maar desalniettemin voorkomt dat de btw een onwerkbare en onpraktische belasting wordt. Daarom meent hij dat de vereiste regelmaat een noodzakelijk element is van de belastingplicht.¹⁵⁷ Het erkennen dat de vereiste regelmaat een concessie vormt ten behoeve van de praktische uitvoerbaarheid, houdt in dat het toepassingsbereik van dit vereiste beperkt dient te zijn. Om neutraliteit te bereiken, dienen zoveel mogelijk soortgelijke prestaties op eenzelfde manier in de btw-heffing betrokken te worden. De vereiste regelmaat ten aanzien van prestaties is geen objectief kenmerk maar een subjectieve omstandigheid: de kenmerken van de prestatieverrichter zijn doorslaggevend bij de beoordeling of een handeling btw-belast is. In het arrest Kostov bepaalt het Hof van Justitie dat indien een prestatieverrichter reeds kwalificeert als belastingplichtige, hij geen bijkomstige incidentele prestaties kan verrichten. Art. 9 lid 1 bepaalt dat als economische activiteit wordt beschouwd ‘alle werkzaamheden van een fabrikant, handelaar of dienstverrichter’. Het Hof overweegt dat op het moment dat belanghebbende belastingplichtig is, hij ook incidenteel verrichte prestaties verricht als belastingplichtige. Bovendien blijkt volgens het Hof uit de considerans van de Btw-richtlijn dat de grootste mate van *eenvoud* en neutraliteit wordt verkregen wanneer de belasting zo algemeen mogelijk wordt geheven.¹⁵⁸ Om eenvoud te bereiken, dienen dus zoveel mogelijk prestaties in de btw-heffing te worden betrokken. Overigens heeft het Hof zich niet duidelijk uitgelaten over hoe lang een (on)lichamelijke zaak moet worden geëxploiteerd om te spreken over duurzaamheid.

3.3 Leveringen van goederen en diensten onder bezwarende titel (het object)

In hoofdstuk 2 is aangetoond dat het beoogde object van de btw het consumptieve en uiteindelijke verbruik van goederen en diensten is. Vanuit doelmatigheidsoverwegingen wordt in dit kader het principe ‘verbruik is besteding’ gehanteerd. De besteding is in zoverre gelijk aan de verbruik dat de besteding zowel het moment alsmede maatstaf van de btw-heffing bepaalt. Het moment en de hoogte

¹⁵¹ R.N.G. van der Paardt & E. Sparidis, Het begrip ondernemer in de omzetbelasting, Deventer, Kluwer, 2013, blz. 75.

¹⁵² D.B. Bijl, De Kwalificatie van zakelijke rechten en de positie van de bloot eigenaar in de omzetbelasting, *WFR* 1991/509.

¹⁵³ Aldus o.a. HvJ EG 1 april 1982, nr. 89/81 (Hong-Kong Trade), *BNB* 1982/311.

¹⁵⁴ HvJ EG 26 september 1996, nr. C-230/94 (Enkler), *V-N* 1997, blz. 653, r.o. 20.

¹⁵⁵ Anders: J.J.P. Swinkels, De belastingplichtige en de Europese BTW, Den Haag, Koninklijke Vermande, 2001, blz. 200.

¹⁵⁶ M.E. van Hilten & H.W.M. Van Kesteren, Omzetbelasting, Deventer, Kluwer, 2010, blz. 69.

¹⁵⁷ G.J. van Norden, Het concern in de BTW, Deventer, Kluwer, 2007, blz. 101.

¹⁵⁸ HvJ EU 13 juni 2013, nr. C-62/12 (Kostov), *V-N* 2013/32.23.

van de (consumptieve) besteding van goederen en diensten vormen dus het aanknopingspunt voor de btw-heffing. Het daadwerkelijke object van de btw zijn leveringen van goederen en diensten onder bezwarende titel door belastingplichtigen.¹⁵⁹ Het daadwerkelijke object is beperkter dan het beoogde object. De twee gestelde voorwaarden ‘onder bezwarende titel’ en ‘door belastingplichtigen’ bewerkstelligen dat sommige leveringen van goederen en diensten, die uiteindelijk wel degelijk leiden tot consumptie, niet in de btw-heffing worden betrokken. In de komende paragraaf staat een analyse van het object van de btw centraal. De aanwezigheid van een prestatie bezwarende titel is een noodzakelijke voorwaarde voor het belasten van prestaties.¹⁶⁰ Sub-paragraaf 3.3.1 analyseert de voorwaarden die zijn ontwikkeld door het Hof van Justitie bij de beoordeling van een ‘bezwarende titel’. Omdat het principe ‘verbruik is besteding’ wordt gehanteerd voor het bepalen van de maatstaf van de btw, is een analyse van het subjectieve maatstaf in dit verband ook van belang. In paragraaf 3.3.2 wordt de subjectieve maatstaf uiteengezet.

3.3.1 De bezwarende titel

Het begrip ‘prestatie onder bezwarende titel’ is een communautair begrip. In het arrest Tolsma heeft het Hof van Justitie zich uitgelaten over de vereisten is van de ‘bezwarende titel’. Volgens het Hof wordt een dienst onder bezwarende titel verricht:

‘14. (...) wanneer tussen de verrichter en de ontvanger van de dienst een rechtsbetrekking bestaat waarbij over en weer prestaties worden uitgewisseld, en de door de dienstverrichter ontvangen vergoeding de werkelijke tegenwaarde vormt voor de aan de ontvanger verleende dienst.’¹⁶¹

Volgens Merx en Verburg bevat de bezwarende titel twee belangrijke elementen:

1. Een rechtsbetrekking waarbij over en weer prestaties worden uitgewisseld, en;
2. Een rechtstreeks verband tussen de betaalde vergoeding en de verrichte prestatie.¹⁶²

Van Doesum wijst daarbij nog op een derde element, namelijk de aanwezigheid van een bedongen (subjectieve) vergoeding.¹⁶³ De aanwezigheid van een bedongen vergoeding is noodzakelijk bij de beoordeling van de andere twee elementen. Indien de vergoeding afwezig is of niet is bedongen, kunnen er immers geen prestaties worden uitgewisseld. Ook kan bij afwezigheid van een bedongen vergoeding geen verband bestaan tussen een vergoeding en een prestatie. Of er een rangorde bestaat tussen de twee bovengenoemde elementen, is niet geheel duidelijk. In dit kader zij gewezen op het arrest Sudaçor, waarin het Hof overweegt dat een bezwarende titel slechts een rechtstreeks verband tussen de prestatie en de ontvangen vergoeding vereist. Hiervan is sprake indien er een rechtsbetrekking bestaat, prestaties over en weer worden uitgewisseld en de vergoeding de daadwerkelijke tegenwaarde vormt voor een prestatie.¹⁶⁴ Oftewel, de nadruk lijkt te liggen op de aanwezigheid van het rechtstreekse verband. De rechtsbetrekking vormt in dit kader een onderdeel van het rechtstreekse verband. Men zou daarnaast ook kunnen stellen dat het rechtstreekse verband een onderdeel vormt van de rechtsbetrekking aangezien het rechtstreekse verband normaliter kan worden afgeleid uit de rechtsbetrekking. Dit blijkt bijvoorbeeld ook uit de bovenstaande geciteerde passage van het arrest Tolsma. Merx en Verburg stellen dat de twee elementen van de bezwarende titel cumulatieve voorwaarden vormen. Derhalve wordt er volgens hen

¹⁵⁹ Ik bespreek in dit onderdeel de intracommunautaire verwerving en invoer ex art. 2 lid 1 onderdeel b en d van de Btw-richtlijn als belastbare feiten niet.

¹⁶⁰ HvJ EG 3 maart 1994, nr. C-16/93 (Tolsma), *BNB* 1994/271, r.o. 14.

¹⁶¹ HvJ EG 3 maart 1994, nr. C-16/93 (Tolsma), *BNB* 1994/271, r.o. 14.

¹⁶² M.M.W.D. Merx en K. Verburg, 22 jaar na Tolsma: weer luisteren zonder btw, *MBB* 2017/02.

¹⁶³ A.J. van Doesum, Contractuele samenwerkingsverbanden in de btw, Deventer, Kluwer, 2009, blz. 194-195.

¹⁶⁴ HvJ EU 25 juni 2015, nr. C-174/14 (Sudaçor), *V-N* 2015/33.20.

vaak slechts aan één pijler getoetst, het rechtstreekse verband.¹⁶⁵ Desalniettemin worden de twee elementen van de bezwarende titel, de rechtsbetrekking en het rechtstreekse verband, in deze paragraaf afzonderlijk geanalyseerd.

3.3.1.1 Rechtsbetrekking waarbij over en weer prestaties worden uitgewisseld

De noodzaak van een rechtsbetrekking waarbij over en weer prestaties worden uitgewisseld, volgt onder meer uit het arrest Tolsma.¹⁶⁶ Van Doesum stelt dat het begrip ‘onder bezwarende titel’ een communautair begrip is. Hierom is de invulling van het begrip ‘rechtsbetrekking’ in beginsel niet afhankelijk van het nationale recht. Overigens stelt hij dat indien hetgeen naar het burgerlijk recht als overeenkomst wordt bestempeld, het in beginsel ook voor de btw als rechtsbetrekking heeft te gelden.¹⁶⁷ Uit het arrest Société thermale d’Eugenie-les-Bains blijkt dat een mondelinge overeenkomst al aangemerkt wordt als rechtsbetrekking.¹⁶⁸ Er moet onderscheid gemaakt worden tussen het finale verband en het voorwaardelijke verband tussen prestaties en de ontvangen tegenwaarde.¹⁶⁹ Het finale verband betekent dat de dienstverrichter presteert om, in het algemeen, opbrengsten te verkrijgen. Deze opbrengsten hoeven niet zozeer bedongen te zijn. Aan het finale verband wordt in het arrest Tolsma voldaan, aangezien aangenomen kan worden dat de orgeldraaier muziek ten gehore brengt met de verwachting dat sommige voorbijgangers betalen. De orgeldraaier streeft dus, naar men mag aannemen, duurzaam naar opbrengsten. Uit het arrest Tolsma blijkt echter dat het finale verband niet voldoende is voor een bezwarende titel.¹⁷⁰ Er moet ook sprake zijn van een voorwaardelijk verband tussen de prestatie en de vergoeding. De rechtsbetrekking belichaamt dit voorwaardelijke verband. Nieuwenhuizen verwoordt het voorwaardelijke verband als volgt: ‘ik geef opdat ik krijg en tegelijk omdat ik krijg. Ik krijg omdat ik geef’.¹⁷¹ Van Hilten en van Kesteren duiden het voorwaardelijke verband aan als het voor-wat-hoort-wat principe.¹⁷² Het voorwaardelijke verband vereist aldus dat een overeenkomst bestaat tussen de dienstverrichter en de afnemer waarin moet blijken dat de dienst slechts wordt verricht aan die afnemer indien daarvoor wordt betaald. In het arrest Tolsma bestaat er geen voorwaardelijk verband tussen de prestatie en de vergoeding: de muziek wordt immers ten gehore gebracht aan alle voorbijgangers, ongeacht of een specifieke voorbijganger betaalt voor de muziek. Het betalen alsmede de hoogte van de vergoeding voor de muziek zijn mede afhankelijk van persoonlijke motieven van de voorbijganger. Het voorwaardelijke verband is leidend bij de beoordeling of specifieke prestaties belast zijn (het objectniveau). Het opbrengststreven, dat vereist is voor een economische activiteit, belichaamt in feite het finale verband.¹⁷³ Het finale verband is dus een subjectief kenmerk van de prestatieverrichter. Uit het arrest Town & Country Factors volgt dat het voorwaardelijke verband niet is vereist dat de tegenprestatie rechtens afdwingbaar is. Het feit dat de tegenprestatie volgens belanghebbende slechts kwalificeert als ‘ereschuld’, is volgens het Hof niet zozeer relevant. Het Hof van Justitie bezigt ook een interessant argument om het ‘nuttig effect’ van het btw-stelsel te waarborgen.¹⁷⁴ Het Hof stelt terecht dat indien het opnemen van dergelijke clausules ressorteert in het niet aannemen van een rechtsbetrekking, men gemakkelijk prestaties aan de btw-heffing zou kunnen onttrekken. Ook zou de belastbaarheid van eenzelfde handelingen kunnen verschillen als gevolg van divergenties van nationale rechtsordes.¹⁷⁵ In tegenstelling tot het arrest Tolsma, is in het arrest Town & Country Factors wel

¹⁶⁵ M.M.W.D. Merckx en K. Verburg, 22 jaar na Tolsma: weer luisteren zonder btw, *MBB* 2017/02.

¹⁶⁶ HvJ EG 3 maart 1994, nr. C-16/93 (Tolsma), *BNB* 1994/271.

¹⁶⁷ A.J. van Doesum, Contractuele samenwerkingsverbanden in de btw, Deventer, Kluwer, 2009, blz. 194-195.

¹⁶⁸ HvJ EG 18 juli 2007, nr. C-277/05 (Société thermale d’Eugenie-les-Bains), *V-N* 2007/34.25, r.o. 22.

¹⁶⁹ F. Tromp, Een bezwarende titel maakt nog geen economische activiteit, *WFR* 2016/163.

¹⁷⁰ Aldus ook A.H.R.M. Denie, Minder muziek bij het jubileum van de btw?, *WFR* 1994/27.

¹⁷¹ W.A.P. Nieuwenhuizen, Tolsma en het gelijk van het Hof van Justitie, *WFR* 1995/252.

¹⁷² Aldus ook M.E. van Hilten & H.W.M. Van Kesteren, *Omzetbelasting*, Deventer, Kluwer, 2010, blz. 136.

¹⁷³ Aldus ook F. Tromp, Een bezwarende titel maakt nog geen economische activiteit, *WFR* 2016/163.

¹⁷⁴ Zie ook M.W.C. Soltysik en A.E. Spiessens, De bezwarende titel en onzekere betalingen in de btw, *WFR* 2017/44.

¹⁷⁵ HvJ EG 17 september 2002, nr. C-498/99 (Town & Country Factors), *FED* 2003/86, r.o. 18-24.

degelijk sprake van een overeenkomst. Dat de vergoeding niet rechtens afdwingbaar is, is niet van belang voor de kwalificatie van de rechtsbetrekking. Deze overeenkomst belichaamt het voorwaardelijke verband. Tussen de orgeldraaier en de voorbijgangers bestaat geen dergelijke overeenkomst.

3.3.1.2 *Rechtstreeks verband*

Een prestatie onder bezwarende titel veronderstelt ook dat een rechtstreeks verband bestaat tussen de prestatie en de tegenprestatie.¹⁷⁶ Het bestaan van een wederzijds voordeel is niet voldoende voor de gevolgstrekking dat sprake is van een bezwarende titel, aangezien daarnaast een rechtstreeks verband tussen de voordelen dient te bestaan.¹⁷⁷ In het arrest Coöperatieve Aardappelbewaarplaats heeft het Hof van Justitie verduidelijkt wat onder het rechtstreekse verband dient te worden verstaan. Het Hof overweegt dat geen rechtstreeks verband bestaat tussen het in bewaring nemen van aardappelen en de waardedaling van aandelen van de leden in de coöperatie. De coöperatie heeft voor enige jaren geen bewaarloon aan haar leden in rekening gebracht voor het in bewaring nemen van aardappelen. De inspecteur meende dat de waardedaling van de aandelen in de coöperatie als tegenprestatie moest worden beschouwd. Het Hof overweegt dat de waardedaling niet kan worden beschouwd als vergoeding die is *ontvangen* door de coöperatie. Het Hof benadrukt dat de tegenwaarde slechts bestaat uit het bedrag dat de prestatieverrichter daadwerkelijk ontvangt voor de verrichtte prestaties. De tegenwaarde is dus niet een volgens objectieve maatstaven geschatte waarde. De analyse van de subjectieve maatstaf komt in paragraaf 3.3.2 uitgebreid aan de orde.¹⁷⁸ Het rechtstreekse verband tussen de prestatie en tegenprestatie vereist een voorwaardelijk verband. Dit blijkt onder meer uit het arrest Julius Fillibeck. Belanghebbende verzorgt voor een aantal van zijn werknemers vervoer van hun woning naar de (wisselende) werkplaatsen, zonder daarvoor kosten in rekening te brengen of loon in te houden ten behoeve van dit vervoer. De vraag staat centraal of een gedeelte van de verrichtte arbeid als tegenprestatie kan worden beschouwd voor de vervoersdienst. Het Hof overweegt dat het salaris niet als tegenprestatie kan gelden voor het vervoer aangezien de hoogte van het salaris onafhankelijk is van het al dan niet gebruik maken van het vervoer. De werknemers verrichten aldus geen arbeid om gebruik te maken van de aangeboden vervoersdienst aangezien zij hetzelfde salaris krijgen als werknemers die geen gebruik maken van deze vervoersdiensten.¹⁷⁹ De arbeid wordt immers ook verricht indien de werkgever geen vervoer regelt voor zijn werknemers.¹⁸⁰

In het arrest Apple and Pear Development Council (hierna: Apple and Pear) ontbreekt ook het rechtstreekse verband tussen de ontvangen tegenwaarde en de verrichtte prestatie. Het Hof oordeelt dat geen rechtstreeks verband bestaat tussen het voeren van reclame en promotieacties ten behoeve van de gehele appel- en perenmarkt en de wettelijk verplichte vergoeding die alle appel- en perenboomtelers in die regio dienen te voldoen. De voordelen van dergelijke promotie- en reclameacties komen ten goede aan de gehele sector. Het zou dus kunnen zijn dat sommige betalende fruittelers geen individueel voordeel hebben bij de promotie- en reclameacties. Sommige prestaties zien bijvoorbeeld alleen op het promotieacties van appels, waarbij slechts appeltelers een voordeel hebben. Het feit dat de bijdrage wettelijk verplicht is en niet gebaseerd is op contractuele verhoudingen, duidt volgens het Hof op het ontbreken van het rechtstreekse verband tussen de vergoeding en de prestaties.¹⁸¹ Uit het arrest valt op te maken dat het Hof een soort baatcriterium introduceert: een dienst is slechts belast indien de tegenpartij direct gebaat is bij een prestatie.¹⁸² Dit baatcriterium ligt tevens besloten in het

¹⁷⁶ HvJ EG 3 maart 1994, nr. C-16/93 (Tolsma), *BNB* 1994/271, r.o. 14.

¹⁷⁷ Anders: A-G Wahl, conclusie bij HvJ EU 10 november 2016, nr. C-432/15 (Baštová), *V-N* 2016/67.17.

¹⁷⁸ HvJ EG 5 februari 1981, nr. 154/80 (Coöperatieve Aardappelenbewaarplaats), *BNB* 1981/232, r.o. 13.

¹⁷⁹ HvJ EG 16 oktober 1997, nr. C-258/95 (Julius Filibeck Söhne), *V-N* 1998/2.35.

¹⁸⁰ Aldus ook A.J. van Doesum, *Contractuele samenwerkingsverbanden in de btw*, Deventer, Kluwer, 2009, blz. 207.

¹⁸¹ HvJ EG 8 maart 1988, nr. 102/86 (Apple and Pear Development Council), *Jur.* 1988, blz. I-1443.

¹⁸² Zie ook O.L. Mobach, *Subsidies in het algemeen belang en de heffing van omzetbelasting*, *WFR* 1992/592.

voorwaardelijke verband. Indien een van de contractspartijen niet gebaat is bij een prestatie, zal deze niet bereid zijn te betalen voor de prestatie. De afnemer moet dus een identificeerbaar voordeel verkrijgen door de prestatie. In dit kader zij gewezen op het arrest Mohr. Het Hof overweegt dat het beëindigen van melkproductie waarvoor een subsidie wordt verstrekt door de overheid, niet kwalificeert als prestatie onder bezwarende titel. In dit kader dient te worden opgemerkt dat het nalaten of dulden van een daad onder omstandigheden kan worden aangemerkt als dienst onder bezwarende titel. Het Hof van Justitie oordeelt echter dat geen sprake is van verbruik door de Gemeenschap of de nationale autoriteiten die de subsidie verlenen.¹⁸³ De maatschappij heeft niet zozeer een voordeel bij het beëindigen van de melkproductie van een individuele landbouwer. Zelfs als een voordeel zou bestaan, komt dit voordeel ten goede aan het algemene belang.¹⁸⁴ Overigens wijkt het beoordelingskader in dit arrest af van de beslisboom van het arrest Apple and Pear; aan de beoordeling van het rechtstreekse verband komt het Hof niet toe want er is geen sprake van verbruik.¹⁸⁵

Uit het arrest Kennemer Golf & Country Club (hierna: Kennemer) volgt dat een rechtstreeks verband bestaat tussen het betalen van forfaitair vastgestelde contributies en de permanente terbeschikkingstelling van een sportcomplex. Volgens het Hof is het niet relevant in hoeverre de leden die de contributie betalen, daadwerkelijk gebruik maken van de sportfaciliteiten. Hoewel er wellicht geen rechtstreeks verband bestaat tussen het daadwerkelijke identificeerbare verbruik of voordeel van het betalende lid en (de hoogte van) de vergoeding, bestaat er wel een rechtstreeks verband tussen de forfaitaire vergoeding en de *gelegenheid geven tot* het gebruik van de sportfaciliteiten. Het Hof bezigt daarnaast in het arrest een argument om het nuttig effect van de btw te waarborgen.¹⁸⁶ Het Hof stelt dat indien het hanteren van forfaitaire prijzen leidt tot de afwezigheid van een rechtstreeks verband, dienstverrichter zich gemakkelijk kunnen onttrekken van de btw-heffing.¹⁸⁷ Niettemin bestaat er enige spanning tussen het arrest Kennemer en het arrest Apple and Pear. In beide situaties worden forfaitaire prijzen berekend die niet zozeer gerelateerd zijn aan het individuele voordeel van de afnemer. Het wezenlijke verschil tussen de twee situaties is dat in de situatie van Apple and Pear de vergoeding en de betalingsverplichting wettelijk zijn opgelegd. Een dergelijke verplichting tot het betalen van deze bijdragen heeft meer overeenkomsten met een (lokale) belastingheffing. De contributie die de leden van de golfvereniging betalen, is daarentegen gebaseerd op een vrijwillige en contractuele verhouding. Bij contractuele verhoudingen die vrijwillig worden aangegaan, doet het hanteren van forfaitaire prijzen niet af aan het rechtstreeks verband

Uit het arrest Baštová blijkt dat geen rechtstreeks verband bestaat tussen de terbeschikkingstelling van een paard voor een wedstrijd en de eventuele kans op het winnen van prijzengeld. Het Hof van Justitie stelt dat de onzekerheid omtrent het bestaan van een vergoeding het rechtstreekse verband kan verbreken. Daarbij overweegt het Hof dat de deelname aan de wedstrijd niet leidt tot het ontvangen van een vergoeding. De tegenprestatie, het prijzengeld, hangt namelijk niet af van de deelname maar van het resultaat van de deelname aan de wedstrijd. Het prijzengeld vertoont een rechtstreeks verband met een bijzondere prestatie, en niet zozeer met de deelname aan de wedstrijd. Deze deelname kan volgens het Hof dus niet worden beschouwd als dienst onder bezwarende titel. Dit zou anders zijn indien aan alle eigenaren van de deelnemende paarden een vergoeding wordt uitgekeerd, ongeacht het resultaat dat zij behalen.¹⁸⁸ In de literatuur is kritisch gereageerd op het arrest Baštová. Het Hof van Justitie

¹⁸³ HvJ EG 29 februari 1996, nr. C-215/94 (Mohr), *BNB* 1997/32.

¹⁸⁴ Dit is vergelijkbaar met het overwogene uit HvJ EG 8 maart 1988, nr. 102/86 (Apple and Pear Development Council), *Jur.* 1988, blz. I-1443, omdat de (mogelijke) voordelen ten goede komen aan de gehele sector.

¹⁸⁵ Vgl. M.E. van Hilten, conclusie bij: HvJ EG 29 februari 1996, nr. C-215/94 (Mohr), *BNB* 1997/32.

¹⁸⁶ Zie in dit kader de bespreking in paragraaf 3.3.1.1 van het arrest HvJ EG 17 september 2002, nr. C-498/99 (Town & Country Factors), *FED* 2003/86,

¹⁸⁷ HvJ EG 21 maart 2002, nr. C-174/00 (Kennemer Golf & Country Club), *BNB* 2003/30.

¹⁸⁸ HvJ EU 10 november 2016, nr. C-432/15 (Baštová), *V-N* 2016/67.17.

beargumenteert immers dat de toevalligheid die bestaat voor de eigenaar van een deelnemend paard omtrent het ontvangen van een vergoeding ene rechtstreeks verband tussen de terbeschikkingstelling van een paard en het prijzengeld uitsluit. In dit kader menen Soltysik en Spiessens dat het arrest Baštová van invloed kan zijn op de btw-behandeling van no-cure-no-pay-prestaties en succesfees. Bij dergelijke contractuele overeenkomsten hangt de vergoeding immers niet rechtstreeks samen met het verrichten van de prestatie maar met het resultaat van de prestaties. Overigens geven zij in hun artikel aan dat deze zienswijze op gespannen voet staat met het rechtskarakter van de btw, in het bijzonder met het neutraliteitsbeginsel.¹⁸⁹ Bijl en Zeegers menen daarentegen dat het niet onzeker is of er prijzengeld wordt uitgekeerd in verband met de loutere deelname van de paarden aangezien het prijzengeld alleen wordt uitgekeerd indien het paard wint. De toevalligheid waar het Hof van Justitie in zijn argumentatie aan refereert, ziet volgens de auteurs op het bestaan van een kansspel.¹⁹⁰ In tegenstelling tot bij kansspelen en wedstrijden, hangt in beginsel de waarschijnlijkheid van het resultaat van de zakelijke dienstverlening niet af van toevalligheid, maar temeer van de kwalificaties en kwaliteiten van de dienstverrichter. De resultaatafhankelijke vergoeding is in dit verband slechts een middel om de belangen tussen de dienstverrichter en zijn afnemer zoveel mogelijk af te stemmen. Daarom lijkt zakelijke dienstverlening tegen een resultaatafhankelijke vergoeding te kwalificeren als een prestatie onder bezwarende titel. Dit is ook in overeenstemming met het neutraliteitsbeginsel. Anders zou immers de mogelijkheid worden geboden aan dienstverleners de belastbaarheid van prestaties af te laten hangen van de methode waarop de vergoeding wordt bepaald.

3.3.2 Subjectieve maatstaf van heffing

In een algemene verbruiksbelasting waarbij als maatstaf voor het verbruik de besteding wordt gebruikt, is het logisch om voor de maatstaf van heffing bij de bedongen en betaalde vergoeding aan te sluiten.¹⁹¹ De btw kent dus een subjectieve maatstafbepaling. De bedongen vergoeding vormt in beginsel de tegenwaarde van de verrichte prestatie.¹⁹² De vergoeding hoeft daarentegen niet rechtens afdwingbaar te zijn.¹⁹³ In hoofdstuk 2 is aangetoond dat het hanteren van de subjectieve maatstaf noodzakelijk is vanuit het neutraliteitsbeginsel. Indien men zou aansluiten bij een andere maatstaf dan de bedongen vergoeding, bijvoorbeeld bij een hogere waarde, komt een deel van de btw voor rekening van de belastingplichtige. Er ontstaat zo cumulatie in de bedrijfskolom, aangezien de btw druk niet geheel wordt afgewenteld op de afnemer van de prestatie. Voor de btw-heffing sluiten we dus niet aan bij prijzen die at arm's length zijn bepaald, zoals gebruikelijker is in de Wet Inkomstenbelasting 2001 en de Wet op vennootschapsbelasting 1969. Hoofdstuk 5 analyseert de samenhang tussen transfer pricing en de subjectieve maatstafbepaling van de btw. In sommige situaties kunnen echter moeilijkheden ontstaan bij het bepalen van de btw-maatstaf. Zo zijn er situaties denkbaar waarbij geen vergoeding is bedongen. Ook kan de vergoeding dusdanig laag zijn dat de vergoeding niet de tegenwaarde vormt van een prestatie. Daarnaast kan voor een prestatie een vergoeding in natura zijn bedongen. En in sommige situaties kan de vergoeding op het moment van prestatie nog onzeker zijn. In deze sub-paragraaf staat de bespreking van de deze problemen centraal.

In het arrest *Hotel Scandic Gåsabäck AB* (hierna: *Scandic*) overweegt het Hof van Justitie dat bij de beoordeling van de bezwarende titel het niet relevant is of een handeling wordt uitgevoerd tegen een

¹⁸⁹ M.W.C. Soltysik en A.E. Spiessens, De bezwarende titel en onzekere betalingen in de btw, *WFR* 2017/44.

¹⁹⁰ J.B.O. Bijl en M. Zeegers, No-cure-no-pay-diensten zijn onderworpen aan btw, *WFR* 2017/97.

¹⁹¹ Aldus ook M.E. van Hilten, De maatstaf van BTW-heffing: hoe subjectief is subjectief?, *WFR* 1995/76.

¹⁹² Zie ook O.L. Mobach, *Cursus Belastingrecht (Omzetbelasting)*, Deventer, Kluwer (losbl.), 2017, onderdeel 2.2.1.A.a

¹⁹³ HvJ EG 17 september 2002, nr. C-498/99 (*Town & Country Factors*), *FED* 2003/86.

lagere prijs dan de kostprijs.¹⁹⁴ Het Hof heeft dit onlangs nog in een aantal recente arresten bevestigd.¹⁹⁵ In het arrest Gemeente Woerden geeft het Hof aan dat de hoogte van de vergoeding niet relevant is bij het bepalen van de mate van het recht van aftrek zolang de vergoeding niet symbolisch is.¹⁹⁶ Desalniettemin leidt de aanwezigheid van een vergoeding niet per definitie tot de conclusie dat een prestatie onder bezwarende titel wordt verricht. Het Hof van Justitie overweegt in het arrest Commissie/Frankrijk dat dusdanig lage vergoedingen wijzen op vrijgevigheid, waardoor geen sprake is van een economische activiteit.¹⁹⁷ Overigens is het verwarrend dat het Hof in de onderhavige casus spreekt over een economische activiteit en niet over een prestatie onder bezwarende titel.¹⁹⁸ In *BNB* 1994/307 heeft de Hoge Raad invulling gegeven aan het door het Hof van Justitie geformuleerde begrip ‘symbolische vergoeding’. Het relevante criterium is of aan de feitelijk ontvangen vergoeding maatschappelijke betekenis toekomt. Het is volgens de Hoge Raad niet relevant of een activiteit al dan niet kostendekkend is. Evenmin is relevant dat een relatie bestaat tussen de belastingplichtige en de afnemer.¹⁹⁹ In *BNB* 2005/223 herhaalt de Hoge Raad deze overwegingen en stelt dat het van ‘belang (kan) zijn welke vergoeding voor soortgelijke in het maatschappelijke verkeer verrichte prestaties wordt bedongen’.²⁰⁰ De Hoge Raad stelt in *BNB* 2008/254 een prestatie tegen een symbolische vergoeding gelijk aan een prestatie om niet.²⁰¹ In de literatuur wordt geopperd dat door het leerstuk van de symbolische vergoeding een beperkte zakelijkheidstoets is geïntroduceerd waarbij de ondergrens van de hoogte van de vergoeding is aangegeven.²⁰² Hierbij zij opgemerkt dat een dubbele toets moet worden aangelegd om te bepalen of er sprake is van een symbolische vergoeding. Er moet immers sprake zijn van een dusdanig lage vergoeding en de hoogte van de vergoeding moet worden beschouwd als vrijgevigheid. Van Hilten definieert vrijgevigheid dat iets belangeloos (ontbloomt van zakelijke belangen) wordt gedaan.²⁰³ Lage vergoedingen zijn dus niet per definitie aan te merken als een symbolische vergoeding. Indien men vanuit zakelijke overwegingen een lage vergoeding bedingt, is er immers niet per definitie sprake van vrijgevigheid. Een prestatie tegen een symbolische vergoeding is niet te beschouwen als prestatie onder bezwarende titel aangezien de vergoeding niet de werkelijke tegenwaarde vormt waarop het vereiste rechtstreekse verband ontbreekt.²⁰⁴ Overigens is de reikwijdte van de symbolische vergoeding smal, temeer omdat de niet-kostendekkendheid van een vergoeding niet relevant is bij de beoordeling van een prestatie onder bezwarende titel.²⁰⁵ Van Kesteren meent bij zijn annotatie van *BNB* 2005/223 dat bij een zeer lage vergoeding wel degelijk sprake kan zijn van een bezwarende titel. Hij meent dat het belang van het arrest Commissie/Frankrijk niet heeft ingeboet door het arrest Hotel Scandic. In het arrest Commissie/Frankrijk gaat het om de beoordeling of sprake is van een economische activiteit terwijl in het arrest Hotel Scandic de economische activiteit reeds een gegeven is. In het arrest Hotel Scandic heeft het Hof slechts beslist dat de prestaties van belanghebbende jegens zijn personeel te beschouwen zijn als prestaties onder bezwarende titel. Er is immers sprake van een rechtsbetrekking een rechtstreeks verband tussen de prestatie en de ontvangen tegenwaarde. Van Kesteren meent daarentegen dat het criterium van het duurzaam streven naar opbrengsten gekoppeld is

¹⁹⁴ HvJ EG 20 januari 2005, nr. C-412/03 (Hotel Scandic Gåsabäck AB), *V-N* 2005/8.22.

¹⁹⁵ HvJ EU 9 juni 2011, nr. C-285/10 (Campsa Estaciones de Servicio), *V-N* 2011/37.20, r.o. 27 & HvJ EU 2 juni 2016, nr. C-263/15 (Lajvér), *V-N* 2016/31.18, r.o. 47.

¹⁹⁶ HvJ EU 22 juni 2016, nr. C-267/15 (Gemeente Woerden), *BNB* 2016/201, r.o. 41.

¹⁹⁷ HvJ EG 21 september 1988, nr. 50/87 (Commissie/Frankrijk), *BNB* 1994/306.

¹⁹⁸ Zie paragraaf 3.4.2 voor een verdere behandeling van dit onderwerp.

¹⁹⁹ HR 22 juni 1994, nr. 29 870, *BNB* 1994/307.

²⁰⁰ HR 11 februari 2005, nr. 38 022, *BNB* 2005/223.

²⁰¹ HR 11 juli 2008, nr. 43 927, *BNB* 2008/254.

²⁰² G.J. van Norden, Het concern in de BTW, Deventer, Kluwer, 2007, blz. 107-108 en J.J.P. Swinkels, De belastingplichtige en de Europese BTW, Den Haag, Koninklijke Vermande, 2001, blz. 166-167.

²⁰³ M.E. van Hilten, De maatstaf van BTW-heffing: hoe subjectief is subjectief?, *WFR* 1995/76.

²⁰⁴ HvJ EG 3 maart 1994, nr. C-16/93 (Tolsma), *BNB* 1994/271, r.o. 14.

²⁰⁵ Zie ook T.K.M. Roosmaker-Penning, *Cursus Belastingrecht (Omzetbelasting)*, Deventer, Kluwer (losbl.), 2017, onderdeel 2.1.6.D.d4.

aan de gehele economische activiteit. Iemand die alleen tegen dusdanig lage vergoedingen presteert, en dit daarenboven doet uit generositeit, streeft volgens hem niet duurzaam naar opbrengsten en verricht zo geen economische activiteit.²⁰⁶

In het arrest Coöperatieve Aardappelbewaarplaats geeft het Hof van Justitie aan dat de tegenwaarde moet kunnen worden uitgedrukt in een geldbedrag en dat de tegenwaarde een subjectieve waarde is. Het Hof verwierp de poging van de inspecteur om bij een gebrek aan het in rekening brengen van bewaarloon door de coöperatie de waardedaling van de aandelen in de coöperatie in aanmerking te nemen als btw-maatstaf. Slechts een werkelijk ontvangen tegenwaarde is de subjectieve maatstaf, en niet een volgens objectieve maatstaven geschatte waarde.²⁰⁷ Deze overweging volgt ook nadrukkelijk uit het neutraliteitsbeginsel van de btw. Indien de waardedaling van de aandelen als tegenprestatie zou worden aangemerkt, en er aldus btw is verschuldigd door de coöperatie, wordt deze btw niet direct afgewenteld op haar afnemers. Uit latere arresten blijkt daarentegen dat de toepassing van een volgens objectieve maatstaven geschatte waarde niet altijd wordt verworpen. In het arrest Glawe staat het Hof bijvoorbeeld toe dat een exploitant van een speelautomaat bij het bepalen van de maatstaf voor de btw-heffing rekening houdt met de wettelijke verplichting tot uitkering van prijzengeld.²⁰⁸ Een verdere nuancering wordt aangebracht in het arrest First National Bank of Chicago, waarin een duidelijke maatstaf van heffing ontbreekt voor de dienstverlening van een financiële instellingen, die bestaat uit het omwisselen van vreemde valuta's. Een financiële instelling is in staat te streven naar opbrengsten omdat een spread bestaat tussen bepaalde aan- en verkoopkoersen van bepaalde valuta's. Het Hof overweegt in dit kader dat de omstandigheid dat geen kosten of provisie in rekening wordt gebracht niet betekent dat de tegenprestatie voor de dienstverlening ontbreekt. Ook de technische moeilijkheid met betrekking tot het bepalen van de hoogte van de tegenwaarde heeft niet als consequentie dat geen tegenprestatie wordt bepaald. Voorts stelt het Hof dat de tegenprestatie gelijk dient te zijn aan de bruto-opbrengsten die de financiële instelling in een bepaalde periode realiseert met zijn dienstverlening.²⁰⁹ Naast dat het Hof de toepassing van een naar objectieve maatstaven geschatte tegenwaarde toestaat, valt op dat niet in alle situaties vereist is dat een vergoeding ook daadwerkelijk is bedongen. Ten slotte heeft het Hof in situaties waarin de tegenprestatie bestond uit een vergoeding in natura bepaalde methode geformuleerd om de hoogte van de tegenwaarde te bepalen.²¹⁰

3.4 Belastbaarheid op twee niveaus

Deze paragraaf analyseert de interactie tussen het begrip 'prestatie onder bezwarende titel' en het begrip 'economische activiteit'. De economische activiteit vormt enerzijds een noodzakelijke voorwaarde de belastingplicht. De economische activiteit omvat anderzijds ook alle ingaande handelingen, doorgaande handelingen en uitgaande handelingen, waaronder de belastbare handelingen, van de belastingplichtige.²¹¹ Cornielje stelt dat de jurisprudentie van het Hof van Justitie over het begrip 'economische activiteit' niet zorgt voor een betere definitie en afbakening van het begrip. De toets van de economische activiteit wordt namelijk zowel op objectniveau (afzonderlijke prestatie) als subjectniveau (de gehele bedrijvigheid) aangelegd.²¹² In de komende paragraaf wordt een onderscheid gemaakt tussen de beoordeling van de belastbaarheid op het objectniveau en de beoordeling van de

²⁰⁶ H.W.M. van Kesteren, annotatie bij: HR 11 februari 2005, nr. 38 022, *BNB* 2005/223.

²⁰⁷ HvJ EG 5 februari 1981, nr. 154/80 (Coöperatieve aardappelenbewaarplaats), *BNB* 1981/232, r.o. 13.

²⁰⁸ HvJ EG 5 mei 1994, nr. C-38/93 (Glawe), *V-N* 1994, blz. 1877.

²⁰⁹ HvJ EG 14 juli 1998, nr. C-172/96 (First National Bank of Chicago), *V-N* 1998/57.18.

²¹⁰ Zie bijv. HvJ EG 23 november 1988, nr. 230/87 (Naturally Yours Cosmetics), *Jur.* 1988, blz. I-6365, HvJ EG 23 november 1988, nr. 230/87 (Naturally Yours Cosmetics), *Jur.* 1988, blz. I-6365 en HvJ EG 3 juli 1997, nr. C-330/94 (Goldsmiths), *V-N* 1997, blz. 2988.

²¹¹ A.J. van Doesum, *Contractuele samenwerkingsverbanden in de btw*, Deventer, Kluwer, 2009, blz. 153.

²¹² S.B. Cornielje, *Fusies en overnames in de Europese BTW*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, 77.

belastbaarheid op het subjectniveau. Op het objectniveau wordt de belastbaarheid beoordeeld aan de hand van het criterium ‘prestatie onder bezwarende titel’. De analyse op het niveau van de afzonderlijke activiteit is een zuiver objectieve analyse. In dit verband spelen subjectieve omstandigheden, zoals kenmerken van de prestatieverrichter geen rol. Daarom is het begrip ‘prestatie onder bezwarende titel’ niet synoniem aan een ‘belastbaar feit’. Een belastbaar feit vereist immers dat een prestatie onder bezwarende titel is verricht *door een belastingplichtige*. Zoals Wolf terecht aangeeft, kan een belastbaar feit niet bestaan indien de belastingplichtig ontbreekt.²¹³ Vervolgens wordt het begrip ‘economische activiteit’ slechts in verband met de gehele bedrijvigheid van de belastingplichtige gebezigd. Het staat dus niet synoniem voor slechts belastbare handelingen. Op subjectniveau is het begrip economische activiteit als (enig) criterium bij de beoordeling van de belastingplicht.²¹⁴

In het navolgende wordt onderzocht of situaties mogelijk zijn waarin sprake is van een economische activiteit terwijl een prestatie onder bezwarende titel ontbreekt. Ook wordt mogelijkheid op de tegenovergestelde figuur onderzocht: een situatie waarin sprake is van een prestatie onder bezwarende titel terwijl de economische activiteit ontbreekt. In dit kader dient benadrukt te worden dat de btw een objectief karakter heeft. Dit objectieve karakter heeft als consequentie dat niet veel betekenis toe dient te komen aan subjectieve kenmerken en omstandigheden. Hoe meer betekenis wordt toegekend aan subjectieve kenmerken en omstandigheden, hoe groter de discrepantie wordt tussen het beoogde object van de btw, de particuliere besteding of consumptie, en het daadwerkelijke object, de prestaties onder bezwarende titel.

3.4.1 Een economische activiteit terwijl een prestatie onder bezwarende titel ontbreekt

Art. 9 tweede volzin bepaalt dat als economische activiteit wordt beschouwd:

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

In onderdeel 3.2.3 is reeds aangetoond dat een (rechts)persoon die uitsluitend om niet presteert, geen economische activiteit verricht. Een economische activiteit vereist immers een duurzaam streven naar opbrengsten door duurzame deelname aan het economische verkeer. In paragraaf 3.3 is aangetoond dat het duurzaam streven naar opbrengsten geschiedt door prestaties onder bezwarende titel te verrichten. Men zou kunnen redeneren dat slechts een economische activiteit kan bestaan indien prestaties onder bezwarende titel worden verricht. Er zijn echter situaties denkbaar waarbij sprake is van een economische activiteit terwijl een prestatie onder bezwarende titel ontbreekt.

Uit het arrest Rompelman²¹⁵, het arrest INZO²¹⁶ en het arrest Ghent Coal²¹⁷ blijkt dat de eerste investeringsuitgaven reeds als economische activiteit worden beschouwd. Omdat de eerste investeringsuitgaven reeds als economische activiteit worden beschouwd, ontstaat er direct en onmiddellijk recht op aftrek van voorbelasting.²¹⁸ Als voorwaarde geldt evenwel dat er een voornemen bestaat aanvang te maken met een economische activiteit, die zou moeten leiden tot prestaties onder bezwarende titel. Desalniettemin kan de situatie ontstaan dat het voornemen geen werkelijkheid wordt. In dergelijke situaties is er nochtans sprake van een economische activiteit terwijl een prestatie onder bezwarende titel ontbreekt. In dit verband is het interessant om te wijzen op de definitie van de

²¹³ R.A. Wolf, Economische activiteit en btw, *NFR-B* 2016/34

²¹⁴ Ik ga dus ook niet verder in op de criteria ‘eenieder’ (par. 3.2.1) en ‘zelfstandigheid’ (par. 3.2.2).

²¹⁵ HvJ EG 14 februari 1985, nr. C-268/83 (Rompelman), *Jur.* 1985, blz. I-655.

²¹⁶ HvJ EG 29 februari 1996, nr. C-110/94 (INZO), *Jur.* 1996, blz. I-857.

²¹⁷ HvJ EG 15 januari 1998, nr. C-37/95 (Ghent Coal), *V-N* 1998/29.14.

²¹⁸ Aldus ook HvJ EG 21 maart 2000, nr. C-110/98 (Gabalfrisa e.a.), *V-N* 2000/22.12.

economische activiteit. De economische activiteit omvat zowel de ingaande, doorgaande als uitgaande handelingen betreft (gehele bedrijfsactiviteit). Deze handelingen kunnen plaatsvinden in de voorbereidende fase, operationele fase en liquidatiefase van de onderneming.²¹⁹ Het doen van de eerste investeringsuitgaven in de voorbereidende fase is reeds te beschouwen als economische activiteit. Ook in de situatie van het arrest Faxworld²²⁰ staat het ontbreken van een prestatie onder bezwarende titel niet in de weg om een economische activiteit op het individuele subjectniveau vast te stellen.

Ook zij gewezen op het arrest Fini H. In dit arrest beslist het Hof van Justitie dat de economische activiteit strekt tot en met de liquidatiefase van de belastingplichtige. Een belastingplichtige heeft nog steeds recht op aftrek van voorbelasting in de liquidatiefase, ook indien geen prestaties onder bezwarende titel (meer) worden verricht.²²¹ In de liquidatiefase van een onderneming is immers geen sprake meer is van prestaties onder bezwarende titel.

Art. 9 tweede volzin van de Btw-richtlijn merkt ook de winning van delfstoffen en landbouw aan als economische activiteit. Dergelijke activiteiten worden beschouwd als economische activiteit, ongeacht of een prestatie onder bezwarende titel wordt verricht. Daarnaast bepaalt art. 2 lid 1 onderdeel d van de Btw-richtlijn dat handeling van invoer onderworpen zijn aan btw. Iemand die louter goederen invoert, verricht niet als zodanig een prestatie onder bezwarende titel, terwijl hij kwalificeert als belastingplichtige. De winning van delfstoffen, landbouw en handelingen van invoer zijn dus slechts aan te merken als ingaande en doorgaande handelingen. Er is dus niet noodzakelijk sprake van (belastbare) uitgaande handelingen. Voor de overige gevallen geldt de volgende stelling: *er is slechts sprake van een economische activiteit indien prestaties onder bezwarende titel of daarmee gelijkgestelde handelingen worden verricht.*

Dit is te verklaren vanuit het rechtskarakter van de btw: indien geen prestaties onder bezwarende titel worden verricht, is het niet mogelijk om de particuliere consumptie uiteindelijk te belasten. Het verrichten van prestaties onder bezwarende titel is dus noodzakelijk om de btw te kunnen afwentelen op afnemers.

3.4.2 Een prestatie onder bezwarende titel maar geen economische activiteit

Een voorbeeld van een situatie waarin sprake kan zijn van een prestatie onder bezwarende titel die niet leidt tot een economische activiteit is een incidentele prestatie. Een incidentele prestatie onder bezwarende titel leidt niet tot een economische activiteit aangezien dit enige regelmaat veronderstelt. De uitsluiting van incidentele prestaties lijkt een inbreuk op het objectieve karakter van de btw. Subjectieve omstandigheden zijn immers van invloed bij de beoordeling of een handeling al dan niet belast is. In paragraaf 3.2 is reeds betoogd dat het regelmaatsvereiste, in het kader van de belastingneutraliteit, een minder goed instrument is om de praktische uitvoerbaarheid van de btw te bewerkstelligen. Dat een incidentele prestatie kwalificeert als prestatie onder bezwarende titel, maar niet als belastbare handeling, onderschrijft deze stelling.

Bij de toepassing van het door het Hof van Justitie ontwikkelde criterium ‘deelname aan een markt’ blijkt ook een discrepantie te bestaan tussen prestaties onder bezwarende titel en de economische activiteit ook naar voren. In de arresten Hutchison 3G UK²²² en T-Mobile Austria²²³ lijkt wel degelijk sprake te zijn van een prestatie onder bezwarende titel. De overheidslichamen kennen in beide arresten immers vergunningen toe tegen aanzienlijke vergoedingen voor het gebruik van bepaalde GMS- en UMTS-frequenties. Aangenomen kan worden dat een rechtsbetrekking tussen het overheidslichaam en

²¹⁹ Aldus ook A.J. van Doesum, *Contractuele samenwerkingsverbanden in de btw*, Deventer, Kluwer, 2009, blz. 153.

²²⁰ HvJ EG 29 april 2004, nr. C-137/02 (Faxworld), *BNB* 2004/286.

²²¹ HvJ EG 3 maart 2005, nr. C-32/03 (Fini H), *FED* 2005/72.

²²² HvJ EG 26 juni 2007, nr. C-369/04 (Hutchison 3G UK), *V-N* 2007/32.22.

²²³ HvJ EG 26 juni 2007, nr. C-284/04 (T-Mobile Austria), *V-N* 2007/32.21.

de telecommatachappijen bestaat als dat zich een rechtstreeks verband voordoet tussen de vergoeding en de geveilde frequentie. Overigens is in de arresten ruimte voor de discussie of door het houden van een éénmalige veiling aan het regelmaatsvereiste wordt voldaan.²²⁴ Volgens A-G Kokott is er geen sprake van een incidentele prestatie omdat de vergunningen voor een lange periode (20 jaar) worden toegewezen. Volgens A-G Kokott wordt er zo duurzaam naar opbrengsten gestreefd.²²⁵ Het Hof van Justitie oordeelt daarentegen dat de nationale instanties, die de vergunningen voor de frequenties verlenen, niet deelnemen aan een markt. De veiling is namelijk een noodzakelijke randvoorwaarde om de markt te bewerkstelligen. Deze instanties oefenen slechts de aan hen opgelegde toezichthoudende en regelgevende activiteit uit. Daarom streven deze nationale instanties niet duurzaam naar opbrengsten terwijl deze niettemin worden gerealiseerd.²²⁶

Zoals A-G Kokott in zijn conclusie bij het arrest Gemeente Borsele treffend aangeeft, kan geen economische activiteit worden verricht indien prestaties onder bezwarende titel ontbreken. Er worden zo namelijk geen opbrengsten verkregen als bedoeld is in art. 9 lid 1 van de Btw-richtlijn.²²⁷ Omgekeerd betekent de kwalificatie van een prestatie als verricht onder bezwarende titel volgens A-G Kokott niet per definitie dat een prestatieverrichter deze prestatie verricht om er duurzaam opbrengsten uit te verkrijgen.²²⁸ Om een economische activiteit vast te stellen, moeten de omstandigheden worden onderzocht en vergeleken met de omstandigheden waarin een dergelijke activiteit gewoonlijk wordt verricht.²²⁹ De omstandigheden in de arresten Hutchison 3G UK en T-Mobile Austria leiden tot de overweging dat de nationale instanties geen economische activiteit verrichten. Ook de omstandigheden die spelen in het arrest SPÖ Kärinthië leiden tot het oordeel dat belanghebbende, een politieke partij, geen economische activiteit verricht. De activiteiten van de politieke partij, in het arrest 'externe propaganda activiteiten' genoemd, bestaan onder andere uit het tegen vergoeding verstrekken van marketingmateriaal aan regionale partijafdelingen.²³⁰ Dergelijke prestaties kwalificeren als prestaties onder bezwarende titel.²³¹ De politieke partij streeft daarentegen niet duurzaam naar opbrengsten en is niet actief op een markt. Belanghebbende streeft immers naar de beïnvloeding van de politieke wilsvorming.

Uit het arrest Commissie/Finland blijkt dat prestaties onder bezwarende titel kunnen worden verricht maar geen sprake is van een economische activiteit.²³² De Finse overheid verleent rechtsbijstandsdiensten aan onderdanen met juridische problemen. De vergoeding voor de rechtsbijstandsdienst is onder andere afhankelijk van de hoogte van het inkomen van de afnemer. Het Hof van Justitie lijkt te oordelen dat er sprake is van een dienst onder bezwarende titel omdat de afnemers wel degelijk een vergoeding moeten betalen voor het verkrijgen van de rechtsbijstand. Er is immers sprake van een voorwaardelijk verband tussen de vergoeding en de prestatie voldaan. Het openbare bureau verricht naar men mag aannemen alleen de rechtsbijstand indien de afnemer betaalt voor die rechtsbijstand. Ook is de situatie niet vergelijkbaar met de situatie uit het arrest Tolsma²³³: de afnemer bepaalt immers niet zelf de vergoeding voor de rechtsbijstandsdienst. Het openbaar bureau

²²⁴ Zie voor een verdere discussie over de verhouding tussen het regelmaatsvereiste en het verlenen van een gebruiksrecht sub-paragraaf 3.2.3.4.

²²⁵ A-G Kokott, conclusie bij: HvJ EG 26 juni 2007, nr. C-369/04 (Hutchison 3G UK), *V-N* 2007/32.22, r.o. 63-69 en A-G Kokott, conclusie bij: HvJ EG 26 juni 2007, nr. C-284/04 (T-Mobile Austria), *V-N* 2007/32.21, r.o. 66-71.

²²⁶ Vgl. F. Tromp, Een bezwarende titel maakt nog geen economische activiteit, *WFR* 2016/163.

²²⁷ Zie paragraaf 3.4.1 voor een kanttekening op deze stelling.

²²⁸ A-G Kokott, conclusie bij: HvJ EU 12 mei 2016, nr. C-520/14 (Gemeente Borsele), *BNB* 2016/186, r.o. 50.

²²⁹ HvJ EG 26 september 1996, nr. C-230/94 (Enkler), *V-N* 1997 blz. 653, r.o. 29.

²³⁰ HvJ EG 6 oktober 2009, nr. C-267/08 (SPÖ Kärinthië), *V-N* 2009/52.24.

²³¹ Het Hof van Justitie heeft overigens niet beoordeeld of er sprake is van prestaties onder bezwarende titel.

²³² Aldus ook M. Soltysik, Het vaststellen van btw-belastbare prestaties bij niet kostendekkende vergoedingen: Het wordt steeds ingewikkelder, *WFR* 2016/147.

²³³ HvJ EG 3 maart 1994, nr. C-16/93 (Tolsma), *BNB* 1994/271, r.o. 17.

bepaalt namelijk de prijzen voor de rechtsbijstand. Er is dus een vergoeding bedongen door de dienstverrichter voor de rechtsbijstandsdiensten. Ook is de vergoeding in geld uit te drukken. Zo wordt aan het vereiste van het arrest Coöperatieve Aardappelbewaarploaats²³⁴ voldaan.²³⁵ Het voorgaande volstaat om te oordelen dat er sprake is van een prestatie onder bezwarende titel.

Op subjectniveau beslist het Hof daarentegen dat de prestatieverrichters niet duurzaam streven naar opbrengsten. Het Hof verwijst hierbij op het bestaan van een wanverhouding tussen de opbrengsten en de gemaakte kosten. Het Hof overweegt dat de vergoeding veeleer gelijkgesteld kan worden met een heffing, onder meer omdat de vergoeding afhankelijk is van persoonsgebonden omstandigheden van de afnemer.²³⁶ Het is overigens verwarrend dat het Hof in rechtsoverweging 51 en 52 spreekt over ‘rechtstreeksheid’ en ‘rechtstreeks verband’ bij de beoordeling van een economische activiteit, temeer omdat deze termen doorgaans worden gebezigd bij de beoordeling van de bezwarende titel.²³⁷

Ook het verzorgen van verzorgen van leerlingenvervoer, kwalificeert volgens het Hof van Justitie als dienst onder bezwarende titel maar constitueert geen economische activiteit. In dit kader wijst het Hof op de wanverhouding tussen de opbrengsten en de gemaakte kosten en stelt dat er geen ‘reëel verband’ bestaat tussen het betaalde bedrag en de vervoersdienst. Het verband is volgens het Hof niet *rechtstreeks van aard*. Tromp geeft in dit kader aan dat de woordkeuze van het Hof in eerste instantie verwarrend lijkt. Hierbij stelt Tromp dat het rechtstreekse verband ziet op het voorwaardelijke verband, dat noodzakelijk is voor het vereiste ‘onder bezwarende titel’. Er bestaat een voorwaardelijk verband tussen de vergoeding en de vervoersdienst. Naar men mag aannemen, biedt de Gemeente Borsele het vervoer slechts aan indien de vergoeding door de afnemers wordt voldaan. Het reële verband duidt volgens Tromp op het finale verband, dat inhoudt dat een prestatieverrichter de prestaties verricht om er duurzaam opbrengsten mee te verkrijgen.²³⁸ Het finale verband dient te worden beoordeeld door de omstandigheden waarin de prestatie is verricht te vergelijken met de omstandigheden waarin dergelijke prestaties normaliter op de desbetreffende markt worden verricht. In zowel het arrest Commissie/Finland als arrest Gemeente Borsele leidt deze vergelijking tot de overweging dat geen economische activiteit plaatsvindt. Tromp stelt dat de beslissingsboom van de Hoge Raad moet worden bijgesteld naar aanleiding van het arrest Gemeente Borsele. Volgens Tromp hanteert de Hoge Raad als uitgangspunt dat het vaststellen van een bezwarende titel automatisch tot gevolg heeft dat een economische activiteit is verricht.

Ik meen dat deze oproep enige nuance behoeft. De behandelde arresten zagen slechts op prestaties die zijn verricht door publieke en semipublieke instellingen. Het Hof onderzoekt dus slechts of deze publieke lichamen duurzaam streven naar opbrengsten. Om te bepalen of een dergelijk lichaam duurzaam streeft naar opbrengsten, dienen de *omstandigheden* te worden onderzocht waarin de onderhavige prestaties worden verricht. Deze omstandigheden moeten worden vergeleken met de omstandigheden waarin een dergelijke activiteit gewoonlijk wordt verricht. Een van deze omstandigheden is volgens het Hof het bestaan van een wanverhouding tussen de kosten en de gerealiseerde opbrengsten. Hoewel het neutraliteitsbeginsel irrelevantie ten aanzien van de rechtsvorm van de prestatieverrichter vereist, doet dit niet af aan het uitgangspunt dat de omstandigheden waarin activiteiten door (semi-)publiekrechtelijke lichamen worden verricht, verschillen van de omstandigheden waarin vergelijkbare prestaties gewoonlijk worden verricht door andere dan (semi-)publiekrechtelijke lichamen. Tromp stelt dat de Hoge Raad zijn beslisboom in het algemeen moet aanpassen. Deze conclusie is te voorbarig. Sterker nog, het Hof geeft aan dat er een vergelijking moet

²³⁴ HvJ EG 5 februari 1981, nr. 154/80 (Coöperatieve Aardappelenbewaarploaats), *BNB* 1981/232, r.o. 13.

²³⁵ Aldus ook M.M.W.D. Merckx en K. Verburg, 22 jaar na Tolma: weer luisteren zonder btw, *MBB* 2017/02.

²³⁶ HvJ EG 29 oktober 2009, nr. C-246/08 (Commissie/Finland), *BNB* 2010/94.

²³⁷ Aldus ook M. Soltysik, Het vaststellen van btw-belastbare prestaties bij niet kostendekkende vergoedingen: Het wordt steeds ingewikkelder, *WFR* 2016/147 en F. Tromp, Een bezwarende titel maakt nog geen economische activiteit, *WFR* 2016/163.

²³⁸ F. Tromp, Een bezwarende titel maakt nog geen economische activiteit, *WFR* 2016/163.

worden gemaakt met de omstandigheden waarin een prestatie *gewoonlijk* wordt verricht. Hieruit valt af te leiden dat indien een andere dan een (semi-)publiekrechtelijk lichaam een prestatie onder bezwarende titel verricht, het uitgangspunt is dat hij ook een economische activiteit verricht. De omstandigheden waarin een dergelijke prestatie gewoonlijk wordt verricht zijn immers de omstandigheden waarin een andere dan een (semi-)publiekrechtelijk lichaam prestaties onder bezwarende titel verricht. Het bestaan van een wanverhouding tussen kosten en opbrengsten bij andere dan (semi-)publiekrechtelijke lichamen moet niet noodzakelijkerwijs leiden tot de conclusie dat er niet duurzaam wordt gestreefd naar opbrengsten. Dit blijkt onder meer uit het arrest Hotel Scandic. Aan het bestaan van een dergelijke wanverhouding kunnen immers ook zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Het bestaan van een dergelijke wanverhouding kan slechts een rol spelen bij de beoordeling van activiteiten verricht door (semi-)publiekrechtelijk lichamen.²³⁹ Dergelijke lichamen kunnen immers ook streven naar andere zaken dan naar materiële opbrengsten.

Naast dat de door Tromp voorgestelde algemene toetst of er sprake is van een economische activiteit niet volgt uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie, is de stelling ook in strijd met het neutraliteitsbeginsel. Het neutraliteitsbeginsel vereist een beoordeling van objectieve kenmerken van prestaties. De btw kent immers een objectief karakter. Het beoogde subject, de consument, hecht in beginsel waarde aan de kenmerken van een prestatie. In principe zijn de omstandigheden waarin de prestatieverrichter zijn prestatie verricht, niet zozeer relevant voor het beoogde subject. Het in het algemeen toetsen of een prestatieverrichter duurzaam streeft naar duurzame opbrengsten, bewerkstelligt dat de beoordeling van de belastingplicht van de btw (meer) afhankelijk wordt van de subjectieve kenmerken van de prestatieverrichter. Dit is in strijd met het neutraliteitsbeginsel.

3.5 Exploitatie van onlichamelijke zaken

In deze paragraaf wordt het houden van aandelen met de exploitatie van onlichamelijke zaken vergeleken. Uit art. 9 lid 1 derde volzin van de Btw-richtlijn blijkt dat in bijzonder als economische activiteit wordt beschouwd ‘de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.’ Onder onlichamelijke zaken wordt verstaan zaken die niet van stoffelijke aard zijn. Van Zadelhoff leidt uit het arrest Van Tiem²⁴⁰ af dat voor deze exploitatie drie elementen benodigd zijn, namelijk ‘een gebruiksrecht’, ‘voor een bepaald tijdvak’ en ‘tegen een vergoeding’.²⁴¹ In het eerste deel van deze paragraaf wordt aan de hand van de jurisprudentie van het Hof van Justitie onderzocht in hoeverre het houden van aandelen of het houden van een deelneming als exploitatie van een onlichamelijke zaak kan worden beschouwd. Onderdeel 3.5.1 analyseert kort de strekking van de inmengingsaandeelhouders. Hoofdstuk zet deze soort aandeelhouders namelijk uitgebreid uiteen. Onderdeel 3.5.2 onderzoekt of het verstrekken van leningen in alle gevallen zondermeer kwalificeert als economische activiteit. Onderdeel 3.5.3 analyseert ten slotte de verlengstukgedachte die in de jurisprudentie van het Hof van Justitie lijkt te zijn ontwikkeld. Deze verlengstukgedachte wordt vooral geanalyseerd ten aanzien van zowel het verstrekken van leningen als ten aanzien van handelingen inzake aandelen.

3.5.1 Handelingen inzake aandelen

Deze handelingen inzake aandelen kunnen bestaan uit de verwerving, het houden, het verkopen en het emitteren van aandelen. Uit onder andere het arrest Polysar volgt dat het Hof van Justitie het louter verwerven en houden van aandelen niet beschouwt als de exploitatie van een onlichamelijke zaak. Het Hof merkt op dat het dividend immers voorspruit uit het loutere eigendom.²⁴² Uit onder andere het arrest

²³⁹ Aldus ook P. Joosten en D. Kroesen, De echte paradox in de btw, *BtwBrief* 2016/109.

²⁴⁰ HvJ EG 4 december 1990, nr. C-186/89 (van Tiem), *Jur.* 1990, blz. I-4363.

²⁴¹ B.G. van Zadelhoff, *Belastingplichtige in de BTW*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 17.

²⁴² HvJ EG 20 juni 1991, nr. C-60/90 (Polysar), *FED* 1991/633.

Harnas en Helm blijkt handelingen inzake aandelen in de volgende drie gevallen binnen de werkingssfeer van de btw vallen:

1. indien sprake is van bedrijfsmatig handelen in effecten dan wel;
2. indien de effecten worden verworven of gehouden met het oog op directe dan wel indirecte inmenging in het beheer van de deelnemingen of;
3. indien zij het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk vormen van de belaste activiteit.²⁴³

De eerste categorie ‘handelingen’ bepaalt in het bijzonder dat professionele handelaren in effecten een economische activiteit verrichten. Dergelijke handelaren zijn volgens het Hof niet vergelijkbaar met particuliere beleggers. Van Norden geeft bij deze categorie aan dat deze niet ziet op houdstervennootschappen in eigenlijke zin.²⁴⁴ Daarom wordt deze categorie in deze verhandeling niet verder inhoudelijk behandeld. In dit onderdeel gaat het dus om de tweede categorie aandeelhouders.

In *Floridienne* en *Berginvest* heeft het Hof aangegeven dat het moeien gepaard dient te gaan met belastbare handelingen. Voorts merkt het Hof op dat dividenden niet als tegenprestatie kunnen gelden aangezien de hoogte van de dividend niet afhangt van de verleende dienstverlening maar van de hoogte van de jaarlijkse winst. De hoogte van het dividend wordt ook bepaald door het soort aandelen dat is uitgegeven. Derhalve ontbreekt het vereiste rechtstreekse verband. Dat het dividend nimmer een vergoeding kan vormen voor de met inmenging gepaarde belaste handelingen, heeft het Hof herhaaldelijk bevestigd in het arrest *Cibo Participations*²⁴⁵ en de beschikking *Welthgrove*²⁴⁶. Dividenden vallen niet binnen de werkingssfeer van de btw.²⁴⁷ Het Hof stelt immers dat dividenden slechts voortvloeien uit het loutere eigendom.²⁴⁸ Een zuivere houdstervennootschap wordt in zoverre gelijk vergeleken met particuliere beleggers. Een holdingvennootschap die louter dividenden nastreeft en geen andere opbrengsten realiseert, lijkt dus te presteren om niet en kan zo worden gelijkgesteld met een eindverbruiker.²⁴⁹ Omstandigheden als het verrichten van aanzienlijke en omvangrijke transacties inzake aandelen alsmede de vaardigheid en competentie van de investeerder zijn volgens het Hof dus geen relevante criteria om onderscheid te maken tussen particuliere investeerders en holdingvennootschappen enerzijds en belastingplichtigen anderzijds.²⁵⁰ De inmenging in het beheer die gepaard gaat met belastbare prestaties is daarentegen het relevante criterium om dit onderscheid te maken.²⁵¹ Er dienen dus belastbare prestaties verricht te worden jegens en ten behoeve van de deelnemingen waarop het aandeelhouderschap opgaat in de economische activiteit. In hoofdstuk 5 wordt de juistheid in het kader van het neutraliteitsbeginsel van dit criterium onderzocht.

Rondom de belastbaarheid van de verkoop van aandelen bestaat nog onduidelijkheid. Uit het arrest *BLP* valt af te leiden dat de verkoop van aandelen een handeling is die binnen de werkingssfeer van de btw valt en is vrijgesteld.²⁵² Overigens wordt twijfel veroorzaakt door het arrest *EDM*, waarin het Hof overweegt:

²⁴³ HvJ EG 6 februari 1997, nr. C-80/95 (*Harnas en Helm*), *BNB* 1997/386, r.o. 16.

²⁴⁴ G.J. van Norden, *Het concern in de BTW*, Deventer, Kluwer, 2007, blz. 153.

²⁴⁵ HvJ EG 27 september 2001, nr. C-16/00 (*Cibo Participations*), *FED* 2002/31.

²⁴⁶ HvJ EG 12 juli 2001, nr. C-102/00 (*Welthgrove*), *BNB* 2002/182.

²⁴⁷ HvJ EG 22 juni 1993, nr. C-333/91 (*Sofitam*), *FED* 1993/608.

²⁴⁸ HvJ EG 14 november 2000, nr. C-142/99 (*Floridienne en Berginvest*), *FED* 2001/179.

²⁴⁹ HvJ EG 1 april 1982, nr. 89/81 (*Hong-Kong Trade*), *BNB* 1982/311.

²⁵⁰ HvJ EG 20 juni 1996, nr. C-155/94 (*Wellcome Trust*), *FED* 1996/577, r.o. 37.

²⁵¹ HvJ EU 6 september 2012, nr. C-496/11 (*Portugal Telecom*), *V-N* 2012/51.21, r.o. 33, HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14 en C-109/14 (*Larentia + Minerva/Marenave*), *BNB* 2016/25, r.o. 20 en HvJ EU 12 januari 2017, nr. C-28/16 (*MVM*), *V-N* 2017/17.15, r.o. 32.

²⁵² HvJ EG 6 april 1995, nr. C-4/94 (*BLP*), *FED* 1995/495.

“62. (...) dat activiteiten bestaande in de enkele verkoop van aandelen en andere verhandelbare waardepapieren, zoals deelnemingen in investeringsfondsen, geen economische activiteiten (...) vormen en dat zij bijgevolg niet binnen de werkingssfeer van deze richtlijn vallen”.²⁵³

Van Dongen maakt hieruit op dat de overdracht van aandelen in beginsel geen economische activiteit vormt. Zij stelt dat de uitkomst van het arrest BLP is gebaseerd op het onjuiste veronderstelling van de verwijzende rechter dat de aandelenverkoop een vrijgestelde prestatie is.²⁵⁴ Desalniettemin overweegt het Hof in het arrest EDM dat indien het verwerven en houden van aandelen niet als economische activiteit kan worden beschouwd, dit ook geldt voor de verkoop van deze aandelen.²⁵⁵ Deze overweging duidt volgens Blokland op het bestaan van een symmetriethese. Deze symmetriethese houdt in dat indien de verwerving en het houden van de aandelen in de economische sfeer plaatsvindt, bijvoorbeeld omdat sprake is van inmenging in het beheer dan wel omdat bedrijfsmatig in effecten wordt gehandeld, de verkoop niet uitgesloten kan worden van de werkingssfeer van de btw.²⁵⁶ Hierbij dient te worden opgemerkt dat de verkoop van een aandeel of een deelneming is aan te merken als prestatie onder bezwarende titel.²⁵⁷ De prestatie, bestaande uit het overgedragen van aandelen, is aan te merken als dienst.²⁵⁸ Zoals in paragraaf 3.4 is gebleken, zijn er situaties denkbaar waarin sprake is van een prestatie onder bezwarende titel die niet automatisch leidt tot een economische activiteit. Er is slechts sprake van een economische activiteit indien de prestatieverrichter duurzaam streeft naar opbrengsten. Zojuist is gebleken dat hiervan slechts sprake is indien de holdingvennootschap die de aandelenverkoop verricht, kwalificeert als beroepsmatige effectenmakelaar of kwalificeert als inmengende holdingvennootschap.²⁵⁹ Zodoende is de verkoop van een aandeel of een deelneming in beginsel een handeling die buiten de werkingssfeer van de btw valt.²⁶⁰ Dit is anders indien de holdingvennootschap die de aandelen verkoopt, de aandelen heeft verworven en gehouden in de hoedanigheid als belastingplichtige.²⁶¹ In dat geval valt de verkoop van deze aandelen binnen de werkingssfeer van de btw en is de vrijstelling van art. 135 lid 1 sub f van de Btw-richtlijn van toepassing. Dit is onder meer het geval in zowel het arrest SKF²⁶² als het later gewezen arrest X²⁶³. In beide arresten was sprake van een inmengende holdingvennootschap die de aandelen verkocht. Het Hof overweegt in beide arresten dat handelingen inzake aandelen, welke bestaan uit de verwerving, het houden maar ook de verkoop, binnen de werkingssfeer van de btw. Bovendien is de aandelenverkoop een belastbare, maar vrijgestelde uitgaande handeling op grond van art. 135 lid 1 sub f van de Btw-richtlijn.

Ten slotte is in dit kader nog interessant hoe een emissie van aandelen dient te worden geduid. Met een emissie van aandelen wordt bedoeld dat een (kapitaal)vennootschap aandelen uitgeeft om zo extra eigen vermogen aan te trekken. Het Hof van Justitie overweegt in het arrest KapHag dat de toetreding tot een personenvennootschap niet kwalificeert als dienst onder bezwarende titel.²⁶⁴ Dit uitgangspunt kan volgens het Hof analoog worden toegepast bij de uitgifte van aandelen. Een emissie

²⁵³ HvJ EG 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM), *NTFR* 2004/669, r.o. 62.

²⁵⁴ A. van Dongen, BTW-gevolgen van de verkoop van aandelen na EDM, *WFR* 2004/964.

²⁵⁵ HvJ EG 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM), *NTFR* 2004/669, r.o. 57 laatste volzin.

²⁵⁶ W.J. Blokland, Omzetbelastingaspecten van ondernemingsfinanciering, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 118.

²⁵⁷ A.H. Bommer en H.W.M. van Kesteren, Niet voor redelijkere wijs vatbaar: verkoop van deelneming is een prestatie, *WFR* 2003/788.

²⁵⁸ HvJ EG 26 mei 2005, nr. C-465/03 (Kretztechnik), *BNB* 2005/313, waarin het Hof oordeelt dat aandelen waardepapieren zijn die een onlichamelijke zaak vormen en zodoende niet als goed kunnen kwalificeren.

²⁵⁹ HvJ EG 20 juni 1996, nr. C-155/94 (Wellcome Trust), *FED* 1996/577.

²⁶⁰ S.B. Cornielje, Fusies en overnames in de Europese BTW, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 228.

²⁶¹ A.J. van Doesum & H.W.M. van Kesteren, Aftrek van voorbelasting ter zake van handelingen buiten het kader van de onderneming, *WFR* 2011/1465.

²⁶² HvJ EG 29 oktober 2009, nr. C-29/08 (SKF), *BNB* 2010/251.

²⁶³ HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-651/11 (X BV), *BNB* 2014/113.

²⁶⁴ HvJ EG 26 juni 2003, nr. C-442/01 (KapHag), *V-N* 2003/34.14.

van aandelen is dus geen dienst onder bezwarende titel. Het overweegt dat een vennootschap met de uitgifte van aandelen de bedoeling heeft kapitaal aan te trekken en niet de bedoeling heeft om een dienst te verrichten.²⁶⁵ Van Hilten stelt bij haar aantekening dat de redenering van het Hof enigszins mank loopt. Het Hof lijkt immers de bedoeling van een handeling doorslaggevend te achten bij de beoordeling of een handeling al dan niet belastbaar is. Het Hof stelt immers dat met de emissie van aandelen een vennootschap niet beoogt een dienst te verrichten maar veeleer kapitaal aan te trekken.²⁶⁶ Ook van Norden is kritisch op de redenering van het Hof en stelt dat op deze manier het btw-stelsel onder druk komt te staan. Het Hof stelt immers dat vanuit het oogpunt van de aandeelhouder het voor de kapitaalverhoging betaalde bedrag niet de betaling van een tegenprestatie is, maar een investering of belegging van eigen middelen. Van Norden stelt dat dit immers ook het geval kan zijn bij aankoop andere investeringsgoederen zoals van effecten bij een effectenhandelaar, beleggingsvastgoed of bij de aankoop van kunst ter belegging.²⁶⁷ Desalniettemin is de uitkomst van het arrest Kretztechnik duidelijk: de emissie van aandelen is in beginsel een onbelaste prestatie. Blokland vraagt zich in dit verband nog af of er onderscheid gemaakt dient te worden tussen de emissie van nieuwe aandelen enerzijds en de hernieuwde uitgifte van aandelen eerder ingekochte maar nog ingetrokken anderzijds. Ten aanzien van de hernieuwde uitgifte van bestaande aandelen is niet zeker op het arrest Kretztechnik van toepassing is aangezien de overdracht van aandelen normaliter kwalificeert als dienst onder bezwarende titel. Echter zou een vennootschap hetzelfde resultaat kunnen bereiken door de ingekochte aandelen in te trekken en nieuwe aandelen te emitteren waardoor het dictum van het arrest Kretztechnik onverkort van toepassing is.²⁶⁸ Ogenschijnlijk is het arrest Kretztechnik ook van toepassing op de hernieuwde uitgifte van bestaande aandelen, zeker met een beroep op de ongelukkig geformuleerde redenering van het Hof. Bij de hernieuwde uitgifte van bestaande aandelen beoogt de vennootschap immers ook slechts het aantrekken van bijkomend kapitaal.²⁶⁹

3.5.2 Exploitatie van onlichamelijke zaken

De exploitatie van (on)lichamelijke zaken verschilt in zoverre van de ‘reguliere’ vormen van dienstverlening door het feit dat het in beginsel een passievere activiteit is. Uit het arrest Wellcome Trust blijkt dat de loutere uitoefening van het eigendomsrecht op zichzelf niet als economische activiteit kan worden beschouwd. Omstandigheden als dat beroep is gedaan op consultancybureaus alsmede de omvang van de aandelenverkopen zijn niet relevant bij de beoordeling of sprake is van een economische activiteit.²⁷⁰ Ten aanzien van het verwerven en houden van aandelen is reeds opgemerkt dat deze handelingen geen economische activiteit constitueren aangezien het dividend geen rechtstreeks verband vertoont met de terbeschikkingstelling van kapitaal.

Uit Harnas en Helm blijkt daarentegen dat het dictum van het arrest Wellcome Trust zich niet alleen strekt tot het houden van aandelen maar ook tot het houden van obligaties. Het Hof stelt in deze zaak het houden van obligatieleningen gelijk met het houden van aandelen. De consequentie van deze gelijkstelling is dat ook het houden van obligatieleningen niet verder gaat dan het enkele vermogensbeheer waardoor geen sprake is van een economische activiteit.²⁷¹ Blokland stelt op basis van dit arrest dat de rente op obligatieleningen niet binnen de werkingssfeer van de btw valt. Hij meent dat de rente op obligatieleningen namelijk geen vergoeding vormt aangezien deze voortvloeien uit de enkele eigendom van een zaak.²⁷² Dit punt behoeft enige nuance aangezien onderscheid gemaakt moet worden

²⁶⁵ HvJ EG 26 mei 2005, nr. C-465/03 (Kretztechnik), *BNB* 2005/313, r.o. 24-28.

²⁶⁶ M.E. van Hilten, aantekening bij HvJ EG 26 mei 2005, nr. C-465/03 (Kretztechnik), *BNB* 2005/313.

²⁶⁷ G.J. van Norden, *Het concern in de BTW*, Deventer, Kluwer, 2007, blz. 417.

²⁶⁸ W.J. Blokland, *Omzetbelastingaspecten van ondernemingsfinanciering*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 139-140.

²⁶⁹ HvJ EG 26 mei 2005, nr. C-465/03 (Kretztechnik), *BNB* 2005/313, r.o. 26.

²⁷⁰ HvJ EG 20 juni 1996, nr. C-155/94 (Wellcome Trust), *FED* 1996/577, r.o. 32-37.

²⁷¹ HvJ EG 6 februari 1997, nr. C-80/95 (Harnas en Helm), *BNB* 1997/386.

²⁷² W.J. Blokland, *Omzetbelastingaspecten van ondernemingsfinanciering*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 166.

tussen de beoordeling op objectniveau en de beoordeling op het subjectniveau. Bij de beoordeling op het objectniveau moet worden opgemerkt dat het verstrekken van een rentedragende lening in beginsel is aan te merken als prestatie onder bezwarende titel. In tegenstelling tot het dividend is de rente doorgaans vooraf contractueel bedongen. De rente is dus niet het gevolg is van het enkele eigendom van een zaak maar vormt een vergoeding voor de terbeschikkingstelling van kapitaal aan een derde.²⁷³ Dit is ook bevestigd door het Hof in het arrest Régie Dauphinoise²⁷⁴ en het arrest EDM²⁷⁵ waarin het hof overweegt dat de rente niet kan worden uitgesloten van de werkingssfeer van de btw. Op het objectniveau is het houden obligatieleningen dus niet te vergelijken met het houden van aandelen.²⁷⁶

Op subjectniveau is de gelijkstelling van het houden van obligaties met het houden van aandelen wellicht beter verklaarbaar. Uit de verwijzingsbeschikking van het arrest Harnas en Helm blijkt dat de activiteit van belanghebbende slechts bestond uit het houden van zowel aandelen als obligaties die zijn uitgegeven door overheidslichamen en bedrijven in Verenigde Staten en Canada. Goed voorstelbaar is dat de opbrengsten in een dergelijke situatie louter voortvloeien uit het eigendom van een zaak en niet zozeer uit een bepaalde dienstverlening. Het arrest Harnas en Helm is dan ook een aanwijzing dat prestaties onder bezwarende titel niet automatisch leiden tot een economische activiteit. Ook in het arrest Régie Dauphinoise is een aanwijzing te vinden dat de verstrekking van kapitaal, die kwalificeert als prestatie onder bezwarende titel, niet automatisch als economische activiteit is aan te merken. Nadat het Hof namelijk heeft vastgesteld dat de rente op leningen in beginsel binnen de werkingssfeer van de btw valt, overweegt het Hof in rechtsoverweging 18 het volgende.

“18. Diensten zoals de beleggingen van een beheerder van onroerend goed bij banken, zijn hoe dan ook niet aan de belasting over de toegevoegde waarde onderworpen, indien zij worden verricht door personen die niet in de hoedanigheid van belastingplichtige handelen.”

Oftewel, het verstrekken en aanhouden van passieve leningen zoals deposito's, maar ook obligatieleningen vinden pas plaats in de economische sfeer indien de verstrekker van deze leningen handelt in de hoedanigheid als belastingplichtige. Een dergelijke overweging lijkt ook uit het arrest Floridienne en Berginvest te kunnen worden afgeleid. In dit arrest overweegt het Hof namelijk dat het verstrekken van leningen op twee manieren in de economische sfeer terecht kan komen. Ten eerste kan het verstrekken van leningen een afzonderlijke en zelfstandige economische activiteit bewerkstelligen. Dit is volgens het Hof het geval indien de activiteit niet incidenteel is maar dat daarmee duurzaam wordt gestreefd naar opbrengsten en bedrijfsmatig of met een commercieel oogmerk wordt uitgeoefend. Sommige auteurs menen dat het Hof met deze overweging een bepaalde zakelijkheidstoets heeft geïntroduceerd ten aanzien van groepsleningen aangezien uit deze overweging kan worden afgeleid dat het niet-bedrijfsmatig verstrekken van leningen zonder een commercieel oogmerk niet is aan te merken als economische activiteit.²⁷⁷ Desalniettemin lijkt deze zakelijkheidstoets te zijn vervallen of in ieder dusdanig te zijn afgezwakt op grond van het arrest EDM²⁷⁸. Op grond van dit arrest lijkt te kunnen worden afgeleid dat het verstrekken van groepsleningen in ieder geval aangemerkt kan worden als zelfstandige economische activiteit.²⁷⁹

Vervolgens kan het verstrekken leningen ook in de economische sfeer terecht komen indien zij het verlengstuk zijn van een bepaalde economische activiteit.²⁸⁰ In het arrest Régie Dauphinoise heeft

²⁷³ HvJ EG 11 juli 1996, nr. C-306/94 (Régie Dauphinoise), *BNB* 1997/38.

²⁷⁴ HvJ EG 11 juli 1996, nr. C-306/94 (Régie Dauphinoise), *BNB* 1997/38, r.o. 17.

²⁷⁵ HvJ EG 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM), *NTR* 2004/669, r.o. 65.

²⁷⁶ Aldus ook G.J. van Norden, *Het concern in de BTW*, Deventer, Kluwer, 2007, blz. 176 en M.E. van Hilten, annotatie bij: HR 15 juli 1997, nr. 30 193, *BNB* 1997/387.

²⁷⁷ G.J. van Norden, *Het concern in de BTW*, Deventer, Kluwer, 2007, blz. 113.

²⁷⁸ HvJ EG 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM), *BNB* 2004/285, r.o. 66-68.

²⁷⁹ Aldus ook M.E. van Hilten, annotatie bij: HvJ EG 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM), *NTR* 2004/669

²⁸⁰ HvJ EG 14 november 2000, nr. C-142/99 (Floridienne en Berginvest), *FED* 2001/179, r.o. 28 e.v.

het Hof bijvoorbeeld de verlengstukgedachte nodig om de beleggingen bij financiële instellingen, die in beginsel kwalificeren als prestatie onder bezwarende titel, in de economische sfeer mee te nemen. Hoewel het houden van deposito's en obligatieleningen kwalificeren als prestaties onder bezwarende titel en dus plaatsvinden binnen de werkingssfeer van de btw, leiden dergelijke activiteiten niet automatisch tot een economische activiteit. Een activiteit die louter bestaat uit het houden van dergelijke passieve leningen is dus niet zondermeer te beschouwen als economische activiteit, behalve indien hiermee bedrijfsmatig en met een commercieel oogmerk wordt gestreefd naar maximaal rendement.²⁸¹ Daarentegen kunnen dergelijke handelingen wel in de economische sfeer plaatsvinden indien een bepaalde band bestaat tussen dergelijke handelingen en een andere economische activiteit.²⁸² De Hoge Raad lijkt daarentegen het verstrekken van kapitaal door middel van deposito-overeenkomsten gemakkelijker aan te merken als (zelfstandige) economische activiteit.²⁸³

3.5.3 Verlengstukgedachte

In de literatuur bestaat er geen consensus over de betekenis en het toepassingsbereik van de verlengstukgedachte. Cornielje meent dat in beginsel twee zienswijze omtrent de verlengstukgedachte bestaan. Ten eerste gebruikt het Hof de verlengstukgedachte om te oordelen of het verstrekken van kapitaal, het leveren van onroerend goed of het verkopen van aandelen in de hoedanigheid als belastingplichtige geschieden. Dit zijn handelingen die in beginsel binnen de werkingssfeer van de btw vallen. De tweede zienswijze houdt in dat handelingen die buiten de werkingssfeer van de btw vallen, meegenomen kunnen worden de economische sfeer omdat deze handelingen in het verlengde liggen van een bepaalde economische activiteit.²⁸⁴ In het arrest Régie Dauphinoise spreekt het Hof van Justitie voor het eerst over de verlengstukgedachte en acht deze ook daadwerkelijk aanwezig.²⁸⁵ Het aanhouden van deze deposito's is volgens het Hof te beschouwen als dienst onder bezwarende titel maar dit leidt niet zelfstandig tot belastingplicht. Dit uitgangspunt is begrijpelijk aangezien anders elke persoon die een spaarrekening aanhoudt bij een financiële instelling aan te merken is als belastingplichtige. Het Hof lijkt te overwegen dat het houden van bepaalde (passieve) leningen slechts plaatsvindt in de economische sfeer indien dit in het verlengde ligt van de reeds bestaande economische activiteit.²⁸⁶ De verlengstukgedachte lijkt aldus nodig te zijn om het bedrijfsmatige karakter te onderscheiden. Een dergelijke lezing volgt ook uit het arrest EDM.²⁸⁷

Het is niet geheel zeker of de verlengstukgedachte ook van toepassing kan zijn op het houden van aandelen aangezien deze activiteit niet is aan te merken als prestatie onder bezwarende titel. Op grond van het arrest Harnas en Helm²⁸⁸ en arrest SKF²⁸⁹ lijkt een dergelijke mogelijkheid te bestaan aangezien het Hof de verlengstukgedachte in verband met het houden van aandelen noemt. Daarentegen heeft het Hof slechts in drie arresten de verlengstukgedachte daadwerkelijk van toepassing geacht, namelijk in het arrest Régie Dauphinoise²⁹⁰, het arrest NCC Construction²⁹¹ en het arrest SKF²⁹². Het Hof heeft in deze arresten overwogen dat een prestatie onder bezwarende titel (respectievelijk de terbeschikkingstelling van kapitaal, het leveren van onroerende zaken en het leveren van aandelen) binnen de economische plaatsvindt indien deze plaatsvinden in het verlengstuk van een bestaande

²⁸¹ HvJ EG 14 november 2000, nr. C-142/99 (Floridienne en Berginvest), *FED* 2001/179, r.o. 28.

²⁸² S.B. Cornielje, *Fusies en overnames in de Europese BTW*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 228.

²⁸³ HR 23 september 2011, nr. 10/00383, *BNB* 2012/144.

²⁸⁴ S.B. Cornielje, *Fusies en overnames in de Europese BTW*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 212-224.

²⁸⁵ HvJ EG 11 juli 1996, nr. C-306/94 (Régie Dauphinoise), *BNB* 1997/38.

²⁸⁶ S.B. Cornielje, *Fusies en overnames in de Europese BTW*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 216.

²⁸⁷ HvJ EG 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM), *NTFR* 2004/669, r.o. 66 – 68.

²⁸⁸ HvJ EG 6 februari 1997, nr. C-80/95 (Harnas en Helm), *BNB* 1997/386.

²⁸⁹ HvJ EG 29 oktober 2009, nr. C-29/08 (SKF), *BNB* 2010/251.

²⁹⁰ HvJ EG 11 juli 1996, nr. C-306/94 (Régie Dauphinoise), *BNB* 1997/38.

²⁹¹ HvJ 29 oktober 2009, zaak C-174/08 (NCC Construction), *V-N* 2009/56.14

²⁹² HvJ EG 29 oktober 2009, nr. C-29/08 (SKF), *BNB* 2010/251.

economische activiteit. Het Hof acht een dergelijk verlengstuk aanwezig stelt vervolgens dat de opbrengsten van deze handelingen niet bijkomstig zijn in de zin van art. 174 lid 2 van de Btw-richtlijn, waardoor deze uitgesloten kunnen worden van de pro rata berekening. Het verwerven en houden van aandelen vindt daarentegen niet binnen de werkingssfeer van de btw plaats. De toepassing van de verlengstukgedachte ten aanzien van aandelen volgt dus niet expliciet uit de Europese jurisprudentie van het Hof van Justitie.²⁹³ In hoofdstuk 5 wordt nog onderzocht of het eventueel wenselijk is dat de verlengstukgedachte van toepassing is of in meer gevallen van toepassing zou moeten zijn ten aanzien van handelingen inzake aandelen.

3.6 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is het subject en het object van de btw geanalyseerd. Het beoogde subject van de btw is de particuliere consument en daarmee gelijkgesteld terwyl het daadwerkelijke subject de belastingplichtige is. De btw heeft is derhalve aan te merken als een indirecte belasting.²⁹⁴ Als belastingplichtige wordt aangemerkt eenieder die, op ongeacht welke plaats, zelfstandig een economische activiteit verricht, ongeacht het oogmerk of het resultaat van die activiteit. Het opbrengstenstreven belichaamt het finale verband waarmee wordt bedoeld dat een prestatieverrichter met zijn handelingen dient te streven naar opbrengsten. Dat een activiteit niet winstgevend is, is in beginsel niet relevant bij de beoordeling van een economische activiteit. Een economische activiteit vereist daarentegen dat duurzaam gestreefd dient te worden naar opbrengsten. Incidentele prestaties leiden aldus niet tot een economische activiteit aangezien een bepaalde regelmaat van presteren is vereist. De economische activiteit impliceert daarnaast een deelname aan het economische verkeer. Prestaties die worden verricht in eigen kring alsmede prestaties die om niet worden verricht zijn niet aan te merken als een economische activiteit.

Het beoogde object van de btw is het consumptieve verbruik. In dit kader wordt het principe ‘verbruik is besteding’ gehanteerd. Het daadwerkelijke object van de btw zijn meerdere handelingen die in art. 2 van de Btw-richtlijn zijn beschreven. Hieronder vallen onder andere leveringen van goederen en diensten onder bezwarende titel. Een prestatie onder bezwarende titel veronderstelt dat tussen de prestatieverrichter en de afnemer een rechtsbetrekking bestaat waarin over en weer prestaties worden uitgewisseld. Deze rechtsbetrekking belichaamt het voorwaardelijke verband dat moet bestaan tussen de prestatie en de bedongen vergoeding. Een mondelinge overeenkomst kan al kwalificeren als rechtsbetrekking. Daarnaast vereist de bezwarende titel dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen de prestatie en de vergoeding. Hierbij speelt het baatcriterium een ook rol: er dient een identificeerbaar en wederzijds voordeel te bestaan. De aanwezigheid van het wederzijdse voordeel leidt niet per definitie tot een bezwarende titel. Er moet immers ook een rechtstreeks verband bestaan tussen de wederzijdse voordelen. Het lijkt erop dat niet zozeer een rangorde bestaat tussen de vereiste rechtsbetrekking en het rechtstreekse verband.

Voor de btw-heffing wordt een subjectieve maatstaf gehanteerd. Dit houdt in dat in beginsel aangesloten moet worden bij de bedongen en daadwerkelijk ontvangen tegenwaarde. De vergoeding wordt dus niet naar objectieve maatstaven geschat. Dit zou immers een strijdigheid met het neutraliteitsbeginsel opleveren aangezien zo cumulatie van btw in de bedrijfskolom kan ontstaan. De btw kan immers niet geheel worden afgewenteld op de particuliere consument waardoor de btw kenmerken kan gaan vertonen van een (gedeeltelijke) bedrijfsbelasting. In sommige situaties bestaan echter moeilijkheden bij het bepalen van de subjectieve maatstaf. Het uitgangspunt dat de waarde niet een naar objectieve maatstaven geschatte waarde is, wordt in dergelijke situaties soms gedeeltelijk genuanceerd.

²⁹³ Anders: W.J. Blokland, Het economische karakter van het houden van aandelen in de btw, *NtFR-B* 2017/22.

²⁹⁴ M.E. van Hilten, *Bancaire en financiële prestaties in de Europese BTW*, Deventer, Kluwer, 1992, p. 17.

Vervolgens is gebleken dat er situaties denkbaar zijn waarbij sprake is van een prestatie onder bezwarende titel terwijl een economische activiteit ontbreekt. Ook de tegenovergestelde figuur is denkbaar: er kan sprake zijn van een economische activiteit terwijl geen prestaties onder bezwarende titel worden verricht. Een goed voorbeeld is dat een persoon die de intentie heeft een economische activiteit te gaan verrichten en hiervoor eerste investeringsuitgaven doet reeds wordt aangemerkt als belastingplichtige. Deze discrepantie ontstaat doordat de belastbaarheid op het objectniveau wordt beoordeeld en op het subjectniveau. Op het niveau van de afzonderlijke handelingen dient de uitgaande handeling te kwalificeren als prestatie onder bezwarende titel. Echter streeft een prestatieverrichter met het presteren onder bezwarende titel niet per definitie duurzaam naar opbrengsten. Subjectieve kenmerken en omstandigheden spelen bij de beoordeling van de belastingplicht ook een rol. Het objectieve karakter van de btw vereist echter dat deze subjectieve omstandigheden een beperkte rol moeten spelen. De discrepantie tussen het beoogde object en het daadwerkelijke object van de btw-heffing neemt toe indien meer belang wordt gehecht aan subjectieve omstandigheden. Het bestaan van een wanverhouding tussen kosten en opbrengsten is volgens het Hof een omstandigheid die als consequentie heeft dat geen economische activiteit wordt verricht. Uit de Europese jurisprudentie blijkt niet dat dit een algemeen criterium betreft dat in alle gevallen moet worden beoordeeld. Dit wanverhoudingscriterium is overigens ook een subjectieve omstandigheid waardoor terughoudendheid moet worden betracht ten aanzien van de toepassing van dit criterium. Het bestaan van een dergelijke wanverhouding lijkt slechts een rol te moeten spelen bij de beoordeling van activiteiten die worden verricht door (semi-)publiekrechtelijk lichamen. Dergelijke lichamen streven immers ook andere doelstellingen na dan alleen naar opbrengsten.

Ten slotte is gebleken dat handelingen inzake aandelen in beginsel niet zijn aan te merken als de exploitatie van een onlichamelijke zaak om duurzaam opbrengsten te verkrijgen. Dit is volgens de vaste Europese jurisprudentie van het Hof van Justitie anders indien de effecten worden verworven of gehouden met het oog op directe dan wel indirecte inmenging in het beheer van de deelnemingen. Deze inmenging dient gepaard te gaan met belastbare handelingen die worden verricht jegens de dochtermaatschappij. Dividend kan in geen geval worden aangemerkt als een tegenprestatie aangezien per definitie het rechtstreekse verband ontbreekt. Volgens het Hof vloeien dividenden voort uit de loutere eigendom van een zaak. Daarnaast is niet geheel zeker in hoeverre het aanhouden van (passieve) bankdeposito's en obligatieleningen zijn aan te merken als economische activiteit. Hoewel deze terbeschikkingstelling van kapitaal kwalificeert als prestatie onder bezwarende titel indien vooraf rente is bedongen, heeft het Hof in sommige gevallen de verlengstukgedachte nodig om deze handelingen in de economische sfeer plaats te laten vinden. Bij het verstrekken van bepaald sorot krediet lijkt dus ook een discrepantie te bestaan tussen de beoordeling van belastbaarheid op het objectniveau en het subjectniveau. Ten slotte is de toepassing van de verlengstukgedachte ten aanzien van handelingen inzake aandelen hoogst onzeker.

HOOFDSTUK 4

Recht op aftrek van voorbelasting

4.1 Inleiding

Het recht van aftrek van voorbelasting vormt de hoeksteen binnen de btw. De aftrek van voorbelasting voorkomt immers de cumulatie binnen de bedrijfskolom en waarborgt zo het indirecte karakter van de btw. Door het verlenen van het recht op aftrek van voorbelasting kan de btw worden doorberekend aan het beoogde subject, de particuliere consument, en wordt subject, de belastingplichtige, zoveel mogelijk ontlast van de btw.²⁹⁵ In hoofdstuk 2 is reeds bepaald dat de cumulatie binnen de bedrijfskolom wordt voorkomen door het recht op aftrek van voorbelasting te verlenen.

In art. 168 t/m 192 van de Btw-richtlijn staan de voorwaarden beschreven die verbonden zijn aan het recht op aftrek van voorbelasting. Van Hilten geeft in haar conclusie bij *BNB* 2015/143 aan dat in ieder geval aan de volgende voorwaarden cumulatief moet zijn voldaan om het aftrekrecht te kunnen uitoefenen:

1. de belasting is aan de ondernemer in rekening gebracht;
2. op een op de voorgeschreven wijze opgemaakte factuur;
3. ter zake van aan de ondernemer verrichte prestaties;
4. die hij gebruikt voor belaste handelingen.²⁹⁶

Voor het ontstaan van het recht op aftrek is vereist dat de persoon die de goederen afneemt, kwalificeert als belastingplichtige (ad 1). In hoofdstuk 3 is reeds de reikwijdte en de inhoud van de belastingplicht uitgebreid uiteengezet. Een analyse van de formele voorwaarden die gelden voor het recht op aftrek, zoals bijvoorbeeld verplichtingen ter zake van de opmaak van een factuur (ad 2), komt in dit hoofdstuk niet aan de orde. Gelet op de aan deze verhandeling ten grondslag liggende hoofdvraag is de bespreking van dergelijke formele voorwaarden minder relevant. De belastingplichtige heeft slechts recht op aftrek van voorbelasting ter zake van afgenomen goederen en diensten indien hij ook aan te merken is als de afnemer van de betreffende prestaties. Het afnemersbegrip wordt daarom in paragraaf 4.2 onderzocht. Hierbij zij opgemerkt dat slechts de criteria worden geanalyseerd om de afnemer van *diensten* te bepalen, en niet zozeer de criteria om de afnemer van goederen te bepalen. In paragraaf 4.3 staat een analyse van de inhoud en reikwijdte van het concept 'onlosmakelijke verband' centraal. Voorts zal immers blijken dat dit verband zowel een rol speelt bij het ontstaan van het aftrekrecht als bij het bepalen van de omvang van het aftrekrecht. Tenslotte zal blijken het recht op aftrek van voorbelasting vereist dat de afgenomen prestaties door de belastingplichtige worden gebruikt voor belaste handelingen (ad 4). Zo moeten de goederen en diensten worden afgenomen in de hoedanigheid als belastingplichtige (paragraaf 4.4). Indien een belastingplichtige zowel vrijgesteld als belast presteert, dient in beginsel de voorbelasting gesplitst te worden in een respectievelijk niet-aftrekbaar gedeelte en een aftrekbaar gedeelte. Hiertoe heeft het Hof van Justitie de Midland Bank-doctrine²⁹⁷ geïntroduceerd. In paragraaf 4.5 wordt deze doctrine onderzocht en uiteengezet. Ten slotte staat paragraaf 4.6 stil bij de invloed van onbelastbare handelingen op het recht op aftrek van voorbelasting. Ook worden de methoden en criteria om voorbelasting te splitsen uiteengezet indien een belastingplichtige ook onbelastbare handelingen verricht. Tot slot dient te worden vermeld dat een analyse van de technieken om de omvang van de

²⁹⁵ Zie bijv. HvJ EU 22 oktober 2015, nr. C-126/14 (*Sveda*), *BNB* 2016/135, r.o. 17 en de daar aangehaalde jurisprudentie.

²⁹⁶ A-G van Hilten, conclusie bij: HR 1 mei 2015, nr. 13/06113, *BNB* 2015/143, onderdeel 6.1.6.

²⁹⁷ Term is ontleend aan A-G Overgaauw, conclusie bij HR 28 maart 2014, nr. 42 868, *V-N* 2014/17.20.14.

aftrekbare voorbelasting te bepalen ontbreekt in dit hoofdstuk (pro rata), aangezien ik dit minder relevant acht gelet op de aan deze verhandeling ten grondslag liggende hoofdvraag.

4.2 Het afnemersbegrip

Art. 168 van de Btw-richtlijn bepaalt onder andere dat een belastingplichtige gerechtigd is de voorbelasting in aftrek te brengen ter zake van *aan hem* geleverde goederen en diensten. Het afnemersbegrip speelt derhalve een rol bij de aftrek van voorbelasting. De Hoge Raad lijkt de rechtsbetrekking als doorslaggevend criterium te hanteren om de afnemer van diensten te bepalen. De contractuele bepalingen zijn dus in dit kader van groot belang.²⁹⁸ A-G van Hilten overweegt in haar conclusie dat uit Europese jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat degene die de opdracht geeft tot presteren en daarvoor ook betaalt, te gelden heeft als afnemer van een prestatie, ongeacht of andere ook profijt hebben bij deze prestatie.²⁹⁹ Zij verwijst in dit kader onder andere op het arrest Leesportefeuille Intiem³⁰⁰ en het arrest Auto Lease Holland³⁰¹. Voor het toekennen van het recht op aftrek van voorbelasting lijkt dus niet relevant te zijn dat andere partijen ook profijt hebben van een afgenomen prestatie. Dit uitgangspunt lijkt in het recente arrest Iberdrola onlangs te zijn bevestigd door het Hof van Justitie.³⁰²

Lamers acht het overigens onjuist dat de rechtsbetrekking hét criterium is om de afnemer van prestaties te bepalen. Volgens Lamers is de beschikkingsmacht het onderscheidende criterium om de afnemer van prestaties te bepalen en vormt de rechtsbetrekking slechts een hulpmiddel.³⁰³ Dit uitgangspunt lijkt slechts gedeeltelijk correct. Merkx stelt immers dat de beschikkingsmacht alleen het relevante criterium is om de afnemer van leveringen van goederen te bepalen. Om de afnemer van diensten te bepalen, is aldus in beginsel slechts de rechtsbetrekking relevant.³⁰⁴ Becks en Arzini geven aan dat het Hof van Justitie bij het bepalen van de afnemer ook rekening houdt met de economische realiteit.³⁰⁵ In dit verband wijzen zij op zowel de gevoegde zaken Loyalty Management UK en Baxi Group (hierna: LMUBC)³⁰⁶ als op het arrest Paul Newey³⁰⁷, waarin het Hof wijst op het belang van de economische en commerciële realiteit. In het laatstgenoemde arrest Paul Newey overweegt het Hof dat aan de contractuele bepalingen kan worden voorbijgegaan indien blijkt dat zij niet de economische en commerciële realiteit weergeven, maar een zuiver kunstmatige constructie vormen die geen verband houdt met de economische realiteit. Overigens blijkt hieruit dat de contractuele verhoudingen in beginsel leidend zijn om de afnemer te bepalen en dat slechts van dit uitgangspunt worden afgeweken indien sprake is van een zuiver kunstmatige constructie. Uit het arrest PPG Holdings blijkt dan ook (impliciet) dat niet snel wordt afgeweken van het uitgangspunt dat de rechtsbetrekking hét criterium is om de afnemer te bepalen.³⁰⁸ In dit arrest lijkt de omstandigheid dat de afgenomen diensten feitelijk zijn bedoeld voor een (vrijgesteld) pensioenlichaam van hetzelfde concern, niet relevant te zijn bij de beoordeling of het aftrekrecht toekomt aan de belanghebbende. Tot slot zij gewezen op het arrest *BNB* 2012/55, waarin de Hoge Raad een bewijsvermoeden heeft geïntroduceerd. De Hoge Raad stelt dat degene aan wie de factuur is gericht, geacht wordt de afnemer van de prestatie te zijn behoudens

²⁹⁸ HR 1 mei 2015, nr. 13/06113, *BNB* 2015/143, r.o. 2.3.2.

²⁹⁹ A-G van Hilten, conclusie bij: HR 1 mei 2015, nr. 13/06113, *BNB* 2015/143, r.o. 6.2.10.

³⁰⁰ HvJ EG van 8 maart 1988, Leesportefeuille Intiem, nr. 165/86, *Jur.* 1988, blz. I-1471.

³⁰¹ HvJ EG 6 februari 2003, nr. C-185/01 (Auto Lease Holland), *BNB* 2003/171.

³⁰² HvJ EU 14 september 2017, nr. C-132/16 (Iberdrola), *NTR* 2017/2320, r.o. 35.

³⁰³ J.J.M. Lamers, De parabel van Cheops, *WFR* 2004/1833.

³⁰⁴ M.M.W.D. Merkx, Haagse rechtsbetrekking versus Luxemburgse beschikkingsmacht, *WFR* 2016/33.

³⁰⁵ J.P.W.T.H. Becks & N.P. Arzini, Afnemer? Kiest u maar!, *WFR* 2016/199.

³⁰⁶ Zie ook HvJ EG 7 oktober 2010, Loyalty Management UK en Baxi Group, gevoegde zaken C-53/09 en C-55/09, *V-N* 2010/55.21.

³⁰⁷ HvJ EU 20 juni 2013, nr. C-653/11 (Paul Newey), *BNB* 2014/49.

³⁰⁸ HvJ EU 18 januari 2012, nr. C-28/12 (PPG Holdings), *V-N* 2013/48.17.

tegenbewijs.³⁰⁹ Hummels geeft in zijn annotatie aan dat de Hoge Raad in beginsel een rechtsbetrekking veronderstelt tussen de leverancier en afnemer zoals die op de factuur zijn vermeld.³¹⁰ Oftewel, de inspecteur draagt de bewijslast indien hij van mening is dat een andere partij dan degene die op de factuur is vermeld, als afnemer heeft te gelden. Op grond van de Europese jurisprudentie van het Hof van Justitie heeft de inspecteur twee mogelijkheden. Ten eerste zou de inspecteur kunnen betogen dat geen rechtsbetrekking bestaat tussen de prestatieverrichter en de persoon die op de factuur is vermeld. Daarnaast kan de inspecteur betogen dat de rechtsbetrekking niet de economische realiteit weergeeft, aangezien sprake is van een zuiver kunstmatige constructie.

4.3 Het onlosmakelijke verband

Art. 168 van de Btw-richtlijn bepaalt dat een belastingplichtige gerechtigd is de voorbelasting in aftrek te brengen ter zake van aan hem geleverde goederen en diensten³¹¹ ‘, voor zover de goederen en diensten worden *gebruikt voor* belaste handelingen’. In onder andere het arrest BLP bepaalt het Hof dat de woorden ‘gebruikt voor’ erop wijzen dat een rechtstreeks en onmiddellijk verband is vereist tussen ‘betrokken goederen en diensten’ en ‘belaste handelingen’.³¹² Volgens het Hof van Justitie dient aldus een bepaald verband te bestaan tussen afgenomen goederen en diensten en belaste handelingen voor het ontstaan van het recht op aftrek van voorbelasting.

4.3.1 Terminologische verduidelijking

Allereerst moet de terminologie om dit verband aan te duiden en te analyseren worden verduidelijkt. In onder andere het arrest Midland Bank overweegt het Hof dat:

‘24. (...) een rechtstreekse en onmiddellijke samenhang dient te bestaan tussen een bijzondere handeling *in een eerder stadium* en een of meer *in een later stadium* verrichte handelingen waarvoor recht op aftrek bestaat (...)’.³¹³

Volgens Beelen is deze overweging dubbelzinnig en kan het tot misverstanden leiden aangezien de woorden ‘in een eerder stadium’ en ‘in een later stadium’ duiden op een temporeel element, die het Hof nog niet heeft bedoeld in die rechtsoverweging. In dit verband verwijst hij naar verschillende taalversies van het arrest waarin dit temporele element in de betreffende overweging niet naar voren komt. Het is volgens Beelen het nauwkeuriger om te spreken over ‘inkomende handelingen’ en ‘uitgaande handelingen’.³¹⁴ Van der Wulp merkt vervolgens op dat het Hof niet consequent is in zijn woordgebruik om het vereiste verband aan te duiden. Hij prefereert dan ook om het verband aan te duiden als ‘onlosmakelijk verband’.³¹⁵ In navolging van zowel Beelen als van der Wulp wordt in deze paragraaf zoveel mogelijk gesproken over respectievelijk ‘inkomende handelingen’ en ‘uitgaande handelingen’ en ‘onlosmakelijk verband’. In de praktijk, en ook in veel delen van deze verhandeling, wordt overigens ook gesproken over ‘kosten’ of ‘afgenomen prestaties’ in plaats van over ‘inkomende handelingen’.

³⁰⁹ HR 2 december 2011, nr. 43 813, *BNB* 2012/55.

³¹⁰ C.J. Hummels, annotatie bij: HR 2 december 2011, nr. 43 813, *BNB* 2012/55.

³¹¹ En overigens ook ter zake van door de belastingplichtige intracommunautaire verwervingen (en daarmee gelijkgestelde handelingen), ingevoerde goederen en met goederenleveringen of met diensten gelijkgestelde handelingen.

³¹² HvJ EG 6 april 1995, nr. C-4/94 (BLP), *FED* 1995/495, r.o. 19, en zie bijv. ook HvJ EG 22 februari 2001, nr. C-408/98 (Abbey National I), *V-N* 2001/15.26, r.o. 25, HvJ E 8 februari 2007, nr. C-435/05 (Investrand), *BNB* 2007/308, r.o. 23, HvJ EG 26 mei 2005, nr. C-465/03 (Kretztechnik), *BNB* 2005/313, r.o. 35.

³¹³ HvJ EG 8 juni 2000, nr. C-98/98 (Midland Bank), *BNB* 2001/118, r.o. 24.

³¹⁴ S.T.M. Beelen, *Aftrek van btw als (belaste) omzet ontbreekt*, Deventer, Kluwer, 2009, blz. 123.

³¹⁵ M.D.J. van der Wulp, *Btw-aftrek bij onbelastbare handelingen: zoeken naar verbondenheid*, *TFO* 2017/149.3, en zie ook A.J. van Doesum en H.W.M. van Kesteren, *De onlosmakelijke samenhang tussen kosten en belastbare handelingen*, *WFR* 2012/885.

4.3.2 De aard van het onlosmakelijke verband

Het Hof van Justitie heeft de aard van onlosmakelijke verband in zijn rechtspraak niet geconcretiseerd. In het arrest *Midland Bank* vraagt de verwijzende rechter expliciet naar de aard van het onlosmakelijke verband. Het Hof overweegt echter dat, gelet op de verscheidenheid van alle handelstransacties, het niet realistisch is de vereiste samenhang nauwkeuriger te formuleren.³¹⁶ Van Doesum en van Kesteren hebben uit de jurisprudentie drie criteria gedistilleerd die het Hof doorgaans hanteert om te bepalen of een onlosmakelijk verband valt te onderkennen. Zij spreken over de volgende drie criteria: (1) verdiscontering, (2) finaliteit en (3) causaliteit.³¹⁷

De verdisconteringsgedachte houdt in dat de kosten van inkomende handelingen een bestanddeel vormen van de prijs van de uitgaande handelingen dan wel de prijs de producten van de onderneming.³¹⁸ Het verdisconteringscriterium is de toepassing van de bepaling van art. 1 lid 2 van de Btw-richtlijn, die stelt dat het btw-stelsel berust op het beginsel dat op goederen en diensten een algemene verbruiksbelasting wordt geheven die strikt evenredig is aan de prijs. Cornielje geeft aan dat de kiem van de verdisconteringstoets is gelegd in het arrest BLP³¹⁹, en verder is uitgewerkt in het arrest *Midland Bank*³²⁰. In het arrest BLP geeft het Hof immers voor het eerst aan dat de woorden ‘gebruikt voor’ een onlosmakelijk verband impliceren.³²¹ In het arrest *Midland Bank* overweegt het Hof dat het onlosmakelijke verband veronderstelt dat de kosten van inkomende handelingen een van de bestanddelen vormen van de prijs van de belaste handelingen. Deze invulling van het onlosmakelijke verband, de veronderstelde verdiscontering, is in latere jurisprudentie meerdere keren herhaald door het Hof van Justitie.³²²

Het causaliteitscriterium toetst of een causaal verband bestaat tussen inkomende handelingen en uitgaande handelingen. Cornielje lijkt een grote waarde te hechten aan het causaliteitscriterium en stelt dat de causaliteit een noodzakelijke voorwaarde is voor het ontstaan van het recht op aftrek van voorbelasting. Indien het oorzakelijke verband tussen kosten en de algehele economische activiteit ontbreekt, kan in principe geen recht op aftrek van voorbelasting bestaan.³²³ Er is sprake van een causaal verband tussen kosten en belastbare handelingen of tussen de kosten en de economische activiteit indien de kosten zijn aan te merken als het gevolg.

Het finaliteitscriterium vereist dat kosten zijn gemaakt *met het oog op* belastbare handelingen. Oftewel, met het finaliteitscriterium wordt het doel van de kosten geanalyseerd. Van Doesum en van Kesteren geven aan dat het finaliteitscriterium volgt uit de zinsnede *gebruikt voor* van art. 168 van de Btw-richtlijn.³²⁴ Van der Wulp spreekt over een objectief verband. Hiervan is sprake indien de kosten ten behoeve van belastbare handelingen worden gemaakt.³²⁵ Van der Wulp lijkt met het objectieve verband derhalve te doelen op het finale verband. Daarentegen wijst van der Wulp impliciet op een belangrijk punt: de finaliteit dient te kunnen worden onderbouwd. Een finaal verband zou anders slechts een intentie omhelzen, die sterk afhankelijk kan zijn van subjectieve omstandigheden. De intentie kan worden aangetoond aan de hand van objectieve gegevens zoals de aard of de kenmerken van de inkomende handeling. Van Doesum en van Kesteren geven aan dat het finaliteitscriterium soms de vorm

³¹⁶ HvJ EG 8 juni 2000, nr. C-98/98 (*Midland Bank*), *BNB* 2001/118, r.o. 25.

³¹⁷ A.J. van Doesum en H.W.M. van Kesteren, De onlosmakelijke samenhang tussen kosten en belastbare handelingen, *WFR* 2012/885.

³¹⁸ HvJ EG 22 februari 2001, nr. C-408/98 (*Abbey National I*), *V-N* 2001/15.26, r.o. 28 & 35.

³¹⁹ HvJ EG 6 april 1995, nr. C-4/94 (BLP), *FED* 1995/495

³²⁰ HvJ EG 8 juni 2000, nr. C-98/98 (*Midland Bank*), *BNB* 2001/118, r.o. 25.

³²¹ S.B. Cornielje, *Fusies en overnames in de Europese BTW*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 241.

³²² HvJ EG 22 februari 2001, nr. C-408/98 (*Abbey National I*), *V-N* 2001/15.26, r.o. 28, HvJ EG 27 september 2001, nr. C-16/00 (*Cibo Participations*), *FED* 2002/31, r.o. 32.

³²³ S.B. Cornielje, *Fusies en overnames in de Europese BTW*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 246.

³²⁴ S.B. Cornielje, *Fusies en overnames in de Europese BTW*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 243.

³²⁵ M.D.J. van der Wulp, Btw-aftrek bij onbelastbare handelingen: zoeken naar verbondenheid, *TFO* 2017/149.3.

aanneemt van een investeringstoets. In dit verband bedoelen zij dat het Hof in sommige gevallen de wijze waarop de opbrengst van een onbelastbare handeling wordt aangewend, relevant acht bij de beoordeling of een onlosmakelijk verband bestaat tussen bepaalde kosten en de algehele economische activiteit. Zij stellen dat deze investeringstoets slechts kan worden toegepast bij kosten die bedrijfseconomisch toerekenbaar zijn aan onbelastbare handelingen. De investeringstoets wordt in onderdeel 4.6 uitgebreid besproken.

4.4 De hoedanigheid als belastingplichtige

Als voorwaarde voor het toekennen van het recht op aftrek van voorbelasting geldt dat de afnemer van inkomende handelingen kwalificeert als belastingplichtige. Daarnaast moet de belastingplichtige de goederen en diensten ook afnemen in de *hoedanigheid* als belastingplichtige.³²⁶ Het aftrekrecht ontstaat immers slechts voor zover de goederen en diensten worden afgenomen ten behoeve van de economische activiteit van de belastingplichtige.³²⁷ Het onlosmakelijke verband ontbreekt indien goederen en diensten bijvoorbeeld worden afgenomen in de hoedanigheid als particuliere consument, zoals bepaalde privé-uitgaven, of in de hoedanigheid als publiekrechtelijke lichaam, zoals bedoeld is in art. 13 van de Btw-richtlijn. Aangezien dergelijke goederen en diensten niet worden afgenomen ten behoeve van een economische activiteit, is het recht op aftrek van voorbelasting bij voorbaat onvoorwaardelijk en geheel uitgesloten.³²⁸

Het Hof gebruikt het concept van het onlosmakelijk verband als vereiste in het kader van art 168 van de Btw-richtlijn.³²⁹ De functie van art. 168 van de Btw-richtlijn lijkt meervoudig aangezien het zowel de voorwaarden voor het ontstaan van het aftrekrecht bepaalt, alsmede van belang is bij de bepaling van de *omvang* van het aftrekrecht. Op grond van deze bepaling is immers de ‘Midland Bank-doctrine’³³⁰ ontwikkeld waarmee de omvang van het recht op aftrek van voorbelasting wordt bepaald.³³¹ Het wettelijk kader werkt daarom ‘systematisch verwarrend’.³³² Het Hof van Justitie voorkomt deze systematische onduidelijkheid echter niet. Deze systematische onduidelijkheid kan worden voorkomen door in alle gevallen twee stappen te onderscheiden. Ten eerste moet worden bepaald of goederen en diensten in de hoedanigheid als belastingplichtige worden afgenomen. Indien dit het geval is, is het aftrekrecht in beginsel definitief en onvoorwaardelijk verworven.³³³ Nadat vaststaat dat goederen en diensten in de hoedanigheid als belastingplichtige worden afgenomen, moet de omvang van het aftrekrecht worden bepaald door onderscheid te maken tussen directe kosten en algemene kosten. Deze paragraaf analyseert de criteria die gelden om te bepalen of inkomende handelingen worden verricht in de hoedanigheid als belastingplichtige waardoor het aftrekrecht kan ontstaan. In paragraaf 4.5 wordt de tweede stap geanalyseerd om de omvang van het aftrekrecht te benaderen.

Inkomende handelingen worden verricht in de hoedanigheid als belastingplichtige indien een onlosmakelijk verband bestaat tussen de inkomende handelingen en de algehele economische activiteit. Het aftrekrecht wordt definitief niet verworven indien inkomende handelingen niet worden verricht in de hoedanigheid als belastingplichtige. Het Hof van Justitie heeft in zijn jurisprudentie immers meerdere malen bepaald dat voor het ontstaan van het aftrekrecht is vereist dat een persoon handelt in de

³²⁶ HvJ EU 22 maart 2012, nr. C-153/11 (Klub), *V-N* 2012/25.16.

³²⁷ HvJ EU 22 maart 2012, nr. C-153/11 (Klub), *V-N* 2012/25.16, r.o. 40 t/m 41.

³²⁸ Aldus ook S.B. Cornielje, *Fusies en overnames in de Europese BTW*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 246.

³²⁹ HvJ EG 6 april 1995, nr. C-4/94 (BLP), *FED* 1995/495, r.o. 19.

³³⁰ Deze term heb ik ontleend aan A-G Overgaauw, conclusie bij HR 28 maart 2014, nr. 42 868, *V-N* 2014/17.20.14.

³³¹ Aldus ook B. Willemsen, *Het gambiet van het recht op aftrek van voorbelasting*, *TFO* 2017/149.1.

³³² Deze term heb ik ontleend aan B. Willemsen, *Het gambiet van het recht op aftrek van voorbelasting*, *TFO* 2017/149.1.

³³³ HvJ EG 14 februari 1985, nr. C-268/83 (Rompelman), *Jur.* 1985, blz. I-655 en HvJ EG 29 februari 1996, nr. C-110/94 (INZO), *Jur.* 1996, blz. I-857.

hoedanigheid als belastingplichtige.³³⁴ Dit vereiste is van belang omdat het aftrekrecht slechts op één moment ontstaat, namelijk op het moment dat de btw wordt verschuldigd door de leverancier of door de belastingplichtige³³⁵ (art. 167 van de Btw-richtlijn). Dit is doorgaans het (aangifte)tijdvak waarin het belastbare feit zich voordoet. Willemsen duidt deze eerste stap aan als ‘een fatale eerste poort’.³³⁶ Het Hof overweegt in het arrest Lennartz³³⁷ en het arrest Waterschap Zeeuws Vlaanderen³³⁸ dat als goederen en diensten initieel niet zijn afgenomen in de hoedanigheid als belastingplichtige, het aftrekrecht niet op een later moment alsnog kan ontstaan, ongeacht of de afgenomen goederen en diensten op een later door de belastingplichtige worden *gebruikt* in de hoedanigheid als belastingplichtige.³³⁹

Zoals in paragraaf 4.3 reeds is beschreven, bestaat het onlosmakelijke verband uit de volgende drie onderdelen: verdiscontering, causaliteit en finaliteit. De onderdelen finaliteit en causaliteit spelen naar mijns inziens een principiële rol bij de vraag of inkomende handelingen worden verricht in de hoedanigheid als belastingplichtige. De verdiscontering moet in dit verband gezien worden als een logisch gevolg van de causaliteit en finaliteit. Deze ordening wordt in het onderstaande toegelicht.

De objectieve finaliteit is hét criterium om te bepalen of het aftrekrecht is ontstaan. De belastingplicht en het daarmee samenhangende aftrekrecht ontstaat immers definitief en onvoorwaardelijk op het moment dat de eerste investeringsuitgaven worden gedaan ter verwezenlijking van een onderneming.³⁴⁰ Oftewel, de intentie waarmee de goederen en diensten worden afgenomen is de doorslaggevende factor voor het verkrijgen van het aftrekrecht. De belastingautoriteiten kunnen evenwel verlangen dat de belastingplichtige deze intentie met objectieve gegevens aantoont.³⁴¹ Het gaat derhalve om een objectief finaal verband, oftewel finaliteit die kan worden onderbouwd met objectieve gegevens. Het is in dit kader overigens niet van belang of de economische activiteit daadwerkelijk wordt verwezenlijkt. De belastingplicht vangt bijvoorbeeld al aan op het moment dat kosten worden gemaakt om de rentabiliteit van een mogelijke, toekomstige economische activiteit te onderzoeken waardoor de voorbelasting ten aanzien van dergelijke initiële investeringen in aftrek kunnen worden gebracht.³⁴² Dergelijke kosten worden immers gemaakt met als doel om een economische activiteit te verwezenlijken. Het definitief verworven aftrekrecht kan daarnaast niet worden teruggedraaid, door bijvoorbeeld de toepassing van de herzieningsregeling.³⁴³ De initiële intentie is dus van doorslaggevend belang voor het ontstaan van het recht op aftrek. Ook uit het arrest Lennartz³⁴⁴ en het arrest Waterschap Zeeuws Vlaanderen³⁴⁵ valt, a contrario, af te leiden dat de finaliteit doorslaggevend is voor het ontstaan van het recht op aftrek van voorbelasting in de beginfase van de onderneming. De intentie waarmee eerste investeringsuitgaven worden gedaan, is tenslotte de doorslaggevende factor voor het al dan niet onvoorwaardelijk ontstaan van het aftrekrecht. Ten slotte blijkt het belang van het finaliteitscriterium uit een grammaticale interpretatie van art. 168 van de Btw-richtlijn. Zoals reeds uiteengezet, ontstaat slechts recht op aftrek

³³⁴ HvJ EG 11 juli 1991, nr. C-97/90 (Lennartz), *FED* 1991/647, HvJ EG 2 juni 2005, nr. C-378/02 (Waterschap Zeeuws Vlaanderen), *BNB* 2007/220 en HvJ EU 22 maart 2012, nr. C-153/11 (Klub), *V-N* 2012/25.16.

³³⁵ De btw is verschuldigd door de belastingplichtige indien de verleggingsregeling van toepassing is of indien er sprake is van intracommunautaire verwervingen en invoer. Zie art. 193 t/m art. 205 van de Btw-richtlijn.

³³⁶ B. Willemsen, Het gambiet van het recht op aftrek van voorbelasting, *TFO* 2017/149.1.

³³⁷ HvJ EG 11 juli 1991, nr. C-97/90 (Lennartz), *FED* 1991/647.

³³⁸ HvJ EG 2 juni 2005, nr. C-378/02 (Waterschap Zeeuws Vlaanderen), *BNB* 2007/220.

³³⁹ In beide arresten geeft het Hof aan dat de regeling voor herziening van het aftrekrecht ad art. 187 van de (huidige) Btw-richtlijn slechts van belang is om de *omvang* van het aftrekrecht te bepalen. De herzieningsregel kan echter geen aftrekrecht doen ontstaan.

³⁴⁰ HvJ EG 14 februari 1985, nr. C-268/83 (Rompelman), *Jur.* 1985, blz. I-655.

³⁴¹ HvJ EG 14 februari 1985, nr. C-268/83 (Rompelman), *Jur.* 1985, blz. I-655, r.o. 24 en HvJ EG 29 februari 1996, nr. C-110/94 (INZO), *Jur.* 1996, blz. I-857, r.o. 23.

³⁴² HvJ EG 29 februari 1996, nr. C-110/94 (INZO), *Jur.* 1996, blz. I-857.

³⁴³ HvJ EG 15 januari 1998, nr. C-37/95 (Ghent Coal), *V-N* 1998/29.14.

³⁴⁴ HvJ EG 11 juli 1991, nr. C-97/90 (Lennartz), *FED* 1991/647.

³⁴⁵ HvJ EG 2 juni 2005, nr. C-378/02 (Waterschap Zeeuws Vlaanderen), *BNB* 2007/220.

van voorbelasting voor zover inkomende handelingen *gebruikt* worden *voor* belaste handelingen. Belastingplichtigen dienen op het moment van het verrichten van de inkomende handelingen aan te tonen dat zij deze goederen en diensten voor belaste handelingen gaan gebruiken. Bij deze *ex ante* beoordeling is het enige relevante en bruikbare criterium de objectieve finaliteit, aangezien van verdiscontering en causaliteit nog geen sprake kan zijn.

Uit de Europese jurisprudentie van het Hof van Justitie valt af te leiden dat het verdisconteringscriterium bij het ontstaan van het recht op aftrek in sommige gevallen een meer ondergeschikte rol speelt. Zou het verdisconteringscriterium een principiële rol spelen bij het ontstaan van het aftrekrecht, dan is het niet vanzelfsprekend dat het aftrekrecht onvoorwaardelijk wordt toegekend op het moment dat de eerste investeringsuitgaven worden gedaan. Van eventuele (toekomstige) verdiscontering is immers nog geen sprake. Het voorwaardelijk toekennen van het recht op aftrek zou op grond van de verdiscontering meer voor de hand liggen. Daarnaast is het op grond van de verdisconteringsgedachte niet logisch dat het aftrekrecht niet nog op een later moment kan ontstaan dan op het moment dat goederen en diensten worden afgenomen.³⁴⁶ Op grond van de verdisconteringsgedachte zou het systematischer zijn om op een later moment alsnog recht op aftrek van voorbelasting toe te kennen indien de belastingplichtige kan aantonen dat de kosten onderdeel vormen van de bestanddelen van de prijs van de producten van de onderneming. Omdat deze mogelijkheid evenwel niet wordt geboden, lijkt het verdisconteringscriterium bij het ontstaan van het recht op aftrek van voorbelasting een meer ondergeschikte rol te spelen.

Volgens van Doesum en van Kesteren gaat het Hof met de causaliteitstoets doorgaans na of kosten het gevolg zijn van uitgaande handelingen. Daarom stellen zij dat het causaliteitscriterium slechts een rol speelt bij kosten die worden gemaakt nadat uitgaande handelingen zijn verricht.³⁴⁷ Van der Wulp meent daarentegen dat het Hof doorgaans nagaat of bepaalde kosten hun oorzaak vinden in de economische activiteit. Hij stelt daarom dat het causaliteitscriterium niet alleen een rol speelt bij nakomende kosten.³⁴⁸ Deze ogenschijnlijke tegenstrijdigheid kan worden verduidelijkt door onderscheid te maken tussen een onlosmakelijk verband dat kan bestaan tussen een inkomende handeling en een specifieke uitgaande handeling enerzijds en een onlosmakelijk verband tussen een inkomende handelingen en de algehele economische activiteit anderzijds. In het kader van direct toerekenbare kosten stellen van Doesum en van Kesteren dat een causaal verband bestaat indien een belaste handeling de oorzaak is van bepaalde de kosten (het gevolg). Het is uiteraard niet mogelijk dat het gevolg, in dit verband de kosten, zich eerder voordoet dan hetgeen waardoor het veroorzaakt wordt, in dit verband de belaste handeling. Hierbij dient te worden opgemerkt dat een belaste uitgaande handeling één specifieke handeling is, die zich dus op slechts één moment voordoet. De economische activiteit beslaat echter een periode, namelijk vanaf het moment dat de eerste investeringsuitgaven zich voordoen³⁴⁹ en uiterlijk tot het moment dat de periode van liquidatie is afgesloten.³⁵⁰ Van der Wulp heeft in zoverre gelijk dat het causale verband tussen inkomende handelingen en de algehele economische activiteit niet alleen ziet op nakomende kosten (lees: kosten die opkomen na de periode waarin sprake is van de economische activiteit). Echter kunnen de inkomende handelingen zich niet op een *eerder* moment voordoen dan de periode waarin sprake is van een economische activiteit. Kosten die zich voordoen *voor* het moment van de eerste

³⁴⁶ Zoals volgt uit HvJ EG 11 juli 1991, nr. C-97/90 (Lennartz), *FED* 1991/647 en HvJ EG 2 juni 2005, nr. C-378/02 (Waterschap Zeeuws Vlaanderen), *BNB* 2007/220.

³⁴⁷ A.J. van Doesum en H.W.M. van Kesteren, De onlosmakelijke samenhang tussen kosten en belastbare handelingen, *WFR* 2012/885.

³⁴⁸ M.D.J. van der Wulp, Btw-aftrek bij onbelastbare handelingen: zoeken naar verbondenheid, *TFO* 2017/149.3.

³⁴⁹ HvJ EG 14 februari 1985, nr. C-268/83 (Rompelman), *Jur.* 1985, blz. I-655, HvJ EG 29 februari 1996, nr. C-110/94 (INZO), *Jur.* 1996, blz. I-857 en HvJ EG 15 januari 1998, nr. C-37/95 (Ghent Coal), *V-N* 1998/29.14.

³⁵⁰ HvJ EG 3 maart 2005, nr. C-32/03 (Fini H), *FED* 2005/72.

investeringsuitgaven worden namelijk per definitie niet in de hoedanigheid als belastingplichtige gemaakt.

Het causaliteitscriterium is een *conditio sine qua non*: het aftrekrecht kan alleen ontstaan indien sprake is van causaliteit. Het aftrekrecht ontstaat echter niet noodzakelijkerwijs indien sprake is van causaliteit. Dat het causale verband een noodzakelijke voorwaarde is, volgt uit het arrest Investrand. In dit arrest bepaalt het Hof dat de btw op advieskosten die zijn afgenomen ten behoeve van een geschil omtrent een variabele vergoeding van een in het verleden voorgedane aandelenverkoop, niet in aftrek kan worden gebracht. Het Hof overweegt allereerst dat de verkoop van de aandelen buiten de werkingssfeer van de btw valt. Desalniettemin kan volgens het Hof recht op aftrek van voorbelasting bestaan indien de kosten deel uitmaken van de algemene kosten van de belastingplichtige. Oftewel, het Hof gaat na of de kosten ook in de *hoedanigheid* als belastingplichtige worden gemaakt aangezien Investrand op het moment dat de advieskosten worden gemaakt kwalificeert als belastingplichtige. In het kader van het belang van het causaliteitscriterium is rechtsoverweging 33 interessant.

“33. Derhalve kan niet worden aangenomen dat de kosten voor deze diensten zijn *gemaakt ten behoeve van en met het oog* op de belastbare activiteiten van Investrand. Aangezien deze kosten niet uitsluitend in deze activiteiten hun oorzaak vinden, houden zij dus daarmee niet rechtstreeks en onmiddellijk verband.”³⁵¹

Oftewel, het causale verband is een noodzakelijk onderdeel van een onlosmakelijk verband tussen kosten en de gehele economische activiteit. Indien het causale verband ontbreekt, ontbreekt naar mijns inziens ook het finale verband. Het Hof bezigt immers de woorden ‘ten behoeve van’ en ‘met het oog op’ om het onlosmakelijke verband aan te duiden. Dat het causale verband niet voldoende is voor het ontstaan van het recht op aftrek van voorbelasting, blijkt onder meer uit het arrest Becker.³⁵² In dit arrest overweegt het Hof nadrukkelijk dat het causale verband niet automatisch inhoudt dat goederen en diensten ten behoeve van belaste handelingen of de economische activiteit worden verricht. A-G Kokott stelt in haar conclusie bij het recent gewezen arrest Iberdrola dat “het begrip “gebruik” (...) strikter (is) dan het begrip “oorzaak””.³⁵³

In sommige gevallen lijkt het Hof uitsluitend belang te hechten aan de causaliteit om het onlosmakelijke verband te concluderen. Hierbij zij gewezen op het arrest Fini H. In de situatie van het arrest Fini H stond het causale verband tussen de nakomende kosten en de economische activiteit buiten kijf. De huurbetalingen kwamen voort uit het huurcontract dat ten tijde van de economische activiteit was gesloten. Het is echter moeilijk denkbaar dat in een dergelijke periode een finaal verband bestaat tussen kosten en belaste handelingen. Een finaal verband impliceert immers dat kosten worden gemaakt voordat bepaalde handelingen worden verricht. Daarnaast lijkt eventuele verdiscontering niet meer mogelijk. Van Doesum en van Kesteren menen uit dit arrest op te maken dat het finaliteitscriterium van belang kan zijn indien kosten worden gemaakt met het oog op een activiteit die al heeft plaatsgevonden.³⁵⁴ Dit lijkt mij evenwel niet het geval. In het arrest Fini H bepaalt het Hof allereerst dat de economische activiteit strekt tot en met de periode van de liquidatie van de onderneming. Oftewel, de belanghebbende blijft belastingplichtige tot het moment dat de huurovereenkomst wordt beëindigd. Het Hof maakt vervolgens geen onderscheid tussen directe kosten en algemene kosten. Dit is overigens ook niet nodig aangezien de economische activiteit van belanghebbende een volledig belaste is geweest. De kosten zijn echter geen directe kosten omdat van belaste uitgaande handelingen geen sprake meer is.

³⁵¹ HvJ EG 8 februari 2007, nr. C-435/05 (Investrand), *BNB* 2007/308, in het bijzonder r.o. 29 t/m 38.

³⁵² HvJ EU 21 februari 2013, nr. C-104/12 (Becker), *V-N* 2013/17.18.

³⁵³ A-G Kokott, conclusie bij HvJ EU 14 september 2017, nr. C-132/16 (Iberdrola), *NTFR* 2017/1173.

³⁵⁴ A.J. van Doesum en H.W.M. van Kesteren, De onlosmakelijke samenhang tussen kosten en belastbare handelingen, *WFR* 2012/885.

De kosten worden overigens wel in de hoedanigheid als belastingplichtige gemaakt omdat de kosten *ten behoeve* van de nog bestaande economische activiteit worden gemaakt. Deze nog bestaande economische activiteit bestaat echter niet meer uit uitgaande handelingen. Fini H heeft immers ook recht op aftrek van voorbelasting ter zake van aan de huur verbonden uitgaven zoals verwarmings-, elektriciteits- en telefoonkosten. Deze worden allen gemaakt ten behoeve van de nog bestaande economische activiteit.

In het arrest PPG Holdings lijkt het Hof ook uitsluitend belang te hechten aan het causale verband om een onlosmakelijk verband te concluderen. Het Hof van Justitie kent belanghebbende recht op aftrek van voorbelasting toe voor afgenomen diensten die feitelijk zijn bedoeld voor prestaties inzake pensioenen die worden verricht door een afzonderlijk pensioenlichaam. Hierbij overweegt het Hof dat PPG een wettelijke verplichting nakomt door de pensioenen van zijn werknemers onder te brengen in een juridisch afgescheiden entiteit. In rechtsoverweging 26 van het arrest PPG Holdings stelt het Hof het volgende:

‘‘26. In die omstandigheden kan worden geconstateerd dat de belastbare activiteiten van de belastingplichtige de *uitsluitende oorzaak* van de in een eerder stadium afgenomen diensten vormen en dat er een rechtstreeks en onmiddellijk verband bestaat.’’³⁵⁵

Op grond van de bovenstaande overweging zou betoogd kunnen worden dat slechts het causale verband van doorslaggevende factor is. Van verdiscontering kan immers slechts sprake zijn indien de kosten worden doorbelast aan het pensioenlichaam. Ogenschijnlijk lijkt het finale verband tussen de inkomende handelingen de algehele economische activiteit van de belanghebbende ook te ontbreken. Het Hof overweegt echter dat de neutraliteit niet gegarandeerd is indien het aftrekrecht van belastingplichtigen kan worden beperkt door de naleving van een wettelijke verplichting. Naar men mag aannemen worden de kosten evenwel gemaakt ten behoeve van de economische activiteit van een belastingplichtige. Pensioenkosten worden in de praktijk tenslotte aangemerkt als onderdeel van de arbeidskosten. Dat er doorgaans een finaal verband bestaat tussen arbeidskosten en de algehele economische activiteit is niet voor redelijke twijfel vatbaar. In het arrest PPG Holdings lijkt aldus sprake te zijn van zowel een finale verband als een causaal verband tussen de inkomende handelingen en de algehele economische activiteit.

4.5 Toerekenen van kosten

Nadat vaststaat dat bepaalde kosten zijn gemaakt in de hoedanigheid als belastingplichtige, moet de omvang van het recht op aftrek van voorbelasting worden bepaald. Om de omvang van de aftrek van voorbelasting te bepalen, moet onderscheid worden gemaakt tussen directe kosten en algemene kosten. Het maken van dit onderscheid is gebaseerd op de Midland Bank doctrine.³⁵⁶ Er is sprake van directe kosten indien een onlosmakelijk verband bestaat tussen inkomende handelingen en specifieke uitgaande belastbare handelingen. De overblijvende, niet direct toerekenbare kosten maken deel uit van de algemene kosten.

4.5.1 Directe kosten

Het onderscheid tussen directe kosten en algemene kosten wordt gemaakt door zoveel mogelijk kosten toe te rekenen aan specifieke belastbare uitgaande handelingen. De directe toerekening van kosten aan specifieke belastbare uitgaande handelingen geschiedt door te onderzoeken of een onlosmakelijk

³⁵⁵ HvJ EU 18 januari 2012, nr. C-28/12 (PPG Holdings), *V-N* 2013/48.17, r.o. 26.

³⁵⁶ A-G Overgaauw, conclusie bij HR 28 maart 2014, nr. 42 868, *V-N* 2014/17.20.14.

verband bestaat tussen de desbetreffende kosten en de specifieke belastbare uitgaande handelingen. Het onlosmakelijke verband bestaat uit drie onderdelen, namelijk de verdiscontering, causaliteit en finaliteit.

Van Doesum en van Kesteren stellen dat de veronderstelde verdiscontering van groot belang is om te bepalen of kosten te beschouwen zijn als directe kosten. In dit verband wijzen zij op het arrest Midland Bank en het arrest SKF. In het arrest BLP stelt het Hof dat de formulering "(...) ‘gebruikt voor’ (...) erop (wijst), dat het in het lid 2 bedoelde recht op aftrek een rechtstreekse en onmiddellijke samenhang vereist tussen de betrokken goederen of diensten en de belaste handelingen”.³⁵⁷ In het arrest Midland Bank stelt het Hof, mede met de verwijzing naar de zojuist aangehaalde passage uit het arrest BLP, dat het recht op aftrek van voorbelasting:

“30. (...) vooronderstelt dat de kosten die voor het verwerven van die goederen of diensten zijn gemaakt, een van de bestanddelen van de prijs van de belaste handelingen zijn. Die kosten moeten dus een onderdeel zijn van de prijs van de in een later stadium verrichte handelingen waarbij gebruik wordt gemaakt van die goederen en diensten”.³⁵⁸

Uit de bovenstaande passage blijkt dat het feitelijke gebruik van de afgenomen goederen en diensten centraal staat bij de beoordeling of de kosten kunnen worden toegerekend aan directe kosten. Cornielje stelt naar aanleiding van het arrest Midland Bank dat de verdisconteringsstoets een juridische veronderstelling is die voortvloeit uit het feitelijke gebruik.³⁵⁹ In de literatuur bestaat overigens geen consensus over de vraag of kosten daadwerkelijk en volledig moeten worden doorberekend in de prijs van uitgaande handelingen. In de arresten Midland Bank, Abbey National I en Cibo veronderstelt het Hof van Justitie immers dat kosten worden verdisconteerd in de prijzen van de uitgaande handelingen.³⁶⁰ De onduidelijkheid wordt vooral veroorzaakt door het arrest SKF. In rechtsoverweging 62 van het arrest SKF overweegt het Hof het volgende:

“62. (...) Om een dergelijk rechtstreeks en onmiddellijk verband vast te stellen, is het namelijk van belang te weten of de gedane uitgaven kunnen worden opgenomen in de prijs van de aandelen die SKF wil overdragen, dan wel of zij *uitsluitend* deel uitmaken van de bestanddelen van de prijs van de producten van SKF.”³⁶¹

De woorden ‘uitsluitend’ lijken volgens Lamers en Merckx een analyse voor te staan om te bepalen of de kosten daadwerkelijk zijn doorberekend in de prijzen van de producten van SKF om deze als algemene kosten aan te merken. Volgens hen zou dit, a contrario, kunnen betekenen dat de btw deels niet aftrekbaar is bij een niet-kostendekkende vergoeding.³⁶² Blokland stelt daarentegen, met verwijzing naar andere taalversies van het arrest, dat het woord ‘uitsluitend’ de betekenis heeft van ‘slechts’. Volgens Blokland heeft het Hof alleen getracht een onderscheid te maken tussen directe kosten en algemene kosten. Hij stelt dat er in het algemeen bepaalde kosten zijn die heel nauw zijn verbonden met een aandelenoverdracht. Verondersteld kan worden dat deze onderdeel uitmaken van de bestanddelen van de prijs van de aandelen. Daarnaast worden bij dergelijke transacties doorgaans ook kosten gemaakt die normaliter zijn aan te merken als algemene kosten. Ten aanzien van dergelijke kosten kan worden verondersteld dat deze deel uitmaken van de prijs alle producten.³⁶³ Mede gelet op hetgeen Blokland

³⁵⁷ HvJ EG 6 april 1995, nr. C-4/94 (BLP), *FED* 1995/495, r.o. 19.

³⁵⁸ HvJ EG 8 juni 2000, nr. C-98/98 (Midland Bank), *BNB* 2001/118, r.o. 30.

³⁵⁹ S.B. Cornielje, *Fusies en overnames in de Europese BTW*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 244.

³⁶⁰ HvJ EG 22 februari 2001, nr. C-408/98 (Abbey National I), *V-N* 2001/15.26, r.o. 28 en HvJ EG 8 juni 2000, nr. C-98/98 (Midland Bank), *BNB* 2001/118, r.o. 30.

³⁶¹ HvJ EG 29 oktober 2009, nr. C-29/08 (SKF), *BNB* 2010/251, r.o. 62.

³⁶² Aldus ook J.J.M. Lamers en M.M.W.D. Merckx, *Btw, een kosten-batenanalyse*, *WFR* 2010/907.

³⁶³ W.J. Blokland, *Omzetbelastingaspecten van ondernemingsfinanciering*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 128.

heeft gesteld, lijkt het Hof in het arrest SKF niet een daadwerkelijke verdiscontering te vereisen. Indien overigens een daadwerkelijke verdiscontering zou zijn vereist, ontstaat de mogelijkheid om de verdisconteringstoets te manipuleren en zodoende het recht op aftrek van voorbelasting op een gekunstelde manier te constitueren. Aftrek van voorbelasting zou bijvoorbeeld bewerkstelligd kunnen worden voor inkomende handelingen die feitelijk uitsluitend worden gebruikt voor vrijgestelde uitgaande handelingen, door deze inkomende handelingen middels een kostendoorbelasting aan belaste uitgaande handelingen toe te rekenen. Dergelijke kosten maken zo immers uitsluitend deel uit van de bestanddelen van de prijs van de belaste uitgaande handelingen.

Daarnaast, zoals Lamers en Merckx a contrario stellen, impliceert een daadwerkelijke verdiscontering een volledige verdiscontering. Een volledige verdiscontering is echter in strijd met het rechtskarakter van de btw. Indien alle kosten immers verdisconteert dienen te worden, moet de vergoeding voor een prestatie in ieder geval gelijk zijn aan de kostprijs van een prestatie.³⁶⁴ Zoals reeds in hoofdstuk 3 betoogd, is het in beginsel voor de beoordeling van belastbaarheid op objectniveau niet relevant of de vergoeding lager (of hoger) is dan de kostprijs. Dit blijkt onder meer uit het arrest Hotel Scandic³⁶⁵ en het meer recent gewezen arrest Gemeente Woerden³⁶⁶. Van der Wulp leidt uit het arrest Sveda af dat een volledige verdiscontering volgens het Hof niet nodig is om het onlosmakelijke verband vast te stellen tussen kosten en de algehele economische activiteit.³⁶⁷ Het Hof geeft in het arrest Sveda immers aan dat ook sprake is van een onlosmakelijk verband als de kosten slechts *ten dele* worden opgenomen in de prijs van de uitgaande handelingen.³⁶⁸ Gelet op deze arresten lijkt een volledige verdiscontering niet noodzakelijk voor de vaststelling van een onlosmakelijk verband. Omdat een volledige verdiscontering niet noodzakelijk is, is een daadwerkelijke verdiscontering moeilijk denkbaar. De verdisconteringstoets is immers mede bedoeld om onderscheid te maken tussen directe kosten en algemene kosten. Van directe kosten is sprake indien een onlosmakelijk verband bestaat tussen deze kosten en specifieke belastbare uitgaande handelingen. Als dit onlosmakelijke verband ontbreekt, maken de kosten deel uit van de algemene kosten. De stelling dat kosten volledig toerekenbaar zijn aan een bepaalde belaste handeling maar slechts deels een bestanddeel vormt van de prijs van die handeling lijkt een contradictie. Want indien directe kosten slechts voor een bepaald deel een bestanddeel vormen van de prijs, is het overige gedeelte van de directe kosten niet aan te merken als directe kosten. Een daadwerkelijke verdiscontering lijkt daarom niet juist te zijn.

De veronderstelde verdiscontering vloeit dus voort uit het feitelijke gebruik. Cornielje geeft aan dat in latere arresten het gebruikscriterium, zoals verwoord is in het arrest Midland Bank³⁶⁹, meer op de achtergrond raakt.³⁷⁰ In het onder andere het arrest Sveda overweegt het Hof dat bij de beoordeling van het onlosmakelijke verband nationale belastingautoriteiten en rechterlijke instanties:

‘‘29. (...) alle omstandigheden waarin de betrokken verrichtingen hebben plaatsgevonden in de beschouwing moeten betrekken en alleen rekening moeten houden met de verrichtingen die objectief verband houden met de belastbare activiteit van de belastingplichtige. Of dat verband bestaat, moet worden beoordeeld aan de hand van de objectieve inhoud van de betrokken verrichting.’’³⁷¹

Deze overweging lijkt de nadruk te leggen op het feitelijke gebruik. Het feitelijke gebruik gaat verder dan de objectieve finaliteit aangezien slechts de intentie niet voldoende is om onderscheid te maken

³⁶⁴ Aldus ook Zie ook J.J.M. Lamers en M.M.W.D. Merckx, Btw, een kosten-batenanalyse, *WFR* 2010/907.

³⁶⁵ HvJ EG 20 januari 2005, nr. C-412/03 (Hotel Scandic Gåsabäck AB), *V-N* 2005/8.22.

³⁶⁶ HvJ EU 22 juni 2016, nr. C-267/15 (Gemeente Woerden), *BNB* 2016/201.

³⁶⁷ M.D.J. van der Wulp, Btw-aftrek bij onbelastbare handelingen: zoeken naar verbondenheid, *TFO* 2017/149.3.

³⁶⁸ HvJ EU 22 oktober 2015, nr. C-126/14 (Sveda), *BNB* 2016/135, r.o. 30 en 35.

³⁶⁹ HvJ EG 8 juni 2000, nr. C-98/98 (Midland Bank), *BNB* 2001/118, r.o. 30.

³⁷⁰ S.B. Cornielje, Fusies en overnames in de Europese BTW, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 243.

³⁷¹ HvJ EU 22 oktober 2015, nr. C-126/14 (Sveda), *BNB* 2016/135, r.o. 29 en HvJ EU 14 september 2017, nr. C-132/16 (Iberdrola), *NTFR* 2017/2320, r.o. 31.

tussen directe kosten en algemene kosten. Zo kan overigens worden betoogd dat de veronderstelde verdiscontering een logisch gevolg is van het feitelijke gebruik. Enige twijfel hieromtrent bestaat door het overwogene in het arrest Midland Bank. In het arrest Midland Bank bepaalt het Hof dat kosten die opkomen nadat een belastbare uitgaande handeling is verricht, niet aangemerkt kunnen worden als directe kosten aangezien dergelijke kosten niet kunnen worden verdisconteerd in de prijs van belastbare uitgaande handelingen. Evenwel is de mogelijkheid niet uit te sluiten dat de nakomende kosten feitelijk worden gebruikt voor een reeds verrichte belastbare uitgaande handeling.

De aftrekbaarheid van directe kosten is afhankelijk van de uitgaande handeling waaraan deze zijn toegerekend. Ramsdahl Jensen en Stensgaard geven aan dat als de kosten direct toerekenbaar zijn aan belaste uitgaande handelingen, de btw in beginsel geheel aftrekbaar is, en als de kosten direct toerekenbaar zijn aan vrijgestelde uitgaande handelingen³⁷², de btw in beginsel niet aftrekbaar is.³⁷³ Voor de directe kosten geldt volgens hen dus een alles-of-niets-benadering: de voorbelasting wordt verwerkt conform de vrijgestelde of belaste btw-kwalificatie van de uitgaande handeling. Dat in beginsel geen recht op aftrek van voorbelasting bestaat indien inkomende handelingen toegerekend kunnen worden aan vrijgestelde uitgaande handelingen, blijkt expliciet uit het overwogene in het arrest BLP. In arrest BLP overweegt het Hof dat de overdracht van aandelen een vrijgestelde prestatie is en derhalve aan belanghebbende geen recht op aftrek van voorbelasting toekomt.³⁷⁴ In dit verband stelt Cornielje dat alleen uit het arrest BLP en het arrest Midland Bank de mogelijkheid valt op te maken om kosten direct te kunnen toerekenen aan vrijgestelde handelingen. Hij wijst op de later gewezen arresten Abbey National I, Cibo en Kretztechnik, waarin het Hof overweegt dat ‘‘alleen sprake kan zijn van directe kosten met betrekking tot een handeling in een later stadium die recht geeft op aftrek van voorbelasting’’.³⁷⁵ Uitgaande handelingen die recht geven op aftrek van voorbelasting zijn immers slechts belaste handelingen, en geen vrijgestelde handelingen. Cornielje meent overigens dat het nochtans mogelijk is dat kosten direct toegerekend kunnen worden aan vrijgestelde handelingen. Hij verklaart de zojuist verwarrende formulering door de omstandigheid dat in de arresten Abbey National I, Cibo en Kretztechnik een rechtstreekse toerekening aan vrijgestelde prestaties niet aan de orde was.

4.5.2 Algemene kosten

De kosten die niet kunnen worden toegerekend aan specifieke belastbare uitgaande handelingen, maken deel uit van de algemene kosten. Zodoende bestaat een onlosmakelijk verband tussen dergelijke kosten en de algehele bedrijvigheid van de belastingplichtige.³⁷⁶ De omvang van het aftrekrecht is op grond van art. 173 van de Btw-richtlijn evenredig aan de verhouding tussen de *belaste* uitgaande prestaties en de *belastbare* uitgaande prestaties van de belastingplichtige. Hieruit blijkt overigens dat het slechts een zinvolle exercitie is om onderscheid te maken tussen directe en algemene kosten indien een belastingplichtige zowel belast als vrijgesteld presteert.

Van kosten die aangemerkt worden als algemene kosten wordt verondersteld dat zij als zodanig bestanddelen van prijs van de producten van de onderneming zijn. Volgens van Doesum en van Kesteren spant het Hof met deze redenering het paard achter de wagen aangezien de verdiscontering het argument

³⁷² Met uitzondering van handelingen die zijn vrijgesteld op grond van art. 135 lid 1 sub a t/m f van de Btw-richtlijn indien deze handelingen zijn verricht aan een afnemer gevestigd buiten de Gemeenschap of indien deze handelingen zijn verricht ter zake van goederen die bestemd zijn uit de Gemeenschap te worden uitgevoerd. Zie art. 169 onderdeel c van de Btw-richtlijn.

³⁷³ D. Ramsdahl Jensen en H. Stensgaard, *The Distinction between Direct and General Costs with Regard to the Deduction of Input VAT – The Case of Acquisition, Holding and Sale of Shares*, *World Tax Journal*, 2012/1.

³⁷⁴ HvJ EG 6 april 1995, nr. C-4/94 (BLP), *FED* 1995/495, r.o. 28.

³⁷⁵ S.B. Cornielje, *Fusies en overnames in de Europese BTW*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 243, voetnoot 131.

³⁷⁶ HvJ EG 8 juni 2000, nr. C-98/98 (Midland Bank), *BNB* 2001/118, r.o. 31, HvJ EG 22 februari 2001, nr. C-408/98 (Abbey National I), r.o. 35, HvJ EG 27 september 2001, nr. C-16/00 (Cibo Participations), *FED* 2002/31, r.o. 33 en HvJ EG 26 mei 2005, nr. C-465/03 (Kretztechnik), *BNB* 2005/313, r.o. 36.

vormt ten aanzien van directe kosten om aftrek van voorbelasting toe te kennen terwijl de verdiscontering ten aanzien van de algemene kosten de conclusie lijkt te zijn.³⁷⁷ Cornielje meent daarentegen dat deze ‘omkering’ de kern vormt van het Midland-Bank principe. Hij wijst op het feit dat indien kosten in de hoedanigheid als belastingplichtige worden gemaakt, maar niet kunnen worden toegerekend aan specifieke uitgaande handelingen, deze nochtans in aanmerking moeten komen voor de aftrek van voorbelasting. Dit is het gevolg van de vaststelling dat de kosten zijn gemaakt in de hoedanigheid als belastingplichtige.³⁷⁸

De veronderstelling dat de algemene kosten verdisconteerd zijn in de prijzen van alle uitgaande handelingen volgt uit de vaststelling dat kosten zijn gemaakt in de hoedanigheid als belastingplichtige, en niet in de hoedanigheid als bijvoorbeeld een particuliere consument of overheidslichaam. De verdiscontering vormt aldus niet het toetsingscriterium om het onlosmakelijke verband aan te tonen, aangezien de verdiscontering de conclusie is. Hierbij zij overigens nog opgemerkt dat het Hof deze gevolgstrekking niet altijd expliciet en consequent toepast. In de arresten *Midland Bank*, *Abbey National I*, *Cibo* en *Kretztechnik* onderzoekt het Hof of kosten zijn aan te merken als directe kosten. Nadat het Hof concludeert dat de kosten geen directe kosten zijn, worden de kosten zonder te onderbouwen aangemerkt als algemene kosten.³⁷⁹ Deze stelligheid valt daarentegen niet af te leiden uit de arresten *Investrand*, *Becker* en *PPG*. Nadat het Hof in deze arresten vaststelt dat de kosten niet aan te merken zijn als directe kosten, geeft het aan dat nog onderzocht moet worden of de kosten zijn aan te merken als algemene kosten.³⁸⁰ Dit werkt verwarrend uit aangezien het Hof, door te onderzoeken of kosten kunnen worden aangemerkt als algemene kosten, in feite het ontstaan van het aftrekrecht onderzoekt alsmede de omvang van het aftrekrecht tracht te bepalen. De twee door mij onderkende stappen worden zo simultaan toegepast.

Uit de jurisprudentie zijn in beginsel de volgende twee categorieën algemene kosten te deduceren:

1. kosten die een onlosmakelijk verband vertonen met een duidelijk afgebakend gedeelte van de economische activiteit en;
2. kosten die een onlosmakelijk verband vertonen met de gehele economische activiteit.³⁸¹

De eerste categorie algemene kosten volgt uit het arrest *Abbey National I*. In *Abbey National I* overweegt het Hof dat inkomende handelingen ook een onlosmakelijk verband kunnen vormen met een duidelijk afgebakend gedeelte van de economische activiteit.³⁸² Belanghebbende had een dochteronderneming die zich hoofdzakelijk bezighield met verzekeringsactiviteiten. Ook bestonden de activiteiten van deze dochter uit de (belaste) verhuur van vastgoed. In geschil was of de btw op bepaalde adviesdiensten in aftrek gebracht konden worden. Deze adviesdiensten hadden betrekking op de overdracht van de vastgoedtak, die kwalificeerde als overdracht in algemeenheid van goederen. Op grond van art. 19 van de (huidige) Btw-richtlijn is deze overdracht een onbelastbare handeling. Het Hof overweegt dat de kosten niet toerekenbaar zijn aan een belaste uitgaande prestatie, aangezien de overdracht van de vastgoedactiviteiten buiten de werkingssfeer van de btw plaatsvindt. Dergelijke kosten maken volgens het Hof daarentegen deel uit van de algemene kosten van de belastingplichtige.

³⁷⁷ A.J. van Doesum en H.W.M. van Kesteren, De onlosmakelijke samenhang tussen kosten en belastbare handelingen, *WFR* 2012/885.

³⁷⁸ S.B. Cornielje, *Fusies en overnames in de Europese BTW*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 245-246.

³⁷⁹ HvJ EG 8 juni 2000, nr. C-98/98 (*Midland Bank*), *BNB* 2001/118, r.o. 31, HvJ EG 22 februari 2001, nr. C-408/98 (*Abbey National I*), r.o. 35, HvJ EG 27 september 2001, nr. C-16/00 (*Cibo Participations*), *FED* 2002/31, r.o. 33 en HvJ EG 26 mei 2005, nr. C-465/03 (*Kretztechnik*), *BNB* 2005/313, r.o. 36.

³⁸⁰ HvJ EG 8 februari 2007, nr. C-435/05 (*Investrand*), *BNB* 2007/308, r.o. 29, HvJ EU 18 januari 2012, nr. C-28/12 (*PPG Holdings*), *V-N* 2013/48.17, r.o. 25 en HvJ EU 21 februari 2013, nr. C-104/12 (*Becker*), *V-N* 2013/17.18, r.o. 25.

³⁸¹ Mede ontleend aan M.D.J. van der Wulp, Btw-aftrek bij onbelastbare handelingen: zoeken naar verbondenheid, *TFO* 2017/149.3.

³⁸² HvJ EG 22 februari 2001, nr. C-408/98 (*Abbey National I*), *V-N* 2001/15.26.

Er kan volgens het Hof een onlosmakelijk verband bestaan tussen de algemene kosten en de gehele economische activiteit, maar ook met een *duidelijk afgebakend gedeelte* van de economische activiteit. Van Kesteren geeft aan dat de ratio achter deze overweging vooral gebaseerd is op het neutraliteitsbeginsel.³⁸³ Dit is evident indien men de situatie van Abbey National I vergelijkt met een belastingplichtige die uitsluitend vastgoed belast verhuurt en zijn activiteiten overdraagt.

Van der Wulp onderkent nog een derde categorie algemene kosten, namelijk kosten algemene kosten die gedeeltelijk een onlosmakelijk verband vertonen met de gehele economische activiteit. Hij deduceert deze categorie uit het arrest *Securenta*³⁸⁴.³⁸⁵ Deze beperking van het aftrekrecht wordt in de literatuur ook wel aangeduid als de ‘*Securenta-knip*’.³⁸⁶ Deze soort kosten vormen daarentegen geen derde categorie algemene kosten. De volgende paragraaf behandelt deze aftrekbeperking ten aanzien van onbelastbare handelingen in een breder begrip. Desalniettemin kan in het kort gesteld worden dat kosten die zowel betrekking hebben op economische als niet-economische activiteiten en op grond van het arrest *Securenta* slechts voor een bepaald gedeelte in aanmerking komen voor aftrek van voorbelasting, ook slechts gedeeltelijk zijn gemaakt in de hoedanigheid als belastingplichtige. Het overige gedeelte van deze (‘algemene’) kosten worden immers gemaakt in de hoedanigheid als aandeelhouder of particuliere belegger.

In beginsel zijn er drie soorten kosten die in de praktijk doorgaans kwalificeren als algemene kosten:

1. bedrijfseconomische ‘overheadkosten’;
2. kosten die betrekking hebben op een specifieke uitgaande belastbare handeling, maar opkomen nadat die specifieke uitgaande belastbare handeling is verricht en;
3. kosten die toerekenbaar zijn aan onbelastbare handelingen.

Bij bedrijfseconomische ‘overheadkosten’ moet men vooral denken aan kosten die ten goede komen aan de gehele bedrijfsactiviteit, zoals het maken van een jaarrekening, bepaalde bankkosten, bestuurskosten etc. Een bespreking van dergelijke kosten is in dit verband niet noodzakelijk. De bespreking van de nakomende kosten is daarnaast ook niet noodzakelijk.

4.6 Het verrichten van onbelastbare handelingen

Het is van belang om te bepalen in hoeverre kosten in aanmerking komen voor het recht op aftrek indien zij toerekenbaar zijn aan onbelastbare handelingen, oftewel handelingen die buiten de werkingssfeer van de btw vallen. Onder onbelaste handelingen worden alle handelingen verstaan die niet belast dan wel vrijgesteld zijn.³⁸⁷ Dit kunnen derhalve talloze handelingen zijn, verricht door zowel belastingplichtigen als niet-belastingplichtigen. Dit onderdeel behandelt slechts de onbelastbare handelingen, in het bijzonder handelingen in de kapitaalsfeer, die worden verricht door belastingplichtigen. Hierbij zij opgemerkt dat het in dit verband het theoretisch gezien gaat over het *ontstaan* van het recht op aftrek en niet zozeer over de *omvang* van het recht op aftrek. Om te bepalen of dergelijke kosten in aanmerking komen voor aftrek, dient immers te worden nagegaan of de kosten in de hoedanigheid als belastingplichtige worden gemaakt.

4.6.1 Toerekening van kosten die gemaakt zijn voor onbelastbare handelingen

Uit onder andere *Abbey National I* en *Kretztechnik* valt op te maken dat kosten, die bedrijfseconomisch toerekenbaar zijn aan een onbelastbare uitgaande handeling, door het Hof vrij gemakkelijk worden

³⁸³ H.W.M. van Kesteren, Directe en algemene kosten in de btw, *WFR* 2008/318.

³⁸⁴ HvJ EG 13 maart 2008, nr. C-437/06 (*Securenta*), V-N 2008/14.20.

³⁸⁵ M.D.J. van der Wulp, Btw-aftrek bij onbelastbare handelingen: zoeken naar verbondenheid, *TFO* 2017/149.3.

³⁸⁶ Zie bijv. S.B. Cornielje, Fusies en overnames in de Europese BTW, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 256.

³⁸⁷ W.J. Blokland, Omzetbelastingaspecten van ondernemingsfinanciering, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 53.

aangemerkt als algemene kosten. Het Hof stelt in beide arresten immers eerst vast dat de uitgaande handelingen buiten de werkingssfeer van de btw vallen. Desalniettemin zijn aan de onbelastbare uitgaande handelingen toerekenbare kosten aan te merken als algemene kosten waarop de btw op deze kosten (gedeeltelijk) in aanmerking komen voor aftrek. Hiermee wordt dus zoveel gezegd als dat de kosten in de hoedanigheid als belastingplichtige worden gemaakt. Het Hof van Justitie had immers ook kunnen overwegen dat de betreffende inkomende handelingen niet direct zijn gebruikt voor belaste handelingen, zoals bedoeld is in art. 168 van de Btw-richtlijn.

Uit art. 9 van de Btw-richtlijn blijkt voorts dat een economische activiteit bestaat uit alle werkzaamheden van de belastingplichtige. Inkomende handelingen, alsmede productiehandelingen, maken derhalve ook deel uit van de economische activiteit, maar zijn niet aan te merken als belaste uitgaande handeling.³⁸⁸ In het arrest *Cibo* stond de vraag centraal of bepaalde kosten, die bestaan uit adviesdiensten, die gemaakt zijn voor de aankoop van een deelneming, in aftrek konden worden gebracht. De aankoop van een deelneming is voor de btw een onbelastbare handeling. De kosten die gemaakt worden met betrekking tot deze (inkomende) onbelastbare handeling worden niet direct gebruikt voor belastbare of belaste handelingen. Het Hof overweegt daarentegen dat dergelijke kosten wel degelijk gemaakt zijn in de hoedanigheid als belastingplichtige en zo zijn aan te merken als algemene kosten. In de hierboven besproken arresten *Abbey National I*, *Kretztechnik* en *Cibo* heeft ongetwijfeld de omstandigheid meegespeeld dat de belanghebbenden allen een omvangrijke economische activiteit exploiteerden.³⁸⁹ Het Hof overweegt in dit kader dat belastingplichtigen geheel moeten worden ontlast van in het kader van de economische activiteit verschuldigde btw. Volgens Beelen past het Hof zo een ingenieuze kunstgreep toe aangezien het Hof handig gebruik maakt van de positief geformuleerde bepaling van art. 168 van de Btw-richtlijn. Art. 168 van de Btw-richtlijn bepaalt immers alleen voor welke gevallen er wél recht op aftrek bestaat en niet voor welke gevallen er géén recht op aftrek bestaat.³⁹⁰

Van Doesum en van Kesteren merken op dat het Hof in het kader van de toerekening onbelastbare handelingen in beginsel non-existent acht waardoor geen sprake kan zijn van een onlosmakelijk verband tussen bepaalde kosten en onbelastbare handelingen. Het Hof past echter een ‘paardensprong’ toe door de kosten op grond van de indirecte finaliteit toe te rekenen aan de algehele economische activiteit en zo de onbelastbare handeling te negeren.³⁹¹ Een bijzondere toepassing van deze indirecte finaliteit is de investeringstoets, waarmee bedoeld wordt dat het Hof in sommige gevallen de wijze waarop de opbrengst van een onbelastbare handeling wordt aangewend, meeneemt bij de beoordeling of een onlosmakelijk verband bestaat tussen bepaalde kosten en de algehele economische activiteit.³⁹² Dit lijkt in tegenspraak met het arrest *BLP*, waarin het Hof overweegt dat het doel van een verrichte *vrijgestelde* handeling niet relevant is bij de beoordeling of het recht op aftrek wordt toegekend.³⁹³ In tegenstelling tot bij belastbare handelingen, in casu een vrijgestelde handeling, kan het doel van een onbelastbare handeling juist wel een bepalende factor zijn om te onderzoeken of sprake is van een onlosmakelijk verband. In dit verband dient nog te worden opgemerkt dat voor de beoordeling of een uitgaande handeling al dan niet belast is, het oogmerk of doel van een dergelijke uitgaande handeling irrelevant is. Deze investeringstoets speelt dus geen rol bij de beoordeling of een uitgaande handeling al dan niet

³⁸⁸ Zie A.J. van Doesum & H.W.M. van Kesteren, *Aftrek van voorbelasting ter zake van handelingen buiten het kader van de onderneming*, *WFR* 2011/1465 voor het onderscheid van onbelastbare handelingen in de inkoopfase, productiefase en verkoopfase.

³⁸⁹ Zie ook W.J. Blokland, *Omzetbelastingaspecten van ondernemingsfinanciering*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 100.

³⁹⁰ S.T.M. Beelen, *Aftrek van btw als (belaste) omzet ontbreekt*, Deventer, Kluwer, 2009, blz. 129.

³⁹¹ A.J. van Doesum en H.W.M. van Kesteren, *De onlosmakelijke samenhang tussen kosten en belastbare handelingen*, *WFR* 2012/885.

³⁹² A.J. van Doesum en H.W.M. van Kesteren, *De onlosmakelijke samenhang tussen kosten en belastbare handelingen*, *WFR* 2012/885.

³⁹³ HvJ EG 6 april 1995, nr. C-4/94 (*BLP*), *FED* 1995/495, r.o. 28.

binnen de werkingssfeer valt van de btw. De investeringstoets is slechts van belang om te bepalen of *inkomende handelingen*, die bedrijfseconomisch toerekenbaar zijn aan onbelastbare uitgaande handelingen, in aanmerking komen voor recht op aftrek van voorbelasting.

Beelen meent overigens dat niet relevant is of de kosten gemaakt worden in de hoedanigheid als belastingplichtige, maar of de onbelastbare handelingen in het kader van de belastingplicht worden verricht.³⁹⁴ Hij meent dat het Hof de onbelastbare handelingen wel degelijk existent acht. Het lijkt er aldus op dat Beelen stelt dat het Hof doorgaans onderzoekt of de onbelastbare handelingen voldoende verband vertonen met de algehele economische activiteit. Indien hiervan sprake is, worden volgens Beelen dergelijke onbelastbare handelingen verricht in het kader van de onderneming. In dit verband wijst hij op het arrest Kretztechnik, waarin het Hof lijkt te concluderen dat omdat de belastingplichtige met een aandelenemissie het kapitaal ten behoeve van de economische activiteit probeert te versterken, de kosten met betrekking tot de aandelenemissie in aanmerking komen voor aftrek van voorbelasting. Deze argumentatie lijkt gelet op het arrest Investrand niet geheel juist. Zou dit juist zijn, dan was het niet noodzakelijk om in het arrest Investrand te onderzoeken of de inkomende handelingen deel uitmaken van de algemene kosten. De kosten hadden immers betrekking op een aandelenverkoop die is verricht ten tijde de belanghebbende niet kwalificeerde als belastingplichtige. Zoals uit paragraaf 4.4 blijkt, moet een persoon de status als belastingplichtige hebben om de voorbelasting in aftrek te brengen. In de situatie van Investrand verkoopt de belanghebbende een deelneming op een moment dat hij niet kwalificeert als belastingplichtige. Het zou in dit geval niet logisch zijn dat het Hof onderzoekt of de kosten deel uitmaken van de algemene kosten indien reeds vaststaat dat de onbelastbare handeling is verricht op een moment Investrand niet de status als belastingplichtige op het moment dat de onbelastbare handelingen wordt verricht. Zoals van Doesum en van Kesteren aangeven, wijst de werkwijze van het Hof in het arrest Investrand op dat het van belang is of kosten in de hoedanigheid als belastingplichtige worden gemaakt.³⁹⁵

Derhalve dient te worden onderzocht of bepaalde kosten worden gemaakt in de hoedanigheid als belastingplichtige indien zij bedrijfseconomisch toerekenbaar zijn aan onbelastbare handelingen. Om te toetsen of bepaalde kosten in de hoedanigheid als belastingplichtige worden gemaakt, moet derhalve een 'paardensprong' worden genomen. Deze paardensprong kan worden genomen door de toepassing van de investeringstoets. Dit blijkt ook onder meer uit het arrest Kretztechnik. De verwijzende rechter vraagt zich eerst af of de uitgifte van aandelen als prestatie onder bezwarende titel te beschouwen is. Dit is volgens het Hof van Justitie niet het geval. Vervolgens onderzoekt het Hof of de kosten die gemaakt zijn ten behoeve van de aandelenuitgifte, in de hoedanigheid als belastingplichtige worden gemaakt. Er wordt aan de investeringstoets voldaan omdat het doel van de onbelastbare handeling, het ophalen van kapitaal, gelegen is in de economische activiteit. Het opgehaalde kapitaal van de aandelenemissie wordt namelijk aangewend ten behoeve van de economische activiteit. Ook wordt voldaan aan het causaliteitscriterium aangezien de kosten hun oorzaak vinden in de economische activiteit van de belastingplichtige. De kosten zijn dus gemaakt in de hoedanigheid als belastingplichtige en komen derhalve in aanmerking voor recht op aftrek. Men zou kunnen stellen dat in het geval van het arrest Investrand ook aan de indirecte finaliteit wordt voldaan indien de opbrengsten van de veiliggestelde schuldvordering ten goede komen aan de economische activiteit van Investrand. In het arrest Investrand wordt daarentegen de onbelastbare handeling verricht op een moment dat de verrichter niet de status heeft als belastingplichtige. Daarnaast is Investrand niet geslaagd in het betogen dat de eventuele opbrengsten van de schuldvordering ten goede zouden komen aan de economische activiteit. Sterker nog, het Hof overweegt dat de betrokken adviesdiensten ook zouden zijn afgenomen indien Investrand

³⁹⁴ S.T.M. Beelen, *Aftrek van btw als (belaste) omzet ontbreekt*, Deventer, Kluwer, 2009, blz. 156-158.

³⁹⁵ A.J. van Doesum & H.W.M. van Kesteren, *Aftrek van voorbelasting ter zake van handelingen buiten het kader van de onderneming*, *WFR* 2011/1465

geen aan de btw onderworpen economische activiteit had verricht. Hieruit kan worden afgeleid dat in het arrest *Investrand* niet aan de investeringstoets is voldaan aangezien het doel van het veiligstellen van een schuldvordering niet gelegen is in de economische activiteit.

De toepassing van de investeringstoets komt ook terug in het arrest *Securenta*. Het Hof van Justitie overweegt in het arrest *Securenta* dat de btw op kosten met betrekking tot de uitgifte van aandelen niet geheel in aanmerking komen voor aftrek van voorbelasting aangezien het opgehaalde kapitaal gedeeltelijk bestemd is voor niet-economische activiteiten. Deze niet-economische activiteiten bestaan uit het passief houden van aandelen. Oftewel, de bestemming van het opgehaalde kapitaal is van belang voor het toekennen van het recht op aftrek van voorbelasting.

Overigens krijgt Cornielje naar aanleiding van dit arrest de indruk dat het Hof in belangrijke mate door de gestelde vragen wordt beïnvloed.³⁹⁶ De Redactie Vakstudie-Nieuws merkt ook op dat het Hof een aantal vaststellingen van de verwijzende rechter te gemakkelijk overneemt. Zo onderzoekt het Hof niet de juistheid van de vaststelling dat de kosten niet uitsluitend toe te rekenen zijn aan de economische activiteiten.³⁹⁷ In het geval van het arrest *Securenta* wordt slechts gedeeltelijk aan de indirecte finaliteit voldaan aangezien het kapitaal slechts ten dele bedoeld is voor de economische activiteit van belanghebbende. Daarnaast moet op grond van het causaliteitscriterium het aftrekrecht gedeeltelijk niet worden toegekend. Het Hof had met verwijzing naar de hierna geciteerde rechtsoverweging van het arrest *Investrand* kunnen overwegen dat de kosten niet geheel in de hoedanigheid als belastingplichtige zijn gemaakt.

‘33. Derhalve kan niet worden aangenomen dat de kosten voor deze diensten zijn gemaakt ten behoeve van en met het oog op de belastbare activiteiten van *Investrand*. Aangezien deze kosten niet uitsluitend in deze activiteiten hun oorzaak vinden, houden zij dus daarmee niet rechtstreeks en onmiddellijk verband.’³⁹⁸

4.6.2 Pre pro rata

Indien blijkt dat een belastingplichtige ook onbelastbare activiteiten verricht, waarvan de opbrengst niet ten goede komt aan de economische activiteit (indirecte finaliteit), dient de totale voorbelasting gesplitst te worden in een twee delen: het gedeelte dat toerekenbaar is aan de economische activiteit en het gedeelte dat toerekenbaar is aan de onbelastbare handelingen. Door het bepalen van deze verdeelsleutel wordt in feite vastgesteld welk gedeelte van de totaal gemaakte kosten, worden gemaakt in de hoedanigheid als belastingplichtige waarop recht op aftrek van voorbelasting ontstaat.

Deze te bepalen verdeelsleutel wordt in de praktijk ook wel aangeduid als de ‘pre pro rata’. In het arrest *Securenta* heeft het Hof van Justitie onder meer bepaald dat de Btw-richtlijn geen regeling kent inzake de methode of criteria om deze verdeelsleutel te bepalen. Het Hof merkt hierover op dat het de taak is van de lidstaten om deze methoden en criteria vast te stellen, met eerbiediging van de beginselen, en dan vooral het neutraliteitsbeginsel, die aan het gemeenschappelijke btw-stelsel ten grondslag liggen. In dit verband stelt Hof ten slotte dat deze verdeelsleutel een objectieve weergave moet zijn van welk deel van de kosten werkelijk toe te rekenen is aan elk van de twee activiteiten.³⁹⁹

In een besluit BLKB/2011/641M heeft de Staatssecretaris de volgende voorbeelden gegeven van objectieve factoren om de pre pro rata te bepalen: omzetverhoudingen, m2, m3, opbrengsten of kosten.⁴⁰⁰ Ook wordt in de praktijk in het verband van houdstervennootschappen met meerdere

³⁹⁶ S.B. Cornielje, *Fusies en overnames in de Europese BTW*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 243, voetnoot 255.

³⁹⁷ Redactie Vakstudie-Nieuws, aantekening bij HvJ EG 13 maart 2008, nr. C-437/06 (*Securenta*), *V-N* 2008/14.20.

³⁹⁸ HvJ EG 8 februari 2007, nr. C-435/05 (*Investrand*), *BNB* 2007/308, in het bijzonder r.o. 29 t/m 38.

³⁹⁹ HvJ EG 13 maart 2008, nr. C-437/06 (*Securenta*), *V-N* 2008/14.20.

⁴⁰⁰ Besluit van de Staatssecretaris van 25 november 2011, nr. BLKB/2011/641M, *V-N* 2012/6.16.

deelnemingen de (gewogen) telmethode toegepast om de verdeelsleutel te bepalen. De verdeelsleutel is dan gelijk aan de verhouding tussen deelnemingen waarin gemoeid wordt enerzijds en alle gehouden deelnemingen anderzijds. Van een gewogen telmethode is sprake indien de waarde van de aandelen wordt meegewogen bij het bepalen van deze verdeelsleutel. De door de Staatssecretaris aangedragen objectieve factoren kennen elk hun tekortkomingen. Met betrekking tot de omzetverhoudingen wijst Bijl op de tekortkomingen van opbrengsten voor niet-economische activiteiten. Volgens hem komen vergoedingen voor niet-economische activiteiten nogal eens op een niet zakelijke wijze tot stand, zoals bij subsidies, of zijn manipuleerbaar, zoals bij dividend.⁴⁰¹ Daarnaast is het onduidelijk welke vergoedingen meegenomen dienen te worden bij het bepalen van de pre pro rata. Gabriël en van Kesteren menen dat de opbrengsten van niet-economische bijkomstige financiële transacties, zoals de opbrengsten van de uitgifte of verkoop van aandelen, buiten beschouwing te laten bij de berekening van de pre pro rata.⁴⁰² De objectieve factoren ‘m2’ en ‘m3’ lijken factoren voor een verdeelsleutel gebaseerd op het werkelijke gebruik van onroerend goed. De belangrijkste tekortkoming is uiteraard dat deze verdeelsleutel slechts toepasbaar is voor ondernemers met onroerend goed. Desalniettemin is het in dit verband maar de vraag of een verdeling op grond van deze factoren in de praktijk mogelijk is. Een verdeelsleutel gebaseerd op de door de Staatssecretaris aangedragen factor ‘kosten’ is mij niet geheel duidelijk. Het uiteindelijke doel van de verdeelsleutel is immers om de (algemene) kosten toe te rekenen aan economische activiteiten enerzijds en niet-economische activiteiten anderzijds. Indien de kosten op voorhand toegerekend kunnen worden aan één van deze activiteiten, is een verdeelsleutel niet nodig.

Daarnaast blijft de praktijk naar onze ervaringen met een aantal praktische onduidelijkheden zitten nadat een verdeelsleutel is bepaald. Deze onduidelijkheden zien volgens ons vooral op de (on)mogelijkheid tot:

- herziening;
- overstap naar een andere methode; en
- het hanteren van verschillende methoden in eenzelfde jaar.

Ten eerste is het niet duidelijk in of en in hoeverre de herzieningsregels van art. 184 t/m 192 van de Btw-richtlijn van toepassing zijn op investeringsgoederen die gebruikt worden voor zowel economische als niet-economische activiteiten.⁴⁰³ In dit verband zij opgemerkt dat indien een belastingplichtige zowel economisch presteert als onbelastbare handelingen verricht, hij niet de mogelijkheid heeft de btw op ingekochte (investerings-)goederen en diensten aanvankelijk volledig af te trekken en jaarlijks te corrigeren op grond van de fictieve dienstbepaling van art. 26 van de Btw-richtlijn. Deze zienswijze is immers door het Hof van Justitie EG expliciet afgewezen in het arrest VNLTO.⁴⁰⁴ Derhalve dient de belastingplichtige bij aanschaf van een investeringsgoed of –dienst een inschatting in hoeverre het gebruikt gaat worden voor belaste handelingen. Tot op heden is het echter niet wettelijk, noch in het zojuist aangehaalde besluit van de Staatssecretaris, geregeld in hoeverre de oorspronkelijke aftrek van voorbelasting gecorrigeerd dient te worden indien het gebruik van het investeringsgoed verandert.⁴⁰⁵

Daarnaast is het onduidelijk in hoeverre stelselwijzigingen met betrekking tot het bepalen van de verdeelsleutel mogelijk is. In dit verband is het onduidelijk of het voor belastingplichtigen mogelijk is de methode om de verdeelsleutel te bepalen, wellicht om een fiscaal voordeel te behalen. Ook is het onduidelijk of de Belastingdienst een door een ondernemer aangedragen methode kan afwijzen. Zoals

⁴⁰¹ D.B Bijl, annotatie bij HR 15 juni 2012, nr. 10/01746, *BNB* 2012/222.

⁴⁰² Aldus ook M.M. Gabriël en H.W.M. van Kesteren, Het berekenen van een ‘pre pro rata’, *NTFR* 2010/2415.

⁴⁰³ Aldus ook M.M. Gabriël en H.W.M. van Kesteren, Het berekenen van een ‘pre pro rata’, *NTFR* 2010/2415.

⁴⁰⁴ HvJ EG 12 februari 2009, nr. C-515/07 (Vereniging Noordelijke Land- en Tuinbouw Organisatie), *V-N* 2009/9.27.

⁴⁰⁵ Men zou kunnen wijzen op art. 168 bis van de Btw-richtlijn dat de herziening regelt t.a.v. tot het bedrijfsvermogen behorende onroerende goederen die tevens voor andere dan bedrijfsdoeleinden worden gebruikt. Echter overweegt het Hof in VNLTO, noot 39, supra, dat met andere dan bedrijfsdoeleinden niet niet-economische activiteiten wordt bedoeld.

het Hof in het arrest *Securenta* aangaf, dient de verdeelsleutel een objectieve weergave te zijn van welk deel van de kosten werkelijk toe te rekenen is aan elk van de twee activiteiten. Zodoende lijkt een stelselwijziging door belanghebbende mogelijk, mits de nieuwe methode een objectievere weergave is. In het verlengde hiervan lijkt het ook mogelijk te zijn dat verschillende verdeelsleutels in eenzelfde periode gehanteerd worden voor verschillende kostensoorten indien dit stelsel een objectieve(re) weergave bewerkstelligd.

Ten slotte, meer principieel, is het vreemd dat de methode ter bepaling van de pre pro rata geen wettelijke basis heeft maar in een besluit van de Staatssecretaris wordt geregeld.⁴⁰⁶ Alhoewel het aftrekrecht indirect van grote invloed is op de jaarlijks af te dragen belasting door de ondernemers, lijkt het voor de Staatssecretaris geen probleem dit aftrekrecht te beperken op grond van slechts een besluit. Het verdient de voorkeur aftrekbeperkingen te regelen via een wettelijke basis, temeer door de omstandigheid dat het bovenstaande besluit in strijd lijkt te zijn met de holdingresolutie⁴⁰⁷, die reeds nog niet is ingetrokken. De Staatssecretaris stelt in punt 11 van de holdingresolutie immers dat het hem redelijk voorkomt dat bepaalde aandeelhoudersactiviteiten geen invloed hebben op het aftrekrecht van belastingplichtigen die reeds uit andere hoofden ondernemer is. Overigens kom ik op dit punt in hoofdstuk 5 nog uitgebreid op terug. Desalniettemin zorgt deze tegenstrijdigheid voor veel onduidelijkheid in de praktijk.

4.7 Deelconclusie

In dit hoofdstuk staat de analyse van het recht op aftrek van voorbelasting centraal. Uit het voorgaande blijkt dat het recht op aftrek van voorbelasting een hoeksteen binnen de btw vormt. Aan het recht op aftrek van voorbelasting liggen twee uitgangspunten ten grondslag. Ten eerste voorkomt het recht op aftrek van voorbelasting de cumulatie binnen de bedrijfskolom aangezien het de belastingplichtigen zoveel mogelijk ontlast van de btw. Daarnaast ligt aan het recht op aftrek van voorbelasting de doorberekeningsgedachte ten grondslag. Bij niet kostendekkende vergoeding kan er spanning ontstaan tussen deze twee uitgangspunten. Er is immers geen sprake meer van een (volledige) doorberekening van belasting. Een aftrekbeperking zou dit kunnen corrigeren, maar hierdoor wordt een belastingplichtige niet zoveel mogelijk ontlast van de btw. Een belastingplichtige dient als afnemer te gelden om het recht op aftrek van voorbelasting ten aanzien van afgenomen goederen en diensten te kunnen effectueren. De rechtsbetrekking is hét criterium om de afnemer van diensten te bepalen. Overigens lijkt de Hoge Raad een formeler uitgangspunt te hanteren dan het Hof van Justitie: de laatstgenoemde houdt immers ook rekening met de economische en commerciële realiteit. Sterker nog, in sommige gevallen negeert het Hof van Justitie contractuele bepalingen en bepaalt het de afnemer op grond van de economische realiteit.⁴⁰⁸ Overigens blijkt impliciet uit het arrest *PPG Holdings* dat de contractuele bepalingen niet snel terzijde worden geschoven om de afnemer te bepalen.⁴⁰⁹

Het concept van het onlosmakelijke verband speelt een belangrijke rol bij het recht op aftrek van voorbelasting. Art. 168 van de Btw-richtlijn bepaalt dat een belastingplichtige gerechtigd is de voorbelasting in aftrek te brengen ter zake van aan hem geleverde goederen en diensten⁴¹⁰ voor zover hij de goederen en diensten gebruikt voor belaste handelingen. In het arrest *BLP* overweegt het Hof vervolgens dat de formulering ‘gebruikt voor belaste handelingen’ erop wijst dat een rechtstreeks en onmiddellijk verband (hierna: onlosmakelijk verband) is vereist tussen betrokken goederen en diensten

⁴⁰⁶ Aldus ook W.A.P. Nieuwenhuizen, *Holdings, aandelen, pre pro rata's en btw? We hebben de verkeerde afslag genomen!*, *NtFR* 2017/1893.

⁴⁰⁷ Besluit van 18 februari 1991, *FED* 1991/266.

⁴⁰⁸ HvJ EU 20 juni 2013, nr. C-653/11 (Paul Newey), *BNB* 2014/49.

⁴⁰⁹ HvJ EU 18 januari 2012, nr. C-28/12 (*PPG Holdings*), *V-N* 2013/48.17.

⁴¹⁰ En overigens ook ter zake van door de belastingplichtige intracommunautaire verwervingen (en daarmee gelijkgestelde handelingen), ingevoerde goederen en met goederenleveringen of met diensten gelijkgestelde handelingen.

en de belaste handelingen.⁴¹¹ Het Hof heeft de aard van dit onlosmakelijke verband niet willen preciseren, ondanks een expliciet verzoek van de verwijzende rechter. Het Hof acht dit immers onmogelijk door de grote verscheidenheid van handels- en bedrijfstransacties. Desalniettemin hebben van Doesum en van Kesteren drie criteria uit de Europese jurisprudentie van het Hof van Justitie gedistilleerd, te weten: (1) verdiscontering, (2) causaliteit en (3) finaliteit. Het verdisconteringscriterium volgt uit het art. 1 lid 2 van de Btw-richtlijn, die stelt dat de btw een algemene verbruiksbelasting is die strikt evenredig aan de prijs wordt geheven. Met de toepassing van het causaliteitscriterium wordt beoordeeld of bepaalde inkomende handelingen het *gevolg* zijn van de economische activiteit dan wel belaste uitgaande handelingen. Ten slotte wordt met de finaliteitstoets het doel van bepaalde inkomende handelingen geanalyseerd.

Om te bepalen of het recht op aftrek van voorbelasting ten aanzien van inkomende handelingen toekomt aan een belastingplichtige, dient te worden bepaald of hij kosten maakt in de hoedanigheid als belastingplichtige (stap 1). Inkomende handelingen worden verricht in de hoedanigheid als belastingplichtige indien een onlosmakelijk verband bestaat tussen de inkomende handelingen en de gehele economische activiteit. Vervolgens dient de omvang van het aftrekrecht te worden bepaald (stap 2). De zojuist geschetste stappen volgen overigens niet uit de formulering van de wettelijke bepalingen maar zijn gededuceerd uit de Europese jurisprudentie van het Hof van Justitie. Overigens past het Hof deze stappen niet altijd consequent toe. Daarom werkt het aftrekrecht systematisch verwarrend.

Het aftrekrecht kan slechts op één moment kan ontstaan, namelijk op het moment dat de aftrekbare belasting verschuldigd wordt door de leverancier of door de belastingplichtige⁴¹² (art. 167 van de Btw-richtlijn). De finaliteit en causaliteit zijn van principieel belang en vormen zo cumulatieve voorwaarden bij de beoordeling of het recht op aftrek van voorbelasting ontstaat. De (veronderstelde) verdiscontering is in dit verband een logisch gevolg van het onlosmakelijke verband. De verdiscontering is immers een juridische veronderstelling die voortvloeit uit het feitelijke gebruik. Het feitelijke gebruik is het gevolg van de intentie en dient te worden beoordeeld aan de hand van objectieve gegevens. In de voorgestelde beoordelingsstructuur wordt dan ook gesproken over objectieve finaliteit. De door het Hof ontwikkelde Rempelman-doctrine is een feitelijke toepassing van het finaliteitscriterium. Ook het dictum van het arrest Lennartz⁴¹³ en het arrest Waterschap Zeeuws Vlaanderen⁴¹⁴ zijn het gevolg van een strikte toepassing van het finaliteitscriterium. Zou het verdisconteringscriterium een meer principiële rol spelen bij het ontstaan van het aftrekrecht, in het bijzonder in de beginfase van een economische activiteit, dan had het Hof waarschijnlijk in de zojuist aangehaalde zaken anders geconcludeerd. In de beoordelingsstructuur vormt het causaliteitscriterium een *conditio sine qua non*: voor het toekennen van het aftrekrecht is het causale verband noodzakelijk, maar een causaal verband betekent niet noodzakelijkerwijs dat het aftrekrecht wordt toegekend.

Indien vaststaat dat bepaalde inkomende handelingen in de hoedanigheid als belastingplichtige worden verricht, zijn deze inkomende handelingen in beginsel aan te merken als algemene kosten en komen in aanmerking voor aftrek. Om vervolgens de omvang van de aftrek van voorbelasting te bepalen, dient onderscheid gemaakt te worden tussen directe kosten en algemene kosten. Het onderscheid wordt gemaakt door de inkomende handelingen zoveel mogelijk toe te rekenen aan bepaalde specifieke belastbare handelingen. Deze toerekening wordt gemaakt door te onderzoeken of een onlosmakelijk verband bestaat tussen de betreffende kosten en de uitgaande belastbare handelingen. Uit de Midland Bank-doctrine volgt dat het onlosmakelijke verband veronderstelt dat de kosten, die gemaakt worden

⁴¹¹ HvJ EG 6 april 1995, nr. C-4/94 (BLP), *FED* 1995/495, r.o. 19.

⁴¹² De btw is verschuldigd door de belastingplichtige indien de verleggingsregeling van toepassing is of indien er sprake is van intracommunautaire verwervingen en invoer. Zie art. 193 t/m art. 205 van de Btw-richtlijn.

⁴¹³ HvJ EG 11 juli 1991, nr. C-97/90 (Lennartz), *FED* 1991/647.

⁴¹⁴ HvJ EG 2 juni 2005, nr. C-378/02 (Waterschap Zeeuws Vlaanderen), *BNB* 2007/220.

voor de inkomende handelingen, een van de bestanddelen van de prijs van de belaste handelingen zijn. In de jurisprudentie van het Hof van Justitie lijkt de verdiscontering te worden verondersteld: een daadwerkelijke dan wel volledige verdiscontering is niet vereist. Een volledige verdiscontering zou overigens niet verenigbaar zijn met het arrest *Hotel Scandic*⁴¹⁵ en het arrest *Gemeente Woerden*⁴¹⁶, aangezien een volledige verdiscontering een kostendekkende vergoeding suggereert. Indien inkomende handelingen zijn aan te merken als directe kosten, is de al dan niet aftrekbaarheid afhankelijk van de btw behandeling van de uitgaande handeling. Kosten die niet aan te merken zijn als directe kosten, maar wel degelijk zijn gemaakt in de hoedanigheid als belastingplichtige, maken deel uit van de algemene kosten. Er bestaat zodoende een onlosmakelijk verband tussen deze inkomende handelingen en (een duidelijk afgebakend gedeelte van) de algehele economische activiteit. De btw op deze inkomende handelingen komen evenredig aan de verhouding tussen belaste en belastbare prestaties in aanmerking voor aftrek van voorbelasting.

Het lijkt erop dat het Hof onbelastbare handelingen non-existent acht. Dit houdt in dat het Hof kosten doorgaans zoveel mogelijk tracht toe te rekenen aan de economische activiteit. Door middel van de indirecte finaliteit worden inkomende handelingen doorgaans zoveel mogelijk aangemerkt als algemene kosten. De bestemming van het resultaat van onbelastbare handelingen speelt mee bij de beoordeling of er een onlosmakelijk verband bestaat tussen kosten, die bedrijfseconomisch toerekenbaar zijn aan de onbelastbare handelingen, en de algehele economische activiteit.

⁴¹⁵ HvJ EG 20 januari 2005, nr. C-412/03 (*Hotel Scandic Gåsabäck AB*), *V-N* 2005/8.22.

⁴¹⁶ HvJ EU 22 juni 2016, nr. C-267/15 (*Gemeente Woerden*), *BNB* 2016/201.

HOOFDSTUK 5

Handelingen inzake aandelen

5.1 Inleiding

Handelingen inzake aandelen zijn niet goed te duiden in de systematiek van de btw. Dit blijkt onder meer uit de indrukwekkende lijst van jurisprudentie die het Hof ten aanzien van de houdsterproblematiek de afgelopen decennia heeft gewezen.⁴¹⁷ In dit hoofdstuk wordt onderzocht welke alternatieve of andere criteria mogelijk zijn om de onevenwichtige uitkomsten die kunnen ontstaan bij de toepassing van de huidige criteria, te ondervangen. In paragraaf 5.2 worden allereerst de huidige stand van het recht ten aanzien van de btw-positie van holdingvennootschappen onderzocht. In deze paragraaf staat derhalve een analyse van de criteria centraal die het Hof heeft ontwikkeld om te beoordelen of een holdingvennootschap een economische activiteit verricht. In paragraaf 5.3 wordt het beoordelingskader, dat is afgeleid uit de Europese jurisprudentie van het Hof van Justitie, geëvalueerd aan de hand van het in hoofdstuk 2 gedefinieerde rechtskarakter van de btw en het neutraliteitsbeginsel. Ten slotte wordt in paragraaf 5.4 een alternatief beoordelingskader geformuleerd om de huidige knelpunten, onduidelijkheden en onevenwichtigheden ten aanzien van de btw-positie van holdingvennootschappen weg te nemen.

5.2 Huidige stand van jurisprudentie van het Hof van Justitie

In het afgelopen jaar is in een drietal zaken prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie gesteld over btw-positie van holdingvennootschappen ten aanzien van handelingen inzake aandelen.⁴¹⁸ Hieruit komt naar voren dat nog steeds onduidelijkheden bestaan ten aanzien van de belastingplicht van holdingvennootschappen. Deze paragraaf beschrijft de criteria die door het Hof ontwikkeld zijn in het kader van de beoordeling van belastingplicht van holdingvennootschappen en de onduidelijkheden die thans bestaan.

In het arrest Harnas en Helm geeft het Hof aan dat handelingen inzake aandelen binnen de werkingssfeer van de btw vallen indien de handelingen worden verricht met het oog op indirecte inmenging in het beheer van de deelnemingen of wanneer zij het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk van de belastbare activiteit vormen.⁴¹⁹ Ten aanzien van de verlengstukgedachte moet worden opgemerkt dat deze reeds besproken is in onderdeel 3.5.3. Dit onderdeel toont aan dat het onzeker is of de verlengstukgedachte van toepassing kan zijn op handelingen inzake aandelen. Deze paragraaf bevat geen verdere analyse van de verlengstukgedachte.

⁴¹⁷ HvJ EG 20 juni 1991, nr. C-60/90 (Polysar), *FED* 1991/633, HvJ EG 22 juni 1993, nr. C-333/91 (Sofitam), *FED* 1993/608, HvJ EG 11 juli 1996, nr. C-306/94 (Régie Dauphinoise), *BNB* 1997/38, HvJ EG 20 juni 1996, nr. C-155/94 (Wellcome Trust) *jur.* 1996, blz. I-3013, HvJ EG 6 februari 1997, nr. C-80/95 (Harnas en Helm), *BNB* 1997/386, HvJ EG 14 november 2000, nr. C-142/99 (Floridienne en Berginvest), *FED* 2001/179, HvJ EG 12 juli 2001, nr. C-102/00 (Welthgrove), *BNB* 2002/182, HvJ EG 27 september 2001, nr. C-16/00 (Cibo Participations), *FED* 2002/31, HvJ EG 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM), *NTR* 2004/669, HvJ EG 26 mei 2005, nr. C-465/03 (Kretztechnik), *BNB* 2005/313, HvJ EG 29 oktober 2009, nr. C-29/08 (SKF), *BNB* 2010/251, HvJ EU 6 september 2012, nr. C-496/11 (Portugal Telecom), *V-N* 2012/51.21, HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14 en C-109/14 (Larentia + Minerva/Marenave), *BNB* 2016/25 en HvJ EU 12 januari 2017, nr. C-28/16 (MVM), *V-N* 2017/17.15.

⁴¹⁸ Zie de prejudiciële vragen inzake Ryanair (C-249/17), Marle Participations (C320/17) en C&D Foods Acquisitions (C-502/17).

⁴¹⁹ HvJ EG 6 februari 1997, nr. C-80/95 (Harnas en Helm), *BNB* 1997/386, r.o. 16. Overigens noem ik in dit kader niet het bedrijfsmatig handelen in effecten aangezien ik deze categorie niet verder bespreek in deze verhandeling (zie onderdeel 1.4).

Ten aanzien van de inmengingsaandeelhouders zijn vier elementen van belang. Ten eerste worden de begrippen ‘inmenging in het beheer’ en ‘moeien’, die het Hof consequent bezigt in zijn jurisprudentie, geanalyseerd in onderdeel 5.2.1. Vervolgens wordt in onderdeel 5.2.2 onderzocht in hoeverre nog betekenis toekomt aan de begrippen ‘inmenging in het beheer’ en ‘moeien’ en hoe deze begrippen zich weerhouden tot het verrichten van belastbare prestaties. In onderdeel 5.2.3 wordt daarnaast de bijzonderheden ten aanzien van de opbrengsten die kunnen voortvloeien uit de aandeelhoudersactiviteit verder onderzocht. Tot slot onderzoekt onderdeel 5.2.4 het recht op aftrek van voorbelasting in het kader van handelingen inzake aandelen.

5.2.1 Moeien in het beheer

Dit onderdeel analyseert de definitie en betekenis van de begrippen ‘inmenging in het beheer’ en ‘moeien in het beheer’. In het arrest Polysar heeft het Hof van Justitie aangegeven dat het enkel verwerven en houden van aandelen niet aan te merken is als economische activiteit. In rechtsoverweging 14 van het arrest Polysar geeft het Hof echter het volgende aan.

“14. Dit ligt anders wanneer de deelneming gepaard gaat met een zich direct of indirect moeien in het beheer van de vennootschappen waarin wordt deelgenomen, onverminderd de rechten die de houder van de deelnemingen als aandeelhouder of vennoot heeft.”⁴²⁰

Het moeien in het beheer lijkt aldus een voorwaarde te vormen om het houden van een deelneming als economische activiteit te beschouwen. Het Hof van Justitie spreekt in zijn jurisprudentie zowel over inmenging in het beheer als moeien in het beheer, waarmee het overigens hetzelfde lijkt te bedoelen.⁴²¹ Het Hof heeft in zijn jurisprudentie het begrip ‘moeien’ niet expliciet gedefinieerd, ondanks dat de verwijzende rechter in het arrest *Cibo* verzoekt om een dergelijke verduidelijking. Hoewel het Hof van Justitie in zijn jurisprudentie zich niet expliciet heeft uitgelaten over de inhoud en reikwijdte van het begrip ‘moeien’, overweegt de Hoge Raad in *BNB* 1999/51 dat naar redelijkerwijs niet voor twijfel vatbaar is dat met het begrip ‘moeien’ het volgende wordt bedoeld:

“3.3 (...) het zich bezighouden met het beleid van de ondernemingen dat door de vennootschappen waarin wordt deelgenomen, wordt uitgevoerd en (daarbuiten; *AP*) valt het vervullen van een financieel en fiscaal coördinerende rol.”⁴²²

Omdat de uitleg van de Hoge Raad niet is gebaseerd op Europese jurisprudentie van het Hof van Justitie, kan deze duiding in sommige situaties afwijken van de benadering van het Hof van Justitie. Daarom is het niet geheel duidelijk of nog betekenis toekomt aan de bovenstaande overweging van de Hoge Raad, mede gelet op de ontwikkeling van de jurisprudentie die het Hof van Justitie heeft gewezen na het moment van verschijnen van *BNB* 1999/51.⁴²³

In het arrest *Wellcome Trust* lijkt het Hof de omstandigheid dat het belanghebbende verboden is meerderheidsparticipaties te houden, doorslaggevend te achten bij de conclusie dat geen sprake is van moeien in het beheer.⁴²⁴ Hieruit kan a contrario worden afgeleid dat het moeien in ieder geval verband houdt met het relatieve aandelenbelang die in een vennootschap wordt gehouden. In het besluit

⁴²⁰ HvJ EG 20 juni 1991, nr. C-60/90 (*Polysar*), *FED* 1991/633, r.o. 14, HvJ EG 14 november 2000, nr. C-142/99 (*Floridienne en Berginvest*), *FED* 2001/179, r.o. 18, HvJ EG 27 september 2001, nr. C-16/00 (*Cibo Participations*), r.o. 20 en HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14 en C-109/14 (*Larentia + Minerva/Marenave*), *BNB* 2016/25, r.o. 20.

⁴²¹ Aldus ook S.B. Cornielje, *Fusies en overnames in de Europese BTW*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 207-208.

⁴²² HR 26 augustus 1998, nr. 33 662, *BNB* 1999/51.

⁴²³ Zie bijv. de volgende arresten waaruit niet blijkt dat een fiscaal en financieel coördinerende rol niet als ‘moeien’ kan worden beschouwd: HvJ EG 27 september 2001, nr. C-16/00 (*Cibo Participations*), r.o. 22, HvJ EU 6 september 2012, nr. C-496/11 (*Portugal Telecom*), *V-N* 2012/51.21, r.o. 34 & HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14 en C-109/14 (*Larentia + Minerva/Marenave*), *BNB* 2016/25, r.o. 21 en HvJ EU 12 januari 2017, nr. C-28/16 (*MVM*), *V-N* 2017/17.15, r.o. 33.

⁴²⁴ HvJ EG 20 juni 1996, nr. C-155/94 (*Wellcome Trust*) *jur.* 1996, blz. I-3013, r.o. 35.

CPP2004/1709 stelt de Staatssecretaris zich op het standpunt dat een meerderheidsparticipatie in een vennootschap is vereist voor het moeien. Deze stelligheid behoeft enige nuance, aangezien uit de Europese Jurisprudentie van het Hof van Justitie immers niet kan worden afgeleid dat een dergelijke meerderheidsparticipatie is vereist voor het moeien.⁴²⁵ A-G Overgaauw merkt ten aanzien van het standpunt van de Staatssecretaris op dat de zeggenschap en het belang geen evenredige grootheden behoeven te zijn en concludeert dat een meerderheidsparticipatie niet per definitie is vereist.⁴²⁶ Het lijkt erop dat het moeien in het beheer van deelnemingen gezien moet worden als de feitelijke uitoefening van de invloed of zeggenschap die een aandeelhouder heeft in zijn deelneming. Het woord ‘moeien’ impliceert immers een actieve handeling. Dat de invloed feitelijk moet worden uitgeoefend, blijkt ook uit de overweging ‘onverminderd de rechten die de houder van de deelnemingen als aandeelhouder of vennoot heeft’ uit rechtsoverweging 14 van het arrest Polysar.⁴²⁷ Het slechts hebben van invloed lijkt dus niet voldoende om te spreken over moeien. Er zijn talloze bronnen van invloed denkbaar, maar het relatieve aandelenbezit speelt hierbij uiteraard een grote rol. Aandelen geven immers doorgaans recht op een bepaalde mate van zeggenschap. Ten slotte is het niet geheel duidelijk wat het Hof van Justitie bedoelt met ‘direct dan wel indirect’ moeien in het beheer waarin wordt deelgenomen.⁴²⁸ Deze overweging lijkt te impliceren dat het ook mogelijk is middellijk of indirect te moeien in deelnemingen.⁴²⁹

Uit het bovenstaande blijkt dat onduidelijkheid bestaat omtrent de begrippen ‘inmenging in het beheer’ en ‘moeien in het beheer’. Deze onduidelijkheid wordt mede veroorzaakt doordat het Hof steevast in zijn jurisprudentie benadrukt dat slechts sprake is van een economische activiteit indien het houden van aandelen gepaard gaat met het moeien in het beheer van de vennootschappen waarin wordt deelgenomen.⁴³⁰ Een verklaring dat het Hof zich niet expliciet uitlaat over de definitie en reikwijdte van het moeien is wellicht dat het moeien als zodanig geen aanknopingspunt biedt voor de btw. Het moeien is immers niet te beschouwen als belastbare prestatie. Uit de jurisprudentie van het Hof blijkt dat de aanwezigheid van een (intentionele) belastbare prestatie is vereist om van een economische activiteit te spreken, ook in het kader van het houden van aandelen.⁴³¹ Het lijkt er aldus op dat aan het begrip ‘moeien in het beheer’ zelfstandig geen betekenis toekomt.⁴³² Lamers meent dat aan het begrip ‘moeien’ alleen nog zelfstandig betekenis toekomt bij de toepassing van de holdingresolutie⁴³³.⁴³⁴ Ten aanzien van inmenging in het beheer keurt de holdingresolutie immers goed dat een holdingvennootschap, die een sturende en beleidsbepalende rol binnen het concern vervult, opgenomen kan worden in een fiscale eenheid. Zoals reeds is aangegeven, wordt de bespreking van de fiscale eenheid in deze verhandeling vermeden.

5.2.2 Verband tussen moeien in het beheer en belastbare prestaties

Deze paragraaf onderzoekt in feite of aan het begrip ‘inmenging in het beheer praktisch’ nog betekenis toekomt en, zo ja, wat het verband is tussen het moeien in het beheer van deelnemingen enerzijds en het

⁴²⁵ Aldus ook W.J. Blokland, *Omzetbelastingaspecten van ondernemingsfinanciering*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 98.

⁴²⁶ A-G Overgaauw, conclusie bij HR 2 december 2011, nr. 42863, *BNB* 2012/29, punt 3.14.

⁴²⁷ HvJ EG 20 juni 1991, nr. C-60/90 (Polysar), *FED* 1991/633, r.o. 14.

⁴²⁸ HvJ EG 20 juni 1991, nr. C-60/90 (Polysar), *FED* 1991/633, r.o. 14.

⁴²⁹ W.J. Blokland, *Het economische karakter van het houden van aandelen in de btw*, *NtFR-B* 2017/22.

⁴³⁰ HvJ EU 6 september 2012, nr. C-496/11 (Portugal Telecom), *V-N* 2012/51.21, r.o. 33, HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14 en C-109/14 (Larentia + Minerva/Marenave), *BNB* 2016/25, r.o. 20 en HvJ EU 12 januari 2017, nr. C-28/16 (MVM), *V-N* 2017/17.15, r.o. 32.

⁴³¹ HvJ EG 14 november 2000, nr. C-142/99 (Floridienne en Berginvest), *FED* 2001/179, HvJ EG 12 juli 2001, nr. C-102/00 (Welthgrove), *BNB* 2002/182 en HvJ EG 27 september 2001, nr. C-16/00 (Cibo Participations), *FED* 2002/31.

⁴³² HvJ EU 12 januari 2017, nr. C-28/16 (MVM), *V-N* 2017/17.15.

⁴³³ Besluit van 18 februari 1991, *FED* 1991/266.

⁴³⁴ J.J.M. Lamers, *De etquette van het aandeel in de BTW*, *WFR* 2005/828.

verrichten van belastbare prestaties jegens deelnemingen anderzijds. Rechtsoverweging 14 van het arrest Polysar pleit voor het standpunt dat betekenis toekomt aan het begrip ‘inmenging in het beheer’.⁴³⁵ Het Hof overweegt immers in het arrest Polysar dat het moeien een voorwaarde vormt om de aandelen als de exploitatie van een onlichamelijke zaak te beschouwen.⁴³⁶ Daarentegen is het opmerkelijk dat het Hof zich in zijn jurisprudentie niet expliciet uitlaat over de inhoud en reikwijdte van de het moeien.⁴³⁷ De onduidelijkheid omtrent het begrip ‘moeien’ blijkt ook uit de recente prejudiciële vragen die een Franse rechter 14 augustus 2017 heeft gesteld aan het Hof van Justitie inzake Marle Participations SARL (C-320/17). De verwijzende rechter vraagt zich af in hoeverre de verhuur van een gebouw door een holdingmaatschappij aan een dochteronderneming een rechtstreekse of indirecte inmenging in het beheer van deze dochteronderneming vormt waardoor het verwerven en het houden van de aandelen in deze dochteronderneming een economische activiteit wordt.

Het Hof overweegt in het arrest Floridienne en Berginvest ten aanzien van het begrip ‘inmenging in het beheer’ het volgende:

‘19. Hieruit volgt, dat een inmenging in het beheer van de dochterondernemingen, die gepaard gaat met handelingen die aan de btw zijn onderworpen op grond van artikel 2 van die richtlijn, zoals het verrichten van administratieve, boekhoudkundige en informaticadiensten door Floridienne en Berginvest ten behoeve van hun dochterondernemingen, als een economische activiteit in de zin van artikel 4, lid 2, van de Zesde richtlijn (thans art. 9 lid 1 van de Btw-richtlijn; AP) moet worden beschouwd.’⁴³⁸

In latere jurisprudentie heeft het Hof aangegeven dat het ook kan gaan om financiële, commerciële en technische diensten die worden verricht jegens de deelnemingen.⁴³⁹ Uit de bovenstaande rechtsoverweging blijkt ook dat belastbare prestaties *ten behoeve van* de deelnemingen moeten worden verricht alvorens het houden van aandelen in de economische sfeer plaatsvindt. Op grond van het arrest Larentia + Minerva/Marenave lijkt te volgen dat jegens *elke* deelnemingen belastbare prestaties verricht dienen te worden.⁴⁴⁰ De juistheid van deze stelling wordt in onderdeel 5.2.4 verder geanalyseerd.

De onduidelijkheid omtrent het verband dat dient te bestaan tussen het moeien en de belastbare prestaties wordt veroorzaakt door de afwijkende formulering in de verschillende taalversies van de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Tot het moment van het wijzen van het arrest Larentia + Minerva/Marenave werd in de Nederlandse taalversie van de jurisprudentie van het Hof van Justitie benadrukt dat het moeien *gepaard moet gaan* met belastbare activiteiten.⁴⁴¹ De woorden ‘gepaard gaan met’ veronderstellen dat het moeien en het verrichten van belastbare prestaties cumulatieve voorwaarden vormen. In het arrest Larentia + Minerva/Marenave lijkt het bedoelde verband te zijn veranderd aangezien het Hof overweegt dat het moeien als economische activiteit wordt beschouwd *voor zover zij inhoudt* dat belastbare prestaties worden verricht ten behoeve van de deelneming. Uit een vergelijking van het arrest Larentia + Minerva/Marenave en de eerder gewezen jurisprudentie in andere

⁴³⁵ Zie ook K.M. Braun, De BTW-belastingplicht van moeiende holdings: een legpuzzel waarvan de stukjes niet passen, *WFR* 1999/167.

⁴³⁶ HvJ EG 20 juni 1991, nr. C-60/90 (Polysar), *FED* 1991/633, r.o. 13-14.

⁴³⁷ S.B. Cornielje, Fusies en overnames in de Europese BTW, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 209.

⁴³⁸ HvJ EG 14 november 2000, nr. C-142/99 (Floridienne en Berginvest), *FED* 2001/179, r.o. 19.

⁴³⁹ HvJ EG 27 september 2001, nr. C-16/00 (Cibo Participations), HvJ EU 6 september 2012, nr. C-496/11 (Portugal Telecom), *V-N* 2012/51.21, r.o. 34 & HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14 en C-109/14 (Larentia + Minerva/Marenave), *BNB* 2016/25, r.o. 21.

⁴⁴⁰ HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14 en C-109/14 (Larentia + Minerva/Marenave), *BNB* 2016/25, r.o. 29 en aldus ook S.B. Cornielje, Houdstervennootschappen en het recht op aftrek van voorbelasting in de btw, *TFO* 2017/31. Anders: W.J. Blokland, Het economische karakter van het houden van aandelen in de btw, *NTFR-B* 2017/22.

⁴⁴¹ HvJ EG 14 november 2000, nr. C-142/99 (Floridienne en Berginvest), *FED* 2001/179, r.o. 21, HvJ EG 12 juli 2001, nr. C-102/00 (Welthgrove), r.o. 16, *BNB* 2002/182 en HvJ EG 27 september 2001, nr. C-16/00 (Cibo Participations), *FED* 2002/31, r.o. 21, HvJ EG 29 oktober 2009, nr. C-29/08 (SKF), *BNB* 2010/251, r.o. 30 en HvJ EU 6 september 2012, nr. C-496/11 (Portugal Telecom), *V-N* 2012/51.21, r.o. 33.

taalversies blijkt dat geen sprake is van een verandering ten aanzien van de norm maar een verandering in de Nederlandse vertaling van de aldus bedoelde norm.

In de wetenschappelijke literatuur lijkt ook geen consensus te bestaan over het verband waar het Hof op doelt. Zo leidt Blokland uit de Duitse, Engelse en Franse taalversies van de beschikking Welthgrove⁴⁴² af dat het Hof op een ander verband doelt dan het verband waar de woorden ‘gepaard gaan met’ op lijken te doelen. Hij stelt dat ‘letterlijk vertaald valt hierin te lezen dat inmenging handelingen onder bezwarende titel moet omvatten (einschließen), met zich moet brengen (entail) respectievelijk moet impliceren (impliquer).’⁴⁴³ Swinkels leidt uit de verschillende taalversies van de arresten Floridienne en Berginvest⁴⁴⁴, Cibo⁴⁴⁵ en de beschikking Welthgrove⁴⁴⁶ dat onder inmenging in het beheer wordt verstaan ‘een activiteit die is gericht op het in gang zetten van, dan wel tot gevolg heeft of leidt tot handelingen die binnen de reikwijdte van de Zesde BTW-richtlijn vallen.’⁴⁴⁷ Van Norden stelt tenslotte dat deze taalvergelijking van de arresten Floridienne en Berginvest, Cibo en de beschikking Welthgrove niet de gewenste duidelijkheid biedt.⁴⁴⁸

Naar mijns inziens kan het mogelijke verband tussen moeien en het verrichten van belastbare prestaties op drie manieren worden geïnterpreteerd, namelijk dat:

1. het verrichten van belastbare prestaties een bepaalde mate van moeien in het beheer van een deelneming als gevolg heeft;
2. het moeien in het beheer van een deelneming en het verrichten van belastbare prestaties onafhankelijke maar cumulatieve voorwaarden vormen, of;
3. het moeien in het beheer van een deelneming als gevolg heeft dat belastbare prestaties worden verricht aan een deelneming.

Het komende onderdeel onderzoekt de juistheid van de bovenstaande mogelijkheden.

5.2.2.1 Het verrichten van belastbare prestaties heeft moeien als gevolg

Zoals reeds is betoogd, moet het moeien gedefinieerd worden als de feitelijke uitoefening van de invloed die een aandeelhouder heeft op het beleid van een deelneming. De eerste interpretatiemogelijkheid veronderstelt dat het moeien in het beheer van een deelneming af te leiden is aan de belastbare prestaties die worden verricht door de holdingvennootschap aan de deelneming. De (feitelijke uitoefening van de) invloed die voortvloeit uit andere handelingen dan prestaties onder bezwarende titel, zoals bijvoorbeeld het houden van aandelen maar ook handelingen die om niet worden verricht, zijn in dit kader irrelevant. Deze interpretatie vereist derhalve bepaalde materiële vereisten ten aanzien van de belastbare prestaties die worden verricht jegens de deelneming alvorens het aandeelhouderschap opgaat in de economische activiteit. Zo kan bijvoorbeeld sprake zijn van moeien indien managementtaken of bestuurstaken tegen vergoeding worden verricht door de houdstervennootschap. De verhuur van vastgoed door een holdingvennootschap aan zijn deelneming, zoals gebeurd in de aanhangige zaak Marle Participations SARL (C-320/17), lijkt niet per definitie een bepaalde mate van moeien als gevolg te hebben.

Van Norden stelt dat tegen de eerste zienswijze kan worden ingebracht dat het een open deur betreft. Hij vermoedt niet dat het Hof slechts heeft geprobeerd te zeggen dat het moeien tegen een vergoeding een economische activiteit vormt aangezien dit evident volgt uit de Btw-richtlijn.⁴⁴⁹ De

⁴⁴² HvJ 12 juli 2001, nr. C-102/00 (Welthgrove), *BNB* 2002/182.

⁴⁴³ W.J. Blokland, *Omzetbelastingaspecten van ondernemingsfinanciering*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 99.

⁴⁴⁴ HvJ EG 14 november 2000, nr. C-142/99 (Floridienne en Berginvest), *FED* 2001/179.

⁴⁴⁵ HvJ EG 27 september 2001, nr. C-16/00 (Cibo Participations), *FED* 2002/31.

⁴⁴⁶ HvJ EG 12 juli 2001, nr. C-102/00 (Welthgrove), *BNB* 2002/182.

⁴⁴⁷ J.J.P. Swinkels, aantekening bij: HvJ EG 27 september 2001, nr. C-16/00 (Cibo Participations), *FED* 2002/31.

⁴⁴⁸ G.J. van Norden, *Het concern in de BTW*, Deventer, Kluwer, 2007, blz. 145.

⁴⁴⁹ G.J. van Norden, *Het concern in de BTW*, Deventer, Kluwer, 2007, blz. 146.

voorbeelden die het Hof doorgaans geeft voor de belastbare prestaties⁴⁵⁰ pleiten daarnaast ook niet voor deze zienswijze.⁴⁵¹ Cornielje meent daarnaast dat niet uit de jurisprudentie van het Hof val af te leiden dat de handelingen onder bezwarende titel constitutief dienen te zijn voor de moeiactiviteit.⁴⁵² De eerste zienswijze van het verband tussen het moeien en het verrichten van belastbare prestaties jegens deelnemingen lijkt dus onwaarschijnlijk en wordt niet zozeer ondersteund door de huidige stand van de jurisprudentie.

5.2.2.2 *Het moeien en het verrichten van belastbare prestaties zijn onafhankelijke voorwaarden*

De tweede interpretatiemogelijkheid veronderstelt dat het moeien in het beheer en het verrichten van belastbare prestaties twee onafhankelijke voorwaarden vormen. Aan beide voorwaarden moet worden voldaan alvorens het aandeelhouderschap opgaat in de economische activiteit. In tegenstelling tot de eerste zienswijze, behoeft onder deze zienswijze niet zozeer een verband te bestaan tussen het moeien en de belastbare prestaties. De aandeelhoudersactiviteiten gaan op in de economische activiteit indien de holdingvennootschap kan aantonen dat hij zowel zijn invloed op zijn deelneming, al dan niet tegen vergoeding, feitelijk uitoefent als dat hij belastbare prestaties verricht (jegens zijn deelneming). Het moeien en het verrichten van belastbare prestaties vormen aldus cumulatieve voorwaarden. Ten aanzien van de betekenis van het begrip ‘moeien’ lijkt deze zienswijze in overeenstemming met *BNB* 1999/51. In die zaak verrichtte de holdingvennootschap belastbare prestaties jegens de deelnemingen waarin werd deelgenomen. Desalniettemin overweegt de Hoge Raad dat een fiscaal en financieel coördinerende rol niet kan worden beschouwd als moeien.⁴⁵³ Alhoewel deze zienswijze ook in overeenstemming lijkt te zijn met de Nederlandse overweging ‘gepaard gaan met’⁴⁵⁴, pleit de gebruikelijke terminologie in de Franse, Duitse en Engelse taalversie niet voor deze zienswijze. De woorden ‘impliceren’ (impliquer), ‘omvatten’ (einschließen) respectievelijk ‘met zich moet brengen’ (entail)⁴⁵⁵ wijzen immers wel degelijk op dat een verband bestaat tussen het moeien en het verrichten van belastbare prestaties. Ten slotte valt tegen deze zienswijze in te brengen dat indien het Hof heeft bedoeld dat het moeien een onafhankelijk voorwaarde vormt, het vreemd is dat het zich in zijn jurisprudentie zich nooit expliciet heeft uitgelaten over de invulling van het ‘moeien’. Cornielje leidt bijvoorbeeld uit *Floridienne* en *Berginvest* af dat de inmenging kennelijk toch niet van belang is voor het vaststellen van de belastingplicht.⁴⁵⁶ Indien het moeien en de belastbare prestaties onafhankelijke voorwaarden vormen, dan zou het antwoord op de prejudiciële vraag inzake *Marle Participations SARL* (C-320/17) kunnen zijn dat het aandeelhouderschap opgaat in de economische activiteit indien de belanghebbende in staat is aan te tonen dat hij zich ook moeit in het beheer van zijn deelneming.

5.2.2.3 *Het moeien heeft als gevolg dat belastbare prestaties worden verricht jegens de deelneming*

De derde interpretatiemogelijkheid is gebaseerd op de hypothese dat een holdingvennootschap in staat is belastbare prestaties te verrichten jegens zijn deelneming omdat hij zich moeit in het beheer van zijn deelneming. De aandeelhoudersactiviteiten gaan in dit kader op in de economische activiteit indien een

⁴⁵⁰ Zoals financiële, commerciële en technische diensten.

⁴⁵¹ De voorbeelden die het Hof noemt in het arrest HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14 en C-109/14 (*Larentia + Minerva/Marenave*), *BNB* 2016/25, r.o. 21.

⁴⁵² S.B. Cornielje, *Fusies en overnames in de Europese BTW*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 209.

⁴⁵³ HR 26 augustus 1998, nr. 33 662, *BNB* 1999/51.

⁴⁵⁴ HvJ EG 14 november 2000, nr. C-142/99 (*Floridienne* en *Berginvest*), *FED* 2001/179, r.o. 21, HvJ EG 12 juli 2001, nr. C-102/00 (*Welthgrove*), r.o. 16, *BNB* 2002/182 en HvJ EG 27 september 2001, nr. C-16/00 (*Cibo Participations*), *FED* 2002/31, r.o. 21, HvJ EG 29 oktober 2009, nr. C-29/08 (*SKF*), *BNB* 2010/251, r.o. 30 en HvJ EU 6 september 2012, nr. C-496/11 (*Portugal Telecom*), *V-N* 2012/51.21, r.o. 33.

⁴⁵⁵ Deze vertalingen heb ik ontleend aan W.J. Blokland, *Omzetbelastingaspecten van ondernemingsfinanciering*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 99.

⁴⁵⁶ S.B. Cornielje, *Fusies en overnames in de Europese BTW*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 209 waarin Cornielje vervolgens stelt dat inmenging niet moet worden gezien als een voorwaarde voor belastingplicht maar wel van belang is om te bepalen of een deelneming binnen het kader van deze belastingplicht wordt gehouden.

holdingvennootschap slechts aantoonde dat hij belastbare prestaties verricht jegens zijn deelneming. Deze zienswijze is als het ware het spiegelbeeld van de eerste zienswijze aangezien in dit verband het moeien niet het *gevolg* is van de belastbare prestaties, maar de *oorzaak* of *reden* van de belastbare prestaties. Deze zienswijze lijkt in overeenstemming met de interpretatie door Swinkels. Hij leidt immers af dat onder inmenging in het beheer wordt verstaan ‘‘een activiteit die is gericht op het in gang zetten van, dan wel tot gevolg heeft of leidt tot handelingen die binnen de reikwijdte van de Zesde BTW-richtlijn vallen.’’⁴⁵⁷ Deze zienswijze verklaart wellicht de reden dat het Hof een verdere invulling van het begrip ‘moeien’ niet nodig acht aangezien al sprake is van moeien indien belastbare prestaties worden verricht. Ook is een dergelijke interpretatie van het verband verenigbaar met de voorbeelden die het Hof doorgaans aandraagt voor de bedoelde belastbare prestaties. Het verrichten van financiële, commerciële of technische diensten lijkt immers voldoende voor het opgaan van het aandeelhouderschap in de economische activiteit⁴⁵⁸, terwijl bij het verrichten van een dergelijke diensten niet evident sprake is van inmenging in het beheer. Het gevolg van deze zienswijze is dat het moeien niet afzonderlijk getoetst behoeft te worden. Dit komt in feite neer op het standpunt dat de facto geen betekenis meer toekomt aan het begrip ‘moeien’. Deze zienswijze heeft als consequentie dat niet veel waarde meer toekomt aan rechtsoverweging 14 van het arrest Polysar.

Hoewel Cornielje het onwaarschijnlijk acht dat geen betekenis toekomt aan moeien,⁴⁵⁹ wijst hij erop dat de huidige stand van de jurisprudentie lijkt te pleiten voor deze zienswijze. Hij stelt immers dat het versturen van een managementfactuur al voldoende lijkt te zijn.⁴⁶⁰ Deze stelling behoeft enige nuance aangezien voor het beoordelen van belastbare prestaties wel degelijk sprake moet zijn van een bezwarende titel. Zo toont Hoofdstuk 3 aan een bezwarende titel bijvoorbeeld een identificeerbaar en wederzijds voordeel vereist. Deze zienswijze lijkt ten slotte ook een paradoxale consequentie te hebben. Het criterium van het arrest Paul Newey, die stelt dat contractuele bepalingen de commerciële en economische realiteit dienen te weergeven, lijkt onder deze zienswijze niet van toepassing te kunnen zijn op transacties in groepsstructuren.⁴⁶¹ De aanwezigheid van een dergelijke zuiver kunstmatige constructie vormt immers de aanwijzing dat sprake is van vergaande inmenging door de holdingvennootschap in het beheer van de deelneming. De aanwezigheid van een zuiver kunstmatige constructie zou derhalve van doorslaggevend betekenis moeten zijn om het aandeelhouderschap op te laten gaan in de economische activiteit.

Geconcludeerd dient te worden dat het niet duidelijk is in hoeverre het moeien en de belastbare handelingen zich tot elkaar verhouden. Het antwoord op de prejudiciële vraag in de aanhangige zaak Marle Participations SARL (C-320/17) biedt op dit punt wellicht meer duidelijkheid. Op grond van de recente jurisprudentie in het Frans, Duits, Engels en Nederlands, waarin het Hof de woorden ‘impliceren’ (impliquer), ‘omvatten’ (einschließen), ‘met zich moet brengen’ (entail) en respectievelijk ‘inhouden’⁴⁶² lijkt te pleiten voor de derde zienswijze van het verband tussen moeien en belastbare handelingen. Uit de huidige jurisprudentie blijkt immers niet dat naast het verrichten van belastbare prestaties nog afzonderlijk getoetst dient te worden of sprake is van moeien alvorens het houden van aandelen opgaat in de economische activiteit. Daarom lijkt het verrichten van een belastbare prestatie jegens de directe deelneming voldoende voor het opgaan van het aandeelhouderschap in de economische activiteit. Op grond van de huidige jurisprudentie lijken overigens niet veel materiële vereisten gesteld te worden aan de prestaties die verricht moeten worden jegens de deelnemingen. Het verrichten van een

⁴⁵⁷ J.J.P. Swinkels, aantekening bij: HvJ EG 27 september 2001, nr. C-16/00 (Cibo Participations), *FED* 2002/31.

⁴⁵⁸ HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14 en C-109/14 (Larentia + Minerva/Marenave), *BNB* 2016/25.

⁴⁵⁹ Aldus ook S.B. Cornielje, *Fusies en overnames in de Europese BTW*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 209.

⁴⁶⁰ S.B. Cornielje, *Houdstervenootschappen en het recht op aftrek van voorbelasting in de btw*, *TFO* 2017/31.

⁴⁶¹ HvJ EU 20 juni 2013, nr. C-653/11 (Paul Newey), *BNB* 2014/49.

⁴⁶² HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14 en C-109/14 (Larentia + Minerva/Marenave), r.o. 21 en HvJ EU 12 januari 2017, nr. C-28/16 (MVM), r.o. 33 (geraadpleegd via www.curia.eu).

administratieve, financiële, commerciële of technische dienst jegens de deelneming is immers voldoende voor het opgaan van het aandeelhouderschap in de economische activiteit.⁴⁶³

5.2.3 De opbrengsten van een holdingvennootschap

Dividenden vallen buiten de werkingssfeer van de btw waardoor zij niet als tegenprestatie kunnen gelden voor enige economische activiteit.⁴⁶⁴ In onder andere het arrest *Floridienne en Berginvest* overweegt het Hof dat het dividend niet als tegenprestatie kan gelden voor enige prestatie. De aard en kenmerken van het dividend sluiten een rechtstreeks verband uit. Het Hof wijst in dit kader op twee kenmerken waardoor het rechtstreekse verband ontbreekt. Het dividend is ten eerste afhankelijk van het jaarlijkse resultaat. Daarnaast hangt de hoogte van het dividend niet af van de identiteit van de aandeelhouder, maar aan het soort deelneming dat hij heeft.⁴⁶⁵ Blokland stelt dat deze twee kenmerken weinig tot geen zelfstandige betekenis hebben. Er zijn volgens Blokland namelijk bepaalde vormen van dividend, zoals aan de orde kan zijn bij cumulatief preferente aandelen, die niet of in mindere mate afhangen van de jaarlijkse winst of juist wel afhangt van de identiteit van de aandeelhouder. Volgens Blokland moeten ook deze dividenden buiten de werkingssfeer van de btw blijven.⁴⁶⁶

De reden dat het rechtstreekse verband ontbreekt, lijkt niet te zijn dat onzekerheid omtrent de hoogte van het jaarlijkse dividend bestaat. In hoofdstuk 3 is namelijk reeds gebleken dat praktische moeilijkheden omtrent de bepaling van de hoogte van de tegenwaarde niet als consequentie kunnen hebben dat geen tegenprestatie is te onderkennen.⁴⁶⁷ Het lijkt in de praktijk niet altijd ondoenlijk in te schatten hoeveel dividend er jaarlijks uitgekeerd gaat worden, zeker indien een bepaalde vennootschap waarin aandelen worden gehouden een duidelijk en consistent dividendbeleid voert. Het bestaan van een dergelijk dividendbeleid zou wellicht een argument kunnen zijn dat dit leidt tot een bepaalde ereschuld⁴⁶⁸ waarop het in aanmerking genomen kan worden als tegenprestatie.

Een belangrijk kenmerk van dividend is daarentegen dat het niet direct samenhangt met eventuele prestaties die door een aandeelhouder zijn verricht jegens een vennootschap. Het besluit dividend te doen uitkeren is immers aan het bestuur van de vennootschap en aan de aandeelhoudersvergadering. Dit kan daarom dus niet contractueel worden overeengekomen aangezien het wederkerige karakter ontbreekt. Het voorwaardelijke verband tussen de terbeschikkingstelling van kapitaal en dividend is dus bij voorbaat uitgesloten aangezien dividend niet bedongen kan worden. De beslissing om dividend uit te keren hangt van andere omstandigheden af dan van de eventuele prestaties die zijn verricht jegens een deelneming. Een holdingvennootschap die prestaties verricht jegens alle deelnemingen⁴⁶⁹ maar daarvoor geen afzonderlijke vergoeding bedingt is in zoverre vergelijkbaar met een orgeldraaier die in het openbaar muziek ten gehore brengt. Hoewel in sommige situaties goed betoogd kan worden dat de prestaties van de holdingvennootschap leiden tot een hoger rendement (finaal verband), weet deze houdster niet welke deelnemingen zullen betalen voor deze prestaties. Het lijkt dus evident dat dividend in geen geval als tegenprestatie kan worden beschouwd.⁴⁷⁰ Omdat dividenden buiten de werkingssfeer van de btw vallen, en deze niet als tegenprestatie zijn te beschouwen, vormt het dividend geen relevant criterium om te beoordelen of een holdingvennootschap een economische activiteit verricht. Dit heeft als consequentie dat aan de omvang van het dividend geen betekenis toekomt.

⁴⁶³ HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14 en C-109/14 (*Larentia + Minerva/Marenave*), *BNB* 2016/25, r.o. 21.

⁴⁶⁴ HvJ EG 22 juni 1993, nr. C-333/91 (*Sofitam*), *FED* 1993/608, r.o. 13.

⁴⁶⁵ HvJ EG 14 november 2000, nr. C-142/99 (*Floridienne en Berginvest*), *FED* 2001/179.

⁴⁶⁶ W.J. Blokland, *Omzetbelastingaspecten van ondernemingsfinanciering*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 92-93.

⁴⁶⁷ HvJ EG 5 mei 1994, nr. C-38/93 (*Glawe*), *V-N* 1994, blz. 1877 en HvJ EG 14 juli 1998, nr. C-172/96 (*First National Bank of Chicago*), *V-N* 1998/57.18.

⁴⁶⁸ HvJ EG 17 september 2002, nr. C-498/99 (*Town & Country Factors*), *FED* 2003/86.

⁴⁶⁹ Eventueel bestaat de prestatie al uit de terbeschikkingstelling van kapitaal.

⁴⁷⁰ HvJ EG 22 juni 1993, nr. C-333/91 (*Sofitam*), *FED* 1993/608, r.o. 13, HvJ EG 14 november 2000, nr. C-142/99 (*Floridienne en Berginvest*), *FED* 2001/179, r.o. 21.

Op grond van art. 9 lid 1 van de Btw-richtlijn is er pas sprake van een economische activiteit indien een prestatieverrichter duurzaam streeft naar opbrengsten. Zo verricht een prestatieverrichter die uitsluitend om niet presteert geen economische activiteit.⁴⁷¹ Een prestatieverrichter die uitsluitend prestaties verricht tegen een dusdanig lage prijs waarop sprake is van vrijgevigheid, presteert in feite uitsluitend om niet.⁴⁷² Omdat dividenden niet als tegenprestatie zijn aan te merken, streeft een holdingvennootschap door het houden van deelnemingen niet duurzaam naar opbrengsten

Meer in het algemeen speelt het vergoedingsbegrip op twee niveaus een rol, namelijk op het objectniveau en het subjectniveau. In een wat breder kader van de beoordeling of sprake is van een economische activiteit, heeft het Hof in een aantal gevallen, waarin een prestatieverrichter niet *hoofdzakelijk* streeft naar opbrengsten, de reikwijdte van het begrip ‘economische activiteit’ beperkt. Met het toekennen van GSM- en UMTS- vergunningen via een openbare veiling is een publiekrechtelijk lichaam bijvoorbeeld niet werkzaam op een markt,⁴⁷³ evenals dat een politieke partij met het verrichten van bepaalde prestaties om de politieke wil te beïnvloeden dit niet is.⁴⁷⁴ Ten slotte verricht een gemeente ook geen economische activiteit met het aanbieden van leerlingenvervoer tegen een bepaalde prijs, waarbij een aanzienlijke wanverhouding bestaat tussen de totale kosten en opbrengsten.⁴⁷⁵ Er moet aldus wel degelijk sprake zijn van een geobjectiveerd opbrengstenstreven.

Het is volstrekt onduidelijk of het toepassingsbereik van de hierboven aangehaalde jurisprudentie dusdanig ruim is dat het van toepassing kan zijn op holdingvennootschappen.⁴⁷⁶ De hierboven gewezen jurisprudentie is immers slechts gewezen ten aanzien van (semi-)publiekrechtelijke lichamen. Stel dat aangenomen wordt dat deze jurisprudentie een algemener toepassingsbereik heeft, waardoor in sommige gevallen getoetst kan worden of holdingvennootschappen daadwerkelijk streven naar opbrengsten, dan geschiedt een dergelijke toetsing door de omstandigheden te onderzoeken waarin de betreffende prestaties worden verricht en deze te vergelijken met de omstandigheden waarin een dergelijke activiteit gewoonlijk wordt verricht.⁴⁷⁷ Een relevante omstandigheid in dit verband zou het bestaan van een aanzienlijke wanverhouding tussen kosten en opbrengsten kunnen zijn.⁴⁷⁸ Hierbij dient onderscheid gemaakt te worden tussen enerzijds de verhouding tussen kosten en opbrengsten en anderzijds de verhouding tussen opbrengsten en dividenden. Aan een (wan)verhouding die bestaat tussen opbrengsten en dividenden lijkt op grond van het arrest *Cibo*⁴⁷⁹ en *Larentia + Minerva/Marenave*⁴⁸⁰ niet als zodanig (veel) betekenis toe te komen.⁴⁸¹ De irrelevantie ten aanzien van de verhouding tussen opbrengsten en dividenden lijkt ook een consequentie van de overweging dat dividenden buiten de werkingssfeer van de btw vallen.

De toepassing van het wanverhoudingscriterium tussen kosten en opbrengsten veronderstelt dat de holdingvennootschap niet hoofdzakelijk naar opbrengsten streeft. Voor de toepassing van het

⁴⁷¹ HvJ EG 1 april 1982, nr. 89/81 (*Hong-Kong Trade*), *BNB* 1982/311.

⁴⁷² HvJ EG 21 september 1988, nr. 50/87 (*Commissie/Frankrijk*), *BNB* 1994/306.

⁴⁷³ HvJ EG 26 juni 2007, nr. C-369/04 (*Hutchison 3G UK*), *V-N* 2007/32.22 & HvJ EU 26 juni 2007, nr. C-284/04 (*T-Mobile Austria*), *V-N* 2007/32.21.

⁴⁷⁴ HvJ EG 6 oktober 2009, nr. C-267/08 (*SPÖ Kärinthië*), *V-N* 2009/52.24.

⁴⁷⁵ HvJ EU 12 mei 2016, nr. C-520/14 (*Gemeente Borsele*), *BNB* 2016/186.

⁴⁷⁶ Zie bijv. F. Tromp, Een bezwarende titel maakt nog geen economische activiteit, *WFR* 2016/163.

⁴⁷⁷ HvJ EG 26 september 1996, nr. C-230/94 (*Enkler*), *V-N* 1997 blz. 653 en HvJ EU 12 mei 2016, nr. C-520/14 (*Gemeente Borsele*), *BNB* 2016/186, r.o. 30.

⁴⁷⁸ HvJ EU 12 mei 2016, nr. C-520/14 (*Gemeente Borsele*), *BNB* 2016/186.

⁴⁷⁹ HvJ EG 27 september 2001, nr. C-16/00 (*Cibo Participations*), *FED* 2002/31.

⁴⁸⁰ HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14 en C-109/14 (*Larentia + Minerva/Marenave*), *BNB* 2016/25.

⁴⁸¹ Aldus ook S.B. Cornielje, Houdstervenootschappen en het recht op aftrek van voorbelasting in de btw, *TFO* 2017/31 en zie ook W.J. Blokland, *Omzetbelastingaspecten van ondernemingsfinanciering*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 100.

wanverhoudingscriterium lijkt aldus een dubbele toets te gelden.⁴⁸² Een eventueel bestaan van een wanverhouding tussen de totale kosten en opbrengsten is niet voldoende voor de vaststelling dat een prestatieverrichter niet naar opbrengsten streeft. Er zijn verschillende (zakelijke) redenen voor een opzichzelfstaande wanverhouding in een bepaald jaar, die niet automatisch tot de gevolgstrekking moet leiden dat niet naar opbrengsten wordt gestreefd.

Bij de beoordeling of bepaalde prestaties belast zijn (het objectniveau), is het niet relevant of bepaalde prestaties worden verricht tegen een vergoeding die lager is dan de kostprijs.⁴⁸³ De ondergrens hierbij wordt gevormd door de symbolische vergoeding, oftewel een dusdanig lage vergoeding waardoor sprake is van vrijgevigheid.⁴⁸⁴ Het rechtstreekse verband tussen een symbolische vergoeding en prestatie ontbreekt immers. Hierbij zij opgemerkt de lage prijs als zodanig niet doorslaggevend is voor de conclusie dat de prestatie niet belastbaar is. De lage vergoeding moet namelijk gebaseerd zijn op vrijgevigheid, wat inhoudt dat iets belangeloos (ontbloom van zakelijke belangen) wordt gedaan.⁴⁸⁵ Om te onderzoeken of sprake is van een symbolische vergoeding, is meer informatie nodig over de aard van de dienstverlening en of deze in verband staat met de bedongen vergoeding. De Hoge Raad heeft in *BNB* 1994/307 aangegeven dat het bij de beoordeling van een symbolische vergoeding irrelevant is of de vergoeding kostendekkend is.⁴⁸⁶ Ook is volgens de Hoge Raad het bestaan van een relatie tussen de belastingplichtige en de afnemer irrelevant. In *BNB* 2005/223 geeft de Hoge Raad aan dat ‘van belang (kan) zijn welke vergoeding voor soortgelijke in het maatschappelijke verkeer verrichte prestaties wordt bedongen’.⁴⁸⁷ Er moet aldus worden beoordeeld of aan de vergoeding maatschappelijke betekenis toekomt door de vergoeding te vergelijken met vergoedingen die voor vergelijkbare prestaties wordt bedongen. Voorts moet worden onderzocht of de lage vergoeding bedongen is om zakelijke redenen, of dat de lage vergoeding is gebaseerd op vrijgevigheid.⁴⁸⁸

In het kader van de deelvraag kan geconcludeerd worden dat de vergoeding in beginsel als criterium kan gelden bij de beoordeling van de belastingplicht van holdingvennootschappen, mogelijk zelfs op twee niveaus. Ten eerste kan op het objectniveau sprake zijn van een symbolische vergoeding, die gelijkgesteld moet worden met een prestatie om niet.⁴⁸⁹ Daarnaast speelt het vergoedingsbegrip mogelijk een rol bij de beoordeling of een holdingvennootschap hoofdzakelijk streeft naar opbrengsten. Hoewel het toepassingsbereik van het arrest Gemeente Borsele geheel onduidelijk is⁴⁹⁰, zou het zo kunnen zijn dat het daarin geïntroduceerde ‘wanverhoudingscriterium’ ook van toepassing is op holdingvennootschappen. Toekomstige jurisprudentie moet hieromtrent meer duidelijkheid bieden. Het toepassingsbereik van zowel de symbolische vergoeding als het wanverhoudingscriterium is betrekkelijk smal⁴⁹¹, temeer omdat voor de toepassing van deze aan een dubbele toets moet worden voldaan. Weliswaar kan de vergoeding theoretisch een rol spelen bij de beoordeling van de belastingplicht van holdingvennootschappen, maar in de praktijk lijkt de hoogte van de vergoeding niet zozeer een relevant criterium.

⁴⁸² Zie in dit kader r.o. 35 van HvJ EU 12 mei 2016, nr. C-520/14 (Gemeente Borsele), *BNB* 2016/186 waarin het Hof stelt dat de diensten worden verricht in het kader van de openbare dienstverlening van de Gemeente.

⁴⁸³ HvJ EG 20 januari 2005, nr. C-412/03 (Hotel Scandic Gåsabäck AB), V-N 2005/8.22.

⁴⁸⁴ HvJ EG 21 september 1988, nr. 50/87 (Commissie/Frankrijk), *BNB* 1994/306.

⁴⁸⁵ Zie ook M.E. van Hilten, De maatstaf van BTW-heffing: hoe subjectief is subjectief?, *WFR* 1995/76.

⁴⁸⁶ HR 22 juni 1994, nr. 29 870, *BNB* 1994/307.

⁴⁸⁷ HR 11 februari 2005, nr. 38 022, *BNB* 2005/223.

⁴⁸⁸ H.W.M. van Kesteren, annotatie bij: HR 11 februari 2005, nr. 38 022, *BNB* 2005/223.

⁴⁸⁹ HvJ EG 21 september 1988, nr. 50/87 (Commissie/Frankrijk), *BNB* 1994/306.

⁴⁹⁰ P. Joosten en D. Kroesen, De echte paradox in de btw, *BtwBrief* 2016/109.

⁴⁹¹ Zie ook T.K.M. Roosmaker-Penning, *Cursus Belastingrecht (Omzetbelasting)*, Deventer, Kluwer (losbl.), 2017, onderdeel 2.1.6.D.d4.

5.2.4 Aftrek van voorbelasting ter zake van het houden van aandelen

In het kader van de deelvraag van deze paragraaf dient benadrukt te worden dat het recht op aftrek van voorbelasting niet zozeer als criterium geldt bij de beoordeling of sprake is van een economische activiteit. Het recht op aftrek van voorbelasting is namelijk de logische consequentie van een economische activiteit. Belastingplichtigen kunnen tenslotte alleen gevrijwaard worden van de btw omdat zij recht hebben op aftrek van voorbelasting. Desalniettemin worden de grenzen van de economische activiteit in sommige gevallen impliciet duidelijk omdat voor bepaalde activiteiten geen recht op aftrek voorbelasting geldt. In hoofdstuk 4 worden de verschillende vereisten uiteengezet die gelden voor de toepassing van het recht op aftrek van voorbelasting. Ten eerste moet de afnemer van goederen en diensten de status als belastingplichtige bezitten. Een houdstervennootschap kan slechts de status als belastingplichtige verkrijgen indien hij prestaties onder bezwarende titel verricht of van plan is te gaan verrichten.⁴⁹²

Vervolgens moet in het kader van het aftrekrecht worden beoordeeld of inkomende prestaties ook worden afgenomen in de *hoedanigheid* als belastingplichtige.⁴⁹³ Dit hoedanigheidvereiste kan worden vertaald in het vereiste onlosmakelijke verband: een belastingplichtige heeft slechts recht op aftrek van voorbelasting indien een onlosmakelijk verband bestaat tussen inkomende prestaties en de algehele economische activiteit. Op het moment een onlosmakelijk verband wordt aangetoond, kan worden verondersteld dat de gemaakte kosten zijn doorberekend in de prijzen van de uitgaande belastbare handelingen die jegens de deelnemingen worden verricht.

Zoals in hoofdstuk 4 is betoogd, acht het Hof in zijn jurisprudentie over het algemeen onbelastbare handelingen, zoals ook handelingen inzake aandelen, niet existent voor de toerekening van inkomende prestaties. Het Hof tracht de kosten zoveel mogelijk toe te rekenen aan handelingen die wel binnen de werkingssfeer van de Btw-richtlijn vallen.⁴⁹⁴ Derhalve dient onderzocht te worden of kosten, die bedrijfseconomisch zijn toe te rekenen aan handelingen inzake aandelen, het gevolg zijn van de economische activiteit en ook gemaakt worden ten behoeve van de economische activiteit. Er moet aldus sprake zijn van finaliteit en causaliteit.⁴⁹⁵ In het algemeen lijkt het Hof in sommige gevallen de toets van de indirecte finaliteit en de investeringstoets aan te leggen om te bepalen of het recht op aftrek van voorbelasting toekomst voor kosten die gemaakt zijn voor onbelastbare handelingen. Het Hof neemt de wijze waarop de opbrengst van een onbelastbare handeling wordt aangewend, mee bij de beoordeling of een onlosmakelijk verband bestaat tussen bepaalde kosten en de algehele economische activiteit.

Uit het arrest *Larentia + Minerva/Marenave* blijkt dat het recht op aftrek van voorbelasting in beginsel integraal toekomt aan een holdingvennootschap die zich inmenst in het beheer van zijn deelnemingen door aan *alle* deelnemingen belastbare prestaties te verrichten. Volgens het Hof moeten kosten die een moeiende holdingvennootschap maakt ter verwerving van deelnemingen, geacht te zijn gemaakt voor zijn economische activiteit waardoor de holding in beginsel volledig recht op aftrek van voorbelasting heeft.⁴⁹⁶ Het arrest *Larentia + Minerva/Marenave* impliceert aldus dat niet afzonderlijk getoetst hoeft te worden of een onlosmakelijk verband bestaat en aldus de kosten in de hoedanigheid als belastingplichtige worden gemaakt. Dit lijkt immers een automatische consequentie van de vaststelling

⁴⁹² Of de intentie om te moeien door managementdiensten te gaan verrichten reeds en onmiddellijk voldoende is voor het ontstaan van het recht op aftrek van voorbelasting, is gelet op de prejudiciële vragen die de verwijzende Ierse rechter op 12 mei 2017 heeft gesteld inzake *Ryanair (C-249/17)* niet geheel duidelijk.

⁴⁹³ A.J. van Doesum & H.W.M. van Kesteren, *Aftrek van voorbelasting ter zake van handelingen buiten het kader van de onderneming*, *WFR* 2011/1465.

⁴⁹⁴ Aldus ook A.J. van Doesum en H.W.M. van Kesteren, *De onlosmakelijke samenhang tussen kosten en belastbare handelingen*, *WFR* 2012/885.

⁴⁹⁵ Zie onderdeel 4.4 en 4.5.

⁴⁹⁶ HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14 en C-109/14 (*Larentia + Minerva/Marenave*), *BNB* 2016/25, r.o. 25.

dat sprake is van inmenging in het beheer, die gepaard gaat met het verrichten van belastbare handelingen jegens alle deelnemingen.

Overigens is het niet zo dat het aftrekrecht in alle gevallen integraal toekomt aan holdingvennootschappen. Op grond van het arrest *Securenta* blijkt dat de kosten die betrekking hebben op zowel economische activiteiten als niet-economische activiteiten, in beginsel niet geheel in aanmerking komen voor recht op aftrek van voorbelasting.⁴⁹⁷ De niet-economische sfeer die het Hof in aanmerking neemt, bestaat lijkt ogenschijnlijk te bestaan uit het houden van effecten en deelnemingen. In sommige situaties kan er dus wel degelijk een niet-ondernemings sfeer worden vastgesteld bij houdstervennootschappen, waarvoor geen recht op aftrek van voorbelasting bestaat. Cornielje merkt ten aanzien van het arrest *Securenta* op dat het Hof wordt gestuurd door de vraagstelling van de Duitse verwijzende rechter. Het Hof neemt immers gemakkelijk aan dat sprake is van een niet-ondernemerssfeer en dat de kosten hieraan ook deels toerekenbaar zijn.⁴⁹⁸ Het arrest *Securenta* zorgt aldus in dit verband niet voor de meer duidelijkheid. Uit de arresten *Larentia + Minerva/Marenave*⁴⁹⁹, *Portugal Telecom*⁵⁰⁰ en de beschikking *MVM*⁵⁰¹ blijkt in ieder geval dat de belastbare prestaties *ten behoeve* van de deelnemingen verricht moeten worden alvorens het aandeelhouderschap opgaat in de economische activiteit. Gewezen zij op rechtsoverweging 29 van het arrest *Larentia + Minerva/Marenave*.

“29. Enkel indien de verwijzende rechter vaststelt dat de deelnemingen die voortvloeien uit de kapitaalverrichtingen (het bijeenbrengen van kapitaal; *AP*) die door de in het hoofdgeding aan de orde zijnde holdings zijn verwezenlijkt, ook voor een deel zijn genomen in dochterondernemingen aan het beheer waarvan deze holdings niet hebben deelgenomen, kan de over de kosten van die verrichtingen voldane btw slechts gedeeltelijk worden afgetrokken, zoals in de eerste prejudiciële vraag is bedoeld.”⁵⁰²

Op grond van deze overweging lijkt vereist te zijn dat een holdingvennootschap zich in het beheer van *alle* deelnemingen moet moeien. Indien wordt aangenomen dat er slechts sprake is van moeien indien belastbare prestaties worden verricht aan die deelneming, lijkt het er aldus op dat holdingvennootschappen belastbaar moeten presteren jegens alle deelnemingen. Of de bovenstaande rechtsoverweging van het arrest *Larentia + Minerva/Marenave* dusdanig strikt gelezen moet worden is tot op heden niet duidelijk.⁵⁰³ Hoewel in rechtsoverweging 29 te lezen valt dat in het beheer van elke deelneming moet worden deelgenomen, is het verband tussen het moeien en het verrichten van belastbare prestaties niet in zoverre duidelijk dat per definitie jegens alle deelnemingen gepresteerd moet worden.

Zoals reeds benadrukt, vormt het recht op aftrek van voorbelasting niet als zodanig een criterium ter beoordeling van een economische activiteit van een holdingvennootschap. Desalniettemin blijkt uit het voorgaande dat het recht op aftrek van voorbelasting impliciet een rol speelt bij het bepalen van de grenzen van de economische activiteit.

5.3 Knelpunten huidige situatie

Het belastbaar presteren jegens de deelnemingen lijkt aldus het doorslaggevende criterium bij de beoordeling of holdingvennootschappen een economische activiteit verrichten. Het verrichten van een

⁴⁹⁷ HvJ EG 13 maart 2008, nr. C-437/06 (*Securenta*), *V-N* 2008/14.20.

⁴⁹⁸ S.B. Cornielje, *Fusies en overnames in de Europese BTW*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 146.

⁴⁹⁹ HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14 en C-109/14 (*Larentia + Minerva/Marenave*), *BNB* 2016/25, r.o. 21.

⁵⁰⁰ HvJ EU 6 september 2012, nr. C-496/11 (*Portugal Telecom*), *V-N* 2012/51.21, r.o. 34.

⁵⁰¹ HvJ EU 12 januari 2017, nr. C-28/16 (*MVM*), *V-N* 2017/17.15.

⁵⁰² HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14 en C-109/14 (*Larentia + Minerva/Marenave*), *BNB* 2016/25, r.o. 29.

⁵⁰³ Zie bijv. W.J. Blokland, *Het economische karakter van het houden van aandelen in de btw*, *NtFR-B* 2017/22 die meent dat dit uitgangspunt niet geheel klopt.

niet veelzeggende dienst jegens alle deelnemingen lijkt dan al voldoende te zijn voor een economische activiteit. Hoewel het mij voorkomt dat het verrichten van belastbare prestaties jegens alle deelnemingen niet het meest juiste criterium is om onderscheid gemaakt te worden tussen de verschillende holdingvennootschappen, moet in dit verband worden benadrukt dat een activiteit, die bestaat uit het louter verwerven en houden van aandelen, niet goed te duiden is in het rechtskarakter van de btw. De btw is namelijk een verbruiksbelasting die voor sommige uitvoeringsaspecten aansluit bij de besteding, zoals voor de bepaling van de maatstaf van heffing.⁵⁰⁴ Het verwerven en het houden van aandelen leidt niet tot consumptief verbruik, maar kan veeleer beschouwd worden als uitgesteld consumptief verbruik.⁵⁰⁵ Hoewel de betaling die gedaan wordt ter verwerving van aandelen een besteding vormt, vertegenwoordigt deze besteding dus geen consumptief verbruik. Deze redenering kan twee consequenties hebben.

Ten eerste kan worden betoogd dat het juist is dat de verwerving van aandelen buiten het bereik van de btw vallen. Er is immers geen sprake van consumptie. Zoals van Hilten ook betoogd, zou het in de heffing betrekken van aandelen als consequentie hebben dat feitelijk een dubbele heffing optreedt, namelijk één keer bij de inbreng van kapitaal in een bedrijf en één keer over de output van de onderneming van dat bedrijf.⁵⁰⁶ Uit deze redenering komt daarentegen naar voren dat niet geheel duidelijk is hoe een eventuele prestatie⁵⁰⁷ loopt indien een bijvoorbeeld particulier overtollige koopkracht in de vorm van kapitaal ter beschikking stelt aan een vennootschap. Er is immers geen sprake van een door van Hilten geschetste ‘dubbele heffing’ indien wordt aangenomen dat de particuliere belegger een prestatie verricht jegens de vennootschap in de vorm van een terbeschikkingstelling van kapitaal. In dat geval is immers sprake van een inkomende handeling bij de vennootschap waarin wordt geïnvesteerd. Als daarentegen de levering van een aandeel wordt beschouwd als prestatie, dan ontstaat er inderdaad een dubbele heffing bij de vennootschap.

De btw is daarentegen een indirecte belasting, aangezien het daadwerkelijke subject niet gelijk is aan het beoogde subject. Oftewel, de belasting komt voor rekening van degene die niet als belastingplichtige wordt aangemerkt. Hoewel het verwerven en houden van aandelen geen consumptief verbruik vertegenwoordigt, worden particuliere aandeelhouders niet gevrijwaard van de btw aangezien zij niet als belastingplichtige worden aangemerkt. Zij krijgen geen recht op aftrek van voorbelasting. Zo ontstaat ook een soort ‘dubbele heffing’ bij de aandeelhouder. De particuliere aandeelhouder heeft namelijk ten eerste geen recht op aftrek van voorbelasting ten aanzien van de kosten die toerekenbaar zijn aan de handelingen inzake aandelen. Daarnaast is de particuliere aandeelhouder ook btw verschuldigd op het moment dat hij zijn nettorendement aanwendt voor consumptie.

Desalniettemin lijkt het aanmerken van alle particuliere aandeelhouders als belastingplichtige te stuiten op zowel principiële bezwaren als praktische bezwaren. Het principiële bezwaar lijkt te bestaan in de gedachte dat de particuliere aandeelhouders niet deelnemen aan het economische verkeer waardoor zij geen deel uitmaken van de productieve schakel.⁵⁰⁸ Daarnaast bestaat ogenschijnlijk een consensus over de gedachte dat het niet de bedoeling kan zijn dat elke particulier als belastingplichtige moet worden aangemerkt op het moment dat hij een deel van zijn inkomen gaat beleggen of investeren.⁵⁰⁹

⁵⁰⁴ M.E. van Hilten, *Bancaire en financiële prestaties in de Europese BTW*, Deventer, Kluwer, 1992, blz. 15-16, H.W.M. van Kesteren, *Fiscale rechtswil*, Arnhem, Gouda Quint, 1994, blz. 72 en G.J. van Norden, *Het concern in de BTW*, Deventer, Kluwer, 2007, blz. 26-27.

⁵⁰⁵ M.M.W.D. Merckx, *De woon- en vestigingsplaats in de btw*, Deventer, Kluwer, 2011, blz. 27.

⁵⁰⁶ M.E. van Hilten, *Bancaire en financiële prestaties in de Europese BTW*, Deventer, Kluwer, 1992, blz. 21.

⁵⁰⁷ Een prestatie niet in de zin van een prestatie onder bezwarende titel zoals is gedefinieerd in het vorige hoofdstuk aangezien dividend nog steeds niet gezien kan worden als tegenprestatie.

⁵⁰⁸ Zie bijv. G.J. van Norden, *Het concern in de BTW*, Deventer, Kluwer, 2007, blz. 135 en W.J. Blokland, *Omzetbelastingaspecten van ondernemingsfinanciering*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 44.

⁵⁰⁹ W.J. Blokland, *Omzetbelastingaspecten van ondernemingsfinanciering*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 46.

Als aangenomen wordt dat particuliere beleggers en investeerders niet als belastingplichtige hebben te gelden, moeten holdingvennootschappen die louter aandelen verwerven en houden ook niet worden aangemerkt als belastingplichtige. Deze consequentie is immers vereist om de rechtsvormneutraliteit te waarborgen en het voorkomen van ‘een vlucht van het particuliere vermogen in de BV’. Hoewel deze gelijkstelling begrijpelijk en wellicht ook noodzakelijk is, heeft dit grote consequenties. Het onderscheid tussen enerzijds beleggende en anderzijds ondernemende holdingvennootschappen wordt betrekkelijk vaag. Van Hilten wijst er namelijk op dat tussen deze twee uitersten een groot grijs gebied bestaat van aandeelhouders die aandelen aanhouden vanuit een beleggingsdoelmerk als vanuit het oogmerk om te ondernemen.⁵¹⁰ Ergens in dit brede scala aan soorten aandeelhouders dient een streep te worden getrokken om het onderscheid te maken tussen de houdsters. Dit onderscheid is van groot materieel belang, aangezien het maken van dit onderscheid samengaat met het toekennen van het recht op aftrek van voorbelasting. Dit onderscheid raakt aldus ook de kern van het rechtskarakter van de btw, aangezien door het maken van dit onderscheid bepaald wordt wie en wat belast worden.

Het Hof maakt dit onderscheid door te vereisen dat belastbare prestaties worden verricht ten behoeve van of jegens de deelnemingen en dat sprake moet zijn van moeien in het beheer. Het verrichten van belastbare prestaties jegens alle deelnemingen is naar het mij voorkomt niet het meest juiste criterium te zijn om onderscheid tussen holdingvennootschappen te maken. Een houdstervenootschap die wordt aangemerkt als belastingplichtige, krijgt integraal recht op aftrek van voorbelasting als deze een economische activiteit is. Een houdstervenootschap die niet aan dit criterium voldoet, wordt gelijkgesteld met een particuliere investeerder⁵¹¹, oftewel een niet-belastingplichtige, en krijgt geheel geen recht op aftrek van voorbelasting. Het komt mij voor dat het huidige beoordelingskader om het bedoelde onderscheid te maken, niet geheel de juiste is gelet op het rechtskarakter van de btw en het neutraliteitsbeginsel.

Ten eerste zij gewezen op zuivere (tussen)houdsters die onderdeel uitmaken van grote internationale concerns. Zoals Blokland stelt, is het gelijkstellen van dergelijke houdsters met particuliere investeerders niet correct aangezien geen sprake is van eindverbruik. Blokland stelt immers dat een concern inclusief de (tussen)houdstervenootschappen een economische eenheid kunnen vormen.⁵¹² Oftewel, enkelvoudige beoordeling voor vennootschappen die geldt in het btw-stelsel lijkt niet altijd recht te doen aan de economische realiteit.⁵¹³ Zo wordt bijvoorbeeld een tussenhoudster die deel uitmaakt van een groot concern, dat als eenheid belastbaar presteert, gelijkgesteld met een particuliere belegger terwijl in andere situaties de belastingplicht ogenschijnlijk gemakkelijk kan worden verkregen. Zo wordt bijvoorbeeld een particuliere huizenbezitter al aangemerkt als belastingplichtige omdat de zonnepanelen op zijn dak, waarmee hij in staat is energie te leveren, te beschouwen is als exploitatie van een lichamelijke zaak.⁵¹⁴ Daarnaast leidt het vereisen van belastbare prestaties in sommige gevallen tot ongerechtvaardigde ongelijke behandeling, bijvoorbeeld in situaties waarin een holdingvennootschap deelnemingen verwerven. Voor dergelijke transacties worden doorgaans hoge btw-dragende kosten gemaakt. Het versturen van een managementfactuur naar de deelneming lijkt in een dergelijke situatie lijkt dé onderscheidende handeling te zijn om het integrale aftrekrecht te doen verkrijgen.⁵¹⁵ Als voorbeeld kan dienen een vennootschap die een omvangrijke economische activiteit verricht. Stel dat deze vennootschap een aantal strategische deelnemingen aanhoudt, die een wezenlijke functie vervullen in de economische activiteit. Als een dergelijke vennootschap niet in staat is prestaties onder bezwarende titel te verrichten jegens zijn deelnemingen,

⁵¹⁰ M.E. van Hilten, *Bancaire en financiële prestaties in de Europese BTW*, Deventer, Kluwer, 1992, blz. 186.

⁵¹¹ HvJ EG 20 juni 1996, nr. C-155/94 (Wellcome Trust), *jur.* 1996, blz. I-3013.

⁵¹² Aldus ook W.J. Blokland, *Omzetbelastingaspecten van ondernemingsfinanciering*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 267.

⁵¹³ Aldus ook G.J. van Norden, *Het concern in de BTW*, Deventer, Kluwer, 2007, blz. 138.

⁵¹⁴ P. Joosten en D. Kroesen, *De echte paradox in de btw*, *BtwBrief* 2016/109.

⁵¹⁵ Aldus S.B. Cornielje, *Houdstervenootschappen en het recht op aftrek van voorbelasting in de btw*, *TFO* 2017/31.

bijvoorbeeld omdat bepaalde medeaandeelhouders hiermee niet akkoord gaan, kan een dergelijke vennootschap te maken krijgen met een aftrekbeperking. Indien deze vennootschap vergeleken wordt met een andere vennootschap, die bijvoorbeeld bepaalde deelnemingen hoofdzakelijk ter belegging aanhoudt, maar wel in staat is belastbare prestaties jegens zijn deelnemingen te verrichten, wordt deze ongerechtvaardigde ongelijke behandeling evident duidelijk. In het tweede voorbeeld is immers op basis van de huidige jurisprudentie geen sprake van een aftrekbeperking. Het verrichten van belastbare prestaties jegens alle deelnemingen is naar het mij voorkomt niet het meest juiste criterium te zijn om onderscheid tussen holdingvennootschappen te maken. Bovendien werken het huidige criterium kunstmatige constructies in de hand aangezien de status als belastingplichtige kan worden verkregen door het verrichten van een niet veelzeggende prestatie onder bezwarende titel.

De volgende paragraaf beschrijft een alternatieve zienswijze die meer recht doet aan de economische realiteit en derhalve minder strijdigheid met het neutraliteitsbeginsel oplevert.

5.4 Alternatief beoordelingskader

In deze paragraaf wordt onderzocht of alternatieve criteria denkbaar zijn die geschikter zijn om het onderscheid te maken tussen verschillende holdingvennootschappen. Voor dit beoordelingskader gelden een aantal randvoorwaarden. Ten eerste pleit het nieuwe beoordelingskader in beginsel niet voor een wijziging van de Btw-richtlijn. Ten tweede moet het beoordelingskader passen in de systematiek van de Btw-richtlijn. Dit houdt in dat pas sprake is van een economische activiteit, en derhalve belastingplicht, indien een holdingvennootschap belastbare prestaties verricht. De enkelvoudige beoordeling van vennootschappen geldt in dit kader onverkort. De belastingplicht kan dus niet ontstaan indien de belastbare prestaties ontbreken, ook niet indien andere groepsvennootschappen belastbaar presteren. Daarnaast geldt onverminderd dat het dividend niet als tegenprestatie kan worden aangemerkt.⁵¹⁶ Ten slotte moet het beoordelingskader zo goed mogelijk passen binnen de huidige jurisprudentie. Dit houdt in dat zo weinig mogelijk dient te worden afgeweken van de bestaande Europese jurisprudentie van het Hof van Justitie.

5.4.1 Economische activiteit

Een economische activiteit vereist dat belastbare prestaties worden verricht. Het lijkt mij dan ook juist dat een holdingvennootschap niet de status als belastingplichtige verkrijgt als hij niet belastbaar presteert. Ook moet daarbij sprake zijn van enige regelmaat ten aanzien van het presteren en een bepaalde duurzaamheid ten aanzien van de opbrengsten. Het verwerven en het houden van een deelneming constitueren in beginsel dus niets voor de btw, aangezien beide handelingen niet zijn aan te merken als uitgaande prestaties onder. Hoewel de gelijkstelling van een holdingvennootschap met een eindverbruiker niet altijd recht doet aan de economische realiteit⁵¹⁷, zeker ten aanzien van tussenhoudster die onderdeel uitmaken van een concern, is het vereisen van een prestatie onder bezwarende titel noodzakelijk om de systematiek en het indirecte karakter van de btw te waarborgen. De systematiek van de Btw-richtlijn is namelijk gestoeld op de doorbrekingsgedachte, die veronderstelt dat de belastingplichtige zijn kosten doorberekend in de prijzen van zijn uitgaande prestaties. Deze veronderstelling wordt ogenschijnlijk verlaten op het moment dat prestaties onder bezwarende titel niet meer zijn vereist. Het vereisen van prestaties onder bezwarende titel lijken aldus noodzakelijk. Overigens is al sprake van een economische activiteit indien een holdingvennootschap de intentie heeft om belastbaar te presteren.⁵¹⁸ De achterliggende reden hiervan is dat het aftrekrecht slechts op één

⁵¹⁶ HvJ EG 14 november 2000, nr. C-142/99 (Floridienne/Berginvest), *FED* 2001/179, r.o. 23.

⁵¹⁷ Zie onderdeel 5.3

⁵¹⁸ Er is immers reeds sprake van een economische activiteit indien een persoon de intentie heeft tot het verrichten van een economische activiteit. HvJ EG 14 februari 1985, nr. C-268/83 (Rompelman), *Jur.* 1985, blz. I-655, HvJ EG 29 februari 1996, nr. C-110/94 (INZO), *Jur.* 1996, blz. I-857 en HvJ EG 15 januari 1998, nr. C-37/95 (Ghent Coal), *V-N* 1998/29.14.

moment kan worden veiliggesteld, namelijk op het moment dat goederen en diensten worden afgenomen.⁵¹⁹ Voorts geldt in dit beoordelingskader de symmetriethese. Dit houdt in dat voor de beoordeling of een verkoop van een deelneming binnen de economische sfeer plaatsvindt, de kwalificatie van het verwerven en houden van die deelneming van doorslaggevend belang is. Met andere woorden, een verkoop van een deelneming wordt slechts verricht in de hoedanigheid als belastingplichtige indien de verwerving en het aanhouden van de deelneming ook in de hoedanigheid als belastingplichtige geschiedt.⁵²⁰

In dit alternatieve beoordelingskader is het echter niet relevant of een holdingvennootschap zich moeit in het beheer van zijn deelnemingen. Het is namelijk ten eerste geheel onduidelijk wat onder dit moeien verstaan dient te worden. Voorts is niet duidelijk waarom het moeien een relevant criterium is om een ondernemende holdingvennootschap te onderscheiden van een beleggende holdingvennootschap, zeker indien de vennootschap voor dit moeien geen afzonderlijke vergoeding bedingt. Evenmin is in dit beoordelingskader relevant of de holdingvennootschap presteert ten behoeve van of jegens zijn deelnemingen. Uit de systematiek van de Btw-richtlijn valt niet duidelijk af te leiden wat de ratio is om te vereisen dat jegens of ten behoeve van de deelnemingen moet worden gepresteerd. Al helemaal is niet duidelijk of, en zo ja, waarom aan *alle* deelnemingen gepresteerd dient te worden.⁵²¹ In dit beoordelingskader is dus reeds sprake van een economische activiteit indien een holdingvennootschap louter prestaties onder bezwarende titel verricht jegens derden. Hierbij dient te worden opgemerkt dat deze vaststelling niet noodzakelijkerwijs inhoudt dat de handelingen inzake aandelen in de hoedanigheid als belastingplichtige worden verricht. Bij deze beoordeling speelt het recht op aftrek van voorbelasting een centrale rol (zie onderdeel 5.4.2). De consequentie van deze benadering is dat de categorie ‘inmengingsaandeelhouders’ als zodanig komt te vervallen. Er behoeft immers geen sprake meer te zijn van inmenging, noch van belastbare prestaties die worden verricht ten behoeve van de deelnemingen.

Overigens moet wel betekenis toekomen aan de prestaties onder bezwarende titel en de economische activiteit die een holdingvennootschap verricht. De leer van de symbolische vergoeding geldt namelijk onverkort. Voorts dient in dit beoordelingskader ook belang toe te komen aan de verhouding tussen de totale opbrengsten en de totale kosten indien een holdingvennootschap hoofdzakelijk presteert binnen groepsverband. Het bestaan van een dergelijke wanverhouding kan een aanwijzing vormen dat niet hoofdzakelijk naar opbrengsten wordt gestreefd.

5.4.2 Aftrek van voorbelasting

Nadat is vastgesteld dat een holdingvennootschap een economische activiteit verricht, en deze de status als belastingplichtige heeft verkregen, moet worden beoordeeld in hoeverre deze vennootschap recht op aftrek van voorbelasting heeft. In deze stap dient onder andere te worden beoordeeld of bepaalde kosten, die bedrijfseconomisch toerekenbaar zijn aan handelingen inzake aandelen in de hoedanigheid, in de hoedanigheid als belastingplichtige worden gemaakt.

Het houden en verwerven van aandelen vormen in beginsel onbelastbare handelingen, aangezien het beiden geen uitgaande prestaties onder bezwarende titel zijn. Alhoewel de verkoop van een deelneming wel degelijk een uitgaande prestatie is, is de belastbaarheid van deze verkoop afhankelijk van of de deelneming in de hoedanigheid als belastingplichtige is verworven en aangehouden. Het Hof acht onbelastbare handelingen in het kader van de toerekening van kosten doorgaans non-existent. Het Hof

⁵¹⁹ Art. 167 van de Btw-richtlijn.

⁵²⁰ Aldus ook W.J. Blokland, *Omzetbelastingaspecten van ondernemingsfinanciering*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 118, die het juist acht de symmetriethese ook op aandelenoverdrachten toe te passen.

⁵²¹ Zie bijv. G.J. van Norden, *Het concern in de BTW*, Deventer, Kluwer, 2007, blz. 146 en W.J. Blokland, *Het economische karakter van het houden van aandelen in de btw*, *NTFR-B* 2017/22.

probeert dergelijke kosten namelijk zoveel mogelijk toe te rekenen aan de economische activiteit.⁵²² Deze toerekening geschiedt door te onderzoeken of een onlosmakelijk verband bestaat tussen de bedoelde kosten en de algehele economische activiteit. Een deelneming kan dus in de hoedanigheid als belastingplichtige worden verworven en gehouden indien de deelneming een bepaalde functie gaat vervullen in het kader van de economische activiteit van de holdingvennootschap. De finaliteit en causaliteit spelen een doorslaggevende rol bij de beoordeling van een dergelijk onlosmakelijk verband. Betoogd kan worden dat dit beoordelingskader feitelijk voorziet in de toepassing van de verlengstukgedachte, die het Hof eerder in zijn jurisprudentie heeft geformuleerd. Hoewel het exacte toepassingsbereik van deze verlengstukgedachte niet geheel duidelijk is, in het bijzonder ten aanzien van handelingen inzake aandelen,⁵²³ vertoont dit beoordelingskader inderdaad kenmerken van de verlengstukgedachte. Dit is overigens ook logisch. Indien vaststaat dat het verwerven en houden van een deelneming in het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk ligt van de economische activiteit van de holdingvennootschap, lijkt ook sprake te moeten zijn van een onlosmakelijk verband tussen deze kosten, die toerekenbaar zijn aan het verwerven en houden van aandelen, en de algehele economische activiteit van de belastingplichtige. De toets van het onlosmakelijke verband acht ik dus gelijk aan de toets van de verlengstukgedachte. Voor de advies- en transactiekosten⁵²⁴ die gemoeid kunnen zijn bij handelingen inzake aandelen, bijvoorbeeld de verwerving of de verkoop van een deelneming, geldt ook dat de belastingplichtige moet kunnen aantonen dat deze gemaakt worden *ten behoeve* van zijn economische activiteit.

Benadrukt dient te worden dat op grond van art. 167 van de Btw-richtlijn het recht op aftrek van voorbelasting slechts op één moment kan ontstaan. Dit houdt in dat de holdingvennootschap ten tijde van de verwerving van een deelneming moet betogen dat deze wordt afgenomen in de hoedanigheid als belastingplichtige of in de hoedanigheid als particuliere belegger.⁵²⁵ Een holdingvennootschap moet voor het verkrijgen van het aftrekrecht dus aantonen dat de deelneming een functie heeft of gaat hebben in zijn (toekomstige) economische activiteit. Het aftrekrecht wordt onvoorwaardelijk toegekend op het moment dat de holdingvennootschap in staat is dit aan te tonen, ook indien de economische activiteit op een later moment geen doorgang vindt.⁵²⁶ Indien de holdingvennootschap niet in staat is aan te tonen dat het verwerven en houden van een bepaalde deelneming in het verlengde van zijn economische activiteit ligt, omdat het houden van een deelneming geen (duidelijke) economische functie vervult, dan dient het aftrekrecht niet te worden toegekend.

Deze benadering verschilt in zoverre van de benadering van het Hof van Justitie dat het niet leidt tot 'alles-of-niets' uitkomst ten aanzien van het recht op aftrek van voorbelasting, die in de praktijk kan leiden tot een onevenredig ongelijke belastingheffing.⁵²⁷ Deze benadering heeft namelijk als consequentie dat de functie van handelingen inzake aandelen een rol speelt bij de beoordeling of de kosten die bedrijfseconomisch toerekenbaar zijn aan het houden van aandelen in aanmerking komen voor het recht op aftrek van voorbelasting. Door meer aan te sluiten bij het vereiste onlosmakelijke verband en de verlengstukgedachte ontstaat er weliswaar ongetwijfeld een nieuwe discussie of in bepaalde gevallen aan het vereiste onlosmakelijke verband wordt voldaan, maar deze discussie is naar verwachting een feitelijke en casuïstische discussie. Hierbij speelt de objectieve inhoud en kenmerken

⁵²² Aldus ook A.J. van Doesum en H.W.M. van Kesteren, De onlosmakelijke samenhang tussen kosten en belastbare handelingen, *WFR* 2012/885.

⁵²³ Zie onderdeel 3.5.3 voor een uitgebreide bespreking van de verlengstukgedachte.

⁵²⁴ Dit onderscheid heb ik onder meer ontleend aan A.J. van Doesum & H.W.M. van Kesteren, Aftrek van voorbelasting ter zake van handelingen buiten het kader van de onderneming, *WFR* 2011/1465.

⁵²⁵ HvJ EG 11 juli 1991, nr. C-97/90 (Lennartz), *FED* 1991/647, HvJ EG 2 juni 2005, nr. C-378/02 (Waterschap Zeeuws Vlaanderen), *BNB* 2007/220

⁵²⁶ HvJ EG 14 februari 1985, nr. C-268/83 (Rompelman), *Jur.* 1985, blz. I-655, HvJ EG 29 februari 1996, nr. C-110/94 (INZO), *Jur.* 1996, blz. I-857 en HvJ EG 15 januari 1998, nr. C-37/95 (Ghent Coal), *V-N* 1998/29.14.

⁵²⁷ Aldus W.J. Blokland, *Omzetbelastingaspecten van ondernemingsfinanciering*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 154.

van een deelneming een grote rol.⁵²⁸ Een dergelijke discussie is ook noodzakelijk, en komt op de lange termijn ten goede aan duidelijkheid omtrent de btw-positie van holdingvennootschappen, aangezien deze discussie naar verwachting zorgt voor meer objectieve criteria en aanknopingspunten voor het bepalen van het onlosmakelijke verband. Dit is een verbetering ten aanzien van de huidige stand van het recht, want tot op heden is het theoretisch kader rondom de btw-positie van holdingvennootschappen niet duidelijk. Desalniettemin moet in dit verband worden bedacht dat een deelneming een onlichamelijke zaak is, die naar zijn aard gebruikt kan worden voor zowel economische doeleinden als niet-economische doeleinden. Het houden van een deelneming leent zich immers ook om hoofdzakelijk naar dividenden te streven. Daarom moeten altijd de omstandigheden worden onderzocht bij de verwerving en het houden van een deelneming om te bepalen of de deelneming daadwerkelijk wordt verworven in het kader van de economische activiteit. Hoewel eerder bepleit is dat dit alternatieve beoordelingskader geen wijziging van de Btw-richtlijn voorstaat, is het wellicht wenselijk om een bepaald herzienings- of correctiemechanisme te introduceren in de Btw-richtlijn, die het mogelijk maakt om de omvang de initiële aftrek te corrigeren, vooral voor situaties waarin duidelijk (op een later moment) blijkt dat een verworven deelneming geen wezenlijke functie (meer) vervult in het kader van de economische activiteit. Het toekennen van de initiële aftrek is immers gebaseerd op de veronderstelling dat de deelneming in het kader van de economische activiteit wordt gebruikt. Een herziening of correctie van de initieel genoten aftrek lijkt aldus niet geheel onterecht. Echter valt het buiten het bestek van deze verhandeling om deze mogelijkheid verder te onderzoeken.

Het voorgestelde beoordelingskader lijkt in zoverre te passen binnen de huidige jurisprudentie. Alhoewel de irrelevantie ten aanzien van moeien als consequentie heeft dat aan rechtsoverweging 14 van het arrest Polysar geen betekenis meer toekomt, is het daarentegen in het huidige beoordelingskader van het Hof van Justitie ook volstrekt onduidelijk of nog betekenis toekomt aan het moeien. Dit beoordelingskader wijkt daarentegen af van de huidige stand van het recht omdat niet meer vereist is dat de belastbare diensten jegens of ten behoeve van de deelnemingen worden verricht.⁵²⁹ Desalniettemin is mij de ratio van het criterium dat jegens of ten behoeve van deelnemingen moet worden gepresteerd, om dit onderscheid te maken tussen holdingvennootschappen, niet duidelijk. Als voorbeeld kan dienen de belanghebbende in de zaak MVM. Uit de verwijzingsbeschikking blijkt dat de belanghebbende een economische activiteit verricht, die bestaat uit de verhuur van elektriciteitscentrales en optischevezelnetwerken. De belanghebbende houdt ook deelnemingen aan, die zich bezighouden met het opwekken en distribueren van elektriciteit. Een aftrekbeperking lijkt mij in eerste opslag in de zojuist geschetste situatie niet correct. Belanghebbende verricht immers een economische activiteit en, op basis van de beperkte informatie van de verwijzingsbeschikking van het arrest, waarin lijkt te worden gesteld dat de deelnemingen actief zijn in dezelfde markt, is het goed denkbaar dat de deelnemingen een bepaalde functie vervullen in de economische activiteit van belanghebbende. Een aftrekbeperking lijkt dus cumulatie binnen de bedrijfskolom te veroorzaken, hetgeen in strijd is met het neutraliteitsbeginsel.

⁵²⁸ HvJ EU 22 oktober 2015, nr. C-126/14 (Sveda), *BNB* 2016/135, r.o. 29.

⁵²⁹ HvJ EG 14 november 2000, nr. C-142/99 (Floridienne en Berginvest), *FED* 2001/179, r.o. 19, HvJ EG 27 september 2001, nr. C-16/00 (Cibo Participations), *FED* 2002/31, r.o. 21, HvJ EU 6 september 2012, nr. C-496/11 (Portugal Telecom), *V-N* 2012/51.21, r.o. 34, HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14 en C-109/14 (Larentia +Minerva/Marenave), *BNB* 2016/25, r.o. 21 en HvJ EU 12 januari 2017, nr. C-28/16 (MVM), *V-N* 2017/17.15, r.o. 33.

HOOFDSTUK 6

Conclusie

6.1 Inleiding

Het onderzoek bestaat feitelijk uit twee delen. In de conclusie wordt deze tweesplitsing ook aangehouden. In het eerste deel worden de volgende drie belangrijke elementen van de btw onderzocht: het rechtskarakter van de btw, het subject en object van de btw en het recht op aftrek van voorbelasting. Het eerste gedeelte van het onderzoek heeft een informerend karakter. In onderdeel 6.2 worden de belangrijkste bevindingen van dit gedeelte van het onderzoek samengevat. In het tweede gedeelte van deze verhandeling zijn mogelijke alternatieve c.q. andere criteria onderzocht om de onevenwichtige uitkomsten van de thans gehanteerde criteria te ondervangen. In onderdeel 6.3 worden deze onevenwichtigheden van de thans gehanteerde criteria kort beschreven. Voorts wordt aldaar de mogelijke alternatieven uiteengezet om deze onevenwichtigheden te ondervangen. Dit onderdeel heeft aldus een betogend karakter. In dit onderdeel wordt ten slotte ook antwoord gegeven op de probleemstelling van dit onderzoek.

6.2 Samenvatting

Hoofdstuk 2 heeft als functie om het rechtskarakter van de btw te bepalen en het neutraliteitsbeginsel uiteen te zetten. In dit hoofdstuk wordt aangetoond dat het rechtskarakter van een belastingwet het antwoord is op de vraag wat het beoogde subject en het beoogde object van een belasting is. Het rechtskarakter moet worden afgeleid van het ideaal dat ten grondslag ligt aan de invoering van de belastingwet. De btw is een algemene en indirecte verbruiksbelasting is. De btw is in het verleden ingevoerd in het kader van het bewerkstelligen van een gemeenschappelijke markt en had als doelstelling de mededingingsverstoringen weg te nemen en het communautaire handelsverkeer te bevorderen. Deze initiële doelstelling is dus van belang bij het bepalen van het rechtskarakter van de btw. De grootste mate van neutraliteit wordt bereikt indien de btw op een zo algemeen mogelijke manier wordt geheven. Het algemene karakter van de btw veronderstelt dat bij de beoordeling van de belastingplicht de objectieve kenmerken van prestaties centraal moeten staan en dat subjectieve omstandigheden hierbij een ondergeschikte rol spelen. Daarnaast is de btw een indirecte belasting, aangezien het beoogde subject niet gelijk is aan het daadwerkelijke subject. De btw lijkt in beginsel een algemene verbruiksbelasting te zijn. Echter wordt in sommige facetten van de uitvoering van de btw, bijvoorbeeld bij het bepalen van de maatstaf van heffing, het principe ‘verbruik is besteding’ vanuit doelmatigheidsoverwegingen gehanteerd. De btw tracht aldus de particuliere consumptie te belasten. De particuliere consumenten vormen het beoogde subject. De belastingneutraliteit vormt een van de belangrijkste initiële doelstellingen bij de invoering van het gemeenschappelijke btw-stelsel. Uit een analyse van de Europese jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat het neutraliteitsbeginsel een aantal verschijningsvormen heeft. De belangrijkste verschijningsvormen zijn het voorkomen van cumulatie van de btw in de bedrijfskolom en het waarborgen van de neutraliteit tussen belastingplichtigen, eindverbruikers en prestaties of handelingen.

Hoofdstuk 3 heeft als functie om het subject en het object van de btw te bepalen. Uit de systematiek van de Btw-richtlijn volgt dat de beoordeling van belastbaarheid plaatsvindt op twee niveaus. Deze beoordeling van de belastingplicht vindt namelijk plaats op het niveau van afzonderlijke prestaties (het objectniveau) en op het niveau van de belastingplichtige (het subjectniveau). Een handeling is belastbaar als deze te beschouwen is als prestatie onder bezwarende titel. De bezwarende titel veronderstelt ten eerste het bestaan van een rechtsbetrekking waarbij over en weer prestaties worden

uitgewisseld. Ook veronderstelt de bezwarende titel het bestaan van een rechtstreeks verband tussen een bedongen vergoeding en een prestatie. Een belastingplichtige is een persoon die door middel van het (regelmatig) verrichten van prestaties onder bezwarende titel duurzaam streeft naar opbrengsten. Het verrichten van prestaties onder bezwarende titel leidt dus niet in alle gevallen zondermeer tot een economische activiteit, aangezien aanvullende subjectieve vereisten gelden. Hoofdstuk 3 betoogt overigens dat hoe meer betekenis wordt toegekend aan subjectieve kenmerken en omstandigheden, hoe groter de discrepantie wordt tussen het beoogde object van de btw, de particuliere besteding of consumptie, en het daadwerkelijke object van de btw, de prestaties onder bezwarende titel. Het daadwerkelijke object van de btw zijn aldus de leveringen van goederen en diensten onder bezwarende titel. Het daadwerkelijke subject bestaat uit de belastingplichtige, die met enige regelmaat dergelijke prestaties onder bezwarende titel verrichten om zo duurzaam te streven naar opbrengsten.

In hoofdstuk 4 worden de belangrijkste voorwaarden voor het recht op aftrek van voorbelasting uiteengezet. Het recht op aftrek van voorbelasting vormt de hoeksteen van het btw-systeem. Belastingplichtigen worden immers gevrijwaard van de btw omdat zij recht hebben om de voorbelasting die aan hen in rekening is gebracht, in aftrek te brengen. Hieruit volgt dan ook de belangrijkste voorwaarde voor het recht op aftrek van voorbelasting: er moet sprake zijn van belastingplicht. Daarnaast gelden een aantal andere belangrijke voorwaarden die zijn verbonden aan het recht op aftrek van voorbelasting. Het recht op aftrek vereist dat de belastingplichtige kwalificeert als afnemer van de goederen of diensten waarvoor hij de voorbelasting in aftrek wenst te brengen. De afnemer kan doorgaans worden afgeleid uit de rechtsbetrekking. Voorts vereist het recht op aftrek dat de belastingplichtige de goederen en diensten afneemt in de *hoedanigheid* als belastingplichtige. Oftewel, er dient een onlosmakelijk verband⁵³⁰ te bestaan tussen de afgenomen goederen of diensten en de economische activiteit van de belastingplichtige. Het onlosmakelijk verband veronderstelt causaliteit en (objectieve) finaliteit. Zodra vaststaat dat producten zijn afgenomen in de hoedanigheid als belastingplichtige, kan worden verondersteld dat de kosten van deze afgenomen producten worden verdisconteerd in de prijzen van de producten van deze belastingplichtige. Het recht op aftrek van voorbelasting kan slechts op één moment ontstaan, namelijk op het moment dat de voorbelasting wordt verschuldigd door de leverancier of door de belastingplichtige⁵³¹ (art. 167 van de Btw-richtlijn). Het beoordelen of producten in de hoedanigheid als belastingplichtige worden afgenomen, vormt de finale eerste stap, aangezien deze beoordeling als consequentie heeft dat het recht op aftrek van voorbelasting al dan niet definitief en onvoorwaardelijk wordt verworven. Nadat vaststaat dat het aftrekrecht is verworven door een belastingplichtige, moet de omvang van het aftrekrecht worden bepaald. Een belastingplichtige kan namelijk zowel belaste als vrijgestelde prestaties verrichten. De belastingplichtige heeft slechts recht op aftrek van voorbelasting voor zover hij de afgenomen producten gebruikt voor zijn belaste handelingen. Om de omvang van de het aftrekrecht te bepalen, moeten alle kosten op grond van de Midland Bank doctrine⁵³² worden onderscheiden in directe kosten en algemene kosten. Directe kosten zijn kosten die een onlosmakelijk verband vertonen met specifieke belastbare (belaste dan wel vrijgestelde) prestaties. De kosten die niet direct toerekenbaar zijn, maken deel uit van de algemene kosten. Hoofdstuk 4 merkt op dat de (uitleg van het Hof van Justitie van de) bepalingen van de Btw-richtlijn systematisch verwarrend werken, aangezien het lijkt alsof twee keer dezelfde toets moet worden gedaan.

Hoofdstuk 4 toont ten slotte aan dat alle andere handelingen dan belastbare uitgaande handelingen in beginsel onbelastbare handelingen vormen. Zo is de aankoop van een willekeurig

⁵³⁰ Hoewel het Hof van Justitie in zijn jurisprudentie dit verband soms terminologisch anders aanduidt, spreekt deze verhandeling consistent over een onlosmakelijk verband.

⁵³¹ De btw is verschuldigd door de belastingplichtige indien de verleggingsregeling van toepassing is of indien er sprake is van intracommunautaire verwervingen en invoer. Zie art. 193 t/m art. 205 van de Btw-richtlijn.

⁵³² Deze term is ontleend aan A-G Overgaauw, conclusie bij HR 28 maart 2014, nr. 42 868, *V-N* 2014/17.20.14.

productiemiddel een onbelastbare handeling, evenals de aankoop of het aanhouden van aandelen. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie valt op te maken dat het Hof in het kader van de toerekening van kosten deze onbelastbare handelingen in beginsel non-existent acht. Hoewel sommige kosten bedrijfseconomisch evident toerekenbaar zijn aan onbelastbare handelingen, tracht het Hof doorgaans dergelijke kosten zoveel mogelijk toe te rekenen aan een economische activiteit. Het Hof lijkt doorgaans een indirecte finaliteitstoets, soms in de vorm van een investeringstoets, aan te leggen om te beoordelen of de kosten voor onbelastbare handelingen in de hoedanigheid als belastingplichtige worden gemaakt. In sommige gevallen leidt deze exercitie tot de conclusie dat de onbelastbare handelingen niet als zodanig een functie vervullen in de economische activiteit. In dat geval moeten de algemene kosten worden gesplitst in twee delen: een aftrekbaar gedeelte en een niet-aftrekbaar gedeelte. In de praktijk wordt de te bepalen verdeelsleutel ook wel de ‘pre pro rata’ genoemd. De Btw-richtlijn bevat overigens geen methoden of criteria om deze verdeelsleutel te bepalen. Het Hof daarom aangegeven dat het aan de lidstaten is om deze methoden en criteria vast te stellen ter bepaling van de verdeelsleutel, met eerbiediging van de beginselen, en dan vooral het neutraliteitsbeginsel, die aan het gemeenschappelijke btw-stelsel ten grondslag liggen.

6.3 Conclusie

De aan deze verhandeling ten grondslag liggende probleemstelling luidt als volgt:

In hoeverre is in het licht van het neutraliteitsbeginsel het huidige door het Hof van Justitie ontwikkelde criterium van inmenging in het beheer in de deelneming, die gepaard moet gaan met belastbare handelingen verricht door een holding jegens of ten behoeve van zijn deelnemingen, het juiste criterium om te beoordelen of deze holdingmaatschappij een economische activiteit verricht waardoor de handelingen inzake aandelen plaatsvinden in de economische sfeer?

Het criterium van inmenging in het beheer, dat gepaard dient te gaan met belastbare handelingen, zorgt naar mijn mening niet voor het juiste onderscheid tussen ondernemende holdingvennootschappen en beleggende holdingvennootschappen. Het moet naar mijn mening in het kader van de beoordeling van de economische activiteit bij holdingvennootschappen niet relevant zijn of een holdingvennootschap zich inmengt in het beheer van zijn deelnemingen dan wel of de houdster belastbare prestaties verricht jegens of ten behoeve van de deelnemingen. Het eerste probleem ten aanzien van het huidige beoordelingskader is dat veel onduidelijkheden bestaan omtrent de definitie en de strekking van de begrippen ‘inmenging in het beheer’ en ‘moeien in het beheer’ onduidelijk. Ook is niet duidelijk of een holdingvennootschap jegens alle deelnemingen moet presteren om een aftrekbeperking te voorkomen. In de praktijk bestaat de opvatting dat jegens alle deelnemingen moet worden gepresteerd. Daarentegen worden niet zozeer hoge materiële eisen gesteld aan deze belastbare prestaties. Zoals Cornielje ook aangeeft, lijkt het versturen van een managementfactuur reeds voldoende voor het verkrijgen van de belastingplichtige (en het daarbij behorende integrale recht op aftrek van voorbelasting).⁵³³

De huidige stand van het recht ten aanzien van handelingen inzake aandelen kunnen leiden tot een ongerechtvaardigde ongelijke belastingheffing. Benadrukt moet worden dat handelingen inzake aandelen niet goed te duiden zijn in het rechtskarakter van de btw. Handelingen inzake aandelen roepen immers in beginsel geen consumptief verbruik op, noch maken deze in beginsel deel uit van de productieve schakel. Handelingen inzake aandelen lijken aldus tussen wal en schip te geraken. Desalniettemin zijn verbeteringen mogelijk ten aanzien van het huidige beoordelingskader. De toepassing van de huidige criteria leveren namelijk in sommige situaties strijdigheid op met het neutraliteitsbeginsel. Overigens wordt in hoofdstuk 5 niet alleen kritiek gegeven op de huidige stand

⁵³³ S.B. Cornielje, Houdstervenootschappen en het recht op aftrek van voorbelasting in de btw, *TFO* 2017/31.

van het recht. In hoofdstuk 5 is namelijk ook onderzocht of er alternatieven c.q. andere criteria mogelijk zijn om de onevenwichtigheden van de thans gehanteerde criteria te ondervangen. Deze deelvraag ligt overigens in het verlengde van de aan deze verhandeling ten grondslag liggende probleemstelling.

Het komt mij voor dat het een verbetering is om mening het criterium van ‘inmenging in het beheer’ te verlaten. Het is niet duidelijk waarom dit een relevant criterium is om het onderscheid tussen verschillende holdingvennootschappen te maken. Het is overigens maar zeer de vraag of in het huidige beoordelingskader de facto nog betekenis toekomt aan dit vereiste. In zoverre verandert er feitelijk niet veel door deze voorgestelde wijziging. Het zorgt daarentegen wel voor meer duidelijkheid. De consequentie van dit alternatieve beoordelingskader is dat aan rechtsoverweging 14 van het arrest Polysar⁵³⁴ geen betekenis meer toekomt. Voorts dient het vereiste te vervallen dat de holdingvennootschap jegens of ten behoeve van de deelnemingen moet presteren. Het is ook niet duidelijk wat de ratio achter dit vereiste is. De consequentie van deze benadering is dat de categorie ‘inmengingsaandeelhouders’ als zodanig komt te vervallen. Er behoeft immers geen sprake meer te zijn van inmenging, noch van belastbare prestaties die worden verricht ten behoeve van de deelnemingen.

Het recht op aftrek van voorbelasting speelt in het alternatieve beoordelingskader een cruciale rol. Recht op aftrek van voorbelasting ten aanzien van kosten die betrekking hebben op de handelingen inzake aandelen komt slechts aan een holdingvennootschap toe voor zover hij kan aantonen dat deze handelingen inzake aandelen een wezenlijke functie vervullen in zijn economische activiteit. De holdingvennootschap moet aldus aantonen dat hij dergelijke kosten maakt in de hoedanigheid als belastingplichtige. Feitelijk speelt de verlengstukgedachte in het alternatieve beoordelingskader een doorslaggevende rol. Ik acht deze toepassing van de verlengstukgedachte ook meer in overeenstemming met het neutraliteitsbeginsel. In tegenstelling tot de huidige stand van het recht, geldt onder alternatieve beoordelingskader geen ‘alles-of-niets’ uitkomst meer ten aanzien van het recht op aftrek. Weliswaar ontstaat er ongetwijfeld een nieuwe feitelijke en casuïstische discussie omtrent de toepassing van de verlengstukgedachte, maar het theoretisch kader is in ieder geval duidelijk: kosten met betrekking tot handelingen inzake aandelen komen in aanmerking voor aftrek van voorbelasting voor zover zij gebruikt worden voor de belastbare handeling van de belastingplichtige. De onevenredig ongelijke belastingheffing van de btw wordt zo in minder onevenredig.

⁵³⁴ HvJ EG 20 juni 1991, nr. C-60/90 (Polysar), *FED* 1991/633.

Literatuuroverzicht

- Becks, J.P.W.T.H en Arzini, N.P. Afnemer? Kiest u maar!, *WFR* 2016/199.
- Beelen, S.T.M. Aftek van btw als (belaste) omzet ontbreekt, Deventer, Kluwer, 2009.
- Bijl, D.B. De Kwalificatie van zakelijke rechten en de positie van de bloot eigenaar in de omzetbelasting, *WFR* 1991/509.
- Blokland, W.J. Het economische karakter van het houden van aandelen in de btw, *NTFR-B* 2017/22.
- Blokland, W.J. Omzetbelastingaspecten van ondernemingsfinanciering, Deventer, Wolters Kluwer, 2016.
- Bijl, J.B.O. en Zeegers, M. No-cure-no-pay-diensten zijn onderworpen aan btw, *WFR* 2017/97.
- Bomer A.H. en Kesteren, H.W.M. van Niet voor redelijkere wijs vatbaar: verkoop van deelneming is een prestatie, *WFR* 2003/788.
- Braun, K.M. Aftek van voorbelasting in de BTW, Deventer, Kluwer, 2002.
- Braun, K.M. De BTW-belastingplicht van moeiende holdings: een legpuzzel waarvan de stukjes niet passen, *WFR* 1999/167.
- Buijn, F.K. en Storm, P.M. Ondernemingsrecht, BV en NV in de praktijk, Deventer, Kluwer 2013.
- Cornielje, S.B. Fusies en overnames in de Europese BTW, Deventer, Wolters Kluwer, 2016.
- Cornielje, S.B. Houdstervenootschappen en het recht op aftek van voorbelasting in de btw, *TFO* 2017/31.
- Crawford, I., Keen, M. en Smith, S. Value Added Taks and Excises, in Dimension of Tax Design: The Mirrlees Review, Oxford, Oxford University Press for Institute for Fiscal Studies, 2011.
- Denie, A.H.R.M. Minder muziek bij het jubileum van de btw?, *WFR* 1994/27.
- Denie, A.H.R.M. De overheid in de omzetbelasting, Deventer, Kluwer, 1987.
- Doesum, A.J. van Contractuele samenwerkingsverbanden in de btw, Deventer, Kluwer, 2009.
- Doesum, A.J. van en Kesteren, H.W.M. van Aftek van voorbelasting ter zake van handelingen buiten het kader van de onderneming, *WFR* 2011/1465.
- Doesum, A.J. van en Kesteren, H.W.M. van De onlosmakelijke samenhang tussen kosten en belastbare handelingen, *WFR* 2012/885.

Dongen, A. van	BTW-gevolgen van de verkoop van aandelen na EDM, <i>WFR</i> 2004/964.
Eggers, J. en Ahrens, B.	The VAT Treatment Of Holding Companies – German and EU VAT Practice Perspective, <i>International VAT Monitor</i> , May/June 2015.
Gabriël, M.M. en Kesteren, H.W.M. van	Het berekenen van een ‘pre pro rata’, <i>NTFR Beschouwingen</i> 2010/2415.
Hilten, M.E. van	Bancaire en financiële prestaties in de Europese BTW, Deventer, Kluwer, 1992.
Hilten, M.E. van	De maatstaf van BTW-heffing: hoe subjectief is subjectief?, <i>WFR</i> 1995/76.
Hilten, M.E. van en Kesteren, H.W.M. van	Omzetbelasting, Deventer, Kluwer, 2010.
Joosten, P. en Kroesen, D.	De echte paradox in de btw, <i>BtwBrief</i> 2016/109.
Kesteren, H.W.M. van	Directe en algemene kosten in de btw, <i>WFR</i> 2008/318.
Kesteren, H.W.M. van	Fiscale rechtswil, Arnhem, Gouda Quint, 1994.
Lamers, J.J.M.	De etiquette van het aandeel in de BTW, <i>WFR</i> 2005/828.
Lamers, J.J.M.	De parabel van Cheops, <i>WFR</i> 2004/1833.
Lamers, J.J.M. en Merkx, M.M.W.D.	Btw, een kosten-batenanalyse, <i>WFR</i> 2010/907.
Linssen, J.P.M.	Samenwerkingsverband van corporaties niet onderworpen aan de heffing van btw, <i>BtwBrief</i> 2017/45.
Merkx, M.M.W.D.	De woon- en vestigingsplaats in de btw, Deventer, Kluwer, 2011.
Merkx, M.M.W.D.	Haagse rechtsbetrekking versus Luxemburgse beschikkingsmacht, <i>WFR</i> 2016/33.
Merkx, M.M.W.D. en Verburg, K.	22 jaar na Tolsma: weer luisteren zonder btw, <i>MBB</i> 2017/02.
Mobach, O.L.	Cursus Belastingrecht (Omzetbelasting), Deventer, Kluwer (losbl.), 2017, onderdeel 2.2.1.A.a.
Mobach, O.L.	Subsidies in het algemeen belang en de heffing van omzetbelasting, <i>WFR</i> 1992/592.
Nieuwenhuizen, W.A.P.	Holdings, aandelen, pre pro rata’s en btw? We hebben de verkeerde afslag genomen!, <i>NTFR Beschouwingen</i> 2017/1893.
Nieuwenhuizen, W.A.P.	Tolsma en het gelijk van het Hof van Justitie, <i>WFR</i> 1995/252.
Norden, G.J. van	Het concern in de BTW, Deventer, Kluwer, 2007.

Paardt, R.N.G. van der en Sparidis, E.	Het begrip ondernemer in de omzetbelasting, Deventer, Kluwer, 2013.
Ramsdahl Jensen, D. en Stensgaard, H.	The Distinction between Direct and General Costs with Regard to the Deduction of Input VAT – The Case of Acquisition, Holding and Sale of Shares, <i>World Tax Journal</i> , 2012/1.
Reugebrink, J.	Enkele beschouwingen over de neutraliteit van de omzetbelasting, Deventer, Kluwer, 1965.
Reugebrink, J.	Omzetbelasting, Deventer, FED, 1990.
Roosmaker-Penning, T.K.M.	Cursus Belastingrecht (Omzetbelasting), Deventer, Kluwer (losbl.), 2017, onderdeel 2.1.6.D.d4., 6.1.1.L en 6.1.1.M.
Soltysik, M.	Het vaststellen van btw-belastbare prestaties bij niet kostendekkende vergoedingen: Het wordt steeds ingewikkelder, <i>WFR</i> 2016/147.
Soltysik, M.W.C. en Spiessens, A.E.	De bezwarende titel en onzekere betalingen in de btw, <i>WFR</i> 2017/44.
Swinkels, J.J.P.	De belastingplichtige en de Europese BTW, Den Haag, Koninklijke Vermande, 2001.
Terra, B.J.M.	Omzetbelasting bij grensoverschrijdend verkeer, Deventer, Kluwer, 1984.
Tromp, F.	Een bezwarende titel maakt nog geen economische activiteit, <i>WFR</i> 2016/163.
Weber, D.M.	Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht), Deventer, Kluwer (losbl.), 2017, onderdeel 2.0.0.B.a.
Willemsen, B.	Het gambiet van het recht op aftrek van voorbelasting, <i>TFO</i> 2017/149.1.
Wolf, R.A.	Betalen; een hele prestatie?, <i>NTFR Beschouwingen</i> 2014/7.
Wolf, R.A.	Economische activiteit en btw, <i>NTFR Beschouwingen</i> 2016/34.
Wulp, M.D.J. van der.	Btw-aftrek bij onbelastbare handelingen: zoeken naar verbondenheid, <i>TFO</i> 2017/ 149.3.
Wulp, M.D.J. van der	Doorbelasten van kosten en btw, <i>BtwBrief</i> 2015/79
Wulp, M.J.D. van der	Niet benutte vliegtickets: geen gebruik, wel verbruik, <i>NTFR Beschouwingen</i> 2016/7.
Zadelhoff, B.G. van	Belastingplichtige in de BTW, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, blz. 17.
Zadelhoff, B.G. van	Onroerende goederen en belasting over toegevoegde waarde, Deventer, FED, 1992.

Zadelhoff, B.G. van

Van Laurel en Hardy en twee hondjes, ofwel zelfstandigheid voor de btw, *WFR* 1992/6012.

Lijst van aangehaalde jurisprudentie

Hof van Justitie Europese Gemeenschappen / Europese Unie

1977

HvJ EG 1 februari 1977, nr. 51/76 (VNO), *BNB* 1977/18.

1981

HvJ EG 5 februari 1981, nr. 154/80 (Coöperatieve aardappelenbewaarplaats), *BNB* 1981/232.

1982

HvJ EG 1 april 1982, nr. 89/81 (Hong-Kong Trade), *BNB* 1982/311.

1985

HvJ EG 14 februari 1985, nr. C-268/83 (Rompelman), *Jur.* 1985, blz. I-655.

1986

HvJ EG, 8 juli 1986, nr. 73/85 (Kerrutt), *Jur.* 1986, blz. I-2219.

1987

HvJ EG 26 maart 1987, nr. C-235/85 (Commissie/Nederland), *Jur.* 1987, blz. I-1471.

1988

HvJ EG 8 maart 1988, nr. 102/86 (Apple and Pear Development Council), *Jur.* 1988, blz. I-1443.

HvJ EG van 8 maart 1988, nr. 165/86 (Leesportefeuille Intiem), *Jur.* 1988, blz. I-1471.

HvJ EG 5 juli 1988, nr. 289/86 (Happy Family), *FED* 1989/496.

HvJ EG 21 september 1988, nr. 50/87 (Commissie/Frankrijk), *BNB* 1994/306.

HvJ EG 23 november 1988, nr. 230/87 (Naturally Yours Cosmetics), *Jur.* 1988, blz. I-6365.

1990

HvJ EG 4 december 1990, nr. C-186/89 (Van Tiem), *BNB* 1991/352.

1991

HvJ EG 20 juni 1991, nr. C-60/90 (Polysar Investments), *FED* 1991/633.

HvJ EG 11 juli 1991, nr. C-97/90 (Lennartz), *FED* 1991/647.

HvJ EG 25 juli 1991, nr. C-202/90 (Ayuntamiento de Sevilla), *Jur.* 1991, blz. I-4247.

1993

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

1994

HvJ EG 5 mei 1994, nr. C-38/93 (Glawe), *V-N* 1994, blz. 1877 & *FED* 1994/597.

1995

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

1996

- HvJ EG 29 februari 1996, nr. C-215/94 (Mohr), *BNB* 1997/32.
HvJ EG 20 juni 1996, nr. C-155/94 (Wellcome Trust), *FED* 1996/577.
HvJ EG 26 september 1996, nr. C-230/94 (Enkler), *V-N* 1997, blz. 653.

1997

- HvJ EG 6 februari 1997, nr. C-80/95 (Harnas en Helm), *BNB* 1997/386.
HvJ EG, 20 februari 1997, nr. C-260/95 (DFDS), *Jur.* 1997, blz. I-1005.
HvJ EG 11 maart 1997, nr. C-13/95 (Süzen), *Jur.* 1997, blz. I-1259.
HvJ EG 3 juli 1997, nr. C-330/94 (Goldsmiths), *V-N* 1997, blz. 2988.
HvJ EG 16 oktober 1997, nr. C-258/95 (Julius Filibeck Söhne), *V-N* 1998/2.35.

1998

- HvJ EG 15 januari 1998, nr. C-37/95 (Ghent Coal), *V-N* 1998/29.14.
HvJ EG 14 juli 1998, nr. C-172/96 (First National Bank of Chicago), *V-N* 1998/57.18.
HvJ EG 10 december 1998, nr. C-247/96 (Ziemann), *Jur.* 1998, blz. I-8237.

2000

- HvJ EG 27 januari 2000, nr. C-23/98 (Heerma), *BNB* 2000/297.
HvJ EG 21 maart 2000, nr. C-110/98 t/m C-147/98 (Gabalfrisa), *V-N* 2000/22.12.
HvJ EG 14 november 2000, nr. C-142/99 (Floridienne/Berginvest), *FED* 2001/179.

2001

- HvJ EG 22 februari 2001, nr. C-408/98 (Abbey National I), *V-N* 2001/15.26.
HvJ EG 8 juni 2000, nr. C-98/98 (Midland Bank), *BNB* 2001/118.
HvJ EG 12 juli 2001, nr. C-102/00 (Welthgrove), *BNB* 2002/182.
HvJ EG 27 september 2001, nr. C-16/00 (Cibo Participations), *FED* 2002/31.

2002

- HvJ EG 21 maart 2002, nr. C-174/00 (Kennemer Golf & Country Club), *BNB* 2003/30.
HvJ EG 17 september 2002, nr. C-498/99 (Town & Country Factors), *FED* 2003/86.

2003

- HvJ EU 6 februari 2003, nr. C-185/01 (Auto Lease Holland), *BNB* 2003/171.
HvJ EG 26 juni 2003, nr. C-442/01 (KapHag), *V-N* 2003/34.14.

2004

- HvJ EG 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM), *NTRF* 2004/669.
HvJ EG 29 april 2004, nr. C-137/02 (Faxworld), *BNB* 2004/286.

2005

- HvJ EG 20 januari 2005, nr. C-412/03 (Hotel Scandic Gåsabäck AB), *V-N* 2005/8.22.
HvJ EG 3 maart 2005, nr. C-32/03 (Fini H), *FED* 2005/72.
HvJ EG 3 maart 2005, nr. C-472/03 (Arthur Andersen), *BNB* 2006/124.
HvJ EG 26 mei 2005, nr. C-465/03 (Kretztechnik), *BNB* 2005/313.
HvJ EG 2 juni 2005, nr. C-378/02 (Waterschap Zeeuws Vlaanderen), *BNB* 2007/220.

2006

HvJ EG 21 februari 2006, nr. C-223/03 (University of Huddersfield), *BNB* 2006/171

2007

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

HvJ EG 14 juni 2007, nr. C-355/06 (Van der Steen), *BNB* 2008/52 & *V-N* 2007/48.19.

HvJ EG 26 juni 2007, nr. C-369/04 (Hutchison 3G UK), *V-N* 2007/32.22.

HvJ EG 26 juni 2007, nr. C-284/04 (T-Mobile Austria), *V-N* 2007/32.21.

HvJ EG 18 juli 2007, nr. C-277/05 (Société thermale d'Eugénie-Les-Bains), *V-N* 2007/34.25.

HvJ EG 13 december 2007, nr. C-408/06 (Götz), *V-N* 2008/3.21.

2008

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

2009

HvJ EG 12 februari 2009, nr. C-515/07 (Vereniging Noordelijke Land- en Tuinbouw Organisatie), *V-N* 2009/9.27.

HvJ EG 6 oktober 2009, nr. C-267/08 (SPÖ Kärinthië), *V-N* 2009/52.24.

HvJ EG 29 oktober 2009, nr. C-29/08 (SKF), *BNB* 2010/251.

HvJ EG 29 oktober 2009, zaak C-174/08 (NCC Construction), *V-N* 2009/56.14.

HvJ EG 29 oktober 2009, nr. C-246/08 (Commissie/Finland), *BNB* 2010/94.

2010

HvJ EG 7 oktober 2010, nr. C-53/09 (Loyalty Management UK), *V-N* 2010/55.21.

HvJ EG 7 oktober 2010, nr. C-55/09 (Baxi Group), *V-N* 2010/55.21.

2011

HvJ EU 9 juni 2011, nr. C-285/10 (Campsa Estaciones de Servicio), *V-N* 2011/37.20.

HvJ EU 15 september 2011, nr. C-180/10 & C-181/10 (Słaby/Kuć), *V-N* 2011/50.19.

2012

HvJ EU 18 januari 2012, nr. C-28/12 (PPG Holdings), *V-N* 2013/48.17.

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

HvJ EU 3 mei 2012, nr. C-520/10 (Lebara), *V-N* 2012/27.10.

HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-263/11 (Rēdlihs), *V-N* 2012/51.19.

HvJ EU 6 september 2012, nr. C-496/11 (Portugal Telecom), *V-N* 2012/51.21.

2013

HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-651/11 (X BV), *BNB* 2014/113.

HvJ EU 13 juni 2013, nr. C-62/12 (Kostov), *V-N* 2013/32.23.

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

HvJ EU 20 juni 2013, nr. C-653/11 (Paul Newey), *BNB* 2014/49.

2015

HvJ EU 25 juni 2015, nr. C-174/14 (Saudaçor), *V-N* 2015/33.20.

HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14 (Larentia + Minerva) *BNB* 2016/25.

HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-109/14 (Marenave), *BNB* 2016/25.

HvJ EU 22 oktober 2015, nr. C-126/14 (Sveda), *BNB* 2016/135.

2016

- HvJ EU 17 maart 2016, nr. C-11/15 (Český rozhlas), *V-N* 21.13.
HvJ EU 21 mei 2016, nr. C-520/14 (Gemeente Borsele), *BNB* 2016/186.
HvJ EU 2 juni 2016, nr. C-263/15 (Lajvér), *V-N* 2016/31.18.
HvJ EU 22 juni 2016, nr. C-267/15 (Gemeente Woerden), *BNB* 2016/201.
HvJ EU 15 september 2016, nr. C-518/14 (Senatex), *V-N* 2016/47.16.
HvJ EU 10 november 2016, nr. C-432/15 (Baštová), *V-N* 2016/67.17.

2017

- HvJ EU 12 januari 2017, nr. C-28/16 (MVM), *V-N* 2017/17.15.
HvJ EU 16 februari 2017, nr. C-36/16 (Posnania Investment), *V-N* 2017/26.13.
HvJ EU 14 september 2017, nr. C-132/16 (Iberdrola), *NTFR* 2017/2320.

*Hoge Raad der Nederlanden***1984**

- HR 25 januari 1984, nr. 22 224, *BNB* 1984/90.
HR 2 mei 1984, nr. 22 153, *BNB* 1984/295.

1988

- HR 14 september 1988, nr. 25 055, *BNB* 1989/213.

1994

- HR 22 juni 1994, nr. 29 870, *BNB* 1994/307.
HR 18 mei 1994, nr. 29 402, *FED* 1994/503.

1995

- HR 21 juli 1995, nr. 30 485, *V-N* 1995, blz. 2319.

1997

- HR 15 juli 1997, nr. 30 193, *BNB* 1997/387.

1998

- HR 26 augustus 1998, nr. 33 662, *BNB* 1999/51.

2002

- HR 1 maart 2002, nr. 36 020, *BNB* 2002/141.

2004

- HR 14 mei 2004, nr. 39 324, *BNB* 2004/287.

2005

- HR 11 februari 2005, nr. 38 022, *BNB* 2005/223.

2008

- HR 11 juli 2008, nr. 43 927, *BNB* 2008/254.

2011

HR 2 december 2011, nr. 43 813, *BNB* 2012/55.

2012

HR 15 juni 2012, nr. 10/01746, *BNB* 2012/222.

2014

HR 28 maart 2014, nr. 42 868, *V-N* 2014/17.20.14.

2015

HR 1 mei 2015, nr. 13/06113, *BNB* 2015/143.

2016

HR 17 juni 2016, nr. 15/04099, *V-N* 2016/47.18.

Overige instanties

1943

TC 26 juli 1943, nr. 2 793 O, *B* 7701

1977

TC 28 november 1977, nr. 11 177, *BNB* 1978/89.

2015

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 9 januari 2015, nr. 14-00560 *V-N* 2015/21.15

2017

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 17 januari 2017, nr. 15/01562, *V-N* 2017/19.10.34

Gerechtshof Den Haag 20 januari 2017, nr. BK16/00273.