

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Nadruk verboden

Erasmus School of Economics

Masterscriptie Fiscale Economie

**De verkoop van een deelneming in de btw**

*De btw-behandeling van de verkoop van een deelneming getoetst aan de  
wezenlijke kenmerken van de btw*



Naam: J.J.W. Middelweerd

Studentnummer: 400475

Begeleider: P.C.J. Oerlemans

Rotterdam, 1 april 2019

## Afkortingen

A-G	Advocaat Generaal
blz.	bladzijde
BNB	Beslissingen in belastingzaken
btw	belasting over de toegevoegde waarde
Btw-richtlijn	Richtlijn 2006/112/EG
BV	besloten vennootschap
EU	Europese unie
FED	Fiscaal weekblad FED
Hoge Raad	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ	Hof van Justitie Europese Unie/Europese Gemeenschap
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
NtFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NtFR-B	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht- Beschouwingen
NV	naamloze vennootschap
nr.	nummer
o.a.	onder andere
r.o.	rechtsoverweging
t/m	tot en met
V-N	Vakstudie Nieuws
Wet OB 1968	Wet op de omzetbelasting 1968
WFR	Weekblad Fiscaal Recht
WPNR	Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie
Zesde Richtlijn	Richtlijn 77/338/EEG

## Inhoudsopgave

<b>Afkortingen .....</b>	<b>2</b>
<b>Hoofdstuk 1 Inleiding.....</b>	<b>5</b>
1.1 Onderwerp en probleemstelling.....	5
1.2 Opzet .....	7
1.3 Afbakening .....	8
<b>Hoofdstuk 2 Toetsingskader .....</b>	<b>9</b>
2.1 Inleiding .....	9
2.2 beginsel van algemene heffing .....	9
2.3 Het fiscale neutraliteitsbeginsel .....	11
2.3.1 Algemeen.....	11
2.3.2 Economische neutraliteit.....	11
2.3.3 Juridische neutraliteit .....	13
2.3.4 Externe neutraliteit.....	13
2.4 Rechtskarakter .....	14
2.5 Samenhang tussen de wezenlijke kenmerken van de btw .....	15
2.6 Het doelmatigheidsbeginsel .....	16
2.7 Deelconclusie .....	17
<b>Hoofdstuk 3 De verkoop van aandelen aangemerkt als economische activiteit .....</b>	<b>18</b>
3.1 Inleiding .....	18
3.2 Het belastingsubject .....	18
3.2.1 Algemeen.....	18
3.2.2 Eenieder.....	19
3.2.3 Zelfstandig .....	19
3.2.4 Economische activiteit.....	20
3.3 De belastingplicht van de houdstermaatschappij.....	21
3.3.1 Algemeen.....	21
3.3.2 Het bedrijfsmatig handelen in effecten.....	21
3.3.3 Het moeien van de houdstermaatschappij .....	22
3.3.4 Verlengstuk van de belastbare activiteiten .....	25
3.4 Belastbaarheid van de verkoop van een deelneming door een houdstermaatschappij .....	27
3.4.1 Belastbaarheid van een aandelenverkoop van een minderheidsdeelneming .....	32
3.4.2 De behandeling van een aandelentransactie die niet plaatsvindt .....	33
3.5 Vrijstelling inzake aandelen en waardepapieren .....	34
3.6 Recht op aftrek van voorbelasting .....	36
3.6.1 Algemeen.....	36
3.6.2 De pro rata.....	37
3.6.3 Midland Bank-leer .....	38
3.6.4 AB SKF .....	40
3.7 Deelconclusie .....	47
<b>Hoofdstuk 4 De aandelentransactie aangemerkt als niet-economische activiteit .....</b>	<b>50</b>
4.1 Inleiding .....	50
4.2 De niet-economische activiteit .....	50
4.2.1 Algemeen.....	50
4.2.2 Aandelentransactie als niet-economische activiteit.....	51
4.4 Recht op aftrek van voorbelasting .....	56
4.4.1 Algemeen.....	56
4.4.2 Kosten houden verband met de gehele bedrijfsactiviteit.....	57
4.4.3 Kosten houden geen verband met de gehele bedrijfsactiviteit .....	59

4.3.4 Kosten vinden voor een gedeelte hun oorzaak in de bedrijfsactiviteit .....	62
<b>4.4 Deelconclusie .....</b>	<b>64</b>
<b>Hoofdstuk 5 De geruisloze overgang .....</b>	<b>66</b>
<b>5.1 Inleiding .....</b>	<b>66</b>
<b>5.2 Kenmerken van artikel 19 Btw-richtlijn.....</b>	<b>66</b>
5.2.1 Algemeen .....	66
5.2.2 Doel van de geruisloze overgang.....	67
<b>5.3 Uitwerking geruisloze overgang .....</b>	<b>68</b>
<b>5.4. Toepassing van de geruisloze overgang .....</b>	<b>69</b>
5.4.1 Algemeen .....	69
5.4.2 Toepassing van de geruisloze overgang bij een aandelentransactie .....	69
<b>5.5 Recht op aftrek van voorbelasting bij de geruisloze overgang .....</b>	<b>73</b>
<b>5.6 Deelconclusie .....</b>	<b>75</b>
<b>Hoofdstuk 6 De btw-behandeling van de verkoop van een deelneming getoetst aan het toetsingskader .....</b>	<b>77</b>
<b>6.1 Inleiding .....</b>	<b>77</b>
<b>6.2 btw-behandeling getoetst aan het toetsingskader .....</b>	<b>77</b>
6.2.1 Beginsel van algemene heffing .....	77
6.2.2 Economische neutraliteitsbeginsel.....	79
6.2.3 Juridische neutraliteitsbeginsel .....	82
6.2.4 Het rechtskarakter van de btw .....	84
<b>6.3 Deelconclusie .....</b>	<b>85</b>
<b>Hoofdstuk 7 Conclusie .....</b>	<b>87</b>
<b>7.1 Inleiding .....</b>	<b>87</b>
<b>7.2 De btw-behandeling van de verkoop van een deelneming .....</b>	<b>87</b>
<b>7.3 In overeenstemming met de wezenlijke kenmerken?.....</b>	<b>90</b>
<b>7.4 Conclusie .....</b>	<b>92</b>
<b>7.5 Aanbevelingen.....</b>	<b>93</b>
<b>Literatuurlijst:.....</b>	<b>95</b>

# Hoofdstuk 1 Inleiding

## 1.1 Onderwerp en probleemstelling

Ondernemingen hebben de mogelijkheid te groeien door autonome groei om hun marktaandeel of omzet te vergroten, maar kunnen ook groeien door middel van een overname. Aan de andere kant kan het voor een in zwaar weer verkerende onderneming nodig zijn, de gehele onderneming of een gedeelte van de onderneming te verkopen. Zodat door middel van bijvoorbeeld een herstructurering de onderneming weer economisch gezond wordt of een faillissement van de onderneming wordt voorkomen. Om onder meer deze redenen is het van belang voor een goed draaiende dynamische economie dat overnames van en door ondernemingen zonder grote belemmeringen kunnen plaatsvinden. Een overname kan naast civielrechtelijke gevolgen ook gevolgen hebben voor de inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting en omzetbelasting. Daarom zijn in de fiscale regelgeving, zowel op nationaal als internationaal niveau, verschillende regelingen opgenomen ten aanzien van de overgang van een onderneming. De reden voor het bestaan van dergelijke fiscale regelingen is dat de fiscaliteit de overgang van een onderneming die plaatsvindt op basis van bedrijfseconomische redenen niet mag belemmeren.<sup>1</sup> De inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting kennen verschillende fiscale regelingen die voorzien bij een bedrijfsovergang. De omzetbelasting kent daarentegen slechts één regeling die voorziet bij een bedrijfsovergang, namelijk de geruisloze overgang zoals opgenomen in artikel 37d Wet OB 1968. Dit is in mijn ogen opmerkelijk, omdat bijna iedere bedrijfsovergang gevolgen heeft voor de btw.

De overgang van een onderneming kan plaatsvinden door middel van een activa-passivatransactie of een aandelentransactie. Bij een aandelentransactie worden de aandelen in de meeste gevallen overgedragen door een houdstermaatschappij, die de aandelen in de onderneming houdt. De btw-behandeling van de verkoop van een deelneming door een houdstermaatschappij is echter een lastig fenomeen dat nog volop in ontwikkeling is, zo blijkt uit onder meer recente jurisprudentie van het HvJ.<sup>2</sup> In mijn ogen vindt de lastige btw-behandeling van de verkoop van een deelneming zijn oorsprong in de moeizame positie van de houdstervenootschap binnen de btw. Deze moeizame positie komt goed naar voren in de jurisprudentie van het HvJ, sinds het arrest van het HvJ in de zaak Polysar volgde namelijk een grote hoeveelheid jurisprudentie over de positie van de houdstervenootschap binnen de btw.<sup>3</sup> Kernpunt van discussie in deze jurisprudentie is of de houdstervenootschap belastingplichtig

---

<sup>1</sup> Kamerstukken II 1997/98, 25 709

<sup>2</sup> HvJ EU 8 november 2018, C-502/17 (C&D Foods Acquisition), V-N 2018/62.16 en HvJ EG 29 oktober 2009, nr. C-29/08, (AB SKF), BNB 2010/251

<sup>3</sup> HvJ EG 20 juni 1991, nr. C-60/90 (Polysar Investment Netherlands b.v.), FED 1991/633

is voor de btw, en zo ja, in welke mate de houdstervennootscha recht op aftrek van voorbelasting heeft.

Bij de verkoop van een deelneming door een houdstermaatschappij komen meestal aanzienlijke kosten kijken, zoals kosten voor een due diligence-onderzoek, advocaatkosten, notariskosten en belastingadvieskosten. Het is daarom voor de verkopende houdstermaatschappij van groot belang dat voor deze verkoopkosten recht op aftrek van voorbelasting bestaat. Vanwege dit grote belang en de moeizame btw-positie van de houdstermaatschappij, is in de loop der jaren veel discussie ontstaan over de btw-behandeling van de verkoop van een deelneming. Ondanks dat de verkoop van een deelneming in zowel de literatuur als in de jurisprudentie van het HvJ veelvuldig aan bod is gekomen, bestaan rondom de btw-behandeling van de verkoop van een deelneming nog veel onduidelijkheden.<sup>4</sup> Het HvJ heeft in haar arresten in onder andere de zaken EDM, AB SKF en C&D Food Acquisition vastgesteld dat de verkoop van een deelneming onder bepaalde voorwaarden kan kwalificeren als een economische activiteit.<sup>5</sup> Wanneer de aandelenverkoop wordt aangemerkt als een economische activiteit, is deze op basis van Artikel 135 lid 1 onderdeel f Btw-richtlijn van btw vrijgesteld. Ondanks dat op basis van de systematiek van de btw bij een vrijstelling geen recht op aftrek van voorbelasting mogelijk is, opent het HvJ in haar arrest in de zaak AB SKF de deur naar recht op aftrek van voorbelasting voor kosten gemaakt in het kader van de vrijgestelde verkoop van aandelen.

Zoals genoemd, kan de aandelenverkoop kwalificeren als een economische activiteit. Echter, dient te worden opgemerkt dat geen sprake kan zijn van een economische activiteit wanneer de aandelenverkoop wordt gelijkgesteld met de overgang van het geheel of een gedeelte van een algemeenheid van goederen, zoals opgenomen in artikel 37d Wet OB 1968. Artikel 37d Wet OB 1968 is de implementatie van artikel 19 en overeenkomstig 29 Btw-richtlijn.<sup>6</sup> Deze bepalingen hebben als uitwerking dat wanneer een algemeenheid van goederen overgaat, bij fictie geen levering plaatsvindt. Als gevolg van deze regeling wordt geen btw geheven over de overgang van goederen. Zowel de Btw-richtlijn als de Wet OB 1968 verschaft echter weinig duidelijkheid wat onder het begrip *algemeenheid van goederen* moet worden verstaan. Arresten van het HvJ zouden dus uitkomst moeten bieden.

---

<sup>4</sup>o.a. A. van Dongen, BTW-gevolgen van de verkoop van aandelen na EDM, WFR 2004/964, R. Mierop & J. Bouwmeester, AB SKF: eindelijk duidelijkheid over BTW-aftrek bij verkoop deelneming?, WFR 2010/414 en S. Cornielje, Overgang van de onderneming in de Omzetbelasting, TFO 2017/151.1

<sup>5</sup> HvJ EG 29 april 2004, nr. 07/01 (EDM), BNB 2004/285, HvJ EU 8 november 2018, C-502/17 (C&D Foods Acquisition), V-N 2018/62.16 en HvJ EG 29 oktober 2009, nr. C-29/08, (AB SKF), BNB 2010/251

<sup>6</sup> Artikel 29 Btw-richtlijn geeft aan dat ook onlichamelijke zaken onderdeel kunnen zijn van een overdracht van een algemeenheid van goederen. Omdat de overgang van een onderneming over het algemeen uit zowel lichamelijke als onlichamelijk zaken bestaat, is een onderscheid tussen artikel 19 en 29 Btw-richtlijn overbodig. Het HvJ maakt in haar arrest ook geen afgetekend onderscheid tussen beide bepalingen.

Ondanks dat de toepassing van een overgang van een algemeenheid van goederen op de verkoop van een deelneming in arresten van het HvJ aan bod komt, kan niet concreet worden aangegeven wanneer artikel 19 Btw-richtlijn van toepassing is op een verkoop van een deelneming. Naar dit voorbeeld biedt de Btw-richtlijn weinig houvast wat betreft de btw-aspecten van de verkoop van een deelneming. In dit onderzoek zal daarom in kaart worden gebracht wat de btw-gevolgen zijn van de verkoop van een deelneming.

Omdat de Btw-richtlijn nauwelijks houvast biedt voor de btw-behandeling van de verkoop van een deelneming, is een belangrijke taak weggelegd voor het HvJ. Het HvJ zal, wanneer zij een beslissing neemt in een arrest in een fiscale zaak, zich bij haar overwegingen laten sturen door de algemene beginselen. Een arrest van het HvJ moet binnen de kaders van de regelgeving zijn, daarnaast dienen algemene beginselen als houvast voor het HvJ om wenselijk recht te spreken.<sup>7</sup> Ook de heffing van btw is gebaseerd op een aantal algemene beginselen die moeten worden gezien als de wezenlijke kenmerken van de btw. Om deze reden zal in dit onderzoek worden getoetst of de huidige btw-behandeling van de verkoop van een deelneming in lijn is met de wezenlijke kenmerken van de btw. Dit heeft geleid tot de volgende probleemstelling:

*In hoeverre is de huidige btw-behandeling van de verkoop van een deelneming in overeenstemming met de wezenlijke kenmerken van de btw?*

## 1.2 Opzet

In dit onderzoek zal eerst aan de hand van de wezenlijke kenmerken van de btw het toetsingskader worden bepaald. In hoofdstuk 3 zal worden uiteengezet onder welke omstandigheden de verkoop van aandelen binnen de reikwijdte van de btw vallen. Tevens zal in hoofdstuk 3 worden besproken wat de gevolgen zijn van een dergelijke verkoop voor het recht op aftrek van voorbelasting. In hoofdstuk 4 zal worden behandeld in welke gevallen de aandelenverkoop niet binnen de reikwijdte van de btw valt en wat in dat geval de gevolgen voor het recht op aftrek van voorbelasting zijn. In hoofdstuk 4 is een belangrijke rol weggelegd voor het recente arrest van het HvJ in de zaak C&D Foods.<sup>8</sup> Vervolgens wordt in hoofdstuk 5 van dit onderzoek de overdracht van een algemeenheid van goederen behandeld. In dit hoofdstuk zal ook worden uiteengezet wanneer de overdracht van een algemeenheid van goederen van toepassing is op de verkoop van een deelneming en wat in dat geval de gevolgen zijn voor het recht op aftrek van voorbelasting. Op basis van de uitkomst van hoofdstuk 3 tot en met 5 zal in

---

<sup>7</sup> A.J. van Doesum, Contractuele samenwerkingsverbanden in de btw, Deventer: Kluwer 2009, blz. 27

<sup>8</sup> HvJ EG 29 april 2004, nr. 07/01 (EDM), BNB 2004/285, HvJ EU 8 november 2018, C-502/17 (C&D Foods Acquisition)

hoofdstuk 6 de btw-behandeling van de verkoop van een deelneming worden getoetst aan het toetsingskader. Tot slot zal in de conclusie een antwoord worden gegeven op de probleemstelling en aan de hand van mijn antwoord zal een aanbeveling worden gedaan.

### 1.3 Afbakening

In dit onderzoek worden de btw-gevolgen van de verkoop van een deelneming onderzocht. De verkoop van een onderneming door middel van een activa-passivatransactie wordt buiten beschouwing gelaten. Verder geldt in dit onderzoek als uitgangspunt dat de deelneming wordt verkocht door een houdstermaatschappij.

Vanwege het Europese karakter van de btw staan voor dit onderzoek de Btw-richtlijn en de uitleg hiervan door het HvJ centraal. Vanwege het gegeven dat bepaalde problematiek zich op nationaal niveau voordoet, zal in dit onderzoek de nationale uitvoering worden besproken. Nederland wordt daarbij als uitgangspunt genomen.



## Hoofdstuk 2 Toetsingskader

### 2.1 Inleiding

In dit onderzoek zal de huidige btw-behandeling van de verkoop van een deelneming in kaart worden gebracht. Vervolgens zal worden gekeken of de huidige btw-behandeling in lijn is met voor het onderzoek relevante wezenlijke kenmerken van de btw. Ondanks dat alle wezenlijke kenmerken relevant zijn voor de btw, hoeft niet elk wezenlijk kenmerk van belang te zijn voor het toetsingskader van dit onderzoek. Daarom wordt in dit hoofdstuk eerst onderzocht wat de wezenlijke kenmerken van de btw zijn en vervolgens of deze moeten worden opgenomen in het toetsingskader.

De wezenlijke kenmerken van de btw kunnen worden afgeleid uit de jurisprudentie van het HvJ. Ook volgen de wezenlijke kenmerken van het btw-stelsel rechtstreeks uit artikel 1 lid 2 Btw-richtlijn.<sup>9</sup> Van Doesum ontleent de volgende drie wezenlijke kenmerken uit artikel 1 lid 2 Btw-richtlijn: (i) De btw is een algemene, objectieve belasting, hieruit volgt het beginsel van algemene heffing; (ii) de btw wordt op een neutrale wijze geheven, hieruit volgt het fiscale neutraliteitsbeginsel; en (iii) het rechtskarakter van de btw is een algemene verbruiksbelasting die beoogt het consumptief verbruik te belasten.

Naast deze door Van Doesum ontleende drie wezenlijke kenmerken, zal in dit hoofdstuk ook de samenhang tussen de wezenlijke kenmerken van de btw worden besproken. Omdat in bepaalde situaties de wezenlijke kenmerken van de btw niet los van elkaar kunnen worden gezien. Verder is het van belang het doelmatigheidsbeginsel toe te lichten. Omdat het doelmatigheidsbeginsel een beperkingsmethode vormt voor de drie wezenlijke kenmerken van de btw, indien toepassing van de wezenlijke kenmerken de uitvoerbaarheid en heffing van de btw onmogelijk maakt.<sup>10</sup>

### 2.2 beginsel van algemene heffing

De btw is een algemene verbruiksbelasting met als doel het belasten van het consumptief verbruik. Het algemene karakter van de btw vloeit voort uit artikel 1 lid 2 Btw-richtlijn en diverse arresten van het HvJ.<sup>11</sup> Het algemene karakter komt zowel naar voren op het niveau van het belastingobject als op het niveau van het belastingsubject. Op objectniveau komt het algemene karakter naar voren in het gegeven dat de btw in beginsel ziet op alle leveringen van goederen en diensten, dit in tegenstelling tot andere verbruiksbelastingen zoals accijns.<sup>12</sup> Op subjectniveau uit het algemene karakter zich door

---

<sup>9</sup> A.J. van Doesum, *Contractuele samenwerkingsverbanden in de btw*, Deventer: Kluwer 2009, blz. 28

<sup>10</sup> A.J. van Doesum, *Contractuele samenwerkingsverbanden in de btw*, Deventer: Kluwer 2009, blz. 29

<sup>11</sup> o.a. HvJ EG 3 maart 2005, nr. C-472/03 (Arthur Andersen), BNB 2006/124, r.o. 24, HvJ EG 6 april 1995, nr. C-4/94 (BLP), r.o. 24, HvJ EG 26 maart 1987, nr. 235/85 (Commissie / Nederland), FED 1987/341, r.o. 6

<sup>12</sup> A.J. van Doesum, *Contractuele samenwerkingsverbanden in de btw*, Deventer: Kluwer 2009, blz. 29

de zeer algemene definitie van de belastingplichtige in de btw.<sup>13</sup> Het algemene karakter, op zowel objectniveau als subjectniveau, moet voor een objectieve werking van het btw-stelsel zorgen.<sup>14</sup>

Een algemene indirecte verbruiksbelasting, zoals de btw, is minder gevoelig voor schommelingen in de economie dan bijvoorbeeld een winstbelasting.<sup>15</sup> Verder is de heffing van btw minder voelbaar bij de belastingbetalers dan een directe belasting.<sup>16</sup> De btw roept daarom minder weerstand op dan directe belastingen. Dit maakt van de btw een aantrekkelijke belasting voor de overheid om belastinginkomsten te genereren. Het is voor de effectieve heffing van de btw van belang dat een zo groot mogelijke groep goederen en diensten in de heffing wordt betrokken. Wanneer de btw op slechts enkele goederen of voor slechts enkele belastingplichtigen geldt, zou een ondragelijk hoog tarief noodzakelijk zijn om dezelfde inkomsten te bewerkstelligen.<sup>17</sup> Het argument om een zo groot mogelijke groep goederen en diensten in de heffing te betrekken kwam ook duidelijk naar voren in de considerans van de Tweede Richtlijn, de voorloper van de huidige Btw-richtlijn. Hieruit volgt dat het algemene karakter van de btw van belang is om het btw-tarief laag te houden en het btw-stelsel niet bol staat van de bijzondere regelingen en uitzonderingsmaatregelen. Bij het objectieve karakter van de btw past de aanname dat de btw een objectieve belasting is, waarin de objectieve aard van de handeling voorop staat.<sup>18</sup> Het HvJ bevestigt in haar arrest in de zaak BLP dat moet worden uitgegaan van de objectieve aard van de handeling om de rechtszekerheid te garanderen en de heffing van de btw te vereenvoudigen.<sup>19</sup>

Het is voor mijn onderzoek van belang om te benoemen, dat het niet met btw belasten van leveringen van goederen of diensten niet per definitie hoeft te betekenen dat het beginsel van algemene heffing wordt geschonden. Het is goed mogelijk dat de onbelastbaarheid van goederen of diensten voortkomt uit gebreken bij het object of subject van heffing.<sup>20</sup> Een voorbeeld van een gebrek bij het object van heffing waaruit onbelastbaarheid voortkomt, is het ontbreken van een bezwarende titel. In een dergelijk geval wordt het beginsel van algemene heffing niet geschonden.<sup>21</sup> Indien de onbelastbaarheid van een levering van goederen of diensten niet wordt veroorzaakt door gebreken bij

---

<sup>13</sup> B.G. van Zadelhoff, *Belastingplichtige in de BTW*, Deventer: Kluwer 2012, blz. 2

<sup>14</sup> S. Cornielje, *Fusies en overnames in de btw*, Deventer: Kluwer 2016 blz. 36

<sup>15</sup> K.M. Braun, *Aftrek van voorbelasting in de BTW*, Deventer: Kluwer, 2002, blz. 40

<sup>16</sup> K.M. Braun, *Aftrek van voorbelasting in de BTW*, Deventer: Kluwer, 2002, blz. 40

<sup>17</sup> K.M. Braun, *Aftrek van voorbelasting in de BTW*, Deventer: Kluwer, 2002, blz. 40

<sup>18</sup> A.J. van Doesum, *contractuele samenwerkingsverbanden in de btw*, Deventer: Kluwer 2009, blz. 29

<sup>19</sup> HvJ EG 6 april 1995, nr. C-4/94 (BLP), r.o. 24

<sup>20</sup> A.J. van Doesum, *Contractuele samenwerkingsverbanden in de btw*, Deventer: Kluwer 2009, blz. 29

<sup>21</sup> Zie o.a. HvJ EG 3 maart 1994, nr. C-16/93 (Tolsma), FED 1994/348

het object of subject van heffing, dan lijkt de conclusie te moeten zijn dat het beginsel van algemene heffing wordt geschonden.

De toepassing van de vrijstelling inzake aandelen, zoals bedoeld in artikel 135 lid 1 onderdeel f Btw-richtlijn en de geruisloze overgang, zoals bedoeld in artikel 19 Btw-richtlijn, op verkoop van een deelneming, maken in principe een inbreuk op het algemene karakter van de btw. Beide bepalingen hebben als uitwerking dat bepaalde handelingen niet aan de heffing van btw zijn onderworpen die zonder de bepaling wel aan btw waren onderworpen. Het beginsel van algemene heffing zal daarom worden opgenomen in het toetsingskader.

## 2.3 Het fiscale neutraliteitsbeginsel

### 2.3.1 Algemeen

Het fiscale neutraliteitsbeginsel staat in de considerans van de Btw-richtlijn. Daarin is namelijk opgenomen dat binnen het btw-stelsel moet worden gestreefd naar een zo groot mogelijke mate van neutraliteit. Naar mijn mening wordt naar een zo groot mogelijke mate van neutraliteit en niet naar volledige neutraliteit gestreefd, omdat een volledig neutraal uitwerkende belasting onmogelijk is. Aangezien in onze wereld geen perfecte informatie beschikbaar is, heeft een belasting op zichzelf altijd al een versturende werking. Het HvJ bevestigt in haar jurisprudentie dat de fiscale neutraliteit als een basisbeginsel van het btw-stelsel moet worden gezien.<sup>22</sup> De exacte invulling van het fiscale neutraliteitsbeginsel wordt niet in de considerans van de Btw-richtlijn of de Btw-richtlijn zelf gegeven. Het begrip fiscale neutraliteitsbeginsel in het kader van de btw kan worden verdeeld in drie verschillende vormen van neutraliteit met verschillende uitwerkingen<sup>23</sup>: (i) Economische neutraliteit; (ii) juridische neutraliteit; en (iii) externe neutraliteit.

### 2.3.2 Economische neutraliteit

Een volledig economisch neutrale belasting mag het economisch handelen van zowel producent als consument niet beïnvloeden. Zoals reeds genoemd, is het onvermijdelijk dat een belasting een volledig economisch neutrale uitwerking heeft. Om deze reden is het begrip economische neutraliteit een relatief begrip.<sup>24</sup> De economische neutraliteit heeft als voornaamste doel te bewerkstelligen dat de btw strikt evenredig is aan de prijs van een product of dienst. Dit kan alleen worden bereikt, indien

---

<sup>22</sup> HvJ EG 19 september 2000, nr. C-454/98 (Schmeink & Strobel), V-N 2000/47.16, r.o. 59 en HvJ EG 22 mei 2008, nr. C-162/07 (Amplisientifica), V-N 2008/25.20, r.o. 25

<sup>23</sup> M.E. van Hilten en H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, Deventer: Kluwer, 2012, blz. 15

<sup>24</sup> A.J. van Doesum, *Contractuele samenwerkingsverbanden in de btw*, Deventer: Kluwer 2009, blz. 31

geen cumulatie van btw voorkomt in de lengte van de bedrijfskolom.<sup>25</sup> Hiermee wordt bedoeld dat de lengte van de bedrijfskolom geen invloed heeft op de hoogte van de btw-heffing.<sup>26</sup> Dit wordt bewerkstelligd door het systeem van recht op aftrek van voorbelasting voor belast presterende ondernemers. In een zuiver btw-systeem behoort het recht op aftrek van voorbelasting in een zo ruim mogelijke mate te worden toegestaan.<sup>27</sup> De belastingplichtige ondernemers moeten de btw volledig kunnen afwentelen op hun afnemers, zodat de btw alleen drukt op de consumptie. Het HvJ overweegt in het arrest Rompelman met betrekking tot de fiscale neutraliteit en het systeem van recht op aftrek van voorbelasting het volgende<sup>28</sup>:

*“Uit bovengenoemde kenmerken valt af te leiden, dat de aftrekregeling tot doel heeft, de ondernemer geheel te ontlasten van de in het kader van al zijn economische activiteiten verschuldigde of betaalde btw. Het stelsel van belasting over de toegevoegde waarde waarborgt derhalve een volstrekt neutrale fiscale belasting van alle economische activiteiten, ongeacht het oogmerk of het resultaat van die activiteiten, mits die activiteiten op zich aan de heffing van btw zijn onderworpen.”*

Bij activiteiten die niet aan btw zijn onderworpen, bestaat dus geen recht op aftrek van voorbelasting. Met als gevolg dat door vrijstellingen belastingcumulatie kan ontstaan, wat indruist tegen de economische neutraliteit. Voornamelijk wanneer een vrijgestelde prestatie tussen een reeks van belaste prestaties is gevoegd, ontstaat cumulatie van de btw.<sup>29</sup> Ook om deze reden is het volgens het HvJ van belang dat vrijstellingen binnen de btw restrictief worden uitgelegd.<sup>30</sup>

In het kader van mijn onderzoek zal worden getoetst of de huidige btw-behandeling van de verkoop van een deelneming indruist tegen de economische neutraliteit. De mogelijkheid bestaat dat een verkoop van een deelneming, wat een verplaatsing in de breedte van de bedrijfskolom is, cumulatie van btw in de lengte van de bedrijfskolom tot gevolg heeft. Deze cumulatie van btw heeft tot gevolg dat de heffing van btw niet meer strikt evenredig is aan de prijs. Dit druist mogelijk in tegen het economische neutraliteitsbeginsel.

---

<sup>25</sup> De bedrijfskolom is een tabel waarin je kunt zien welke bedrijven er betrokken zijn bij de totstandkoming van een bepaald product. Het geeft de productieweg weg weer van het oerproduct tot consument.

<sup>26</sup> A.J. van Doesum, Contractuele samenwerkingsverbanden in de btw, Deventer: Kluwer 2009, blz. 32

<sup>27</sup> Advies van de Commissie aan de Raad van 3 juni 1964

<sup>28</sup> HvJ EG 14 februari 1985, nr. 268/83 (Rompelman), BNB 1985/315, r.o. 19

<sup>29</sup> J.J.P. Swinkels, De belastingplichtige en de Europese BTW, 's-Gravenhage: Koninklijke Vermande 2001, blz. 29

<sup>30</sup> Zie o.a. HvJ EU 11 juni 1998, nr. C-283/95 (Fischer), r.o. 27 en HvJ EU 7 september 1999, nr. C-216/97 (Gregg & Gregg), V-N 1999/47.21, r.o. 12

### 2.3.3 Juridische neutraliteit

Het juridische neutraliteitsbeginsel is de uitdrukking van het beginsel van gelijke behandeling op het gebied van de btw.<sup>31</sup> Het juridische neutraliteitsbeginsel heeft als uitwerking dat alle gelijke gevallen voor de btw gelijk behandeld moeten worden. Het juridische neutraliteitsbeginsel moet bewerkstelligen dat de btw geen invloed heeft op de concurrentiepositie van de belastingplichtige. Een gelijke btw-behandeling voor vergelijkbaar presterende ondernemers moet zorgen voor een neutrale impact van de btw op de concurrentiepositie.<sup>32</sup> Dit gebeurt op objectniveau door vergelijkbare economische verrichtingen, die dus met elkaar concurreren, voor de btw gelijk te behandelen.<sup>33</sup> Op subjectniveau moeten belastingplichtigen die zich in een vergelijkbare positie bevinden gelijk behandeld worden.<sup>34</sup> In mijn ogen komt de juridische neutraliteit op subjectniveau in het btw-stelsel goed naar voren vanwege het feit dat *eenieder* ongeacht de rechtsvorm belastingplichtig kan zijn voor de btw.<sup>35</sup> Een voorbeeld van de juridische neutraliteit op objectniveau is dat het HvJ voor de btw-behandeling in beginsel kijkt naar de objectieve aard van de handeling.<sup>36</sup>

Uit het juridische neutraliteitsbeginsel volgt dat gelijke gevallen, gelijk moeten worden behandeld. De huidige btw-behandeling van een verkoop van een deelneming is mogelijk niet in overeenstemming met het juridische neutraliteitsbeginsel. Voornamelijk moet worden gekeken naar het verschil in behandeling voor de btw van op het oog gelijke transacties. Zo kan de verkoop van een deelneming worden aangemerkt als een economische transactie, een niet-economische transactie of een overgang van een algemeenheid van goederen. Dergelijk verschil in btw-behandeling heeft namelijk tot gevolg dat gelijk presterende ondernemers niet gelijk worden behandeld. Het verschil in classificatie voor de btw van de verkoop van een deelneming heeft met name vergaande gevolgen voor het recht op aftrek van voorbelasting. Daarom wordt de juridische neutraliteit meegenomen in het toetsingskader van mijn onderzoek.

### 2.3.4 Externe neutraliteit

De zojuist besproken economische en juridische neutraliteit vormen gezamenlijk de *interne neutraliteit*. In internationaal verband heeft de fiscale neutraliteit in de btw voornamelijk betrekking op grensoverschrijdende economische verrichtingen. Deze vorm van neutraliteit duidt men aan als de *externe neutraliteit*. De externe neutraliteit houdt in dat bij invoer vanuit het buitenland de btw-druk

---

<sup>31</sup> HvJ EG 10 juli 2008, nr. C-484/06 (Fiscale eenheid Koninklijke Ahold NV), V-N 2008/41.23, r.o. 36

<sup>32</sup> M.E. van Hilten en H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, Deventer: Kluwer, 2012, blz. 15

<sup>33</sup> HvJ EG 22 mei 2008, nr. C-162/07 (Ampliscientifica), V-N 2008/25.20, r.o. 25.

<sup>34</sup> A.J. van Doesum, *Contractuele samenwerkingsverbanden in de btw*, Deventer: Kluwer 2009, blz. 32

<sup>35</sup> Zie voor een verdere uitwerking paragraaf 3.2.1

<sup>36</sup> HvJ EG 6 april 1995, nr. C-4/94 (BLP), r.o. 24

gelijk moet zijn aan de btw druk op eenzelfde binnenlandse economische verrichting. Dit wordt bewerkstelligd door btw te heffen over goederen of diensten die vanuit het buitenland worden verworven.<sup>37</sup> Overeenkomstig mag de btw-teruggaaf bij uitvoer niet meer of minder zijn dan de btw die in het binnenland zou zijn geheven.<sup>38</sup> Het druist namelijk in tegen het algemene karakter van de btw, indien er geen of minder btw zou drukken op import.<sup>39</sup> Gelet op de juridische neutraliteit van de btw zou een verschil in belastingdruk leiden tot concurrentievervalsing. In het kader van het streven naar een interne Europese markt, moet verschil in btw-behandeling van binnenlandse ondernemers en buitenlandse Europese ondernemers worden vermeden.

De externe neutraliteit is niet van toepassing op de binnenlandse verkoop van een deelneming. Daarentegen is het bij een grensoverschrijdende verkoop van een deelneming wel interessant de externe neutraliteit in behandeling te nemen. Aangezien het grensoverschrijdende aspect van de verkoop van een deelneming in dit onderzoek slecht een zeer beperkte rol van betekenis zal spelen, maakt de externe neutraliteit op zichzelf geen onderdeel uit van het toetsingskader. Naar mijn mening is het echter wel van belang om de externe neutraliteit in gedachte te houden, omdat de externe neutraliteit een uitwerking is van het algemene karakter van de btw en het juridische neutraliteitsbeginsel.

## 2.4 Rechtskarakter

Voor het laatste wezenlijke kenmerk van de btw moet naar het rechtskarakter worden gekeken. Het rechtskarakter bepaalt het uiteindelijk doel van een belasting. Dit door te kijken naar wie (het subject) en wat (het object) moet worden belast. Een regeling, zoals de geruisloze overgang, moet in lijn zijn met het rechtskarakter van de belasting.<sup>40</sup> In de literatuur is de definitie van het rechtskarakter van de btw een veelvoorkomend onderwerp.<sup>41</sup> Braun geeft zelfs aan dat het rechtskarakter van de btw niet bestaat.<sup>42</sup> Aan de hand van de Btw-richtlijn kan worden bepaald wie en wat de Europese wetgever uiteindelijk met de btw wil belasten. Uit artikel 1 lid 2 van de Btw-richtlijn volgt dat het btw-stelsel berust op het beginsel dat op goederen en diensten een algemene verbruiksbelasting wordt geheven

---

<sup>37</sup> S. Cornielje, *Fusies en overnames in de btw*, Deventer: Kluwer 2016 blz. 39

<sup>38</sup> M.E. van Hilten en H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, Deventer: Kluwer, 2012, blz. 15

<sup>39</sup> A.J. van Doesum, *Contractuele samenwerkingsverbanden in de btw*, Deventer: Kluwer 2009, blz. 35

<sup>40</sup> A.J. van Doesum, *Contractuele samenwerkingsverbanden in de btw*, Deventer: Kluwer 2009, blz. 35

<sup>41</sup> o.a. K.M. Braun, *Aftrek van voorbelasting in de BTW*, Kluwer, Deventer, 2002, blz. 49, G.J. van Norden, *Het concern in de BTW*, Kluwer, Deventer, 2007, blz. 27, A.J. van Doesum, *contractuele samenwerkingsverbanden in de btw*, Deventer: Kluwer 2009, blz. 35, S. Cornielje, *Fusies en overnames in de btw*, Deventer: Kluwer 2016 blz. 40

<sup>42</sup> K.M. Braun, *Aftrek van voorbelasting in de BTW*, Deventer: Kluwer 2002, blz. 72

met als doel het consumptief verbruik te belasten.<sup>43</sup> Vanwege eenvoud- en doelmatigheidsredenen vindt de heffing van btw niet rechtstreeks plaats bij de eindverbruiker. Binnen de btw wordt namelijk niet de btw geïnd bij consument, maar bij de belastingplichtige ondernemer. Verder wordt niet de particuliere consumptie zelf, maar de levering van goederen of diensten belast. De indirecte wijze van heffing verandert naar mijn mening niets aan het beoogde object van heffing voor de btw, namelijk het consumptieve verbruik belasten.

Het beoogde subject van heffing binnen de btw is de eindverbruiker van de betreffende goederen of diensten. Over het algemeen is de eindverbruiker de particuliere consument.<sup>44</sup> Het feit dat belast presterende ondernemers recht op aftrek van voorbelasting hebben, zorgt ervoor dat de btw niet op hen drukt. Hieruit volgt dat consumenten die geen recht op aftrek van voorbelasting hebben de uiteindelijke btw-lasten dragen en als eindverbruikers moeten worden beschouwd. Door de velen aftrekbeperkingen en vrijstellingen die het btw-systeem kent, drukt btw niet altijd slechts op de eindverbruiker. Een belastingplichtige die slechts vrijgestelde prestaties verricht is bijvoorbeeld ook een eindverbruiker aangezien deze geen recht op aftrek van voorbelasting heeft. Een dergelijke vrijstelling heeft dus als gevolg dat de btw drukt op de belastingplichtige ondernemer. Dit druist naar mijn mening in tegen het rechtskarakter van de btw.

De btw-behandeling van de verkoop van een deelneming dient in overeenstemming te zijn met het rechtskarakter van de btw. In situaties dat het consumptief verbruik niet wordt belast of in situaties dat meer dan alleen dan het consumptief verbruik wordt belast, is de btw-behandeling niet in overeenstemming met het rechtskarakter. Daarom is het van belang het rechtskarakter op te nemen in het toetsingskader.

## 2.5 Samenhang tussen de wezenlijke kenmerken van de btw

Naar mijn mening kunnen de wezenlijke kenmerken van de btw in bepaalde situaties niet los van elkaar worden gezien. Het algemene karakter van de btw heeft namelijk als uitwerking dat een zo groot mogelijke groep activiteiten in de heffing wordt betrokken, met als doel het consumptief verbruik te belasten, om de neutraliteit te waarborgen.

Het algemene karakter van de btw en zowel de juridische als economische neutraliteit kunnen niet los van elkaar worden gezien. Het btw-stelsel verkrijgt de grootste mate van neutraliteit wanneer de

---

<sup>43</sup> A.J. van Doesum, Contractuele samenwerkingsverbanden in de btw, Deventer: Kluwer 2009, blz. 35

<sup>44</sup> G.J. van Norden, Het concern in de BTW, Deventer: Kluwer 2007, blz. 25

belasting zo algemeen mogelijk wordt geheven.<sup>45</sup> Voor een economische neutrale uitwerking van het btw-stelsel is het van belang dat door middel van het systeem van recht op aftrek van voorbelasting in eerdere fasen in het productie- en distributieproces geen cumulatie van btw optreedt. Dit heeft tot gevolg dat de btw strikt evenredig is aan de prijs en alleen drukt op het consumptief verbruik. Uit het rechtskarakter van de btw volgt weer dat het beoogde object van heffing voor de btw het consumptief verbruik is.

In dit onderzoek zal in beginsel de btw-behandeling van de verkoop van een deelneming afzonderlijk worden getoetst aan het beginsel van algemene heffing, het juridische neutraliteitsbeginsel, het economische neutraliteitsbeginsel en het rechtskarakter van de btw. Echter, kan het voorkomen dat de toets niet per wezenlijk kenmerk kan plaatsvinden. Omdat de wezenlijke kenmerken in bepaalde situaties niet los van elkaar kunnen worden gezien.

## 2.6 Het doelmatigheidsbeginsel

De reeds besproken wezenlijke kenmerken van de btw vormen het fundament om tot een rechtvaardige heffing binnen de btw te komen. Echter, kan door middel van een beroep op het doelmatigheidsbeginsel worden afgeweken van de wezenlijke kenmerken. Een juiste uitwerking van het recht komt tot stand door middel van een afweging tussen rechtvaardigheid en doelmatigheid.<sup>46</sup> Uit jurisprudentie van het HvJ blijkt dat het doelmatigheidsbeginsel ook binnen de btw wordt herkend.<sup>47</sup> De uitwerking van het doelmatigheidsbeginsel is dat de heffing op een zo eenvoudig mogelijke wijze moet verlopen. Dit geldt zowel vanuit het oogpunt van de fiscus als vanuit het oogpunt van de belastingplichtige.<sup>48</sup> Het doelmatigheidsbeginsel kan als uitwerking hebben dat in bepaalde situaties minder belang toekomt aan de wezenlijke kenmerken van de btw. Het kan bijvoorbeeld voorkomen dat toepassing van de wezenlijke kenmerken van de btw tot heffing van btw zouden moeten leiden, maar als dit tot een onevenredige bezwaring leidt bij de fiscus of belastingplichtige, kan door middel van een beroep op het doelmatigheidsbeginsel heffing achterwege blijven. Naar mijn mening gaat de werking van het doelmatigheidsbeginsel echter niet zo ver dat het moet worden aangemerkt als een wezenlijk kenmerk van de btw. Het is slechts een beginsel met een corrigerende werking.<sup>49</sup> In mijn onderzoek zal het doelmatigheidsbeginsel daarom niet als toetsingskader dienen,

---

<sup>45</sup> Considerans van de Btw-richtlijn, punt 5

<sup>46</sup> H.J. Hofstra en R.E.C.M. Niessen, *Inleiding tot het Nederlands belastingrecht*, Deventer: Kluwer, 2002, blz. 72.

<sup>47</sup> HvJ EG 10 juli 2008, nr. C-484/06 (Fiscale eenheid Koninklijke Ahold NV), V-N 2008/41.23, r.o. 39

<sup>48</sup> A.J. van Doesum, *Contractuele samenwerkingsverbanden in de btw*, Deventer: Kluwer 2009, blz. 39

<sup>49</sup> A.J. van Doesum, *Contractuele samenwerkingsverbanden in de btw*, Deventer: Kluwer 2009, blz. 40



maar slechts als rechtvaardigingsgrond voor mogelijke strijdigheden van de huidige btw-behandeling van de verkoop van een deelneming met het toetsingskader.

## 2.7 Deelconclusie

In dit hoofdstuk ben ik ingegaan op de wezenlijke kenmerken van de btw. De btw kenmerkt zich door het algemene objectieve karakter, het neutraliteitsbeginsel en het rechtskarakter. Deze wezenlijke kenmerken moeten als norm worden gezien voor de uitwerking van het recht binnen de btw. Daarom zullen de wezenlijke kenmerken van de btw dienen als toetsingskader voor mijn onderzoek. Opgemerkt moet worden dat de toepassing van de wezenlijke kenmerken kan worden beperkt door het doelmatigheidsbeginsel. Het voor dit onderzoek te gebruiken toetsingskader bestaat uit: (i) het algemene objectieve karakter van de btw; (ii) het economische neutraliteitsbeginsel; (iii) het juridische neutraliteitsbeginsel; en (iv) het rechtskarakter van de btw.

## Hoofdstuk 3 De verkoop van aandelen aangemerkt als economische activiteit

### 3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal ik behandelen onder welke omstandigheden de verkoop van aandelen binnen het bereik van de btw valt. Dit zal ik doen door te behandelen wie als belastingplichtige voor de btw moet worden aangemerkt. Hierbij wordt extra aandacht besteed aan de belastingplicht van de houdstermaatschappij. Vervolgens zet ik uiteen hoe het recht op aftrek van voorbelasting is vormgegeven bij de verkopende partij met betrekking tot de kosten die zijn gemaakt voor de aandelenverkoop.

### 3.2 Het belastingsubject

#### 3.2.1 Algemeen

Zoals in het vorige hoofdstuk is beschreven, heeft de btw als doel het belasten van de particuliere consumptie. De btw kenmerkt zich als een indirecte verbruiksbelasting. Dit houdt in dat de btw niet rechtstreeks wordt geheven bij de consument, maar bij de ondernemer. Wanneer een persoon als belastingplichtige wordt aangemerkt, drukt btw op de door hem verrichte leveringen van goederen en diensten en heeft hij recht op aftrek van voorbelasting. Wie als belastingplichtige voor de btw moet worden aangemerkt volgt uit de eerste volzin van artikel 9 lid 1 Btw-richtlijn:

*“Als belastingplichtige wordt beschouwd eenieder die, op ongeacht welke plaats, zelfstandig een economische activiteit verricht, ongeacht het oogmerk of resultaat van die activiteit.”*

Uit de bewoording *eenieder* en *ongeacht* kan worden opgemaakt dat de Europese wetgever een ruime reikwijdte voor de belastingplicht voor ogen heeft. Het HvJ heeft de ruime uitwerking van het begrip belastingplichtige veelvuldig in haar jurisprudentie bevestigd.<sup>50</sup> De ruime reikwijdte van het begrip belastingplichtige strookt met de gedachte dat de btw niet drukt binnen de productieketen, zodat de btw slechts drukt bij de eindverbruikers.<sup>51</sup> Dit moet worden bewerkstelligd door het systeem van recht op aftrek van voorbelasting voor als zodanig handelende belastingplichtigen en het feit dat in principe alle prestaties van een belastingplichtige zijn onderworpen aan btw.<sup>52</sup> Deze methodiek heeft als

---

<sup>50</sup> o.a. HvJ EG 27 januari 2000, nr. C-23/98 (Heerma), BNB 2000/297 en HvJ EU 20 juni 2013, nr. C-219/12 (Christian Fuchs), BNB 2013/245

<sup>51</sup> G.J. van Norden, Het concern in de BTW, Deventer: Kluwer 2007, blz. 27

<sup>52</sup> Mits de leveringen van goederen niet zijn vrijgesteld van btw

uitwerking dat de btw niet drukt op de belastingplichtige, aangezien deze de btw in aftrek kan brengen, maar op de consument.

Nederland heeft artikel 9 lid 1 Btw-richtlijn geïmplementeerd in artikel 7 Wet OB 1968. In de Wet OB 1968 wordt het begrip *ondernemer* gebruikt terwijl in de Btw-richtlijn wordt gesproken over *belastingplichtige*. Ondanks dit verschil moeten beide begrippen volgens de Hoge Raad op gelijke wijzen worden uitgelegd.<sup>53</sup> Het begrip belastingplichtige moet namelijk worden gezien als een communautair begrip, waardoor dit begrip in alle EU-lidstaten op een gelijke wijze moet worden uitgelegd. Als naar de definitie van de *belastingplichtige* wordt gekeken in artikel 9 lid 1 Btw-richtlijn, blijkt dat belastingplicht ontstaat als cumulatief aan de volgende drie voorwaarden wordt voldaan: *eenieder*, *zelfstandig* en het verrichten van *economische activiteiten*.

### 3.2.2 Eenieder

De eerste voorwaarde, waaraan moet worden voldaan om te kwalificeren als belastingplichtige, is het begrip *eenieder*. Deze ruime bewoording heeft als uitwerking dat zowel natuurlijke personen als rechtspersonen belastingplichtig kunnen zijn. De juridische hoedanigheid van de persoon heeft geen invloed op het al dan niet belastingplichtig zijn voor de btw. Dit is een uitvloeisel van de reeds behandelde rechtsvormneutraliteit op subjectniveau.<sup>54</sup> In zowel de Btw-richtlijn als de Wet OB 1968 wordt het begrip *eenieder* niet nader uitgewerkt. Uit jurisprudentie blijkt dat ook samenwerkingsverbanden, die zich als één entiteit aan het maatschappelijk verkeer presenteren, belastingplichtig kunnen zijn en dus onder het begrip *eenieder* vallen.<sup>55</sup> Ook is het voor de belastingplicht in de btw niet van belang of de rechtsvorm waarmee de activiteiten worden uitgevoerd civielrechtelijk bestaat. Iedere persoon of samenwerkingsverband, die als zodanig naar buiten optreedt, kan voor de btw als zelfstandig belastingplichtige worden aangemerkt.<sup>56</sup>

### 3.2.3 Zelfstandig

De volgende voorwaarde, waaraan moet worden voldaan om voor de btw als belastingplichtige te worden aangemerkt, is *zelfstandigheid*. Artikel 10 van de Btw-richtlijn beschouwt loontrekkenden en andere personen, voor zover zij met hun werkgever een arbeidsovereenkomst zijn aangegaan of enige andere juridische band hebben waaruit een verhouding van ondergeschiktheid ontstaat, niet als *zelfstandig*. Om deze reden worden met een arbeidscontract uitgesloten van het begrip *zelfstandig*,

---

<sup>53</sup> HR 2 mei 1984, nr. 22153, BNB 1984/295

<sup>54</sup> A.J. van Doesum, contractuele samenwerkingsverbanden in de btw, Deventer: Kluwer 2009, blz. 33

<sup>55</sup> HR 5 juni 1991, nr. 27/179, BNB 1991/222 en Tarief Commissie 28 november 1977, nr. 11 177, BNB 1978/89.

<sup>56</sup> M.E. van Hilten en H.W.M. van Kesteren, Omzetbelasting, Deventer: Kluwer 2012, p. 41

en kunnen daarom niet als belastingplichtige voor de btw worden aangemerkt. Van Norden vindt deze uitsluiting vanuit theoretisch oogpunt correct. Omdat personen met een arbeidscontract namens hun werkgevers deelnemen aan het economische verkeer, en daarom zelf geen onderdeel uit maken van de productie- en handelsketen.<sup>57</sup> Of sprake is van zelfstandigheid zal per geval moeten worden beoordeeld, de civielrechtelijke vorm is in ieder geval niet doorslaggevend, net als bij het begrip *eenieder*.<sup>58</sup> Volgens Van Zadelhoff en Van Hilten zijn rechtspersonen in beginsel altijd zelfstandig.<sup>59</sup>

### 3.2.4 Economische activiteit

De derde voorwaarde, waaraan moet worden voldaan om als belastingplichtige te worden aangemerkt, is dat een *economische activiteit* moet worden verricht. Uit artikel 9 lid 1 Btw-richtlijn volgt wat onder het begrip *economische activiteit* wordt verstaan. In dit artikel wordt expliciet genoemd dat de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen als economische activiteit wordt beschouwd. Uit jurisprudentie van het HvJ volgt dat het begrip *economische activiteit* een ruime uitwerking heeft.<sup>60</sup> Het HvJ maakt dit op uit het gegeven dat de btw een algemeen karakter heeft. Uit het arrest van het HvJ in de zaak Rompelman blijkt dat ook handelingen in het kader van in de toekomst te verrichten prestaties onder het begrip economische activiteit kunnen vallen.<sup>61</sup> Wel moet de belastingplichtige in een dergelijk geval aannemelijk maken dat in de toekomst de handelingen onder het begrip *economische activiteiten* vallen.<sup>62</sup> Met uitzondering van de aanvangs- en eindfase van de belastingplicht, moet een handeling onder bezwarende titel worden verricht om te kwalificeren als *economische activiteit*.<sup>63</sup> Verder blijkt uit jurisprudentie van het HvJ dat de vergoeding in rechtstreeks verband moet staan met de prestatie om te kwalificeren als *economische activiteit*.<sup>64</sup> Hieruit volgt dat economische activiteit moet worden verricht met het oog op een zekere opbrengst, dit houdt niet in dat de activiteit moet worden verricht met het oog op winst. Het is voor een *economische activiteit* dus noodzakelijk dat de prestatie onder bezwarende titel wordt verricht.

---

<sup>57</sup> G.J. van Norden, *Het concern in de btw*, Deventer: Kluwer 2007, blz. 91

<sup>58</sup> M.E. van Hilten en H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, Deventer: Kluwer 2012, blz. 68

<sup>59</sup> O.a. B.G. van Zadelhoff, *belastingplichtige in de btw*, Deventer: Kluwer 2016, blz. 43 en M.E. Van Hilten, Noot bij HR 10 februari 2006, nr. 37 800, BNB 2006/125.

<sup>60</sup> O.a. HvJ EG 12 september 2000, nr. C-408/97 (Commissie/Nederland), BNB 2007/377 en HvJ EG 12 september 2000, nr. C-358/97 (Commissie/Ierland), FED 2001/ 25

<sup>61</sup> HvJ EG 14 februari 1985, nr. 268/83, BNB 1985/315 (Rompelman)

<sup>62</sup> G.J. van Norden, *Het concern in de btw*, Deventer: Kluwer 2007, blz. 96

<sup>63</sup> HvJ EG 3 maart 1994, C-16/93 (Tolsma), FED 1994/348

<sup>64</sup> HvJ EU 12 mei 2016, C-520/14 (Gemeente Borsele), BNB 2016/186

### 3.3 De belastingplicht van de houdstermaatschappij

#### 3.3.1 Algemeen

Uit de laatste volzin van artikel 9 lid 1 Btw-richtlijn volgt dat de exploitatie van een onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen als economische activiteit moet worden beschouwd. Omdat het houden van aandelen in mijn ogen beschouwd kan worden als de exploitatie van een onlichamelijke zaak en het HvJ een erg ruime reikwijdte voor het begrip *belastingplichtige* hanteert, is naar mijn oordeel het houden van aandelen een economische activiteit is.

Uit de jurisprudentie van het HvJ volgt echter dat het zuiver houden, verwerven en afstoten van aandelen geen economische activiteit vormt en daarom buiten het bereik van de btw valt.<sup>65</sup> De hoofdregel is derhalve dat handelingen omtrent aandelen buiten het bereik van de btw vallen. Echter, volgt uit de jurisprudentie van het HvJ een drietal situaties waarin handelingen inzake aandelen of deelnemingen een economische activiteit vormen en daarom binnen het bereik van de btw vallen.<sup>66</sup> De volgende drie handelingen inzake aandelen of deelnemingen kunnen binnen de reikwijdte van de btw vallen:

- (i) Het bedrijfsmatig handelen in effecten;
- (ii) indien een houdstermaatschappij zich tegen vergoeding moeit in de deelneming; of
- (iii) wanneer zij het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk van de belastbare activiteit vormen.

Hieronder wordt afzonderlijk ingegaan op deze drie handelingen. Op het bedrijfsmatig handelen van effecten zal ik beknopt ingaan, vanwege de geringe relevantie voor mijn onderzoek.

#### 3.3.2 Het bedrijfsmatig handelen in effecten

Volgens het HvJ vormen de handelsactiviteiten die door een effectenmakelaar worden uitgeoefend een economische activiteit en vallen daarom binnen het bereik van de btw.<sup>67</sup> Ik ben van mening dat het binnen het btw-stelsel past dat een onderneming met als activiteit de aan-en verkoop van waardepapieren als belastingplichtige voor de btw wordt aangemerkt. Uit artikel 9 Btw-richtlijn volgt namelijk dat een economische activiteit gericht moet zijn op het verkrijgen van opbrengst uit leveringen van goederen of diensten. Aangezien een effectenmakelaar zijn effecten houdt als voorraad om deze vervolgens weer door te verkopen, moet dit worden gezien als het verkrijgen van opbrengst uit de levering van goederen.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> HvJ EG 29 april 2004, nr. 07/01 (EDM), BNB 2004/285

<sup>66</sup> HvJ EG 29 oktober 2009, nr. C-29/08, (AB SKF), BNB 2010/251, r.o. 31

<sup>67</sup> HvJ EG 20 juni 1996, nr. C-155/94, (Wellcome Trust), V-N 1997, blz. 1034, r.o. 35

<sup>68</sup> W.J. Blokland, Het economische karakter van het houden van aandelen in de btw, NTFR-B 2017/22

Een cruciale vraag omtrent de belastingplicht inzake de handel in effecten is wanneer sprake is van het bedrijfsmatig handelen in effecten of het handelen in effecten door een particuliere (hobby) belegger, die niet belastingplichtig is voor de btw. A-G Lenz geeft in zijn conclusie op het arrest van het HvJ in de zaak Wellcome Trust aan, dat naar zijn mening sprake is van bedrijfsmatige handelen in effecten indien wordt gestreefd naar het behalen van winst.<sup>69</sup> Ik betwijfel in hoeverre dit door Lenz aangedragen criterium geschikt is om onderscheid te maken tussen het bedrijfsmatig en particulier handelen in effecten. Ten eerste omdat in mijn ogen een particuliere handelaar in effecten ook streeft naar het behalen van winst. En ten tweede om te kwalificeren als economische activiteit de activiteit moet worden verricht met het oog op een zekere opbrengst. Dit houdt niet in dat de activiteit moet worden verricht met het oog op winst. Naar mijn mening is een toets aan de hand van duurzaamheid, commercialiteit en professionaliteit beter geschikt om onderscheid te maken tussen het bedrijfsmatig en particulier handelen in effecten.

### 3.3.3 Het moeien van de houdstermaatschappij

Over het algemeen wordt het arrest van het HvJ in de zaak Polysar beschouwd als het beginpunt van de jurisprudentie rondom de houdstermaatschappij.<sup>70</sup> In dit arrest is bepaald dat het enkel houden en verwerven van aandelen geen economische activiteit in de zin van artikel 9 Btw-richtlijn is, omdat het geen handelingen onder bezwarende titel met zich meebrengt. Het ontvangen dividend levert wel opbrengst op maar vormt geen vergoeding voor de prestatie, omdat het dividend slechts een vergoeding is voor het kapitaal. Dit is naar mijn mening een uitwerking die past binnen het btw-stelsel, omdat een zuivere houdster geen onderdeel uitmaakt van de productieketen. In de zaak Polysar geeft het HvJ aan dat het houden van aandelen wel een economische activiteit kan zijn, indien het houden van aandelen gepaard gaat met een direct of indirect moeien in het beheer van de vennootschappen waarin wordt deelgenomen.<sup>71</sup> In de zaak Floridienne/Berginvest geeft het HvJ aan dat om een economische activiteit te vormen, de inmenging gepaard moet gaan met handelingen die aan btw zijn onderworpen.<sup>72</sup> Ik merk op dat het HvJ de begrippen *moeien* en *inmenging* door elkaar gebruikt, deze begrippen komen eenzelfde betekenis toe.<sup>73</sup>

---

<sup>69</sup> Conclusie van A-G Lenz van 7 december 1995 bij HvJ EG 20 juni 1996, nr. C-155/94, V-N 1997 blz. 1034 (Wellcome Trust)

<sup>70</sup> HvJ EG 20 juni 1991, nr. C-60/90 (Polysar Investment Netherlands b.v.), FED 1991/633.

<sup>71</sup> HvJ EG 20 juni 1991, nr. C-60/90 (Polysar Investment Netherlands b.v.), FED 1991/633 r.o. 14

<sup>72</sup> HvJ EG 14 november 2000, nr. C-142/99 (Floridienne/Berginvest), V-N 2000/53.17 r.o. 19

<sup>73</sup> G.J. van Norden, Het concern in de btw, Deventer: Kluwer 2007, blz. 142

Om de belastingplicht te bepalen voor een houdstermaatschappij moet worden bekeken wat wordt verstaan onder *gepaard gaan met* en *inmenging*, zoals genoemd in het arrest *Floridienne/Berginvest*. In de literatuur komt de vraag op of *gepaard gaan met* zo moet worden uitgelegd dat naast de inmenging ook andere aan btw onderworpen handelingen moeten worden verricht, of dat de inmenging op zichzelf een economische activiteit onder bezwarende titel moet zijn.<sup>74</sup>

*Gepaard gaan met:*

Uit de Btw-richtlijn volgt dat het zelfstandig verrichten van een economische activiteit onder bezwarende titel noodzakelijk is voor belastingplicht in de btw. Het is daarom niet verwonderlijk dat een houdstervennootschap economische activiteiten moet verrichten om te worden aangemerkt als belastingplichtige in de btw. Alleen inmenging van een houdstervennootschap, zonder dat deze aan btw onderworpen activiteiten verricht, heeft daarom geen invloed op de belastingplicht van de houdstervennootschap.<sup>75</sup> De inmenging van de houdstervennootschap op zichzelf creëert namelijk geen belastingplicht voor de btw. Dit geeft echter nog geen antwoord op de vraag of *gepaard gaan met* zo moet worden uitgelegd dat naast de inmenging ook andere aan btw onderworpen handelingen moeten worden verricht, of dat de inmenging op zichzelf een economische activiteit onder bezwarende titel moet zijn.<sup>76</sup> Gelet op de eerdere uitspraak van het HvJ in de zaak *Polysar* kan het naar mijn mening niet zo zijn, dat slechts het verrichten van aan btw onderworpen handelingen door de houdstermaatschappij als uitwerking heeft dat de inmenging inzake de aandelen binnen de belastingplicht vallen. Dit zou betekenen dat, indien de aan btw onderworpen handeling van de houdstermaatschappij volledig losstaat van de inmenging inzake de aandelen, de inmenging inzake de aandelen alsnog binnen de reikwijdte van de btw valt. Naar het mij voorkomt lijkt het HvJ met *gepaard gaan met* te bedoelen dat de inmenging van de houdstervennootschap onder meer moet bestaan uit activiteiten die op zichzelf zijn onderworpen aan btw, zoals het verrichten van administratieve, boekhoudkundige en informaticadiensten ten behoeve van de dochteronderneming, om als economische activiteit te worden aangemerkt.<sup>77</sup>

In het arrest *Larentia en Minerva* komt de uitwerking van de bewoording *gepaard gaan met* goed naar voren.<sup>78</sup> Uit het arrest volgt dat een houdstervennootschap die zich moeit in meerdere deelnemingen, maar slechts aan bepaalde deelnemingen aan de btw onderworpen handelingen verricht in het kader van de inmenging, alleen de inmenging in deze bepaalde deelnemingen wordt aangemerkt als

---

<sup>74</sup> S. Cornielje, *Fusies en overnames in de btw*, Deventer: kluwer 2016 blz. 209

<sup>75</sup> G.J. van Norden, *Het concern in de btw*, Deventer: Kluwer 2007, blz. 144

<sup>76</sup> S. Cornielje, *Fusies en overnames in de btw*, Deventer: kluwer 2016 blz. 209

<sup>77</sup> HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14 en C-109/14 (*Larentia en Minerva*), V-N 2015/44.18

<sup>78</sup> HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14 en C-109/14 (*Larentia en Minerva*), V-N 2015/44.18

economisch activiteit. De inmenging van de houdstermaatschappij in de deelneming waarvoor in het kader van de inmenging geen aan de btw onderworpen handelingen worden verricht, wordt niet aangemerkt als een economische activiteit. De houdstervennootschap is in een dergelijk geval, slechts voor de inmenging in de deelnemingen waarvoor aan de btw onderworpen handelingen worden verricht belastingplichtig. De inmenging van de houdstervennootschap in de deelnemingen waarvoor géén aan de btw onderworpen handelingen worden verricht vormt geen economische activiteit.<sup>79</sup> Hieruit blijkt dat uit de belastingplicht van de houdstermaatschappij niet automatisch volgt dat alle deelnemingen worden gehouden in de hoedanigheid als belastingplichtige, per deelneming zal de belastingplicht van de houdstermaatschappij moeten worden bepaald.

Het arrest van het HvJ in de zaak Larentia en Miverva heeft als uitwerking dat een volledig recht op aftrek van voorbelasting kan worden verkregen bij de houdstervennootschap, door in alle dochterondernemingen enige inmenging te verrichten en een managementvergoeding daarvoor te berekenen.<sup>80</sup> Wel dient te worden opgemerkt dat het berekenen van managementvergoedingen, zonder dat daar als tegenprestatie enige inmengactiviteiten worden verricht, buiten beschouwing worden gehouden. Omdat de berekende tegenprestatie in dat geval een zuiver kunstmatige constructie vormt die niet overeenkomt met de economische en commerciële realiteit van de handelingen.<sup>81</sup>

Naar mijn mening is de uitwerking van het arrest van het HvJ in de zaak Larentia en Minerva in lijn met de economische neutraliteit en het rechtskarakter van de btw. Omdat door het ontbreken van recht op aftrek van voorbelasting niet aftrekbare-btw zal achterblijven bij de houdstermaatschappij, wat btw-cumulatie tot gevolg heeft. Door houdstervennootschappen die enige inmenging verrichten en daarvoor een managementvergoeding doorberekenen recht op aftrek van voorbelasting te geven, wordt mogelijke btw-cumulatie voorkomen.

#### *Moeien/inmenging:*

Uit de jurisprudentie van het HvJ blijkt dat sprake is van moeien in het beheer van de dochtervennootschap, indien de houdstermaatschappij in het kader van het moeien aan de btw onderworpen handelingen verricht aan de dochtermaatschappij. Het maakt volgens het HvJ kennelijk niet uit wat voor een handelingen precies aan de deelneming worden verricht. Het kunnen managementdiensten zijn, zoals in de zaken Floridienne/Berginvest en Larentia en Minerva, maar ook

---

<sup>79</sup> S. Cornielje, Fusies en overnames in de btw, Deventer: kluwer 2016 blz. 210

<sup>80</sup> HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14 en C-109/14 (Larentia en Minerva), V-N 2015/44.18

<sup>81</sup> HvJ EU 20 juni 2013, nr. C-653/11, (Paul Newey) BNB 2014/49, r.o. 45



de verhuur van vastgoed, zoals in de zaak *Marle Participations Sarl*.<sup>82</sup> Over het algemeen zal het moeten voorkomen in de vorm van managementdiensten tegen een vergoeding, dit is echter geen vereiste.<sup>83</sup>

### 3.3.4 Verlengstuk van de belastbare activiteiten

De laatste handeling inzake aandelen die binnen de reikwijdte van de btw valt, is wanneer de handeling het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk is van een belastbare activiteit van de houdstermaatschappij. Deze verlengstukgedachte is in een aantal arresten aan bod gekomen.<sup>84</sup> Het HvJ introduceert de verlengstukgedachte in haar arrest in de zaak *Regié Dauphinoise*. In de zaak gaat het om een vennootschap die zich bezighoudt met het beheer van met name verhuurde onroerende zaken. In dit kader ontvangt *Regié* voorschotten van mede-eigenaren en huurders. Deze voorschotten belegt *Regié* voor haar eigen rekening en risico bij financiële instellingen. Omdat de opbrengsten aanzienlijk zijn, is in geschil of deze btw-vrijgestelde omzet uit de beleggingen moet worden meegenomen bij het bepalen van het aftrekrecht van *Regié*. Het HvJ geeft aan dat de opbrengsten een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk vormen van de belastbare activiteit als beheerder. Met de beleggingsactiviteiten handelt *Regié* dus als een zodanig handelende belastingplichtige.<sup>85</sup> Indien het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verband ontbrak zou *Regié* in de hoedanigheid als niet belastingplichtige hebben gehandeld.<sup>86</sup> Het HvJ verklaart in de zaak *Regié Dauphinoise* niet wat exact moet worden verstaan onder een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk. Een oorzaak hiervoor is dat in deze zaak de beleggingsactiviteiten duidelijk een verlengstuk vormen van de belaste activiteiten, waardoor het voor het HvJ niet noodzakelijk is om de elementen nader toe te lichten.

Het HvJ gebruikt de verlengstukgedachte op twee verschillende manieren. Ten eerste om handelingen omtrent aandelen, omdat zij een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk van de belastbare activiteiten vormen, binnen de reikwijdte van de btw te brengen. Ten tweede om te bepalen of de opbrengsten uit de beleggingen kwalificeren als bijkomstige opbrengsten bij de berekening van het recht op aftrek van voorbelasting, zoals bedoeld in artikel 174 lid 2 Btw-richtlijn. Volgens het HvJ zijn opbrengsten uit beleggingen namelijk niet bijkomstig, indien zij een rechtstreeks,

---

<sup>82</sup> HvJ EU 29 mei 2017, nr. C-320/17, (*Marle Participations Sarl*), FED 2018/166

<sup>83</sup> G.J. van Norden, noot bij HvJ EU 29 mei 2017, nr. C-320/17, (*Marle Participations Sarl*), FED 2018/166

<sup>84</sup> o.a. HvJ EG 11 juli 1996, nr. C-306/94 (*Regié Dauphinoise*), BNB 1997/38, HvJ EG 6 februari 1997, nr. C-80/95 (*Harnas&Helm*), BNB 1997/286, HvJ EG 14 november 2000, nr. C-142/99 (*Floridienne/Berginvest*), FED 2001/179, HvJ EG 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM), NTFR 2004/669 en HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-174/08 (*NCC Construction Denmark*), V-N 2009/56.14

<sup>85</sup> HvJ EG 11 juli 1996, nr. C-306/94 (*Regié Dauphinoise*), BNB 1997/38

<sup>86</sup> G.J. van Norden, *Het concern in de btw*, Deventer: Kluwer 2007, blz. 149

duurzaam en noodzakelijk verlengstuk vormen van de belastbare activiteiten. De verlengstukgedachte wordt dus zowel gebruikt voor de uitleg van het begrip economische activiteit, zoals bedoeld in artikel 9 Btw-richtlijn, als voor de uitleg van artikel 174 lid 2 Btw-richtlijn.

Blokland heeft kritiek op het feit dat het HvJ de verlengstukgedachte zowel gebruikt om niet-economische handelingen binnen de reikwijdte van de btw te brengen, als om te toetsen of opbrengsten bijkomstig zijn en buiten de berekening van het recht op aftrek van voorbelasting moeten worden gehouden. Blokland geeft aan dat de aard van artikel 9 Btw-richtlijn en artikel 174 lid 2 Btw-richtlijn te verschillend is om de uitleg van deze bepalingen te laten afhangen van hetzelfde criterium.<sup>87</sup> Naar mijn idee is het niet bezwaarlijk dat het HvJ voor twee verschillende toetsen hetzelfde criterium hanteert, het zou het btw-stelsel onnodig nog gecompliceerder maken indien voor elke toets een ander criterium wordt gehanteerd. Het is naar mijn mening wel een gemis dat het HvJ (nog) niet heeft aangegeven wat exact moet worden verstaan onder een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk.

A-G Léger geeft in zijn conclusie op de zaak EDM aan dat hij van mening is dat de verlengstukgedachte strikt moet worden uitgelegd.<sup>88</sup> Echter, moet volgens van Norden de verlengstukgedachte ruim worden uitgelegd, omdat door middel van de verlengstukgedachte de handelingen van een houdstervennootschap binnen de reikwijdte van de btw kunnen worden gebracht die op zichzelf niet leiden tot belastingplicht.<sup>89</sup> De belastingplicht van een houdstervennootschap heeft tot gevolg dat deze houdster aftrek van voorbelasting heeft. De aftrek van voorbelasting van de houdstervennootschap heeft als effect dat de btw niet drukt op de productieketen waar een dergelijke houdstervennootschap onderdeel van is. Cornielje geeft aan dat ook de verkoop van een deelneming door een als zodanig handelende belastingplichtige, in principe een verlengstuk vormt van de belastbare activiteit. Omdat hij praktisch gezien geen voorbeeld kan bedenken dat de verkoop van een deelneming niet plaats vindt in het belang van de economische activiteit als geheel.<sup>90</sup> Ik ben net als van Norden en Cornielje van mening dat de verlengstukgedachte een ruime betekenis toekomt. De Btw-richtlijn laat bij het bepalen van de reikwijdte van de belastingplicht grote leegtes vallen, de ongewenste leegtes moeten door rechtspraak van het HvJ worden opgevuld. De door het HvJ ontwikkelde verlengstukgedachte is naar mijn mening een middel om dergelijke ongewenste leegtes op te vullen.

---

<sup>87</sup> W.J. Blokland, *Omzetbelastingaspecten van ondernemingsfinancieringen*, Deventer: Kluwer 2016, blz. 70

<sup>88</sup> Conclusie A-G Léger 12 september 2002 bij HvJ EG 29 april 2004, nr C-07/01 (EDM), BNB 2004/285

<sup>89</sup> G.J. van Norden, *Het concern in de btw*, Deventer: Kluwer 2007, blz. 152

<sup>90</sup> S. Cornielje, *Fusies en overnames in de btw*, Deventer: Kluwer 2016 blz. 226

### 3.4 Belastbaarheid van de verkoop van een deelneming door een houdstermaatschappij

Zoals net besproken, zijn op basis van de jurisprudentie van het HvJ een drietal situaties mogelijk waarbij het houden van een deelneming een handeling is die binnen de reikwijdte van de btw valt. Namelijk in de gevallen wanneer: (i) bedrijfsmatig wordt gehandeld in effecten; (ii) een houdstermaatschappij zich moeit in de onderneming; en (iii) het houden van aandelen een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk vormt van de belastbare activiteit. In deze paragraaf zal ik bespreken in welke situaties de verkoop van een deelneming door een houdstermaatschappij kwalificeert als een economische activiteit.

#### **BLP**

Een toonaangevend arrest over de verkoop van aandelen in de btw is het arrest van het HvJ in de zaak BLP.<sup>91</sup> BLP is een Engelse beheers- en houdstermaatschappij die diensten verleent aan een groep vennootschappen die goederen vervaardigen voor de meubel- en doe-het-zelfindustrie. Deze houdstermaatschappij kon als belastingplichtige voor de btw worden aangemerkt. Omdat BLP in economisch zwaar weer verkeerde, verkocht het 95% van het aandelenkapitaal van een Duitse dochtervennootschap. De opbrengst van de aandelenverkoop werd gebruikt ter aflossing van de schulden van BLP, wat dus verband hield met de algemene bedrijfsactiviteiten van BLP. BLP schakelt in het kader van de aandelenverkoop externe adviseurs in zoals bankiers, juristen en accountants. BLP verzocht in haar aangifte de btw op deze kosten in aftrek te brengen. Als reden voor de aftrek droeg BLP aan dat de kosten in verband stonden met de algemene bedrijfsactiviteiten. De Britse Belastingdienst weigerde echter de aftrek, omdat zij van mening waren dat de kosten zagen op de aandelenverkoop die op grond van artikel 135 lid 1 sub f Btw-richtlijn is vrijgesteld. Er is slechts recht op aftrek van voorbelasting wanneer de kosten in verband staan met aan btw onderworpen handelingen. In de daaropvolgende procedure heeft de Britse rechter prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ hoe in een dergelijk geval het recht op aftrek van voorbelasting diende te verlopen. Het HvJ geeft aan dat het btw-stelsel en de Btw-richtlijn zo moeten worden uitgelegd, dat wanneer diensten voor een vrijgestelde handeling worden gebruikt geen recht op aftrek van voorbelasting bestaat. Het gegeven dat het doel van de vrijgestelde aandelenverkoop door BLP uiteindelijk is gelegen in het voortzetten van de belaste activiteiten, doet hier volgens het HvJ niets aan af.<sup>92</sup>

---

<sup>91</sup> HvJ EU 6 april 1995, nr. C-04/94, (BLP), FED 1995/495

<sup>92</sup> HvJ EU 6 april 1995, nr. C-04/94, (BLP), FED 1995/495, r.o. 28

Een volgens Bomer en Van Kesteren opmerkelijk punt uit de zaak BLP is dat de Britse rechter al had vastgesteld dat de verkoop van aandelen een vrijgestelde prestatie betrof die binnen het kader van de economische activiteit werd verricht.<sup>93</sup> Het HvJ is bij het beantwoorden van de prejudiciële vraag niet tegen dit uitgangspunt ingegaan, of überhaupt op dit uitgangspunt ingegaan. Bomer en Van Kesteren betogen dat het HvJ de prejudiciële vraag had herformuleerd, indien zij vond dat de prejudiciële vraag op verkeerde uitgangspunten was gebaseerd.<sup>94</sup> Van Dongen is echter van mening dat het HvJ in de zaak BLP niet bevestigde dat de verkoop van aandelen een vrijgestelde prestatie betrof die binnen het kader van de economische activiteit werd verricht.<sup>95</sup> De strekking van de prejudiciële vragen in de zaak BLP was namelijk of de verkoop van de aandelen en daarmee de voortzetting van de belaste activiteiten van het concern als rechtvaardigingsgrond kon dienen om de voorbelasting op de verkoopkosten in aftrek te brengen. Ik deel met van Dongen de mening dat de zaak BLP geen antwoord geeft op de vraag of de verkoop van aandelen als deelneming een vrijgestelde prestatie betreft die binnen het kader van de economische activiteit wordt verricht. Ondanks dat het HvJ de mogelijkheid heeft prejudiciële vragen binnen bepaalde marges te herformuleren, ben ik van mening dat dit in de zaak BLP niet noodzakelijk was. Naar mijn mening moet de herformulering van een prejudiciële vraag slechts plaatsvinden ter verduidelijking van de vraag of om de vraag aan te passen aan het communautaire recht. Omdat het HvJ slechts bevoegd is om antwoord te geven op vragen over de uitleg van het communautaire recht.

## **EDM**

Het arrest van het HvJ in de zaak EDM is essentieel bij de huidige btw-behandeling van aandelentransacties.<sup>96</sup> In de zaak is belanghebbende, EDM, een holdingmaatschappij van vennootschappen werkzaam in de mijnbouwsector. EDM moeit zich niet in het beleid van haar dochtervennootschappen. De hoofdactiviteit van EDM is het beheren van de eigen aandelenportefeuille. Het HvJ geeft aan dat de enkele aan- en verkoop van aandelen niet als een economische activiteit zijn aan te merken. Dergelijke handelingen zijn namelijk geen exploitatie van een zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen, omdat de enige opbrengst van deze handelingen voortkomt uit winst bij de verkoop van deze aandelen.<sup>97</sup> Als uitzondering hierop geldt de handelsactiviteiten die door een bedrijfsmatig handelende effectenmakelaar worden uitgeoefend.<sup>98</sup>

---

<sup>93</sup> A.H. Bomer en H.W.M. van Kesteren, Niet voor redelijke twijfel vatbaar: verkoop deelneming is een prestatie, WFR 2003/788.

<sup>94</sup> A.H. Bomer en H.W.M. van Kesteren, Niet voor redelijke twijfel vatbaar: verkoop deelneming is een prestatie, WFR 2003/788.

<sup>95</sup> A. van Dongen, 'BTW-gevolgen van de verkoop van aandelen na EDM', WFR 2004/964

<sup>96</sup> HvJ EG 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM), BNB 2004/285

<sup>97</sup> HvJ EG 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM), BNB 2004/285, r.o. 58

<sup>98</sup> HvJ EG 20 juni 1996, nr. C-155/94, V-N 1997, blz. 1034, (Wellcome Trust), r.o. 35

Volgens Van Hilten volgt uit dit arrest dat de verkoop van aandelen slechts binnen de reikwijdte van de btw valt wanneer de aandelen worden verkocht door een bedrijfsmatig handelende effectenhandelaar.<sup>99</sup> Van Kesteren leidt uit de zaak EDM niet af dat de verkoop van aandelen door een moeiende houdster buiten de reikwijdte van de btw valt. Uit het arrest volgt alleen dat de aan- en verkoop van aandelen op zichzelf niet zijn aan te merken als een economische activiteit. Volgens Van Kesteren staat vast dat indien EDM zich wel moeide in haar dochtervennootschappen, het HvJ de aandelenverkoop had aangemerkt als economische activiteit.<sup>100</sup>

Ik deel met Van Kesteren de mening dat wanneer het houden van aandelen in een dochteronderneming een economische activiteit vormt, de verkoop van aandelen voor die dochteronderneming ook een economische activiteit moet vormen. Omdat de aandelenverkoop dan het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk van de belastbare activiteit vormt.

#### **AB SKF**

Uit bovenstaande discussies in de literatuur blijkt dat er nog de nodige onduidelijkheid bestond over de btw-behandeling van een verkoop van aandelen. Na het arrest van het HvJ in de zaak AB SKF bestaat over de btw-behandeling van een verkoop van aandelen meer duidelijkheid. In de zaak is belanghebbende, AB SKF, een Zweedse moedervernootschap van een internationaal opererende industrieel concern.<sup>101</sup> AB SKF moeit zich actief in het beheer van haar dochtermaatschappijen. Het moeien bestaat uit het verrichten van diensten onder bezwarende titel op het gebied van beheer, administratie en marketing. AB SKF is voor de moeiende activiteiten in haar dochtervennootschap belastingplichtig. Om kapitaal voor het concern vrij te maken heeft AB SKF het voornemen een 100% dochtermaatschappij en een 26,5% deelneming, die voorheen ook een 100% dochtermaatschappij was, te verkopen. AB SKF heeft het voornemen om in het kader van de verkoop de nodige adviesdiensten af te nemen op het gebied van taxatie, onderhandelingen en juridisch advies. Op basis van de Zweedse nationale wet is aftrek van voorbelasting niet mogelijk voor kosten die in verband staan met de verkoop van aandelen. Ondanks dit doet AB SKF met succes voorafgaand een verzoek bij de prealabele commissie van Zweden. De prealabele commissie van Zweden geeft aan dat omdat de moeiende activiteiten van AB SKF aan de dochterondernemingen onderdeel uitmaken van de economische activiteit mogelijke voorbelasting ten tijde van de verwerving (begin economische activiteit) van deze dochteronderneming aftrekbaar was geweest. Daarom moet ook de voorbelasting op de gemaakte kosten bij de verkoop van aandelen (beëindiging van de economische activiteit)

---

<sup>99</sup> M.E. van Hilten noot bij HvJ EG 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM), BNB 2004/285

<sup>100</sup> H.W.M. van Kesteren, Verkoop aandelen door moeiende houdster: een prestatie!, NTFR 2004/1704

<sup>101</sup> HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-029/08 (AB SKF), BNB 2010/251.

aftrekbaar zijn. De Zweedse belastingdienst gaat tegen deze uitkomst in beroep bij de rechter. Deze rechter stelt op haar beurt een viertal prejudiciële vragen aan het HvJ: (i) Is de aandelenverkoop een economische activiteit?; (ii) is de aandelenverkoop een vrijgestelde handeling?; (iii) is er recht op aftrek van voorbelasting?; en (iv) is het voor de beantwoording van de voorafgaande vragen van belang of de aandelen geleidelijk worden verkocht?

Het HvJ geeft aan dat uit eerdere jurisprudentie volgt dat de enkele aan- en verkoop of het houden van aandelen geen economische activiteit vormt.<sup>102</sup> Dergelijke handelingen zijn namelijk geen exploitatie van een zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen, omdat de enige opbrengst van deze handelingen voortkomt uit winst bij de verkoop van deze aandelen.<sup>103</sup> Als uitzondering hierop geldt de handelsactiviteiten die door een bedrijfsmatig handelende effectenmakelaar worden uitgeoefend, met het oog op het moeien in het beheer van de dochtervennootschappen of wanneer zij het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk van de belastbare activiteit vormen.<sup>104</sup>

Vervolgens merkt het HvJ op dat SKF AF zich als houdstermaatschappij actief moeit in de dochtervennootschap en in de 26,5% deelneming en de houdstervennootschap voor deze diensten belastingplichtig was voor de btw.<sup>105</sup> Daaropvolgend overweegt het HvJ dat de overdracht van de aandelen met het oog op de herstructurering van de groep kan worden beschouwd als een handeling die bestaat uit het verkrijgen van duurzame opbrengsten uit activiteiten die verder gaat dan de enkele verkoop van aandelen. Deze handeling hangt rechtstreeks samen met het belaste moeien in beide dochtervennootschappen en vormt dus het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk van de belastbare activiteit AB SKF.<sup>106</sup> De verkoop van aandelen door een moeiende houdster met het oog op de herstructurering van de groep valt dus binnen de reikwijdte van de btw.

Uit de zaak AB SKF kan op basis van de verlengstukgedachte worden opgemaakt dat de aandelenverkoop binnen de reikwijdte van de btw valt. Dit zou betekenen dat de aandelenverkoop op zichzelf niet een zelfstandige economische activiteit vormt, maar wordt meegetrokken met de moeiende activiteiten die wel binnen de reikwijdte van de btw vallen.<sup>107</sup> Naar mijn mening is het opmerkelijk dat het HvJ de verlengstukgedachte gebruikt om de aandelenverkoop binnen de reikwijdte van de btw te trekken, omdat de aandelenverkoop rechtstreeks samenhangt met het belaste moeien

---

<sup>102</sup> Zie o.a. HvJ EG 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM), BNB 2004/285, r.o. 58

<sup>103</sup> HvJ EG 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM), BNB 2004/285, r.o. 58

<sup>104</sup> HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-029/08 (AB SKF), BNB 2010/251, r.o. 31

<sup>105</sup> HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-029/08 (AB SKF), BNB 2010/251, r.o. 32

<sup>106</sup> HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-029/08 (AB SKF), BNB 2010/251, r.o. 33

<sup>107</sup> I.F. Molenaar, De zaak AB SKF: antwoorden of nog meer vragen?, BtwBrief 2009/37

en op basis daarvan al kwalificeert als een economische activiteit. Het HvJ geeft in haar arrest in de zaak AB SKF verder geen onderbouwing voor het toepassen van de verlengstukgedachte. Van Doesum, Van Kesteren en Van Norden betogen dat het toepassen van de verlengstukgedachte overbodig is omdat de aandelenverkoop op basis van de rechtstreekse samenhang met het moeien al kwalificeert als economische activiteit.<sup>108</sup> Van Norden geeft aan dat de essentie van de verlengstukgedachte is om handelingen van de houdstervennootschap binnen de belastingplicht te trekken, die op zichzelf niet leiden tot belastingplicht.<sup>109</sup> Naar mijn mening bedoelt het HvJ dat de aandelenverkoop rechtstreeks samenhangt met het moeien en daarom een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk vormt.

Volgens Molenaar is het in de zaak AB SKF onduidelijk of de verkoop van aandelen door een moeiende houdster een economische activiteit vormt of dat de verkoop van aandelen door het toepassen van de verlengstukgedachte een economische activiteit vormt. Zij is van mening dat in beide gevallen afzonderlijk sprake is van een economische activiteit. De formulering van het HvJ in de zaak AB SKF kan tot vraagstukken leiden indien geen sprake is van een moeiende holding maar wel de verlengstukgedachte van toepassing is.<sup>110</sup> Ik ben van mening, gelet op het reeds besproken arrest in de zaak EDM, dat in het geval dat het verwerven en houden van aandelen kwalificeert als een economische activiteit de verkoop van deze aandelen ook moeten worden gezien als een economische activiteit.

De verwijzende rechter stelt als vierde prejudiciële vraag of het voor de beantwoording van de overige drie prejudiciële vragen van belang is dat de aandelen in een dochtermaatschappij geleidelijk worden verkocht. Het HvJ geeft aan dat dit niet van belang is omdat het begrip economische activiteit niet noodzakelijk uit één handeling bestaat, maar kan bestaan uit een reeks van opeenvolgende handelingen.<sup>111</sup> Hierdoor wordt de aandelenverkoop van de 26,5% deelneming beschouwd als een aandelenverkoop van een 100% deelneming, aangezien de deelneming voorheen ook een 100% dochtervennootschap was.

---

<sup>108</sup> A.J. van Doesum, H.W.M. van Kesteren en G.J. van Norden, Share disposals and the right of deduction of input VAT, EC Tax Review 2010/02

<sup>109</sup> G.J. van Norden, Het concern in de BTW, Deventer: Kluwer 2007, blz. 152

<sup>110</sup> I.F. Molenaar, De zaak AB SKF: antwoorden of nog meer vragen?, BtwBrief 2009/37

<sup>111</sup> HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-029/08 (AB SKF), BNB 2010/251

### 3.4.1 Belastbaarheid van een aandelenverkoop van een minderheidsdeelneming

Zoals reeds genoemd, is het in mijn ogen opmerkelijk dat het HvJ in haar arrest in de zaak AB SKF de verlengstukgedachte gebruikt om de aandelenverkoop te kwalificeren als een economische activiteit. Naar mijn mening had de aandelenverkoop van de 100% dochtervennootschappen al moeten kwalificeren als een economische activiteit, op basis van het gegeven dat de houdstervennootschap zich moeit in de dochteronderneming. Het is in het kader van mijn onderzoek ook van belang om te kijken naar de belastbaarheid van een aandelenverkoop van een minderheidsdeelneming.

De Staatssecretaris van Financiën is in 2004 van mening dat gelet op niet nader genoemde jurisprudentie van het HvJ voor het direct of indirect moeien in een vennootschap een meerderheidsparticipatie is vereist.<sup>112</sup> Echter, is in de jurisprudentie van het HvJ de omvang van het aandelenbezit nooit expliciet aan de orde geweest.<sup>113</sup> Slechts op twee arresten van het HvJ kan de Staatssecretaris van Financiën doelen, namelijk op de arresten in de zaken Polysar en Wellcome Trust.<sup>114</sup> Uit rechtsoverweging 14 van het arrest in de zaak Polysar volgt dat het moeien in de dochtervennootschappen kan worden beschouwd als een economische activiteit, ongeacht de rechten die de houdstermaatschappij van de deelnemingen als aandeelhouder of vennoot heeft.<sup>115</sup> Hieruit maak ik op dat de omvang van het belang geen relevante voorwaarde is om het moeien als economische activiteit te beschouwen. In rechtsoverweging 35 van het arrest in de zaak Wellcome Trust verwijst het HvJ eerst naar rechtsoverweging 14 van het arrest in de zaak Polysar, vervolgens vult het HvJ aan dat de trust geen meerderheidsparticipatie mag hebben in andere vennootschappen.<sup>116</sup> Uit deze rechtsoverweging kan a contrario worden opgemaakt dat het moeien van de houdstervennootschap in de dochtervennootschap alleen als economische activiteit kan worden aangemerkt, als de houdstervennootschap een meerderheidsparticipatie heeft.<sup>117</sup>

Uit het arrest van de Hoge Raad in de zaak X BV kan worden opgemaakt dat voor het moeien van de houdstermaatschappij in de dochtermaatschappij geen meerderheidsbelang noodzakelijk is.<sup>118119</sup> In de zaak X BV bezit belanghebbende 30% van de aandelen in een BV. Belanghebbende verricht, net als de

---

<sup>112</sup> Besluit Staatssecretaris van Financiën van 3 augustus 2004, nr. CPP 2004/1709M

<sup>113</sup> G.J. van Norden, Verkoop en overdracht minderheidsparticipaties, BtwBrief 2006/1

<sup>114</sup> HvJ EU 20 juni 1991, nr. C-60/90, FED 1991/633 (Polysar) en HvJ EU 20 juni 1996, nr. C-155/94, FED 1996/577 (Wellcome Trust)

<sup>115</sup> HvJ EU 20 juni 1991, nr. C-60/90, FED 1991/633 (Polysar), r.o. 14

<sup>116</sup> HvJ EU 20 juni 1996, nr. C-155/94, FED 1996/577 (Wellcome Trust) r.o. 35

<sup>117</sup> G.J. van Norden, 'Verkoop en overdracht minderheidsparticipaties', BtwBrief 2006/1

<sup>118</sup> Hoge Raad 2 december 2011, nr. 42 863, BNB 2012/29 (X BV)

<sup>119</sup> De Hoge Raad heeft in de zaak X BV ook een prejudiciële vraag over de toepassing van artikel 19 Btw-richtlijn aan het HvJ voorgelegd. Later in mijn onderzoek volgt een uitgebreide analyse van het arrest van het HvJ in de zaak X BV met betrekking tot artikel 19 Btw-richtlijn.



overige aandeelhouders, managementwerkzaamheden tegen vergoeding in de BV. Na verloop van tijd verkopen alle aandeelhouders hun aandelen in X BV aan dezelfde partij. Vanwege de verkoop van de aandelen eindigen ook de managementdiensten van belanghebbende. De Hoge Raad oordeelt dat de aandelenverkoop moet worden aangemerkt als een economische activiteit, omdat belanghebbende zich tegen vergoeding moeide in het beheer van de BV en de aandelenverkoop plaatsvond in samenhang met de beëindiging van dit moeien.<sup>120</sup>

Naar mijn mening is het oordeel van de Hoge Raad in de zaak X BV juist. De omvang van het belang is mijns inziens aan ondergeschikt belang aan de mate van zeggenschap in de deelneming. De situatie kan bijvoorbeeld voorkomen dat een belastingplichtige houdstervennootschap 10 % van de aandelen heeft en de overige 90 aandeelhouders ieder 1%. Het is dan zeer goed mogelijk dat de belastingplichtige houdstervennootschap zich moeit in het beheer van de betreffende vennootschap. Ook kan worden gedacht aan de situatie dat de belastingplichtige houdstervennootschap 5% van de aandelen met stemrecht houdt, terwijl de overige 95% van de aandelen zonder stemrecht zijn. Het is in dat geval ook zeer goed mogelijk dat de belastingplichtige houdstervennootschap zich moeit in het beheer van de betreffende vennootschap. Ik trek op basis van de zaak X BV de conclusie dat per geval moet worden beoordeeld of de houdstervennootschap zich tegen vergoeding moeit in het beheer van de dochtervennootschap, een meerderheidsparticipatie is hierbij niet vereist.

### 3.4.2 De behandeling van een aandelentransactie die niet plaatsvindt

In de zaak Ryanair doet de gelijknamige Ierse luchtvaartmaatschappij een mislukte poging om de luchtvaartmaatschappij Aer Lingus door middel van een aandelentransactie over te nemen.<sup>121</sup> Echter, heeft deze aandelenaankoop vanwege mededingsrechtelijke redenen niet volledig plaatsgevonden. Ryanair heeft slechts een deel van de aandelen in Aer Lingus verworven. Ryanair heeft het voornemen om alle aandelen in Aer Lingus te verwerven om vervolgens met btw belaste managementdiensten aan Aer Lingus te verlenen. Ryanair maakt in het kader van deze mislukte overname aanzienlijke kosten voor dienstverlening. Ryanair wil de btw op deze diensten in aftrek brengen. Echter, weigert de Ierse Belastingdienst Ryanair het recht op aftrek van voorbelasting. De Ierse rechter stelt in dit kader prejudiciële vragen aan het HvJ.

De Ierse rechter vraagt onder andere aan het HvJ of slechts het voornemen om aan een vennootschap, die het onderwerp is van een poging tot overname, belaste managementdiensten te verrichten

---

<sup>120</sup> HR 2 december 2011, nr. 42 863, (X BV) BNB 2012/29

<sup>121</sup> HvJ EU 17 oktober 2018, nr. C-249/17 (Ryanair) V-N 2018/57.12

voldoende is om de aandelenaankoop als economische activiteit aan te merken. Het HvJ brengt eerst in herinnering dat een aandelenaankoop op zichzelf niet is aan te merken als een economische activiteit.<sup>122</sup> De aandelenaankoop van een deelneming is slechts als economische activiteit aan te merken, wanneer de deelneming gepaard gaat met het aan btw onderworpen moeien in het beheer van de vennootschap. Uit eerdere jurisprudentie van het HvJ blijkt dat economische activiteiten kunnen bestaan uit verschillende opeenvolgende handelingen. Om deze reden kunnen voorbereidende handelingen tot de economische activiteit in de zin van de Btw-richtlijn behoren.<sup>123</sup> Hieruit volgt dat wanneer een vennootschap voorbereidende handelingen verricht met het voornemen economische activiteiten te verrichten, de voorbereidende handelingen moeten worden beschouwd als economische activiteiten. Het HvJ oordeelt in haar arrest in de zaak Ryanair dat Ryanair het voornemen had door middel van de aandelenaankoop met btw belaste managementdiensten aan Aer Lingus te verrichten. Daarom moet de mislukte aandelenaankoop worden aangemerkt als een economische activiteit in de zin van de Btw-richtlijn.<sup>124</sup>

Naar mijn mening is de uitkomst van het arrest van het HvJ in de zaak Ryanair niet verwonderlijk. Dit arrest benadrukt dat voor het aanmerken van een aandelentransactie als economische activiteit het al voldoende is, wanneer eenieder slechts het voornemen heeft na de aandelentransactie zich belast te moeien in de vennootschap. Het is hierbij niet van belang of de aandelentransactie en daarmee het belaste moeien in de vennootschap daadwerkelijk plaatsvindt. Het HvJ geeft wel aan dat het voornemen om te moeien moet blijken uit objectieve gegevens, zoals notulen of een businessplan. Hoewel ik het eens ben met de uitkomst van dit arrest, ben ik van mening dat het HvJ beter de conclusie van de A-G in deze zaak had kunnen volgen. De A-G Kokott geeft in haar conclusie aan dat een dergelijke strategische overname van een onderneming, zoals in de zaak Ryanair, moet worden aangemerkt als een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk van de belastbare activiteit.<sup>125</sup> Ryanair heeft namelijk met de aandelentransactie belastbare handelingen voor ogen, hiermee staan de voor de aandelentransactie gemaakte kosten in een rechtstreeks en onmiddellijk verband met Ryanair's belastbare activiteit.

### 3.5 Vrijstelling inzake aandelen en waardepapieren

Het HvJ heeft in haar arresten geoordeeld dat een aandelenverkoop van zowel een minderheidsdeelneming als een meerderheidsdeelneming als economische activiteit kan worden

---

<sup>122</sup> HvJ EU 17 oktober 2018, nr. C-249/17 (Ryanair) V-N 2018/57.12, r.o. 16

<sup>123</sup> HvJ EU 29 februari 1996, nr. C-110/94 (Inzo), r.o. 15

<sup>124</sup> HvJ EU 17 oktober 2018, nr. C-249/17 (Ryanair) V-N 2018/57.12, r.o. 20

<sup>125</sup> A-G Kokott, HvJ EU 17 oktober 2018, nr. C-249/17 (Ryanair), V-N 2018/28.12

aangemerkt.<sup>126</sup> Dit heeft tot gevolg dat de aandelenverkoop van een deelneming binnen de reikwijdte van de btw valt. In de zaak AB SKF stelt de Zweedse verwijzende rechter als tweede prejudiciële vraag aan het HvJ of de verkoop van aandelen een vrijgestelde prestatie is, zoals bedoeld in artikel 135 lid 1 sub f Btw-richtlijn. Deze bepaling voorziet in een vrijstelling voor handelingen, uitgezonderd bewaring en beheer, inzake aandelen, deelnemingen in vennootschappen of verenigingen, obligaties en andere waardepapieren.

Het HvJ geeft aan dat volgens vaste jurisprudentie de bewoording waarin de vrijstelling wordt omschreven strikt moet worden uitgelegd, omdat vrijstellingen afwijken van het algemene heffingsbeginsel dat btw wordt geheven over elke dienst die een belastingplichtige onder bezwarende titel verricht.<sup>127</sup> Om deze reden betreft volgens de Europese Commissie de vrijstelling, zoals bedoeld in artikel 135 lid 1 sub f Btw-richtlijn, alleen handelingen in het kader van de commerciële activiteit.<sup>128</sup> De aandelenverkoop in de zaak AB SKF moet volgens de Europese Commissie worden beschouwd als een strategische herschikking van de activa van de moedermaatschappij om andere activiteiten van de groep te bekostigen.<sup>129</sup> De aandelenverkoop valt hierdoor niet onder de normale commerciële activiteit van AB SKF en valt daarom volgens de Europese Commissie niet onder de vrijstelling.

Het HvJ oordeelt dat de door de Europese Commissie voorgestelde beperking van de vrijstelling geen grondslag vindt in de bewoording van artikel 135 lid 1 sub f Btw-richtlijn. Het HvJ betoogt in de zaak AB SKF dat de uitdrukking *handelingen inzake aandelen* meer kan omvatten dan alleen handelingen in het kader van de commerciële activiteit.<sup>130</sup> Uit het arrest van het HvJ in de zaak SDC volgt dat wanneer handelingen inzake aandelen en andere waardepapieren de rechtsbetrekkingen en financiële relaties tussen partijen wijzigen, dergelijke handelingen ook onder de vrijstelling van artikel 135 lid 1 sub f Btw-richtlijn vallen.<sup>131</sup> Bij een aandelenverkoop wijzigen de rechtsbetrekkingen en financiële relaties tussen partijen. Wanneer de aandelenverkoop binnen de reikwijdte van de btw valt, valt deze handeling dus onder de vrijstelling van artikel 135 lid 1 sub f Btw-richtlijn.<sup>132</sup> Dit wordt bevestigd door vaste rechtspraak van het HvJ.<sup>133</sup> Hieruit blijkt dat voornamelijk de handelingen inzake aandelen, die bestaan

---

<sup>126</sup> HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-029/08 (AB SKF), BNB 2010/251 en HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-651/11 (X b.v.), NTFR 2013/1293.

<sup>127</sup> O.a HvJ EU 9 oktober 2001, nr. C- 409/98, (Mirror Group), V-N 2001/57.20, r.o. 30 en HvJ EU 26 juni 2003, nr. C- 305/01, (MKG-Kraftfahrzeuge-Factoring GmbH), V-N 2003/34.13, r.o. 63

<sup>128</sup> HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-029/08 (AB SKF), BNB 2010/251, r.o. 44

<sup>129</sup> HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-029/08 (AB SKF), BNB 2010/251, r.o. 44

<sup>130</sup> HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-029/08 (AB SKF), BNB 2010/251, r.o. 46

<sup>131</sup> HvJ EG 5 juni 1997, nr. C-2/95 (SDC), V-N 1997/2606, r.o. 73

<sup>132</sup> HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08, (AB SKF)V-N 2009/56.13, r.o. 50

<sup>133</sup> HvJ EU 26 mei 2005, nr. C-465/03, (Kretztechnik), BNB 2005/313, r.o. 20

uit het verkrijgen van duurzame opbrengsten uit activiteiten die verder gaan dan het enkele verwerven en verkopen van aandelen, binnen de reikwijdte van de btw vallen, maar onder de vrijstelling van artikel 135 lid 1 sub f Btw-richtlijn vallen.<sup>134</sup> Dit is het geval wanneer de aandelenverkoop door een moeiende houdstervennootschap plaatsvindt met het oog op inmenging in het beheer van de dochtervennootschappen of wanneer de aandelenverkoop het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk van de belastbare activiteit vormt. In de zaak AB SKF is belanghebbende een moeiende houdstervennootschap van de dochtermaatschappij en de verbonden deelneming. Verder vormt de aandelenverkoop een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk van de belastbare activiteit. Om deze redenen oordeelt het HvJ dat de aandelenverkoop in de zaak SKF onder de vrijstelling van artikel 135 lid 1 sub f Btw-richtlijn valt.

### 3.6 Recht op aftrek van voorbelasting

#### 3.6.1 Algemeen

Het recht op aftrek van voorbelasting kan worden gezien als het meest essentiële kenmerk van het Europese btw-systeem.<sup>135</sup> Het systeem van recht op aftrek van voorbelasting zorgt er namelijk voor dat een belastingplichtige alleen btw betaalt over de waarde die hij aan de goederen of diensten toevoegt.<sup>136</sup> Dit heeft als uitwerking dat de belastingdruk van de btw strikt evenredig is aan de prijs van goederen en diensten en de btw hierdoor het consumptieve verbruik belast.<sup>137</sup> Op deze wijze waarborgt het systeem van recht op aftrek van het rechtskarakter van het btw-stelsel en voorkomt cumulatie van btw in de lengte van de bedrijfskolom, zoals beschreven in hoofdstuk twee van dit onderzoek.

Artikel 168 Btw-richtlijn stelt dat recht op aftrek van voorbelasting geldt voor zover de goederen en diensten worden gebruikt voor belaste handelingen van een belastingplichtige. Hieruit volgt dat de belastingplichtige geen recht op aftrek van voorbelasting heeft wanneer de goederen en diensten alleen worden gebruikt voor vrijgestelde handelingen. Door het niet verlenen van recht op aftrek van voorbelasting voor goederen en diensten die worden gebruikt voor vrijgestelde handelingen, ontstaat de btw-paradox. De btw-paradox houdt in dat belastingplichtige die btw-belast presteren door het systeem van recht op aftrek van voorbelasting uiteindelijk niet belast zijn en belastingplichtige die btw-

---

<sup>134</sup> HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08, (AB SKF) V-N 2009/56.13, r.o. 51

<sup>135</sup> M.E. van Hilten en H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, Deventer: Kluwer 2012, blz. 331

<sup>136</sup> "De toegevoegde waarde"

<sup>137</sup> M.E. van Hilten en H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, Deventer: Kluwer 2012, blz. 331

vrijgesteld presteren uiteindelijk door het ontbreken van recht op aftrek van voorbelasting juist belast zijn.<sup>138</sup>

Uit vaste jurisprudentie van het HvJ volgt dat het systeem van recht op aftrek van voorbelasting als oogmerk heeft om de belastingplichtige zoveel mogelijk te ontlasten van de btw die verschuldigd is in het kader van zijn economische activiteiten op voorwaarde dat deze economische activiteiten op zichzelf aan de heffing van btw zijn onderworpen.<sup>139</sup> Volgens Cornielje heeft de doelstelling van het HvJ om de belastingplichtige zoveel mogelijk te ontlasten tot gevolg dat het HvJ het recht op aftrek van voorbelasting zo ruim mogelijk probeert uit te leggen.<sup>140</sup> Indien een rechtstreeks en onmiddellijk verband bestaat tussen de gemaakte kosten en de economische activiteiten moet recht op aftrek van voorbelasting bestaan. Het HvJ probeert waar mogelijk een dergelijk verband te trekken tussen de economische activiteiten en kosten. Zo ook in het arrest Rompelman, waarin het HvJ besluit dat eenieder die een onderneming start ook voordat de onderneming belaste prestaties verricht recht op aftrek van voorbelasting heeft.<sup>141</sup> Overeenkomstig heeft het HvJ bepaald dat een belastingplichtige die zijn met btw belaste activiteiten staakt, het recht op aftrek van voorbelasting behoudt voor kosten die voortkomen uit de economische activiteit.<sup>142</sup> In dergelijke gevallen dient voor het recht op aftrek van voorbelasting te worden gekeken, of de kosten worden gemaakt in het kader van de economische activiteiten. Naar mijn mening moet de rechtspraak van het HvJ zo worden uitgelegd dat eenieder recht op aftrek van voorbelasting heeft op kosten die voortkomen uit economische activiteiten. Indien een belastingplichtige ook vrijgestelde prestaties verricht, moet worden bekeken in welke mate de belastingplichtige recht op aftrek van voorbelasting heeft.<sup>143</sup>

### 3.6.2 De pro rata

In gevallen dat goederen en diensten zowel voor belaste als voor vrijgestelde prestaties worden gebruikt, moet de mate van recht op aftrek op basis van een pro rata worden bepaald. Uit artikel 174 lid 1 Btw-richtlijn volgt dat in beginsel het aftrekbare gedeelte de uitkomst is van een breuk waarvan de teller de jaarlijkse met btw belaste omzet is, de btw niet inbegrepen, en waarvan de noemer de jaarlijkse totale omzet is, de btw niet inbegrepen. Verder staat het lidstaten vrij om artikel 173 lid 2

---

<sup>138</sup> P. Joosten en D. Kroesen, De echte paradox in de btw, Btw-Brief 2016/109

<sup>139</sup> G.J. van Norden, Het concern in de BTW, Deventer: Kluwer 2007, blz. 333, zie o.a. HvJ EG 14 februari 1985, nr. 268/83, BNB 1985/315 (Rompelman), HvJ EG 6 april 1995, nr. C-4/94, V-N 1995, blz. 3030 (BLP), HvJ EG 3 maart 2005, nr. C-32/03, V-N 2005/15.8 (Fini H), HvJ EG 8 februari 2007, nr. C-435/05, BNB 2007/308 (Investrand) en HvJ EU 18 januari 2012, nr. C-26/12, V-N 2013/48.17 (PPG Holdings)

<sup>140</sup> S. Cornielje, Fusies en overnames in de btw, Deventer: kluwer 2016 blz. 239

<sup>141</sup> HvJ EG 14 februari 1985, nr. 268/83, (Rompelman), BNB 1985/315

<sup>142</sup> HvJ EG 3 maart 2005, nr. C-32/03, (Fini H), V-N 2005/15.8

<sup>143</sup> S. Cornielje, Fusies en overnames in de btw, Deventer: kluwer 2016 blz. 240

Btw-richtlijn in de nationale wet te implementeren. Artikel 173 lid 2 Btw-richtlijn heeft onder andere als uitwerking dat lidstaten de mogelijkheid hebben de belastingplichtige toe te staan of te verplichten een aparte pro rata toe te passen voor iedere sector van zijn bedrijfsuitvoering. Het HvJ heeft bepaald dat lidstaten die artikel 173 lid 2 Btw-richtlijn in hun nationale wetgeving hebben geïmplementeerd, de vrijheid hebben alternatieve berekeningen voor de pro rata toe te staan of te verplichten, zolang de alternatieve pro rata nauwkeuriger is dan de 'normale' pro rata uit artikel 174 lid 1 Btw-richtlijn.<sup>144</sup> Door middel van alternatieve berekeningen voor de pro rata, moet de pro rata het werkelijke gebruik van de goederen of diensten beter weergeven, zodat de omvang van het recht op aftrek van voorbelasting op een juiste wijze kan worden bepaald.

### 3.6.3 Midland Bank-leer

De jurisprudentie van het HvJ met betrekking tot de omvang van het recht op aftrek van voorbelasting is voor een belangrijk deel gebaseerd op de Midland Bank-leer.<sup>145</sup> De Midland Bank-leer betekent dat de btw alleen aftrekbaar is indien een rechtstreeks en onmiddellijk verband bestaat tussen de verrichte aankoop en de handelingen waarvoor recht op aftrek van voorbelasting bestaat. Het HvJ veronderstelt dat voor recht op aftrek van voorbelasting de kosten zijn verdisconteerd in de prijs van de door de belastingplichtige verrichte handelingen waarvoor recht op aftrek van voorbelasting bestaat.<sup>146</sup> Hieruit volgt dat voor het recht van aftrek van voorbelasting in eerste instantie een rechtstreekse toerekening aan belaste dan wel vrijgestelde prestaties moet plaatsvinden. Van Norden leidt uit de jurisprudentie van het HvJ af dat de rechtstreekse toerekening moet worden gemaakt op basis van twee cumulatieve vereisten<sup>147</sup>:

- Er moet een rechtstreeks en onmiddellijk verband bestaan tussen de kosten waarop de btw drukt en de handeling van de belastingplichtige; en
- de kosten waarop de btw drukt moeten zijn opgenomen in de prijs van de handeling van de belastingplichtige (verdiscontering).

Indien een dergelijke rechtstreekse toerekening van de kosten waarop de btw drukt aan een bepaalde activiteit niet mogelijk is, betekent dit niet dat aftrek van voorbelasting in zijn geheel niet meer mogelijk is. Wanneer de kosten waarop de btw drukt behoren tot algemene kosten van de belastingplichtige en als algemene kosten zijn opgenomen in de prijs van zijn producten is aftrek van

---

<sup>144</sup> HvJ EG 8 juni 2000, nr. C-98/98 (Midland Bank), *BNB* 2001/118

<sup>145</sup> S. Cornielje, *Fusies en overnames in de btw*, Deventer: kluwer 2016 blz. 240

<sup>146</sup> G.J. van Norden, *Het concern in de BTW*, Deventer: Kluwer 2007, blz. 334

<sup>147</sup> G.J. van Norden, *Het concern in de BTW*, Deventer: Kluwer 2007, blz. 334

voorbelasting mogelijk volgens de pro rata methode.<sup>148</sup> Indien dit het geval is, kan namelijk een rechtstreekste en onmiddellijke samenhang bestaan tussen dergelijke kosten en de bedrijfsactiviteit van de belastingplichtige.<sup>149</sup> Het HvJ geeft in de jurisprudentie geen definitie van de algemene kosten.

In zaken na het Midland Bank arrest stelt het HvJ dat indien geen rechtstreeks en onmiddellijk verband bestaat tussen de gemaakte kosten en de belastbare of vrijgestelde activiteit, het algemene kosten moeten zijn.<sup>150</sup> Hieruit volgt dat de kosten verdisconteerd zijn in de prijs van alle producten van de belastingplichtige. Hierdoor is verdiscontering van de kosten in de prijs van alle producten niet langer een vereiste voor algemene kosten maar een conclusie van algemene kosten.<sup>151</sup> Van Doesum en Van Kesteren geven aan dat het HvJ hiermee een verkeerde weg is ingeslagen, aangezien nu wat onderbouwd moet worden, dat het algemene kosten zijn, het argument is.<sup>152</sup> Cornielje deelt deze mening niet, hij wijst erop dat het systeem van recht op aftrek van voorbelasting als oogmerk heeft om de belastingplichtige zoveel mogelijk te ontlasten van de btw die verschuldigd is in het kader van zijn economische activiteiten. Voordat men aan de Midland Bank-leer toekomt is reeds vastgesteld dat de kosten door een als zodanig handelende belastingplichtige in het kader van zijn economische activiteit zijn gemaakt. Hierdoor moeten de kosten in het geval het geen directe kosten zijn algemene kosten zijn.<sup>153</sup> Ik ben van mening dat de verdiscontering in de prijs van alle producten een criterium moet zijn voor het kwalificeren als algemene kosten. Hierbij merk ik wel op dat naar mijn mening, wanneer vaststaat dat de belastingplichtige de kosten maakt in het kader van zijn economische activiteit de kosten noodzakelijkerwijs verdisconteerd zijn in de prijs van zijn producten. Uit dit gegeven vloeit voort dat indien de kosten niet verdisconteerd zijn in de prijs van specifieke producten, de kosten verdisconteerd moeten zijn in de prijs van alle producten.

Uit arresten van het HvJ na de zaak Midland Bank komt goed naar voren dat de definitie van algemene kosten zeer ruim is. Het HvJ oordeelt dat van algemene kosten sprake kan zijn bij kosten voor de overdracht van een algemeenheid van goederen<sup>154</sup>, kosten bij aankoop van een deelneming<sup>155</sup>, kosten bij de emissie van aandelen<sup>156</sup> en de kosten voor het vermogensbeheer van een pensioenfonds.<sup>157</sup> In

---

<sup>148</sup> G.J. van Norden, Het concern in de BTW, Deventer: Kluwer 2007, blz. 334

<sup>149</sup> HvJ EG 8 juni 2000, nr. C-98/98 (Midland Bank), BNB 20011118, r.o. 30

<sup>150</sup> S. Cornielje, Fusies en overnames in de btw, Deventer: kluwer 2016 blz. 245

<sup>151</sup> S. Cornielje, Fusies en overnames in de btw, Deventer: kluwer 2016 blz. 245

<sup>152</sup> A.J. van Doesum en H.W.M. van Kesteren, De onlosmakelijke samenhang tussen kosten en belastbare handelingen, WFR 2012/885

<sup>153</sup> S. Cornielje, Fusies en overnames in de btw, Deventer: kluwer 2016 blz. 245

<sup>154</sup> HvJ EG 22 februari 2001, nr. C-408/98 (Abbey National 1), V-N 2001/15.26, r.o. 35

<sup>155</sup> HvJ EG 27 september 2001, nr. C-16/00 (Cibo). FED 2002/31, r.o. 33

<sup>156</sup> HvJ EG 26 mei 2005, nr. C-465/03 (Kretztechnik), BNB 2005/313, r.o.36

<sup>157</sup> HvJ EU 18 januari 2012, nr. C-26/12 (PPG Holdings), V-N 2013/48.17

deze arresten komt goed naar voren dat volgens het HvJ het verdisconteringsvereiste voor de kwalificatie als algemene kosten erg ruim is. Dit is naar mijn mening in lijn met de overtuiging van het HvJ dat het systeem van recht op aftrek van voorbelasting als oogmerk heeft om de belastingplichtige zoveel mogelijk te ontlasten van de btw die verschuldigd is in het kader van zijn economische activiteiten.

### *3.6.3.1 Conclusie Midland Bank-leer*

Het gebruik van de Midland Bank-leer komt met name voort uit de gedachte dat de als zodanig handelende belastingplichtige zoveel mogelijk dient te worden ontlast van de aan hem in rekening gebrachte btw.<sup>158</sup> Om aan de Midland Bank-leer toe te komen moet eerst worden vastgesteld dat de kosten worden gemaakt door een als zodanig handelende belastingplichtige. Hiervan is sprake als de kosten worden gemaakt in het kader van de economische activiteit van de belastingplichtige. Vervolgens moet worden getoetst of de kosten kwalificeren als directe kosten. Dit gebeurt op basis van de volgende twee criteria: (i) Er moet een rechtstreeks en onmiddellijk verband bestaan tussen de kosten waarop de btw drukt en de specifieke handeling van de belastingplichtige; en (ii) de kosten waarop de btw drukt moeten zijn opgenomen in de prijs van de handeling van de belastingplichtige. Wanneer de kosten kwalificeren als directe kosten, heeft belastingplichtige of volledig recht op aftrek van de btw die drukt op de directe kosten of geen aftrek. Wanneer de kosten niet kwalificeren als directe kosten, moeten het algemene kosten zijn. Omdat al vaststaat dat de belastingplichtige de kosten maakt in het kader van zijn economische activiteit. Indien sprake is van algemene kosten, moet de mate van recht op aftrek van voorbelasting op basis van de pro rata worden berekend. In mijn ogen sluit de Midland Bank-leer, indien op bovenstaande wijze toegepast, aan bij de wezenlijke kenmerken van de btw. Omdat door de als zodanig handelende ondernemer zoveel mogelijk te ontlasten van de aan hem in rekening gebrachte btw, cumulatie van btw wordt voorkomen.

### 3.6.4 AB SKF

In de vorige paragrafen is benoemd dat het HvJ de verkoop van de aandelen in haar deelnemingen door AB SKF als een economische activiteit ziet en dat de verkoop op basis van artikel 135 lid 1 onderdeel f Btw-richtlijn is vrijgesteld. Om deze reden moet het HvJ zich in de zaak AB SKF vervolgens buigen over de mate van recht op aftrek van voorbelasting van de kosten die zijn gemaakt met het oog op de verkoop van de aandelen. Het HvJ geeft aan dat de omvang van het recht op aftrek van voorbelasting moet worden bepaald door middel van vaste rechtspraak, de Midland Bank-leer.

---

<sup>158</sup> S. Cornielje, Fusies en overnames in de btw, Deventer: kluwer 2016 blz. 245



Het HvJ overweegt eerst dat in beginsel voor recht op aftrek van voorbelasting een rechtstreeks en onmiddellijk verband moet bestaan tussen de gemaakte kosten en de handelingen in een later stadium waarvoor recht op aftrek van voorbelasting bestaat. Het HvJ doelt in mijn ogen hier op directe kosten. Het HvJ geeft aan dat dergelijke directe kosten moeten zijn verdisconteerd in de prijs van de belaste handelingen waarvoor recht op aftrek van voorbelasting bestaat.<sup>159</sup> Vervolgens overweegt het HvJ dat in beginsel geen recht op aftrek van voorbelasting bestaat, indien de kosten verband houden met de vrijgestelde aandelenverkoop of een aandelenverkoop die buiten de werkingssfeer van de btw valt.<sup>160</sup> Naar mijn mening kan het HvJ hier toewerken naar het oordeel dat AB SKF geen recht op aftrek van voorbelasting heeft voor de kosten gemaakt voor de aandelenverkoop. Aangezien dit in lijn zou zijn met het arrest van het HvJ in de zaak BLP. Het HvJ slaat echter een andere weg in.

Het HvJ geeft wederom aan dat uit de Midland Bank-leer volgt dat voor het bestaan van een rechtstreeks en onmiddellijk verband tussen de kosten waarop de btw drukt en de handeling van de belastingplichtige, de kosten waarop de btw drukt moeten zijn opgenomen in de prijs van de handeling van de belastingplichtige. Cornielje is van mening dat het HvJ in de zaak AB SKF met het woord *moeten* de Midland Bank-leer aanzienlijk verzwaart.<sup>161</sup> Hij meent dat uit eerdere jurisprudentie van het HvJ<sup>162</sup> kon worden afgeleid dat wanneer wordt vastgesteld dat de kosten worden gebruikt voor een bepaalde handeling, verondersteld kan worden dat de kosten verdisconteerd zijn in de prijs van de handeling.<sup>163</sup> Hierdoor is volgens Cornielje de enkele causaliteit niet meer voldoende om kosten als directe kosten aan te merken, de kosten moeten feitelijk zijn verdisconteerd in de prijs van de handelingen. Naar mijn mening heeft het HvJ in haar eerdere jurisprudentie<sup>164</sup> de verdiscontering van de kosten in de prijs alleen aangenomen in gevallen waarin het ging om algemene kosten. Wanneer namelijk vaststaat dat de belastingplichtige de kosten maakt in het kader van zijn economische activiteit, de kosten noodzakelijkerwijs verdisconteerd zijn in de prijs van zijn producten. Uit dit gegeven vloeit voort dat indien de kosten niet verdisconteerd zijn in de prijs van specifieke producten, de kosten verdisconteerd moeten zijn in de prijs van alle producten. Om deze reden verzwaart het HvJ in de zaak AB SKF de Midland Bank-leer niet, maar past deze slechts op een juiste wijze toe.

---

<sup>159</sup> HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08, (AB SKF), V-N 2009/56.13, r.o. 57

<sup>160</sup> HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08, (AB SKF), V-N 2009/56.13, r.o. 59

<sup>161</sup> S. Cornielje, Fusies en overnames in de btw, Deventer: kluwer 2016 blz. 258

<sup>162</sup> Zie o.a. HvJ EG 22 februari 2001, nr. C-408/98 (Abbey National 1), V-N 2001/15.26, r.o. 35, HvJ EG 27 september 2001, nr. C-16/00 (Cibo). FED 2002/31, r.o. 33, HvJ EG 26 mei 2005, nr. C-465/03 (Kretztechnik), BNB 2005/313, r.o.36 en HvJ EU 18 januari 2012, nr. C-26/12 (PPG Holdings), V-N 2013/48.17

<sup>163</sup> S. Cornielje, Fusies en overnames in de btw, Deventer: kluwer 2016 blz. 258

<sup>164</sup> Zie o.a. HvJ EG 22 februari 2001, nr. C-408/98 (Abbey National 1), V-N 2001/15.26, r.o. 35, HvJ EG 27 september 2001, nr. C-16/00 (Cibo). FED 2002/31, r.o. 33, HvJ EG 26 mei 2005, nr. C-465/03 (Kretztechnik), BNB 2005/313, r.o.36 en HvJ EU 18 januari 2012, nr. C-26/12 (PPG Holdings), V-N 2013/48.17

Van Doesum, Van Kesteren en Van Norden zijn van mening dat het HvJ in de zaak AB SKF de verkeerde afslag heeft genomen met de kostenallocatie toets voor de directe kosten bij een aandelentransactie.<sup>165</sup> Zij benadrukken nogmaals dat het HvJ vaak herhaald heeft dat het uitgangspunt van het systeem van recht op aftrek van voorbelasting is dat een als zodanig handelende belastingplichtige zoveel mogelijk dient te worden ontlast van de aan hem in rekening gebrachte btw. Op deze wijze waarborgt het btw-stelsel de economische neutraliteit. Vanuit dit oogpunt moeten kosten als directe kosten worden beschouwd indien een oorzakelijk verband tussen de kosten en de economische activiteiten bestaat.<sup>166</sup> Volgens Van Doesum, Van Kesteren en Van Norden is de enige relevante vraag om te bepalen of sprake is van directe kosten, de vraag of belastingplichtige ook die kosten zou hebben gemaakt als de belastingplichtige dergelijke economische activiteiten niet zou hebben verricht. Op deze manier kan de neutraliteit tussen de economische activiteiten worden gewaarborgd.

Mierop en Bouwmeester geven aan dat het HvJ in haar arrest in de zaak AB SKF de methode voor de bepaling van het recht op aftrek van voorbelasting bij een aandelenverkoop heeft vastgesteld.<sup>167</sup> Echter, is het volgens hen jammer dat het HvJ verder geen uitleg geeft over hoe de methode gebruikt moet worden. Het zal namelijk voor de belastingplichtige een lastige exercitie zijn om aan te tonen welke kosten gealloceerd zijn in de prijs van de aandelen en welke gealloceerd zijn in de prijs van de producten.<sup>168</sup> Ik ben net als Mierop en Bouwmeester van mening dat meer informatie over de allocatie van kosten in de prijs van de aandelen behulpzaam zou zijn geweest. Naar mijn mening is de prijs van de aandelen de uitkomst van vraag en aanbod en niet een optelsom van de kosten bij de aandelenverkoop plus de waarde van de aandelen. Dit maakt het lastig om te bepalen of de verkoopkosten onderdeel uitmaken van de prijs. Aan de andere kant is het vanzelfsprekend dat de verkoper op zijn minst wordt gecompenseerd voor de verkoopkosten van zijn aandelen, anders verkoopt hij de aandelen niet. Dit heeft naar mijn mening als uitwerking dat de verkoopkosten in principe altijd verdisconteerd zijn in de prijs.

---

<sup>165</sup> A.J. van Doesum, H.W.M. van Kesteren en G.J. van Norden, 'Share disposals and the right of deduction of input VAT', EC Tax Review 2010/02

<sup>166</sup> A.J. van Doesum, H.W.M. van Kesteren en G.J. van Norden, 'Share disposals and the right of deduction of input VAT', EC Tax Review 2010/02

<sup>167</sup> R. Mierop en J. Bouwmeester, AB SKF: eindelijk duidelijkheid over btw-aftrek bij verkoop deelneming?, WFR 2010/414

<sup>168</sup> R. Mierop en J. Bouwmeester, AB SKF: eindelijk duidelijkheid over btw-aftrek bij verkoop deelneming?, WFR 2010/414

Vervolgens stelt het HvJ in de zaak AB SKF dat aan de hand van het door de verwijzende rechter ingediende dossier niet kan worden beoordeeld of de gemaakte kosten zijn verdisconteerd in de prijs van de aandelen of zijn verdisconteerd in de prijs van de producten.<sup>169</sup> Omdat het HvJ niet bevoegd is de feiten te beoordelen, is het aan de verwijzende rechter om de Midland Bank-leer toe te passen op de feiten met inachtneming van alle omstandigheden.<sup>170</sup> Omdat het HvJ de verwijzende rechter toch een nuttig antwoord wil verschaffen, benoemt het HvJ dat het verschillende malen recht op aftrek van voorbelasting heeft toegestaan voor btw die drukt op adviesverlening ten behoeve van verscheidene financiële handelingen op grond dat dergelijke diensten rechtstreeks behoren tot de economische activiteit van de belastingplichtige.<sup>171</sup> Hiermee geeft het HvJ de verwijzende rechter een voorzet naar een mogelijk recht op aftrek van voorbelasting.

Daaropvolgend stelt het HvJ vast dat het in strijd zou zijn met het beginsel van de fiscale neutraliteit wanneer het recht op aftrek van voorbelasting zou worden geweigerd voor kosten voor adviesdiensten bij een aandelenoverdracht die is vrijgesteld wegens het moeien van de houdstervereniging.<sup>172</sup> Dit kan worden beargumenteerd doordat bij een aandelenoverdracht, die geen economische activiteit vormt en daarom buiten de werkingssfeer van de btw valt, recht op aftrek van voorbelasting kan worden toegestaan voor de advieskosten. Deze kosten horen dan namelijk tot de algemene kosten van de belastingplichtige. In hoofdstuk vier van dit onderzoek, wanneer de niet-economische aandelenverkoop wordt besproken, zal op deze situatie nader worden ingegaan. Het HvJ brengt vervolgens in herinnering dat het verschillende malen heeft geoordeeld dat het beginsel van fiscale neutraliteit zich ertegen verzet dat gelijke diensten, die met elkaar concurreren, verschillend worden behandeld.<sup>173</sup> Immers, zijn een economische aandelenoverdracht en een niet-economische aandelenoverdracht economisch gezien gelijke activiteiten. Echter, hebben beide overdrachten voor de btw uiteenlopende gevolgen. Namelijk door de verkoopkosten gemaakt in het kader van de economische aandelenoverdracht aan te merken als directe kosten van een vrijgestelde activiteit en de verkoopkosten gemaakt in het kader van de niet-economische aandelenoverdracht aan te merken als algemene kosten, heeft de belastingplichtige in de eerste situatie geen recht op aftrek van voorbelasting voor de btw op de verkoopkosten en in de tweede situatie wel recht op aftrek van voorbelasting.

---

<sup>169</sup> HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08, (AB SKF), V-N 2009/56.13, r.o. 62

<sup>170</sup> HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08, (AB SKF), V-N 2009/56.13, r.o. 63

<sup>171</sup> HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08, (AB SKF), V-N 2009/56.13, r.o. 64

<sup>172</sup> HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08, (AB SKF), V-N 2009/56.13, r.o. 66

<sup>173</sup> HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08, (AB SKF), V-N 2009/56.13, r.o. 67

Het HvJ bevindt zich naar mijn mening in een lastige situatie, enerzijds geeft het toepassen van de Midland Bank-leer voldoende argumentatie om de btw niet in aftrek te brengen, anderzijds is een aandelenoverdracht die plaatsvindt binnen de reikwijdte van de btw en een minder gunstige aftrek positie tot gevolg heeft dan wanneer deze aandelenoverdracht buiten de reikwijdte van de btw valt in strijd met het beginsel van fiscale neutraliteit. Dit vraagstuk leidt tot een zeer ingewikkeld antwoord voor de verwijzende rechter.<sup>174</sup> In mijn ogen geeft het HvJ in de zaak AB SKF, met het aanhalen van het beginsel van fiscale neutraliteit, de Zweedse verwijzende rechter bijna geen andere mogelijkheid dan te oordelen dat de advieskosten bij de aandelenoverdracht als algemene kosten moeten worden aangemerkt.

Het arrest van het HvJ in de zaak AB SKF roept op een aantal punten discussie op. Cornielje geeft aan dat in het BLP-arrest, met een soortgelijk feitencomplex, het HvJ tot de gemakkelijke conclusie kwam dat geen recht op aftrek van voorbelasting mogelijk was.<sup>175</sup> Naar mijn mening kan worden betoogd dat het HvJ in de zaak BLP tot een andere conclusie kwam dan in de zaak AB SKF, vanwege een verschil in de door de verwijzende rechter gestelde prejudiciële vraag. In de zaak BLP vraagt de verwijzende rechter zich namelijk af in hoeverre een belastingplichtige recht op aftrek van voorbelasting heeft voor de btw op kosten gemaakt in het kader van een vrijgestelde verkoop van aandelen die als een bijkomstige financiële transactie wordt aangemerkt en als doel heeft de schulden van de belastingplichtige af te lossen. Bij deze prejudiciële vraag van de verwijzende rechter wordt dus al aangenomen dat het gaat om een vrijgestelde economische aandelenverkoop die als een bijkomstige financiële transactie wordt aangemerkt. In de zaak AB SKF daarentegen vraagt de verwijzende rechter aan het HvJ of (i) de aandelenverkoop een economische activiteit vormt, (ii) indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, de aandelenverkoop is vrijgesteld en (iii) ongeacht het antwoord op de vorige vragen, recht op aftrek van voorbelasting kan bestaan voor de btw op de kosten die rechtstreeks betrekking op de aandelenverkoop. In de zaak AB SKF dient het HvJ dus vast te stellen of de aandelenverkoop een economische activiteit is, en of die economische activiteit is vrijgesteld. Verder is in de zaak BLP al vastgesteld dat de aandelenverkoop een bijkomstige financiële transactie is. In mijn ogen is het hierdoor lastiger voor het HvJ om de kosten in verband met de aandelenverkoop aan te merken als algemene kosten.

Volgens Cornielje past het HvJ zijn zelf ontwikkelde Midland Bank-leer in de zaak AB SKF onzorgvuldig en inconsequent toe, wat de rechtszekerheid niet ten goede komt.<sup>176</sup> Daarbij geeft het HvJ aan dat

---

<sup>174</sup> S. Cornielje, *Fusies en overnames in de btw*, Deventer: kluwer 2016 blz. 260

<sup>175</sup> S. Cornielje, *Fusies en overnames in de btw*, Deventer: kluwer 2016 blz. 260

<sup>176</sup> S. Cornielje, *Fusies en overnames in de btw*, Deventer: kluwer 2016 blz. 261

volgens het fiscale neutraliteitsbeginsel de verkoop van een deelneming die binnen de reikwijdte van de btw valt op een gelijke wijze zou moeten worden behandeld als een verkoop van een deelneming buiten de reikwijdte van de btw. Het HvJ verwijst in dit kader naar zijn arresten in de zaken Midland Bank, Abbey National I, Cibo en Kreztechnik.<sup>177</sup> Echter, wanneer naar deze arresten van het HvJ wordt gekeken blijkt dat het niet om gelijke situaties gaat.<sup>178</sup> Het gaat in deze arresten namelijk om een geschil ontstaan na de verkoop van een deelneming (Midland Bank), de verkoop van een algemeenheid van goederen (Abbey National I), de aankoop van een deelneming (Cibo) en een uitgifte van aandelen die buiten de reikwijdte van de btw plaatsvindt (Kreztechnik). Vervolgens is het ook nog maar de vraag of de verkoop van een deelneming die buiten de reikwijdte van de btw valt altijd tot recht op aftrek van voorbelasting leidt voor de in dat kader gemaakte kosten. In een dergelijk geval zal ook moeten worden bepaald of de kosten worden gemaakt in het kader van de algemene bedrijfsactiviteit van een als zodanig handelende belastingplichtige.<sup>179</sup>

Indien de kosten met betrekking tot de verkoop van aandelen in de zaak AB SKF als algemene kosten worden aangemerkt, rest nog de vraag hoe de pro rata berekening moet plaatsvinden. De omzet die met de verkoop van de aandelen wordt ontvangen moet in principe worden opgenomen in de noemer van de pro rata berekening, aangezien de aandelenverkoop een vrijgestelde handeling is. Tenzij de afnemer van de aandelen buiten de EU gevestigd is of de verkoop van de aandelen als bijkomstig moet worden aangemerkt zoals bedoeld in artikel 174 lid 2 onderdeel c Btw-richtlijn.<sup>180</sup> Er moet worden beoordeeld of de verkoop van de deelneming door AB SKF kwalificeert als een bijkomstige handeling. Echter, heeft de Zweedse verwijzende rechter het HvJ geen prejudiciële vraag gesteld over de invloed van de opbrengst van de aandelenverkoop op de pro rata berekening. Het HvJ heeft in de zaak AB SKF wel geoordeeld dat aandelenverkoop het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk vormt van de belastbare activiteit van belastingplichtige.<sup>181</sup> Uit de jurisprudentie van het HvJ blijkt dat handelingen als bijkomstig worden aangemerkt, voor zover zij slechts een zeer beperkt gebruik van goederen of diensten betreft waarover btw is verschuldigd en wanneer zij niet het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk vormt van de belastbare activiteit.<sup>182</sup> Ik ben daarom van

---

<sup>177</sup> HvJ EG 22 februari 2001, nr. C-408/98 (Abbey National I), V-N 2001/15.26, r.o. 35, HvJ EG 27 september 2001, nr. C-16/00 (Cibo). FED 2002/31, r.o. 33, HvJ EG 26 mei 2005, nr. C-465/03 (Kreztechnik), BNB 2005/313, r.o. 36

<sup>178</sup> A.J. van Doesum, H.W.M. van Kesteren en G.J. van Norden, 'Share disposals and the right of deduction of input VAT', EC Tax Review 2010/02

<sup>179</sup> S. Cornielje, Fusies en overnames in de btw, Deventer: kluwer 2016 blz. 261

<sup>180</sup> A.J. van Doesum, H.W.M. van Kesteren en G.J. van Norden, 'Share disposals and the right of deduction of input VAT', EC Tax Review 2010/02

<sup>181</sup> HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08 (AB SKF), V-N 2009/56.13, r.o. 33

<sup>182</sup> HvJ EG 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM), NTFR 2004/669, r.o. 80 en HvJ EU 14 december 2016, nr. C-378/15 (Mercedes Benz Italia), V-N 2017/3.15 r.o. 48

mening dat gelet op de jurisprudentie van het HvJ de verkoop van aandelen in de zaak AB SKF niet als bijkomstig kan worden aangemerkt.<sup>183</sup> De opbrengst die wordt verkregen met de aandelenverkoop moet daarom worden meegenomen in de noemer van de pro rata berekening. Deze conclusie brengt met zich mee dat het door het HvJ in de zaak AB SKF aangehaalde beginsel van fiscale neutraliteit niet wordt gewaarborgd, ondanks dat de kosten met betrekking tot de aandelenverkoop worden aangemerkt als algemene kosten.

Ik ben net zoals Van Kesteren, Van Doesum en Van Norden van mening dat op basis van het beginsel van de fiscale neutraliteit kan worden betoogd dat de vrijgestelde verkoop van aandelen niet moet worden meegenomen in de pro rata berekening.<sup>184</sup> Zoals het HvJ in haar arrest in de zaak AB SKF benoemt, heeft het HvJ geoordeeld dat het beginsel van fiscale neutraliteit zich ertegen verzet dat soortgelijke diensten, die met elkaar concurreren, verschillend worden behandeld.<sup>185</sup> Indien dit standpunt van het HvJ wordt aanvaard, (i) moet de verkoop van aandelen door een moeiende houdstermaatschappij; en (ii) de verkoop van aandelen door een houdstermaatschappij die slechts gedeeltelijk belastingplichtig is en de aandelen verkoopt in de hoedanigheid van niet-belastingplichtige gelijk worden behandeld. Wanneer het HvJ werkelijke neutraliteit wil bereiken, moet ook de berekening van de pro rata gelijk zijn.<sup>186</sup> In situatie (i) heeft de verkoop van aandelen, zoals net betoogd, invloed op de pro rata. In situatie (ii) heeft de verkoop van aandelen echter geen invloed op de pro rata, omdat de verkoop van aandelen plaatsvindt buiten de reikwijdte van de btw. Ik ben van mening dat een dergelijk verschil in behandeling niet in overeenstemming is met het beginsel van fiscale neutraliteit. Om daadwerkelijke fiscale neutraliteit te bewerkstelligen moet de verkoop van aandelen door een moeiende holding worden beschouwd als een bijkomstige financiële handeling die niet wordt meegenomen in de pro rata berekening, zoals bedoeld in artikel 174 lid 2 onderdeel B Btw-richtlijn. Echter, volgt uit het arrest in de zaak Regié Dauphinoise dat de aandelenverkoop niet als bijkomstig kan worden aangemerkt, indien deze het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk vormt van de belastbare activiteit. Omdat het HvJ in haar arrest in de zaak AB SKF heeft geoordeeld dat de aandelenverkoop het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk vormt van de belastbare activiteit, kan de aandelenverkoop niet worden aangemerkt als een bijkomstig financiële handeling. Daarom moet de ontvangen koopprijs voor de aandelen in zaak AB-SKF worden opgenomen in de noemer van de pro rata berekening.

---

<sup>183</sup> HvJ EG 11 juli 1996, nr. C-306/94 (Regié Dauphinoise), BNB 1997/38

<sup>184</sup> A.J. van Doesum, H.W.M. van Kesteren en G.J. van Norden, 'Share disposals and the right of deduction of input VAT', EC Tax Review 2010/02

<sup>185</sup> HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08, (AB SKF), V-N 2009/56.13, r.o. 67

<sup>186</sup> A.J. van Doesum, H.W.M. van Kesteren en G.J. van Norden, 'Share disposals and the right of deduction of input VAT', EC Tax Review 2010/02

Het HvJ lijkt in de zaak AB SKF geforceerd op zoek naar een mogelijkheid recht op aftrek van voorbelasting toe te staan. Ondanks dat uit het beginsel van fiscale neutraliteit volgt dat de als zodanig handelende belastingplichtige zoveel mogelijk dient te worden ontlast van de aan hem in rekening gebrachte btw, is dit in bepaalde gevallen simpelweg niet mogelijk.<sup>187</sup> Uit het btw-systeem volgt dat een vrijgestelde prestatie niet leidt tot recht op aftrek van voorbelasting. De wetgever accepteert hiermee dat het beginsel van fiscale neutraliteit niet wordt gerespecteerd. Zo lijkt ook het HvJ te oordelen in de zaak BLP. Het HvJ betoogt in deze zaak dat het weigeren van het recht van aftrek van voorbelasting voor kosten gemaakt voor de aandelenverkoop voortkomt uit de doelstellingen van het btw-stelsel, namelijk de rechtszekerheid te garanderen en de heffing te vergemakkelijken door in te gaan op de objectieve aard van de handeling.<sup>188</sup> Na het arrest van het HvJ in de zaak BLP, waar het HvJ simpelweg oordeelde dat de btw op kosten gemaakt voor de verkoop van aandelen niet aftrekbaar is, lijkt het HvJ in de zaak AB SKF een zwaarder gewicht toe te kennen aan het beginsel van economische neutraliteit. Hiermee opent het HvJ de deur naar recht op aftrek van voorbelasting voor kosten gemaakt voor de vrijgestelde verkoop van aandelen.

### 3.7 Deelconclusie

Om als belastingplichtige voor de btw te worden aangemerkt moet cumulatief worden voldaan aan de volgende drie voorwaarden: (i) eenieder; (ii) zelfstandig; en (iii) economische activiteit. Het is daarbij noodzakelijk dat de economische activiteit onder bezwarende titel wordt verricht en er met de economische activiteit wordt gestreefd naar een zekere opbrengst.

Uit de jurisprudentie van het HvJ volgt dat het zuiver houden, verwerven en afstoten van aandelen geen economische activiteit vormt en daarom buiten het bereik van de btw valt. Uit de jurisprudentie van het HvJ volgen echter een drietal situaties waarin handelingen inzake aandelen of deelnemingen in vennootschappen wel een economische activiteit vormen, en daarom binnen het bereik van de vallen:

- 1) Het bedrijfsmatig handelen in effecten;
- 2) indien een houdstermaatschappij zich moeit in de onderneming, waarbij het moeien gepaard gaat met handelingen die aan btw zijn onderworpen; of
- 3) wanneer zij het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk van de belastbare activiteit vormen.

---

<sup>187</sup> S. Cornielje, *Fusies en overnames in de btw*, Deventer: kluwer 2016 blz. 262

<sup>188</sup> HvJ EU 6 april 1995, nr. C-04/94, (BLP), FED 1995/495, r.o. 24

Na een korte toelichting op de uitleg van het bedrijfsmatig handelen in effect ben ik ingegaan op de positie van de houdstermaatschappij binnen het btw-stelsel. In de zaak Polysar geeft het HvJ aan dat het houden van aandelen een economische activiteit kan zijn, wanneer het houden van aandelen gepaard gaat met direct of indirect moeien in het beheer van de vennootschappen waarin wordt deelgenomen. Aan de hand van het arrest van het HvJ in de zaak Floridienne/Berginvest is uiteengezet dat het moeien gepaard moet gaan met btw belaste activiteiten. Dit houdt in dat moeien van de houdstervennootschap onder andere moet bestaan uit activiteiten die op zichzelf zijn onderworpen aan btw.

De laatste mogelijkheid wanneer handelingen inzake aandelen of deelnemingen in vennootschappen wel een economische activiteit vormen is wanneer zij het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk van de belastbare activiteit vormen. Uit de jurisprudentie van het HvJ blijkt dat de verlengstukgedachte zowel wordt gebruikt voor de uitleg van het begrip economische activiteit, zoals bedoel in artikel 9 Btw-richtlijn, als om te bepalen of de opbrengsten bijkomstig zijn bij de berekening van de pro rata, zoals bedoelt in artikel 174 lid 2 van de Btw-richtlijn.

Vervolgens ben ik ingegaan op wanneer een aandelenverkoop door een houdstermaatschappij kwalificeert als economische activiteit. Uit het arrest van het HvJ in de zaak EDM volgt dat een aandelenverkoop op zichzelf niet als economische activiteit is aan te merken. Echter, volgt ook uit het arrest wanneer het houden van aandelen door de houdstermaatschappij een economische activiteit vormt, de verkoop van die aandelen ook een economische activiteit vormt. In de zaak AB SKF bepaalt het HvJ op basis van de verlengstukgedachte dat de aandelenverkoop binnen de reikwijdte van de btw valt. Dit zou betekenen dat de aandelenverkoop op zichzelf niet een zelfstandige economische activiteit vormt, maar wordt meegetrokken met de moeiende activiteiten die wel binnen de reikwijdte van de btw vallen. Naar mijn mening is het opmerkelijk dat het HvJ de verlengstukgedachte gebruikt om de aandelenverkoop binnen de reikwijdte van de btw te trekken. Omdat de aandelenverkoop rechtstreeks samenhangt met het belaste moeien en op basis daarvan al kwalificeert als een economische activiteit.

Het HvJ geeft aan dat volgens vaste jurisprudentie de bewoording waarin de vrijstelling wordt omschreven strikt moet worden uitgelegd omdat vrijstellingen afwijken van het algemene heffingsbeginsel. Uit het arrest van het HvJ in de zaak SDC volgt echter, dat wanneer handelingen inzake aandelen en andere waardepapieren de rechtsbetrekkingen en financiële relaties tussen partijen wijzigen, dergelijke handelingen ook onder de vrijstelling van artikel 135 lid 1 sub f Btw-richtlijn vallen. Bij een aandelenverkoop wijzigen de rechtsbetrekkingen en financiële relaties tussen partijen.



Wanneer de aandelenverkoop binnen de reikwijdte van de btw valt, valt deze handeling dus onder de vrijstelling van artikel 135 lid 1 sub f Btw-richtlijn.

Wanneer een aandelenverkoop kwalificeert als een economische activiteit valt deze onder de vrijstelling. Nu dit is bepaald, heb ik gekeken naar de invloed van een aandelentransactie op het recht op aftrek van voorbelasting. De jurisprudentie van het HvJ moet zo worden uitgelegd dat eenieder recht op aftrek van voorbelasting heeft op kosten die voortkomen uit economische activiteiten. Op basis van de Midland Bank-leer moet voor het recht op aftrek van voorbelasting eerst een rechtstreekste toerekening van de kosten plaatsvinden aan de belaste- dan wel de vrijgestelde prestaties. Indien een rechtstreekse toerekening van de kosten niet mogelijk is, moet de mate van recht op aftrek van voorbelasting worden bepaald door middel van een pro rata berekening.

Duidelijk is dat het HvJ de verkoop van de aandelen door een moeiende houdstermaatschappij als een economische activiteit kan zien en dat de verkoop op basis van artikel 135 lid 1 onderdeel f Btw-richtlijn is vrijgesteld. Op basis hiervan moet het HvJ zich in de zaak AB SKF buigen over de mate van recht op aftrek van voorbelasting voor de kosten die zijn gemaakt met het oog op de verkoop van aandelen. Wanneer dergelijke kosten in een rechtstreeks en onmiddellijk verband staan met de vrijgestelde aandelentransactie en de kosten zijn opgenomen in de prijs van de aandelen, bestaat geen recht op aftrek van voorbelasting. Het is naar mijn mening bijna onmogelijk aan te tonen of de kosten zijn verdisconteerd in de prijs van de aandelen. Hiermee opent het HvJ de deur naar recht op aftrek van voorbelasting voor kosten gemaakt in het kader van de vrijgestelde verkoop van aandelen. Namelijk kunnen in mijn ogen dergelijke kosten als algemene kosten worden aangemerkt waardoor de mate van recht op aftrek moet worden bepaald door middel van een pro rata berekening. Na het arrest van het HvJ in de zaak BLP, waar het HvJ simpelweg oordeelde dat de btw op kosten gemaakt voor de verkoop van aandelen niet aftrekbaar is, lijkt het HvJ in de zaak AB SKF een zwaarder gewicht toe te kennen aan het beginsel van economische neutraliteit.

## Hoofdstuk 4 De aandelentransactie aangemerkt als niet-economische activiteit

### 4.1 Inleiding

In hoofdstuk 3 heb ik uiteengezet onder welke omstandigheden de houdstermaatschappij belastingplichtig is voor de btw en wanneer een aandelentransactie wordt aangemerkt als een economische activiteit voor de btw. Ook is uitvoerig ingegaan op de gevolgen voor het recht op aftrek van voorbelasting van een aandelentransactie, die wordt aangemerkt als economische activiteit. In dit hoofdstuk wordt de aandelentransactie behandeld die niet wordt aangemerkt als een economische activiteit. Het is voor mijn onderzoek met name interessant om te onderzoeken of en in hoeverre recht op aftrek van voorbelasting bestaat voor btw op de kosten die gemaakt zijn in het kader van een niet-economische aandelentransactie.

### 4.2 De niet-economische activiteit

#### 4.2.1 Algemeen

In het vorige hoofdstuk is behandeld dat het enkel houden en verwerven van aandelen geen economische activiteit vormt. Uit de jurisprudentie van het HvJ volgt een drietal mogelijkheden waarbij het houden van aandelen in een deelneming een economische activiteit vormt voor de btw. Namelijk in de gevallen wanneer: (i) bedrijfsmatig wordt gehandeld in effecten; (ii) een houdstermaatschappij zich tegen vergoeding moeit in de onderneming; en (iii) het houden van aandelen een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk vormt van de belastbare activiteit. Wanneer geen van deze situaties aan de orde is, is het houden van aandelen een niet-economische activiteit en valt daardoor buiten de reikwijdte van de btw. Hieruit volgt dat wanneer geen sprake is van de drie bovenstaande situaties, de aandelenverkoop door een houdstermaatschappij niet kan worden aangemerkt als een economische activiteit. De aandelenverkoop valt in een dergelijk geval buiten de reikwijdte van de btw, dit is veelvuldig door het HvJ is bevestigd.<sup>189</sup>

Indien het houden van aandelen door de houdstermaatschappij wel wordt aangemerkt als een economische activiteit, wordt de aandelenverkoop door de houdstermaatschappij echter niet per definitie ook aangemerkt als economische activiteit. De aandelenverkoop moet namelijk om te worden aangemerkt als economische activiteit haar uitsluitende directe oorzaak vinden in de belaste activiteit van de houdstermaatschappij of het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk vormen

---

<sup>189</sup> HvJ EU 20 juni 1996, nr. C-155/94 (Wellcome Trust), V-N 1997/1034, HvJ EU 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM), BNB 2004/285 en HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08 (AB SKF), V-N 2009/56.13

van de belaste activiteit van de houdstermaatschappij. In de volgende paragraaf zal aan de hand van het arrest van het HvJ in de zaak C&D Foods worden behandeld wanneer de aandelenverkoop door een tegen vergoeding moeiende houdstermaatschappij als niet-economische activiteit wordt aangemerkt, terwijl het houden van aandelen wel een economische activiteit vormt.

Om meerdere redenen kan worden gesteld dat geen recht op aftrek van voorbelasting bestaat voor btw op kosten die in een rechtstreeks verband staan met een niet-economische activiteit. Er kan bijvoorbeeld worden gesteld dat eenieder in een dergelijk geval niet handelt in de hoedanigheid van belastingplichtige en daarom geen recht op aftrek van voorbelasting heeft. Verder is een niet-economische activiteit geen belaste activiteit en op basis van artikel 168 Btw-richtlijn is een belaste activiteit noodzakelijk om recht op aftrek voorbelasting te hebben in het arrest van het HvJ in de zaak Uudenkaupungin Kaupunki is dit bevestigd.<sup>190</sup> Het recht op aftrek van voorbelasting kan echter bestaan wanneer de kosten die gemaakt zijn in het kader van een niet-economische activiteit in een rechtstreeks en onmiddellijk verband staan met de gehele belaste activiteit van de belastingplichtige, de kosten zijn dan algemene kosten. Aan de hand van de jurisprudentie van het HvJ wordt in dit hoofdstuk uiteengezet in welke situaties recht op aftrek van voorbelasting bestaat voor kosten gemaakt in het kader van de niet-economische activiteit, zoals de niet-economische aandelentransactie.

#### 4.2.2 Aandelentransactie als niet-economische activiteit

In de zaak AB SKF oordeelt het HvJ dat de aandelenverkoop door een moeiende houdster op basis van de verlengstukgedachte als economische activiteit moet worden aangemerkt. De aandelenverkoop vormt op zichzelf geen economische activiteit, maar wordt meegetrokken met de belaste moeiende activiteiten van AB SKF. Van Doesum, Van Kesteren en Van Norden betoogden dat het toepassen van de verlengstukgedachte overbodig was, omdat de aandelenverkoop op basis van de rechtstreekse samenhang met de moeiende activiteiten al kwalificeert als economische activiteit.<sup>191</sup> Met deze gedachte in het achterhoofd is het interessant om te kijken naar het recente arrest van het HvJ in de zaak C&D Foods.<sup>192</sup>

### **C&D Foods**

---

<sup>190</sup> HvJ EG 30 maart 2006, nr. C-184/04 (Uudenkaupungin Kaupunki), V-N 2006/18.25

<sup>191</sup> A.J. van Doesum, H.W.M. van Kesteren en G.J. van Norden, 'Share disposals and the right of deduction of input VAT', EC Tax Review 2010/02

<sup>192</sup> HvJ EU 8 november 2018, C-502/17 (C&D Foods Acquisition), V-N 2018/62.16

In de zaak C&D Foods is belanghebbende het Deense C&D Foods Acquisition ApS wat onderdeel uitmaakt van de Arovit-groep. C&D Foods fungeert als een holdingmaatschappij binnen de Arovit-groep. C&D Foods houdt de aandelen in Arovit Holding die op haar beurt weer de aandelen houdt in de holdingmaatschappij Arovit Petfood. Arovit Petfood houdt op haar beurt weer de aandelen in de werkmaatschappijen, die in verschillende Europese landen zijn gevestigd. C&D Foods verricht op basis van een managementovereenkomst tegen vergoeding beheer- en IT diensten aan Arovit Petfood, haar dochteronderneming. Op grond van deze overeenkomst factureerde C&D Foods maandelijks een bedrag aan Arovit Petfood inclusief btw.<sup>193</sup> Hieruit blijkt dat C&D Foods een moeiende houdstermaatschappij is, waarvan de diensten aan de dochtermaatschappij dus worden aangemerkt als economische activiteit. Omdat de Arovit-groep niet aan haar betalingsverplichtingen aan een IJslandse bank voldoet, verkrijgt de IJslandse bank de aandelen in de groep voor 1 Euro. De IJslandse bank heeft vervolgens het voornemen de aandelen in Arovit Petfood te verkopen. Met de opbrengst van de verkoop van de aandelen moeten de schulden aan de IJslandse bank van de Arovit-groep worden betaald. De verkoop van de aandelen vindt uiteindelijk niet plaats. In het kader van de voorgenomen verkoop van de aandelen geeft de bank een consultancybureau de opdracht om uit te zoeken in hoeverre een herstructurering van de groep mogelijk is. Het consultancybureau verstuurt na het verrichten van haar diensten vervolgens een factuur aan C&D Foods. C&D Foods betaalt het consultancybureau en brengt de btw op de diensten in vooraf trek. De Deense belastingdienst weigert de aftrek van voorbelasting, omdat zij van mening is dat de diensten niet ten behoeve van C&D Foods waren verricht en dat de kosten geen verband houden met de belaste handelingen van C&D Foods. De Deense verwijzende rechter heeft in het kader van deze zaak prejudiciële vragen aan het HvJ gesteld.

De Deense verwijzende rechter vraagt onder andere door middel van een prejudiciële vraag aan het HvJ of C&D Foods recht heeft op volledig aftrek van voorbelasting voor de kosten van het consultancybureau, die zijn gemaakt voor een voorgenomen maar niet gerealiseerde aandelenverkoop van een dochteronderneming waar C&D Foods belaste diensten aan verricht.<sup>194</sup> Het HvJ geeft aan dat om de vragen van de Deense verwijzende rechter te beantwoorden eerst moet worden bepaald of een dergelijke aandelenverkoop een economische activiteit vormt.<sup>195</sup> Het HvJ brengt eerst in herinnering dat handelingen inzake aandelen of deelnemingen op zichzelf geen economische activiteit vormen, maar wel sprake is van een economische activiteit wanneer zij worden verricht in het kader van het bedrijfsmatig handelen in effecten, met het oog op de directe of indirecte inmenging in het beheer

---

<sup>193</sup> HvJ EU 8 november 2018, C-502/17 (C&D Foods Acquisition), V-N 2018/62.16, r.o. 15

<sup>194</sup> HvJ EU 8 november 2018, C-502/17 (C&D Foods Acquisition), V-N 2018/62.16, r.o. 21

<sup>195</sup> HvJ EU 8 november 2018, C-502/17 (C&D Foods Acquisition), V-N 2018/62.16, r.o. 26

van de vennootschappen of wanneer zij het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk van de belastbare activiteit vormen.<sup>196</sup>

Het HvJ verwijst vervolgens naar haar arrest in de zaak AB SKF, waarin is vastgesteld dat een aandelenoverdracht door de houdstermaatschappij met het oog op een herstructurering van een groep kan worden beschouwd als een handeling die bestaat in het verkrijgen van duurzame opbrengsten die verder gaat dan de enkele verkoop van aandelen.<sup>197</sup> Daarom kon volgens het HvJ de aandelenverkoop door AB SKF worden gezien als een handeling die samenhang met de organisatie van de groep en dus het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk vormde van haar economische activiteit.<sup>198</sup> Om deze reden werd de aandelenverkoop in de zaak AB SKF gezien als een economische activiteit en viel binnen de reikwijdte van de btw.

Het HvJ geeft aan dat op basis van vaste jurisprudentie<sup>199</sup> aan de hand van de objectieve inhoud moet worden bepaald of een rechtstreek en onmiddellijk verband bestaat tussen de gebruikte diensten en de belaste moeiende activiteiten van C&D Foods.<sup>200</sup> Vervolgens brengt het HvJ in herinnering dat wanneer een handeling niet ten behoeve van de belaste activiteit wordt verricht, geen rechtstreeks en onmiddellijk verband bestaat.<sup>201</sup> Hieruit volgt dat een dergelijke aandelentransactie slechts in twee gevallen als economische activiteit kan worden aangemerkt: (i) Als de aandelentransactie haar uitsluitende directe oorzaak heeft in de belaste activiteit van de houdstermaatschappij; of (ii) als de aandelentransactie het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk vormt van de belaste activiteit van de houdstermaatschappij.

Het HvJ geeft aan dat C&D Foods met de beoogde aandelenverkoop tot doel had de opbrengst van die verkoop te gebruiken voor het aflossen van de schulden aan de IJslandse bank, de nieuwe eigenaar van de Arovit groep. Een dergelijke verkoop beschouwt het HvJ niet (i) als een handeling die haar uitsluitende directe oorzaak heeft in de belaste activiteit van de houdstermaatschappij; of (ii) of een handeling die het rechtstreekste, duurzame en noodzakelijke verlengstuk vormt van de belastbare activiteit van de houdstermaatschappij. Om deze reden kan de aandelenverkoop door C&D Foods volgens het HvJ niet worden beschouwd als een handeling die bestaat in het verkrijgen van duurzame

---

<sup>196</sup> HvJ EU 8 november 2018, C-502/17 (C&D Foods Acquisition), V-N 2018/62.16, r.o. 33

<sup>197</sup> HvJ EU 8 november 2018, C-502/17 (C&D Foods Acquisition), V-N 2018/62.16, r.o. 35

<sup>198</sup> HvJ EU 8 november 2018, C-502/17 (C&D Foods Acquisition), V-N 2018/62.16, r.o. 35

<sup>199</sup> Het HvJ verwijst naar HvJ 8 juni 2000, C-98/88 (Midland Bank), HvJ 8 februari 2007, zaak C-435/05 (Investrand BV) en HvJ 21 februari 2013, C-104/12 (Becker)

<sup>200</sup> HvJ EU 8 november 2018, C-502/17 (C&D Foods Acquisition), V-N 2018/62.16, r.o. 36

<sup>201</sup> HvJ 21 februari 2013, C-104/12 (Becker), V-N 2013/17.19, r.o. 29

opbrengsten die verder gaat dan de enkele verkoop van aandelen.<sup>202</sup> Om deze reden is de aandelentransactie in de zaak C&D Foods volgens het HvJ niet aan te merken als een economische activiteit en valt daarom niet binnen de reikwijdte van de btw.

Het feit dat de opbrengst van de aandelentransactie wordt gebruikt om schulden van de groep af te lossen, is volgens het HvJ niet voldoende om het verlengstuk te vormen van de belaste moeiende activiteiten. Hieruit volgt dat het HvJ in de zaak C&D Foods de verlengstukgedachte strikt uitlegt. Eerder in dit onderzoek gaf ik aan dat ik net als Norden en Cornielje van mening ben dat de verlengstukgedachte een ruime betekenis toekomt.<sup>203</sup> <sup>204</sup> De Btw-richtlijn laat namelijk bij het bepalen van de reikwijdte van de belastingplicht grote leegtes vallen, de ongewenste leegtes moeten door rechtspraak van het HvJ worden opgevuld. De door het HvJ ontwikkelde verlengstukgedachte is naar mijn mening een effectief middel om dergelijke ongewenste leegtes op te vullen, waardoor een strikte uitleg indruist tegen het beginsel van algemene heffing. Het is daarom naar mijn mening een gemis dat het HvJ de verlengstukgedachte in de zaak C&D Foods strikt uitlegt.

De vereisten van het HvJ dat een aandelentransactie slechts kan worden aangemerkt als een economische activiteit als de aandelentransactie haar uitsluitende directe oorzaak heeft in de belaste activiteit van de houdstermaatschappij of als de aandelentransactie het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk vormt van de belaste activiteit van de houdstermaatschappij zijn niet nieuw.<sup>205</sup> De uitleg die het HvJ in de zaak C&D Foods geeft waarom niet aan deze twee vereisten wordt voldaan wel. Het HvJ geeft namelijk als uitleg dat C&D Foods de opbrengst van de aandelentransactie beoogde te gebruiken voor het aflossen van de schulden aan de IJslandse bank en niet diende ter financiering van de economische activiteit. Het HvJ geeft aan dat de aandelentransactie wel als economische activiteit was aangemerkt als de aandelentransactie zou zijn verricht met het oogmerk om de opbrengst van die transactie toe te wijzen aan de belaste moeiende activiteiten van de houdstermaatschappij of aan de economische activiteit van de groep waarvan zij onderdeel uitmaakt.<sup>206</sup> Het oogmerk van een aandelentransactie is een subjectief element. Het HvJ heeft in de zaak BLP bepaald dat in het btw-stelsel moet worden uitgegaan van de objectieve aard van de handeling. Het is daarom in mijn ogen zeer opmerkelijk dat het HvJ in de zaak C&D Foods gewicht toebedeelt aan een dergelijk subjectief element bij de bepaling van de reikwijdte van de btw. Zeker gezien het feit dat het HvJ in haar arrest in de zaak C&D Foods nog aangeeft dat op basis van de

---

<sup>202</sup> HvJ EU 8 november 2018, C-502/17 (C&D Foods Acquisition), V-N 2018/62.16, r.o. 39

<sup>203</sup> G.J. van Norden, *Het concern in de btw*, Deventer: Kluwer 2007, blz. 152

<sup>204</sup> S. Cornielje, *Fusies en overnames in de btw*, Deventer: kluwer 2016 blz. 226

<sup>205</sup> Zie HvJ 29 oktober 2009, nr. C-29/08, (AB SKF), V-N 2009/56.13

<sup>206</sup> HvJ EU 8 november 2018, C-502/17 (C&D Foods Acquisition), V-N 2018/62.16, r.o. 36

objectieve inhoud moet worden bepaald of een rechtstreek en onmiddellijk verband bestaat tussen de gebruikte diensten en de belaste moeiende activiteiten van C&D Foods.<sup>207</sup>

Merx is van mening dat het HvJ in haar arrest in de zaak C&D Foods een extra eis stelt om de aandelenverkoop van de moeiende houdstermaatschappij aan te merken als een economische activiteit.<sup>208</sup> Namelijk dat de aandelentransactie rechtstreeks moet samenhangen met de organisatie van de activiteit van de groep. Echter, is volgens Merx deze extra eis van het HvJ niet in lijn met het arrest van het HvJ in de zaak AB SKF. Uit dit arrest volgt namelijk dat de verkoop van aandelen in een dochteronderneming door een moeiende houdstermaatschappij reeds kwalificeert als een economische activiteit. Ook verhoudt de extra eis zich moeizaam met het arrest van het HvJ in de zaak Wellcome Trust. Uit dit arrest volgt namelijk dat de verkoop van aandelen in een dochteronderneming binnen de reikwijdte van de btw kan vallen als de aandelenverkoop plaatsvindt in het kader van de moeiende activiteiten van de houdstermaatschappij.<sup>209</sup> Het HvJ gaat echter in haar arrest in de zaak C&D Foods niet in op de bovengenoemde zaken. Om deze reden ga ik ervan uit dat het HvJ niet terugkomt op haar eerdere arresten, maar slechts een extra eis toevoegt.

Het HvJ volgt in haar arrest in de zaak C&D Foods de conclusie van A-G Kokott niet. In haar conclusie brengt A-G Kokott eerst in herinnering dat het HvJ in de zaak AB SKF heeft geoordeeld dat een houdstermaatschappij die door de vervreemding van haar aandelen in de dochtermaatschappij de economische activiteit beëindigt, een economische activiteit verricht.<sup>210</sup> Volgens A-G Kokott is in de zaak C&D Foods sprake van een gelijke situatie. C&D Foods beoogde namelijk door middel van de verkoop van aandelen in Arovit Holding, die op haar beurt de aandelen hield in Arovit Petfood, haar economische activiteit te beëindigen.<sup>211</sup> Volgens A-G Kokott moet de aandelentransactie in de zaak C&D Foods worden aangemerkt als economische activiteit. A-G Kokott merkt op dat C&D Foods met de opbrengst van de aandelenverkoop beoogde om schulden bij de bank af te lossen en in de zaak AB SKF de aandelenverkoop plaatsvond met het oog op een herstructurering. In tegenstelling tot de zaak AB SKF, verricht C&D Foods na de aandelenverkoop geen toekomstige economische handelingen meer. Echter, is dit volgens haar om drie redenen niet relevant: (i) Het HvJ heeft in eerdere arresten geoordeeld dat recht op aftrek van voorbelasting kan bestaan voor de btw op diensten die zijn gemaakt voor de beëindiging van de economische activiteit. Volgens A-G Kokott moet dit ook gelden wanneer de belastingplichtige de opbrengst van de aandelenverkoop, de beëindiging van de economische

---

<sup>207</sup> HvJ EU 8 november 2018, C-502/17 (C&D Foods Acquisition), V-N 2018/62.16, r.o. 36

<sup>208</sup> M.M.W.D Merx noot bij HvJ EU 8 november 2018, C-502/17 (C&D Foods Acquisition), BNB 2019/10

<sup>209</sup> M.M.W.D Merx noot bij HvJ EU 8 november 2018, C-502/17 (C&D Foods Acquisition), BNB 2019/10

<sup>210</sup> Conclusie van A-G Kokott van 6 september 2018, C-502/17 (C&D Foods Acquisition), BNB 2019/10, punt 28

<sup>211</sup> Conclusie van A-G Kokott van 6 september 2018, C-502/17 (C&D Foods Acquisition), BNB 2019/10, punt 29

activiteit, gebruikt om schulden af te lossen.<sup>212</sup> (ii) A-G Kokott brengt in herinnering dat het begrip economische activiteit objectief moet worden uitgelegd, het uiteindelijke doel dat de belastingplichtige met een handeling voor ogen heeft is niet van belang. Daarom mogen de economische redenen voor een bepaalde handeling niet doorslaggevend zijn voor de btw-behandeling.<sup>213</sup> (iii) Tenslotte merkt Kokott op dat het HvJ in haar arrest in de zaak BLP heeft geoordeeld dat het doel van de handeling, in het geval van de zaak BLP het aflossen van schulden, geen invloed heeft op de btw-behandeling<sup>214</sup>. Om deze redenen is Kokott van mening dat de aandelenverkoop moet worden beschouwd als een economische activiteit en dus binnen de reikwijdte van de btw valt.

Ik ben net als A-G Kokott van mening dat het HvJ op basis van haar eerdere jurisprudentie de aandelenverkoop in de zaak C&D Foods moet aanmerken als economische activiteit. Het HvJ lijkt echter in haar arrest een nieuwe eis voor het begrip economische activiteit toe te voegen. Het HvJ acht namelijk het doel dat belastingplichtige met de handeling beoogt van belang voor de btw-behandeling. Dit gaat mijns inziens in tegen het objectieve karakter van de btw. Verder ben ik van mening dat wanneer het doel van een handeling een criterium is voor het aanmerken van de handeling als economische activiteit, de aandelentransactie in de zaak C&D Foods alsnog moet worden beschouwd als een economische activiteit. C&D Foods heeft namelijk met de verkoop van de aandelen als doel het aflossen van schulden, die zijn gemaakt in het kader van de economische activiteit, zodat C&D Foods niet failliet gaat.

## 4.4 Recht op aftrek van voorbelasting

### 4.4.1 Algemeen

Het aanmerken van de aandelentransactie als een niet-economische heeft gevolgen voor het recht op aftrek van voorbelasting van belastingplichtige. In dergelijke gevallen hebben namelijk de kosten in verband met de aandelentransactie niet rechtstreeks betrekking op de economische activiteit van belastingplichtige. Aan de hand van diverse relevante arresten van het HvJ<sup>215</sup>, zijn in mijn ogen de kosten die niet rechtstreeks betrekking hebben op de economische activiteit onder te verdelen in de volgende drie soorten: (i) De kosten houden verband met de gehele bedrijfsactiviteit; (ii) de kosten

---

<sup>212</sup> Conclusie van A-G Kokott van 6 september 2018, C-502/7 (C&D Foods Acquisition), BNB 2009/10, punt 31

<sup>213</sup> Conclusie van A-G Kokott van 6 september 2018, C-502/7 (C&D Foods Acquisition), BNB 2009/10, punt 32

<sup>214</sup> Conclusie van A-G Kokott van 6 september 2018, C-502/7 (C&D Foods Acquisition), BNB 2009/10, punt 33

<sup>215</sup> o.a. HvJ EG 27 september 2001, C-16/00 (Cibo), FED 2002/31, HvJ EU 26 mei 2005, C-465/03 (Kretztechnik), BNB 2005/313, HvJ EU 21 januari 2013, C-104/12 (Becker) V-N 2013/17.18, HvJ EU 8 november 2018, C-502/17 (C&D Foods Acquisition), V-N 2018/62.16 en HvJ EG 13 maart 2008, C-437/06 (Securanta)



houden geen verband met de gehele bedrijfsactiviteit; en (iii) de kosten vinden voor een gedeelte hun oorzaak in de bedrijfsactiviteit. Ik zal de gevolgen op het recht van aftrek van voorbelasting van alle drie de situaties afzonderlijk analyseren. De analyse zal plaatsvinden aan de hand van jurisprudentie van het HvJ.

#### 4.4.2 Kosten houden verband met de gehele bedrijfsactiviteit

Voor de wetwijziging van 2007, vermeldde de Wet OB 1968 dat aftrek van voorbelasting mogelijk was in het geval de kosten *in het kader van de onderneming* waren gemaakt. In combinatie met jurisprudentie van de HR, werd voor 2007 in Nederlandse situaties aangenomen dat aftrek van voorbelasting mogelijk was voor kosten die werden gemaakt voor niet-economische activiteiten.<sup>216</sup> Op de voorwaarden dat dergelijke niet-economische activiteiten in het kader van de onderneming werden verricht. De Btw-richtlijn heeft in tegenstelling tot de Wet OB 1968 nooit de voorwaarden gekend dat recht op aftrek van voorbelasting bestaat in het geval de kosten *in het kader van de onderneming* zijn gemaakt. Het is daarom niet verwonderlijk dat het HvJ in de loop der jaren de nodige prejudiciële vragen heeft gekregen over het aftrekrecht bij onbelastbare handelingen. Uit de jurisprudentie<sup>217</sup> van het HvJ valt af te leiden dat om tot recht op aftrek van voorbelasting te komen voor kosten die gemaakt zijn in het kader van een aandelenverkoop die wordt aangemerkt als een niet-economische activiteit, moet worden vastgesteld of de verkoopkosten in rechtstreeks en onmiddellijk verband staan met de gehele bedrijfsactiviteit. De verkoopkosten moeten in dat geval worden aangemerkt als algemene kosten. Belastingplichtige heeft in dat geval recht op aftrek van voorbelasting op basis van zijn pro rata berekening.

In het arrest van het HvJ in de zaak Kretztechnik geeft het HvJ uitleg wanneer kosten, die worden gemaakt in het kader van een niet-economisch activiteit, zijn aan te merken als algemene kosten. Belanghebbende, het concern Kretztechnik, heeft door middel van een aandelenuitgifte en beursintroductie haar maatschappelijk kapitaal verhoogd.<sup>218</sup> Kretztechnik wil vervolgens de btw op de kosten gemaakt voor de aandelenuitgifte in aftrek brengen. De Oostenrijkse fiscus weigert deze aftrek van voorbelasting. De Oostenrijkse verwijzende rechter stelt in dit kader prejudiciële vragen of de aandelenuitgifte een van btw vrijgestelde dienst onder bezwarende titel is en in hoeverre Kretztechnik recht op aftrek van voorbelasting heeft voor de gemaakte kosten. Het HvJ oordeelt allereerst dat de

---

<sup>216</sup> A.J. van Doesum en H.W.M. van Kesteren, Aftrek van voorbelasting ter zake van handelingen buiten het kader van de onderneming, WFR 2011/1465

<sup>217</sup> HvJ EU 26 mei 2005, nr. C-465/03, (Kretztechnik), BNB 2005/313 en HvJ EG 13 maart 2008, nr. C-437/06 (Secureta), V-N 2008 14.20

<sup>218</sup> HvJ EU 26 mei 2005, nr. C-465/03, (Kretztechnik), BNB 2005/313

aandelenuitgifte geen dienst onder bezwarende titel is. Daarom is de aandelenuitgifte onbelastbaar en valt buiten de reikwijdte van de btw. Vervolgens moet voor de in het kader van de aandelenuitgifte gemaakte kosten naar het recht op aftrek van voorbelasting worden gekeken. Verderop zal nader op het recht op aftrek van voorbelasting in worden gegaan.

Volgens Cornielje is het niet mogelijk kosten die gemaakt zijn in het kader van een onbelastbare handelingen aan te merken als directe kosten, omdat het niet mogelijk is dergelijke kosten rechtstreeks te verdisconteren in de prijs van een onbelastbare handeling.<sup>219</sup> Wel maakt Cornielje de kanttekening dat voor btw die drukt op kosten die alleen betrekking hebben op activiteiten die volledig buiten de economische activiteit vallen geen recht op aftrek van voorbelasting mogelijk is. Ik ben het eens met Cornielje. Hoewel het in theorie wel mogelijk is dat de kosten rechtstreek zijn verdisconteerd in de prijs van een onbelastbare handeling, bestaat de onbelastbare handeling niet voor de btw. Hierdoor is het ook niet mogelijk kosten direct toe te rekenen aan de onbelastbare handeling.

Het HvJ brengt eerst in herinnering dat het systeem van recht op aftrek van voorbelasting tot doel heeft de ondernemer geheel te ontlasten van de in het kader van zijn economische activiteiten verschuldigde btw.<sup>220</sup> Het HvJ beoordeelt vervolgens of de door Kretztechnik gemaakte kosten rechtstreeks en onmiddellijk in verband staan met de gehele economische activiteit. In een dergelijk geval zijn de kosten aan te merken als algemene kosten en bestaat recht op aftrek van voorbelasting. Het HvJ merkt op dat de aandelenuitgifte van Kretztechnik geen economische activiteit is die binnen de reikwijdte van de btw valt. Maar omdat Kretztechnik met de aandelenuitgifte beoogde de kapitaalpositie voor haar algemene economische activiteit te versterken, moet worden vastgesteld dat de gemaakte kosten in verband met de aandelenuitgifte zijn verdisconteerd in de prijs van al haar producten.<sup>221</sup> De kosten in verband met de aandelenuitgifte zijn dus aan te merken als algemene kosten. Kretztechnik krijgt daarom (pro rata) recht op aftrek van voorbelasting voor de kosten.

Van Doesum is van mening dat het HvJ niet zozeer waarde hecht aan de toets of kosten zijn verdisconteerd in de prijs van al de producten, maar meer waarde hecht aan de toets of de handeling rechtstreek en onmiddellijk samenhangt met de gehele bedrijfsactiviteit. Hieruit volgt volgens Van Doesum dat om te beoordelen of een rechtstreekse en onmiddellijke samenhang met de gehele economische activiteit bestaat, het volgens het HvJ van belang is of het verworven kapitaal bestemd

---

<sup>219</sup> S. Cornielje, *Fusies en overnames in de btw*, Deventer: kluwer 2016 blz. 249

<sup>220</sup> HvJ EU 26 mei 2005, nr. C-465/03, (Kretztechnik), BNB 2005/313 r.o. 33

<sup>221</sup> HvJ EU 26 mei 2005, C-465/03, (Kretztechnik), BNB 2005/313 r.o. 36

is voor de gehele economische activiteit.<sup>222</sup> Ik deel deze mening met Van Doesum. Volgens Cornielje zijn kosten aan te merken als algemene kosten wanneer de kosten hun oorzaak vinden in de bedrijfsactiviteit. Dit is al het geval wanneer de kosten niet gemaakt waren wanneer de bedrijfsactiviteit niet had bestaan.<sup>223</sup> Ik ben van mening dat de door Cornielje herkende methode erg ruim is, maar wel strookt met de gedachte van het HvJ dat de als zodanig handelende belastingplichtige zoveel mogelijk dient te worden ontlast van de aan hem in rekening gebrachte btw. Door een dergelijke methode toe te passen worden de kosten die gemaakt zijn in het kader van de bedrijfsactiviteit altijd aangemerkt als algemene kosten, indien het geen directe kosten zijn voor de omzetbelasting. Hierdoor ontstaat bij de als zodanig handelende belastingplichtige zo min mogelijk cumulatie van btw, wat in overeenstemming is met de fiscale neutraliteit.

#### 4.3.3 Kosten houden geen verband met de gehele bedrijfsactiviteit

Ondanks de ruime toepassing van het recht op aftrek van voorbelasting is het van belang vast te stellen dat niet altijd recht op aftrek van voorbelasting bestaat voor een belastingplichtige. Zo bestaat geen recht op aftrek van voorbelasting, wanneer het gaat om directe kosten in verband met een vrijgestelde activiteit.<sup>224</sup> Ook wanneer de kosten hun oorzaak niet vinden in de belastingplicht, heeft de belastingplichtige geen recht op aftrek van voorbelasting voor deze kosten. Om deze reden is het mogelijk dat een moeiende houdstermaatschappij geen recht op aftrek van voorbelasting heeft voor de kosten gemaakt in het kader van een niet-economische aandelentransactie.<sup>225</sup> Het arrest van het HvJ in de zaak C&D Foods is hiervan een voorbeeld. Aan de hand van de jurisprudentie van het HvJ zal ik vaststellen onder welke omstandigheden sprake is van kosten die geen verband houden met de gehele bedrijfsactiviteit.

In dit verband is het van belang eerst het arrest van het HvJ in de zaak Becker te bespreken.<sup>226</sup> In deze zaak was belanghebbende, de heer Becker, een belastingplichtig natuurlijk persoon die voor eigen rekening een ondernemingsactiviteit uitoefende en een meerderheidsbelang had in de Duitse A-GmbH. Becker en zijn mede zaakvoerder worden strafrechtelijk vervolgd voor corruptie. De corruptie is aan hun persoonlijk handelen te wijten, maar vond wel plaats in het kader van de onderneming. Becker maakt vervolgens vanwege de strafrechtelijke procedure de nodige advocaatkosten. Becker probeert de btw op de advocaatkosten in aftrek te brengen. De Duitse fiscus is van mening dat voor

---

<sup>222</sup> A.J. van Doesum, *Contractuele samenwerkingsverbanden in de BTW*, Deventer: Kluwer 2009, blz. 251

<sup>223</sup> S. Cornielje, *Fusies en overnames in de btw*, Deventer: kluwer 2016 blz. 250

<sup>224</sup> HvJ EU 6 april 1995, nr. C-04/94, (BLP), FED 1995/495

<sup>225</sup> HvJ EU 8 november 2018, C-502/17 (C&D Foods Acquisition), V-N 2018/62.16

<sup>226</sup> HvJ EU 21 januari 2013, nr. C-104/12 (Wolfram Becker), V-N 2013/17.18

de btw op deze kosten geen recht op aftrek van voorbelasting mogelijk is. De Duitse verwijzende stelt vervolgens prejudiciële vragen over de aftrekbaarheid van de btw op de advocaatkosten. Het HvJ gaat voor het antwoord op de prejudiciële vraag op de inmiddels vertrouwde wijze te werk. Het HvJ brengt eerst in herinnering dat in beginsel een rechtstreeks en onmiddellijk verband moet bestaan tussen de gemaakte kosten en de belastbare handeling. Dit wordt verondersteld als kosten zijn verdisconteerd in de prijs van de latere belaste belastbare handeling.<sup>227</sup> Het HvJ geeft aan dat de belastingplichtige eveneens recht op aftrek van voorbelasting heeft, wanneer de kosten onderdeel zijn van de algemene kosten en als zodanig zijn opgenomen in de prijs van alle producten van belastingplichtige.

Het HvJ dient bij de bepaling van het recht op aftrek van voorbelasting op basis van de objectieve inhoud na te gaan of de kosten in rechtstreeks en onmiddellijk verband staan met de gehele economische activiteit van belastingplichtige.<sup>228</sup> Het HvJ merkt eerst op dat de gemaakte kosten betrekking op de persoonlijke strafrechtelijke vervolging van Becker en daarom geen rechtstreeks en onmiddellijk verband bestaat met de belastbare activiteiten. Vervolgens brengt het HvJ het arrest in de zaak Investrand in herinnering. In dit arrest is geoordeeld dat aangezien Investrand BV niet kon bewijzen dat de kosten zouden zijn uitgebleven wanneer de belaste economische activiteit niet was uitgevoerd, niet kon worden geacht dat dergelijke kosten in rechtstreeks en onmiddellijk verband staan met de gehele economische activiteit.<sup>229</sup> Hieruit volgt a contrario dat bij kosten die niet zouden zijn gemaakt wanneer geen belastbare handeling zou zijn verricht, sprake moet zijn van een rechtstreeks en onmiddellijk verband.<sup>230</sup> Het HvJ merkt zelf op dat de advocaatkosten niet zouden zijn gemaakt als de aan btw onderworpen activiteiten niet waren verricht.<sup>231</sup> Het lijkt mij voor zichzelf spreken dat Becker de corrupte handelingen in de hoedanigheid als directeur niet had verricht als er geen belastbare activiteiten waren, aangezien Becker dan überhaupt geen directeur had kunnen zijn.

Het HvJ oordeelt echter dat een dergelijk causaal verband, geen rechtstreeks en onmiddellijk verband in de zin van eerdere jurisprudentie van het HvJ vormt.<sup>232</sup> Het HvJ stelt vervolgens dat de kosten voor de advocaat volledig buiten de economische activiteit vallen, omdat geen juridische verband bestaat tussen het strafrechtelijk onderzoek en de belastingplichtige, waarvan Becker directeur is. Hieruit volgt naar mijn mening a contrario uit dat wanneer het strafrechtelijke onderzoek voor de corrupte handelingen aan de belastingplichtige was gericht in plaats van aan Becker, de kosten voor de advocaat

---

<sup>227</sup> HvJ EU 21 januari 2013, nr. C-104/12 (Wolfram Becker), V-N 2013/17.18 r.o. 19

<sup>228</sup> HvJ EU 21 januari 2013, nr. C-104/12 (Wolfram Becker), V-N 2013/17.18 r.o. 19

<sup>229</sup> HvJ EU 21 januari 2013, nr. C-104/12 (Wolfram Becker), V-N 2013/17.18 r.o. 26

<sup>230</sup> S. Cornielje, Fusies en overnames in de btw, Deventer: kluwer 2016 blz. 254

<sup>231</sup> HvJ EU 21 januari 2013, nr. C-104/12 (Wolfram Becker), V-N 2013/17.18 r.o. 31

<sup>232</sup> HvJ EU 21 januari 2013, nr. C-104/12 (Wolfram Becker), V-N 2013/17.18 r.o. 31

wel binnen de economische activiteit vallen. Naar mijn mening is een dergelijke redenering van het HvJ in strijd met het juridische neutraliteitsbeginsel, omdat gelijke gevallen hierdoor niet op eenzelfde wijze voor de btw worden behandeld. Het feit dat geen juridisch verband bestaat tussen het strafrechtelijk onderzoek en de belastingplichtige, mag naar mijn mening geen invloed hebben op de btw-behandeling van de advocaatkosten. Zeker gelet op het gegeven dat het HvJ niet belang acht dat naar Duits civielrecht de kosten voor de verdediging gedragen moeten worden door de belastingplichtige. Hieruit volgt namelijk dat het HvJ de juridische vorm niet leidend acht voor het recht op aftrek van voorbelasting. Het HvJ oordeelt uiteindelijk in de zaak Becker dat de kosten voor de advocaat geen rechtstreeks en onmiddellijk verband houden met de gehele activiteit van de onderneming en er daarom geen recht op aftrek van voorbelasting bestaat voor deze kosten.

Cornielje had het logischer gevonden wanneer het HvJ in de zaak Becker de advocaatkosten had aangemerkt als algemene kosten. Volgens hem ligt het namelijk voor de hand dat de advocaatkosten hun oorzaak vinden in de economische activiteit van de onderneming. Aangezien uit de zaak Becker blijkt dat de bestuurder werd vervolgd voor corrupte handelingen die hij had begaan in de hoedanigheid als bestuurder.<sup>233</sup> Ik kan mij in tegenstelling tot Cornielje wel vinden in de uitkomst van het arrest van het HvJ in de zaak Becker. Het komt namelijk op mij over dat de strafbare feiten volledig zijn te wijten aan het persoonlijke ontoelaatbare gedrag van Becker. Het feit dat Becker de misdrijven in de hoedanigheid als bestuurder van de onderneming pleegt, doet hier niets aan af. Naar mijn mening is de weg die het HvJ bewandelt richting het niet toekennen van recht op aftrek van voorbelasting wel ongelukkig. Het was in mijn optiek logischer geweest het recht op aftrek van voorbelasting te weigeren, omdat de ondernemer de advocaatkosten in de hoedanigheid van de particuliere consument afneemt. Nu begeeft het HvJ zich op glad ijs door te stellen dat een causaal verband, zoals in de zaak Becker, geen rechtstreeks en onmiddellijk verband in de zin van de eerdere jurisprudentie vormt. Het komt op mij over dat het HvJ met dit arrest de zeer bruikbare toets, dat kosten aan te merken zijn als algemene kosten wanneer de kosten hun oorzaak vinden in de bedrijfsactiviteit, ondermijnt. Het arrest van het HvJ heeft dan ook veel weg van een doelredenering, aangezien het HvJ koste wat het kost geen recht op aftrek van voorbelasting wil toestaan voor kosten gemaakt in het kader van een strafrechtelijke vervolging.

Verder benadrukt het HvJ door middel van dit arrest dat kosten slechts als algemene kosten kunnen worden aangemerkt als zij hun oorzaak vinden in de algehele economische activiteit. Een causaal verband tussen de gemaakte kosten en de algehele economische activiteit voldoet niet. Er moet aan

---

<sup>233</sup> S. Cornielje, *Fusies en overnames in de btw*, Deventer: kluwer 2016 blz. 254

de hand van de objectieve inhoud van kosten worden beoordeeld of de kosten hun rechtstreekse onmiddellijke oorzaak vinden in de gehele economische activiteit. Om deze reden moet per situatie een feitelijke afweging worden gemaakt of de kosten zijn aan te merken als algemene kosten. Wel dient in mijn ogen te worden opgemerkt dat het in de zaak Becker om een zeer specifieke situatie gaat.

#### 4.3.4 Kosten vinden voor een gedeelte hun oorzaak in de bedrijfsactiviteit

In bovenstaande zijn de situaties behandeld dat de gehele kosten hun oorzaak niet of wel vinden in de economische activiteit van de belastingplichtige. Echter, bestaat ook de mogelijkheid dat de gemaakte kosten hun oorzaak gedeeltelijk vinden in de economische activiteit. De Btw-richtlijn voorziet in een dergelijke situatie niet op welke wijze het recht op aftrek van voorbelasting moet worden berekend. Het is daarom van belang om aan de hand van de jurisprudentie te onderzoeken in hoeverre de belastingplichtige voor de btw op de kosten die hun oorzaak gedeeltelijk vinden in de bedrijfsactiviteit recht op aftrek van voorbelasting heeft. Het arrest van het HvJ in de zaak *Securenta* is hierbij van belang.<sup>234</sup> De belanghebbende in de zaak, *Securenta*, heeft als activiteiten de aankoop, verkoop en het beheer van deelnemingen, effecten en onroerende zaken.<sup>235</sup> *Securenta* heeft voor deze activiteiten kapitaal nodig en trekt kapitaal aan door middel van de uitgifte van aandelen en atypische stille deelnemingen. *Securenta* probeert de btw op de kosten die in het kader van de aandelenuitgifte worden gemaakt in aftrek te brengen. Echter, is de Duitse fiscus van mening dat de btw op de kosten niet in aftrek kan worden gebracht. De Duitse verwijzende rechter vraagt zich af hoe het recht op aftrek van voorbelasting moet worden vastgesteld. De Duitse verwijzende rechter merkt de vastgoedactiviteiten aan als de ondernemingsactiviteiten van *Securenta*, de handelingen omtrent de deelnemingen en effecten worden aangemerkt als de niet-ondernemingsactiviteiten. De verwijzende rechter stelt het HvJ een prejudiciële vraag, in hoeverre recht op aftrek van voorbelasting bestaat voor kosten die worden gemaakt in het kader van de uitgifte van aandelen en atypische deelnemingen.

Het HvJ herformuleert eerst de prejudiciële vraag, voordat zij overgaat tot de beantwoording van de vraag. Volgens het HvJ wenst de verwijzende rechter te vernemen hoe het recht op aftrek van voorbelasting moet worden bepaald, wanneer een belastingplichtige de kosten zowel in het kader van de economische als niet-economische activiteiten maakt.<sup>236</sup> Het HvJ merkt op dat alleen recht op aftrek van voorbelasting kan bestaan voor btw op kosten die zijn verdisconteerd in de prijs van een belastbare handeling in een later stadium.<sup>237</sup> Hierdoor bestaat volgens het HvJ slechts recht op aftrek

---

<sup>234</sup> HvJ EG 13 maart 2008, nr. C-437/06 (*Securenta*), V-N 2008/14.20

<sup>235</sup> HvJ EG 13 maart 2008, nr. C-437/06 (*Securenta*), V-N 2008/14.20

<sup>236</sup> HvJ EG 13 maart 2008, nr. C-437/06 (*Securenta*), V-N 2008/14.20, r.o. 23

<sup>237</sup> HvJ EG 13 maart 2008, nr. C-437/06 (*Securenta*), V-N 2008/14.20, r.o. 27

van voorbelasting voor btw op de gemaakte kosten, wanneer het verworven kapitaal bestemd is voor de economische activiteiten van belastingplichtige.<sup>238</sup> Aangezien het kapitaal zowel bestemd was voor de economische activiteiten als voor de niet-economische activiteiten van Securenta, is de btw op de kosten die in het kader van de aandelenuitgifte werden gemaakt slechts aftrekbaar voor zover deze kosten kunnen worden toegerekend aan de economische activiteiten.<sup>239</sup> Het HvJ merkt op dat de Btw-richtlijn geen regeling bevat over de methoden die lidstaten moeten toepassen bij het berekenen van het recht op aftrek van voorbelasting in een dergelijk geval. Het staat de lidstaten daarom vrij, met eerbiediging van de beginselen van de btw, een methode vast te stellen die kan worden gebruikt als verdeelsleutel.

Cornielje is van mening dat dit arrest van het HvJ in grote mate wordt gestuurd door de prejudiciële vragen van de verwijzende rechter.<sup>240</sup> De verwijzende rechter stelt dat Securenta zowel ondernemingsactiviteiten als niet-ondernemingsactiviteiten verricht. Het HvJ maakt vervolgens door middel van de herformulering van de prejudiciële vraag hiervan dat Securenta economische en niet-economische activiteiten verricht. Volgens Cornielje is het hierdoor onmogelijk voor het HvJ om alle gemaakte kosten nog aan te merken als algemene kosten. Omdat alle kosten hun uitsluitende oorzaak niet kunnen vinden in de economische activiteit, aangezien de opbrengst van de aandelenuitgifte wordt gebruikt voor zowel economische als niet-economische activiteiten. In de zaak Securenta bestond de mogelijkheid dat de niet-ondernemingsactiviteiten, de activiteiten in deelnemingen en effecten, economisch gezien in verband staan met de vastgoedactiviteiten.<sup>241</sup>

Ondanks dat een andere formulering van de prejudiciële vraag wellicht tot een andere uitkomst had geleid, ben ik van mening dat het arrest van het HvJ in de zaak Securenta juist is. In het geval het niet mogelijk is de kosten rechtstreeks toe te rekenen aan ofwel de niet-economische activiteiten ofwel de economische activiteiten, biedt een verdeelsleutel zoals bedoeld in het arrest van het HvJ in de zaak Securenta uitkomst. Op basis van dit arrest wordt het recht op aftrek van voorbelasting namelijk bepaald aan de hand van een verdeelsleutel die de verhouding tussen enerzijds niet-economische activiteiten en anderzijds economische activiteiten weergeeft, deze breuk wordt de *pre pro rata* berekening genoemd. Het gebruik van een *pre pro rata* berekening bij het vaststellen van de mate van recht op aftrek van voorbelasting, indien de kosten zowel voor economische als niet-economische

---

<sup>238</sup> HvJ EG 13 maart 2008, nr. C-437/06 (Securenta), V-N 2008/14.20, r.o. 28

<sup>239</sup> HvJ EG 13 maart 2008, nr. C-437/06 (Securenta), V-N 2008/14.20, r.o. 31

<sup>240</sup> S. Cornielje, Fusies en overnames in de btw, Deventer: kluwer 2016 blz. 255

<sup>241</sup> S. Cornielje, Fusies en overnames in de btw, Deventer: kluwer 2016 blz. 255

activiteiten worden gebruikt, geeft naar mijn mening een goede indicatie van hoe de kosten worden gebruikt. Hierdoor sluit de mate van recht op aftrek van voorbelasting aan bij de economische realiteit.

Het is mogelijk dat de *pre pro rata* van toepassing is op kosten gemaakt in het kader van een aandelentransactie. De volgende situaties kan zich in mijn ogen namelijk voordoen: Een moeiende houdstermaatschappij binnen een groep verkoopt aandelen van de dochtermaatschappij, waarin zij moeit. De houdstermaatschappij gebruikt vervolgens de opbrengst van de aandelenverkoop voor een gedeelte voor de economische activiteit van de groep waarvan zij onderdeel uitmaakt en voor een gedeelte voor het terugbetalen van een schuld aan de bank. Met het oog op rechtsoverweging 36 van het arrest van het HvJ in de zaak C&D Foods, moet de aandelenverkoop in een dergelijk geval voor een deel als economische activiteit en voor een deel als niet-economische activiteit worden aangemerkt.<sup>242</sup> Om de mate van recht op aftrek van voorbelasting voor de verkoopkosten, die zijn gemaakt in het kader van de aandelentransactie, te berekenen moet dan een *pre pro rata* berekening worden toegepast.

#### 4.4 Deelconclusie

Uit de jurisprudentie van het HvJ volgt dat een aandelentransactie door een moeiende houdstermaatschappij slechts in twee gevallen als economische activiteit kan worden aangemerkt: (i) Als de aandelentransactie haar uitsluitende directe oorzaak heeft in de belaste activiteit van de houdstermaatschappij; of (ii) als de aandelentransactie het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk vormt van de belaste activiteit van de houdstermaatschappij. Het HvJ oordeelde in haar arrest in de zaak C&D Foods dat niet aan één van deze twee vereisten kan worden voldaan, als de opbrengst van de aandelentransactie niet dient ter financiering van de economische activiteit. Hiermee stelt het HvJ in de zaak C&D Foods een extra eis om de aandelenverkoop van de moeiende houdstermaatschappij aan te merken als economische activiteit. Namelijk dat de aandelentransactie rechtstreeks moet samenhangen met de organisatie van de activiteit van de groep. Op basis van deze extra eis moet nu ook naar het oogmerk van de aandelentransactie worden gekeken, om vast te stellen of sprake is van een economische activiteit.

Het aanmerken van de aandelentransactie als een niet-economische activiteit heeft gevolgen voor het recht op aftrek van voorbelasting voor de btw van belastingplichtige. In dergelijke gevallen hebben namelijk de kosten in verband met de aandelentransactie niet rechtstreeks betrekking op de economische activiteit van belastingplichtige. De kosten die niet rechtstreeks betrekking hebben op

---

<sup>242</sup> HvJ EU 8 november 2018, C-502/17 (C&D Foods Acquisition), V-N 2018/62.16, r.o. 36



de economische activiteit zijn onder te verdelen in de volgende drie soorten: (i) De kosten houden verband met de gehele bedrijfsactiviteit; (ii) de kosten houden geen verband met de gehele bedrijfsactiviteit; en (iii) de kosten vinden voor een gedeelte hun oorzaak in de bedrijfsactiviteit.

Wanneer de kosten verband houden met de gehele bedrijfsactiviteit, moeten de kosten volgens het HvJ in rechtstreeks en onmiddellijk verband staan met de gehele bedrijfsactiviteit. De kosten worden dan aangemerkt als algemene kosten, waarvoor de belastingplichtige recht op aftrek van voorbelasting heeft op basis van zijn pro rata berekening. Uit het arrest van het HvJ in de zaak Kretztechnik volgt dat het HvJ niet zozeer waarde hecht aan de toets of kosten zijn verdisconteerd in de prijs van al de producten, maar meer waarde hecht aan de toets of de handeling rechtstreek en onmiddellijk samenhangt met de gehele bedrijfsactiviteit. Hieruit volgt dat om te beoordelen of een rechtstreekse en onmiddellijke samenhang met de gehele economische activiteit bestaat, het volgens het HvJ van belang is of het verworven kapitaal bestemd is voor de gehele economische activiteit.

In het arrest van het HvJ in de zaak Becker is geoordeeld dat een causaal verband tussen de kosten en de gehele bedrijfsactiviteit geen rechtstreeks en onmiddellijk verband hoeft te zijn. Hierdoor bestaat voor dergelijke kosten geen recht op aftrek van voorbelasting. Er moet aan de hand van de objectieve inhoud van kosten worden beoordeeld of de kosten hun rechtstreekse onmiddellijke oorzaak vinden in de gehele economische activiteit. Om deze reden moet per situatie een feitelijke afweging worden gemaakt of de kosten zijn aan te merken als algemene kosten.

Wanneer bij een aandelenuitgifte het verworven kapitaal zowel bestemd is voor de economische als niet-economische activiteiten van belastingplichtige, is de btw op de kosten die in het kader van de aandelenuitgifte worden gemaakt slechts aftrekbaar voor zover deze kosten kunnen worden toegerekend aan de economische activiteiten. Dit volgt uit het arrest van het HvJ in de zaak Securenta. Op basis van dit arrest wordt het recht op aftrek van voorbelasting namelijk bepaald aan de hand van een verdeelsleutel die de verhouding tussen enerzijds economische activiteiten en anderzijds niet-economische activiteiten weergeeft, deze breuk wordt de *pre pro rata* berekening genoemd. De door het HvJ geïntroduceerde *pre pro rata* heeft geen verdere Unierechtelijke invulling. Het staat de lidstaten daarom vrij, met eerbiediging van de beginselen van de btw, een methode vast te stellen die kan worden gebruikt als verdeelsleutel. Het is mogelijk dat de *pre pro rata* van toepassing is op kosten gemaakt in het kader van een aandelentransactie, wanneer de aandelentransactie voor een deel als economische activiteit en voor een deel als niet-economische activiteit wordt aangemerkt.

## Hoofdstuk 5 De geruisloze overgang

### 5.1 Inleiding

In de vorige hoofdstukken is uiteengezet onder welke voorwaarden een aandelentransactie door een houdstermaatschappij kwalificeert als een economische activiteit of als een niet-economische activiteit. Verder zijn voor zowel de economische als niet-economische aandelentransactie de gevolgen voor het recht op aftrek van voorbelasting van de houdstermaatschappij behandeld. Het HvJ geeft in haar arrest in de zaak AB SKF de mogelijkheid dat de verkoop van een deelneming die wordt aangemerkt als een economische activiteit, kan worden beschouwd als een overgang van een algemeenheid van goederen, zoals bedoeld in artikel 19 Btw-richtlijn. In dat geval is sprake van een geruisloze overgang en is het niet-leveringsbeginsel op de verkoop van de deelneming van toepassing. De toepassing van de geruisloze overgang op de verkoop van een deelneming heeft als uitwerking dat de verkoop buiten de reikwijdte van de btw valt.

In dit hoofdstuk wordt de toepassing van de overdracht van een algemeenheid van goederen op een aandelentransactie behandeld. Eerst zullen de kenmerken van de bepaling uit artikel 19 Btw-richtlijn worden besproken. Vervolgens zal worden bepaald wanneer de overdracht van een algemeenheid van goederen van toepassing is op een aandelentransactie. Tot slot zal worden uiteengezet wat de invloed is op het recht op aftrek van voorbelasting van het toepassen van artikel 19 Btw-richtlijn op een aandelenverkoop.

### 5.2 Kenmerken van artikel 19 Btw-richtlijn

#### 5.2.1 Algemeen

De faciliteit in artikel 19 Btw-richtlijn is van toepassing op de overgang van een algemeenheid van goederen. Artikel 29 Btw-richtlijn bepaalt dat de faciliteit in artikel 19 Btw-richtlijn ook van toepassing is op diensten.<sup>243</sup> Zowel artikel 19 als 29 Btw-richtlijn zijn *kan-bepalingen*.<sup>244</sup> Dit betekent dat de lidstaten onafhankelijk van elkaar de keuze hebben de bepalingen te implementeren. Nederland heeft er voor gekozen beide bepalingen gezamenlijk op te nemen als één bepaling in artikel 37d Wet OB 1968. Artikel 37d Wet OB 1968 heeft als uitwerking dat wanneer een algemeenheid van goederen overgaat, bij fictie geen levering van goederen plaatsvindt en dat degene op wie de goederen overgaan in de plaats treedt van de overdrager. Door het toepassen deze faciliteit vindt bij fictie geen levering plaats voor de btw, om deze reden hoeft geen btw te worden voldaan over het bedrag dat wordt

---

<sup>243</sup> Wanneer in dit onderzoek artikel 19 Btw-richtlijn wordt genoemd, worden artikel 19 en 29 Btw-richtlijn bedoeld.

<sup>244</sup> M.E. van Hilten en H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, Deventer: Kluwer 2012, blz. 152

betaald voor de overgedragen algemeenheid van goederen. Deze overgang wordt daarom de geruisloze overgang genoemd.

Verder is het van belang te benoemen dat artikel 37d Wet OB 1968 van rechtswege geldt.<sup>245</sup> Dit houdt in dat wanneer wordt voldaan aan de criteria voor een overgang van een algemeenheid van goederen, de belastingplichtige geen keuze heeft de faciliteit al dan niet toe te passen.

### 5.2.2 Doel van de geruisloze overgang

Uit de toelichting op het voorstel voor de Zesde Richtlijn, de voorganger van de huidige Btw-richtlijn, kunnen de doelen van de geruisloze overgang worden gehaald.<sup>246</sup> Uit deze toelichting blijkt dat de Europese wetgever de geruisloze overgang heeft geïntroduceerd ter wille van: (i) eenvoud bij bedrijfsoverdrachten; en (ii) de financiële positie van betrokken partijen niet te zwaar te belasten. (i) Wanneer bij een bedrijfsoverdracht de goederen en diensten onder verschillende btw-tarieven<sup>247</sup> vallen, moeten alle goederen en diensten afzonderlijk worden gewaardeerd om tot de juiste heffing van btw te komen.<sup>248</sup> Door het toepassen van de geruisloze overgang is dit niet nodig. Cornielje stelt tegenover de waarderingsproblematiek dat het verre van eenvoudig is om te bepalen of de geruisloze overgang van toepassing is. Als gevolg hiervan is het mogelijk dat uiteindelijk blijkt dat de overdrager ten onrechte de geruisloze overgang wel of niet heeft toegepast.<sup>249</sup> In een dergelijk geval is de bedrijfsoverdracht door het bestaan van de geruisloze overgang verre van eenvoudiger geworden. Naar mijn mening is het echter, uitzonderingen daargelaten, eenvoudiger om vast te stellen of de geruisloze overgang van toepassing is, dan om alle goederen en diensten afzonderlijk te waarderen. (ii) Door toepassing van de geruisloze overgang wordt geen btw in rekening gebracht over de vergoeding voor het verkrijgen van de algemeenheid van goederen. Wanneer de verkrijgende partij geen of beperkt recht op aftrek van voorbelasting heeft, is dit vanzelfsprekend een financieel voordeel voor beide partijen.<sup>250</sup> Wanneer de verkrijgende partij wel volledig recht op aftrek van voorbelasting heeft, kan worden gesteld dat het niet hoeven voorfinancieren van de in latere instantie aftrekbare btw een financieel voordeel geeft.

---

<sup>245</sup> A.J. van Doesum & G.J. van Norden, *Bedrijfsoverdrachten en omzetbelasting*, WPNR 2007/6695

<sup>246</sup> Toelichting op het voorstel voor een Zesde Richtlijn, V-N 1973, blz. 753, nr. 18A.

<sup>247</sup> Namelijk vrijgesteld, laag btw-tarief of hoog btw-tarief

<sup>248</sup> Conclusie van A-G Jacobs, C-497-01 (Zita Modes), V-N 2003/61

<sup>249</sup> S. Cornielje, *Fusies en overnames in de btw*, Deventer: Kluwer 2016, Blz. 92

<sup>250</sup> De verkrijgende partij zal in een dergelijk geval immers een deel van de niet aftrekbare btw afwentelen op de verkopende partij.

Naast deze twee door de wetgever beoogde voordelen van de geruisloze overgang is er ook een bijkomend voordeel voor de fiscus. Wanneer de geruisloze overgang wordt toegepast, hoeft een insolvente onderneming namelijk geen btw in rekening te brengen. Om deze reden kan het scenario niet plaatsvinden dat de verkopende insolvente onderneming de btw in rekening brengt zonder dat zij de mogelijkheid heeft de btw te voldoen, terwijl de overnemende onderneming de btw wel in aftrek brengt.<sup>251</sup>

### 5.3 Uitwerking geruisloze overgang

De toepassing van de geruisloze overgang bewerkstelligt dat de belastingplichtige die de algemeenheid van goederen overneemt in de plaats treedt van de overdrager. Dit houdt in dat de rechten en plichten van de overdragende partij voor de btw overgaan op de overnemende partij.<sup>252</sup> Een belangrijk aandachtspunt voor de overnemende partij in het kader van de indeplaatstreding, is dat de herzieningsperiodes die van toepassing waren op de overdragende partij worden overgenomen.<sup>253</sup> Om deze reden loopt de herzieningstermijn van de overdragende partij door bij de overnemende partij en begint geen nieuwe herzieningstermijn. Zonder toepassing van het niet-leveringsbeginsel, had de overdragende partij eventueel moeten herzien.

Het gegeven dat de rechten en plichten overgaan op de overnemende partij betekent echter niet dat de btw-schulden van de overdragende partij ook overgaan.<sup>254</sup> Uit artikel 8 lid 1 Uitvoeringsbeschikking Wet OB 1968 volgt dat de overdragende partij niet kan worden aangesproken voor belastingschulden die ontstaan na de toepassing van de geruisloze overgang. Cornielje stelt dat ook vaststellingsovereenkomsten van de overdragende partij met de belastingdienst in beginsel niet mee overgaan naar de verkrijgende partij. Wanneer de overdragende partij zijn fiscaal handelen baseert op dergelijke vaststellingsovereenkomsten, is het aan de overnemende partij uit te zoeken in hoeverre deze van toepassing zijn op hem.<sup>255</sup> In mijn ogen is een vaststellingsovereenkomst, zoals bedoeld in artikel 7:900 Burgerlijk Wetboek, slechts bindend voor de partijen die de vaststellingsovereenkomst hebben gesloten. In dit geval tussen de overdragende partij en de Belastingdienst. Aan de vaststellingsovereenkomst kan door andere belastingplichtigen geen gerechtvaardigd vertrouwen worden ontleend. Dit geldt ook voor de overnemende partij. Verder geldt een

---

<sup>251</sup> Conclusie van A-G Jacobs, C-497-01 (Zita Modes), V-N 2003/61

<sup>252</sup> M.E. van Hilten en H.W.M. van Kesteren, Omzetbelasting, Deventer: Kluwer 2012, blz. 154

<sup>253</sup> Hoge Raad 29 november 2000, nr. 35 765, V-N 2000/54.25

<sup>254</sup> M.E. van Hilten en H.W.M. van Kesteren, Omzetbelasting, Deventer: Kluwer 2012, blz. 154

<sup>255</sup> S. Cornielje, Fusies en overnames in de btw, Deventer: kluwer 2016, Blz. 108

vaststellingsovereenkomst niet meer na het wijzigen van relevante feiten.<sup>256</sup> Een overgang van een algemeenheid van goederen is in mijn ogen een wijziging van een relevant feit.

## 5.4. Toepassing van de geruisloze overgang

### 5.4.1 Algemeen

De geruisloze overgang is van toepassing op een overgang van het geheel of een gedeelte van een algemeenheid van goederen. Echter, wordt in zowel de Btw-richtlijn als de Nederlandse Wet OB 1968 geen definitie van het begrip *algemeenheid van goederen* gegeven. In het arrest van het HvJ in de zaak Zita Modes brengt het HvJ eerst het doel van het niet-leveringsbeginsel in herinnering en geeft vervolgens aanwijzingen over de reikwijdte.<sup>257</sup> In de zaak Zita Modes was geen sprake van een aandelentransactie, maar van een activa-passiva transactie. Uit het arrest van het HvJ in de zaak Zita Modes blijkt dat aan een vijftal cumulatieve eisen moet worden voldaan, wil sprake zijn van een overgang van het geheel of een gedeelte van een algemeenheid van goederen.<sup>258</sup> Uit het arrest kan worden ontleend dat het moet gaan om de overgang van: (i) een handelszaak of autonoom bedrijfsonderdeel; (ii) met lichamelijk en eventueel onlichamelijke zaken; (iii) welke tezamen een onderneming of gedeelte van een onderneming vormen; (iv) waarmee een autonome economische activiteit kan worden uitgeoefend; en (v) de verkrijgende partij het voornemen heeft om het verkregen geheel of deel van de algemeenheid van goederen voort te zetten.

### 5.4.2 Toepassing van de geruisloze overgang bij een aandelentransactie

#### **AB SKF**

In het arrest van het HvJ in de zaak AB SKF oordeelt het HvJ dat de mogelijkheid bestaat dat de verkoop van een deelneming door een tegen vergoeding moeiende houdstermaatschappij kan worden aangemerkt als een overgang van een algemeenheid van goederen, zoals bedoeld in artikel 19 Btw-richtlijn. Het HvJ gaat in op de geruisloze overgang, ondanks dat de verwijzende rechter in de zaak AB SKF geen prejudiciële vraag hierover heeft gesteld. Zoals reeds in dit onderzoek besproken, merkt het HvJ in haar arrest in de zaak AB SKF de aandelenverkoop door de tegen vergoeding moeiende houdstermaatschappij aan als een economische activiteit.

Het HvJ geeft in haar arrest in de zaak AB SKF aan dat de Europese Commissie van mening is dat de aandelentransactie kan worden gelijkgesteld met een overgang van een algemeenheid van goederen. De Europese Commissie is namelijk van mening dat de verkoop van alle activa van een vennootschap functioneel overeenkomt met de verkoop van alle aandelen.<sup>259</sup> Vervolgens brengt het HvJ de vijf

---

<sup>256</sup> E.C.G. Ockhuizen, Hoofdzaken formeel belastingrecht, Den Haag: Boom fiscale uitgevers 2012, blz. 165

<sup>257</sup> HvJ EU 27 november 2003, C-497/01 (Zita Modes), V-N 2003/61.18

<sup>258</sup> HvJ EU 27 november 2003, C-497/01 (Zita Modes), V-N 2003/61.18, r.o. 40

<sup>259</sup> HvJ EG 29 oktober 2009, nr. C-29/08, (AB SKF), BNB 2010/251, r.o. 35

cumulatieve vereisten in herinnering voor toepassing van de geruisloze overgang, die volgden uit haar arrest in de zaak Zita Modes.<sup>260</sup> Het HvJ oordeelt uiteindelijk dat aan de hand van het ingediende dossier niet valt na te gaan of de verkoop van de aandelen de volledige of gedeeltelijke overdracht van de activa van de dochtermaatschappij tot gevolg heeft gehad.<sup>261</sup> Het HvJ kan dit in mijn ogen niet beoordelen, omdat in de zaak AB SKF de aandelenoverdracht uiteindelijk niet daadwerkelijk heeft plaats gevonden. Omdat het HvJ aangeeft dat onderzocht moet worden of aan de cumulatieve criteria van een algemeenheid van goederen wordt voldaan, sluit het HvJ in mijn ogen het toepassen van de geruisloze overgang bij een aandelenoverdracht niet uit. Hiermee introduceert het HvJ in haar arrest in de zaak AB SKF een zekere fiscale transparantie, waardoor een aandelenoverdracht gelijk kan worden gesteld aan een activa-passiva transactie.<sup>262</sup> Door toepassing van een dergelijke fiscale transparantie bestaat de mogelijkheid voor het toepassen van de geruisloze overgang op een aandelenoverdracht.

Volgens Cornielje is het houden van aandelen juridisch gezien niet hetzelfde als het houden van activa. Daarom kan volgens hem de verkoop van aandelen niet leiden tot de overdracht van de activa van die onderneming.<sup>263</sup> Volgens Cornielje ligt dus een onjuist juridisch uitgangspunt ten grondslag aan de door HvJ geïntroduceerde fiscale transparantie. Het aangedragen argument van Cornielje dat het houden van aandelen juridisch niet hetzelfde is als het houden van activa klopt natuurlijk. Ik ben alleen van mening dat dit argument weinig hout snijdt. Het juridische verschil is namelijk precies de reden waarom het HvJ een dergelijke fiscale transparantie introduceert. Naar mijn mening wil het HvJ met de introductie van de fiscale transparantie in de btw naar een situatie die beter de economische werkelijkheid presenteert, een zogeheten *substance over form* benadering.

Van Norden is van mening dat het HvJ met de mogelijkheid om de aandelenoverdracht aan te merken als een overgang van een algemeenheid van goederen de werkingssfeer van artikel 19 Btw-richtlijn oprekt.<sup>264</sup> Volgens Van Norden is het toepassen van de geruisloze overgang op een aandelenoverdracht niet in lijn met de ratio van de regeling. Aangezien toepassing van de geruisloze overgang op een aandelenoverdracht niet nodig is om een financieringsnadeel bij de verkrijgende partij te voorkomen.<sup>265</sup> De verkoop van aandelen is immers een van btw vrijgestelde handeling. Verder is de van btw vrijgestelde verkoop van aandelen een voor de btw gezien eenvoudige transactie. Om deze reden is het volgens Van Norden niet noodzakelijk de transactie verder te vereenvoudigen. Ik ben net als Van

---

<sup>260</sup> HvJ EG 29 oktober 2009, C-29/08, (AB SKF), BNB 2010/251, r.o. 37

<sup>261</sup> HvJ EG 29 oktober 2009, C-29/08, (AB SKF), BNB 2010/251, r.o. 38

<sup>262</sup> S. Cornielje, Fusies en overnames in de btw, Deventer: kluwer 2016, Blz. 233

<sup>263</sup> S. Cornielje, Fusies en overnames in de btw, Deventer: kluwer 2016, Blz. 232

<sup>264</sup> G.J. van Norden, Geen paradox maar een echte tegenstelling in de btw: strikter en ruimer, WFR 2010/684

<sup>265</sup> G.J. van Norden, Geen paradox maar een echte tegenstelling in de btw: strikter en ruimer, WFR 2010/684

Norden van mening dat, gelet op de ratio van artikel 19 Btw-richtlijn, het niet noodzakelijk is de geruisloze overgang op een aandelentransactie toe te passen.

De door het HvJ in haar arrest in de zaak AB SKF voorgestelde fiscale transparantie, is niet bekend in de btw. Ondanks dat het toepassen van de geruisloze overgang op een aandelentransactie niet in lijn is met de ratio van artikel 19 Btw-richtlijn en de fiscale transparantie geen houvast vindt in de btw, ben ik van mening dat de door het HvJ geïntroduceerde fiscale transparantie zeker een bruikbaar middel is. Omdat een dergelijke benadering onder bepaalde omstandigheden in overeenstemming is met de economische realiteit. Bijvoorbeeld bij de verkoop van 100% van de aandelen in een deelneming sluit toepassing van de fiscale neutraliteit aan bij de economische realiteit. In een dergelijk geval vertegenwoordigen de aandelen namelijk alle activa van de onderneming.

### **X BV**

In de zaak X BV houdt belanghebbende, de houdstermaatschappij X BV, 30% van de aandelen in A BV.<sup>266</sup> De overige aandelen in A BV worden gehouden door B Holding BV, X1 BV Beheer BV en C BV. Al deze vennootschappen verrichten moeiende activiteiten tegen vergoeding aan A BV. X BV en de overige aandeelhouders hebben hun aandelen in A BV verkocht aan D Plc. Als gevolg van deze verkoop zijn de moeiactiviteiten in A BV gestaakt. In het kader van de aandelenverkoop door X BV heeft de Hoge Raad prejudiciële vragen gesteld over de mogelijke toepassing van de geruisloze overgang, zoals bedoeld in artikel 19 Btw-richtlijn. De Hoge Raad vraagt aan het HvJ of de aandelenoverdracht in een dergelijk geval kan worden gelijkgesteld met de overgang van een algemeenheid van goederen.

Het HvJ brengt in de zaak X BV eerst in herinnering dat zij in haar arrest in de zaak AB SKF niet heeft uitgesloten dat een overdracht van een 100%-deelneming kan worden gelijkgesteld aan de overgang van een algemeenheid van goederen, indien een dergelijke overdracht de volledige of gedeeltelijke overdracht van activa tot gevolg heeft.<sup>267</sup> Het HvJ geeft vervolgens aan dat slechts sprake kan zijn van een overgang van een algemeenheid van goederen, indien met het overgedragen gedeelte een economische activiteit kan worden voortgezet en deze activiteit door de verkrijgende partij wordt voortgezet. Volgens het HvJ is het niet mogelijk om met een aandelentransactie die geen overdracht van activa met zich meebrengt een economische activiteit voort te zetten.<sup>268</sup> Het HvJ betoogt dat de aandeelhouders geen eigenaar zijn van de activa van de deelneming, maar slechts eigenaar zijn van hun deelneming. Een aandelenoverdracht op zichzelf kwalificeert daarom niet als de overdracht van

---

<sup>266</sup> HvJ EU 30 mei 2013, C-651/11 (X BV), NTFR 2013/1293

<sup>267</sup> HvJ EU 30 mei 2013, C-651/11 (X BV), NTFR 2013/1293, r.o. 33

<sup>268</sup> HvJ EU 30 mei 2013, C-651/11 (X BV), NTFR 2013/1293, r.o. 38

een algemeenheid van goederen. Hieruit volgt dat de overdracht van 30% van de aandelen in de deelneming niet kan worden gezien als een overgang van een algemeenheid van goederen.<sup>269</sup>

Het gegeven dat het HvJ het van belang acht dat slechts 30% van de aandelen in de deelneming wordt overgedragen, komt naar mijn mening omdat het HvJ door de aandelen heen kijkt op basis van de in het arrest in de zaak AB SKF geïntroduceerde fiscale transparantie. Toepassing van de fiscale transparantie heeft blijkbaar voor het HvJ als uitwerking dat een 30%-deelneming een evenredig deel van de activa van de deelneming vertegenwoordigt. Dit heeft als gevolg dat ondanks dat door de aandelen heen wordt gekeken, niet met zekerheid kan worden gesteld dat aan de vijf cumulatieve eisen voor een overgang van een algemeenheid van goederen uit het arrest in de zaak Zita Modes wordt voldaan. Er kan bijvoorbeeld niet worden bepaald of het met de 30%-deelneming mogelijk is een autonome economische activiteit uit te oefenen. Om deze reden ben ik van mening dat het HvJ de aandelentransactie waarschijnlijk wel had aangemerkt als overgang van een algemeenheid van goederen, indien een 100%-deelneming was verkocht.

Vervolgens gaat het HvJ in haar arrest in de zaak X BV in op de prejudiciële vraag van de Hoge Raad of het van belang is voor het toepassen van de geruisloze overgang op de aandelentransactie, indien alle aandeelhouders tegelijkertijd hun deelnemingen aan dezelfde koper verkopen waardoor de verkrijgende partij een 100%-deelneming verkrijgt. Het HvJ oordeelt dat de overdracht aan één persoon door meerdere aandeelhouders niet kan worden gelijkgesteld met de overdracht van een algemeenheid van goederen.<sup>270</sup> Naar mijn mening is dit oordeel van het HvJ dat de drie overdrachten gezamenlijk niet kunnen kwalificeren als één overdracht van een algemeenheid van goederen juist.

Tot slot behandelt het HvJ of het van belang is voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een algemeenheid van goederen dat de overdracht van de 30%-deelneming nauw samenhangt met de moeiactiviteiten die door de overdragende partij zijn verricht voor de deelneming.<sup>271</sup> Het HvJ oordeelt dat een dergelijke situatie relevant is, wanneer de overdracht van de deelneming nauw samenhangt met de beëindiging van de moeiactiviteiten. Vervolgens stelt het HvJ dat wanneer de moeiactiviteiten een zelfstandig onderdeel vormen van de onderneming en een vergoeding wordt betaald die losstaat van de prijs van de aandelen, de geruisloze overgang van toepassing kan zijn op dit zelfstandige onderdeel.<sup>272</sup> Hieruit volgt dat de houdstervennootschap zijn moeiactiviteiten geruisloos kan

---

<sup>269</sup> HvJ EU 30 mei 2013, C-651/11 (X BV), NTFR 2013/1293, r.o. 40

<sup>270</sup> HvJ EU 30 mei 2013, C-651/11 (X BV), NTFR 2013/1293, r.o. 51

<sup>271</sup> HvJ EU 30 mei 2013, C-651/11 (X BV), NTFR 2013/1293, r.o. 52

<sup>272</sup> HvJ EU 30 mei 2013, C-651/11 (X BV), NTFR 2013/1293, r.o. 53



overdragen, zonder dat de geruisloze overgang van toepassing is op de deelneming waarin wordt gemoeid. Het HvJ geeft hier aan dat de moeiactiviteiten en het houden van aandelen twee verschillende ondernemingen kunnen zijn.<sup>273</sup> Volgens Blokland moet dit haast wel een *slip of the pen* zijn van het HvJ. Omdat uit eerdere jurisprudentie van het HvJ volgt dat het enkel houden van aandelen op zichzelf geen economische activiteit is en dus het enkel houden van aandelen geen onderneming voor de btw vormt. Ik ben het met Blokland eens dat het niet mogelijk is dat slechts het houden van aandelen een economische activiteit vormt voor de btw. Wel ben ik van mening dat het HvJ door middel van deze overweging aangeeft dat het mogelijk is slechts de moeiactiviteiten door middel van de geruisloze overgang over te dragen, zonder dat de geruisloze overgang van toepassing is op de aandelenoverdracht. De onderneming met de managementactiviteiten van de houdstermaatschappij kan dus met toepassing van de geruisloze overgang worden overgenomen door een andere maatschappij. Cornielje kan zich hier praktisch gezien geen voorstelling van maken.<sup>274</sup> Hij vraagt zich af wat in een dergelijk geval moet worden overgedragen en voortgezet. Aangezien naast een contract tussen de houdstermaatschappij en de deelneming en personeel weinig wordt overgedragen. Ik ben van mening dat het gegeven dat een houdstermaatschappij weinig activa bezit niet van invloed mag zijn op het toepassen van de geruisloze overgang. Omdat bij ondernemingen in bepaalde sectoren nou eenmaal niet veel activa nodig zijn om een autonome economische activiteit uit te oefenen.

Als gevolg van het arrest in de zaak X BV bestaat onduidelijkheid over of de omvang van het aandelenbezit van belang is voor het toepassen van de geruisloze overgang op een aandelentransactie. Het komt op mij over dat het HvJ in de zaak X BV anders had geoordeeld als het om de overgang van een 100%-deelneming ging in plaats van een 30%-deelneming. Het HvJ had namelijk in een dergelijk geval geoordeeld dat de geruisloze overgang van toepassing was op de aandelentransactie.

## 5.5 Recht op aftrek van voorbelasting bij de geruisloze overgang

In het arrest van het HvJ in de zaak Abbey National is het recht op aftrek van voorbelasting voor kosten gemaakt in het kader van een overgang van een algemeenheid van goederen aan bod gekomen.<sup>275</sup> In de zaak was in geschil in hoeverre de btw op de kosten die waren gemaakt door de houdstermaatschappij in het kader van de geruisloze overgang in aftrek kon worden gebracht. De Britse fiscus nam het standpunt in dat geen recht op aftrek van voorbelasting bestond voor de btw op dergelijke kosten. Door de geruisloze overgang is het niet-leveringsbeginsel van toepassing, waardoor de handeling buiten de werkingsfeer van de btw valt. Het HvJ overweegt dat op basis van de

---

<sup>273</sup> W.J. Blokland, *Omzetbelastingaspecten van ondernemingsfinancieringen*, Deventer: Kluwer 2016, blz. 136

<sup>274</sup> S. Cornielje, *Fusies en overnames in de btw*, Deventer: kluwer 2016, Blz. 234

<sup>275</sup> HvJ EU 22 februari 2001, C-408/98 (Abbey National), V-N 2001/15.26

Midlandbank-leer eerst onderzocht moet worden of een rechtstreeks en onmiddellijk verband bestaat tussen de gemaakte kosten en latere belaste handelingen.<sup>276</sup> Omdat door toedoen van het niet-leveringsbeginsel de overgang geen belastbare handeling is, kunnen de kosten niet worden aangemerkt als directe kosten. Het HvJ merkt vervolgens de kosten wel aan als algemene kosten, omdat de kosten rechtstreeks en onmiddellijk verband houden met de gehele economische activiteit van de belastingplichtige. Het HvJ geeft aan dat de btw op de kosten dan aftrekbaar is op basis van de pro rata breuk van de gehele onderneming. De opbrengst van de overgang van de algemeenheid van goederen wordt niet opgenomen in de noemer van de pro rata. Omdat de overgang van een algemeenheid van goederen buiten de reikwijdte van de btw valt.

Het HvJ stelt daaropvolgend dat wanneer de overgang van de algemeenheid van goederen ziet op een duidelijk afgebakend gedeelte, de btw op de kosten kan worden berekend op basis van een deel pro rata breuk, zoals bedoeld in artikel 173 lid 2 Btw-richtlijn. Wanneer de belastingplichtige in dit afgebakende gedeelte alleen belaste activiteiten verricht, kan de btw op de verkoopkosten volledig in aftrek worden gebracht.<sup>277</sup> Dit heeft naar mijn mening als uitwerking dat een moeiende houdstermaatschappij volledig recht op aftrek van voorbelasting heeft voor de btw op de verkoopkosten, indien zij de managementovereenkomst met de deelneming door middel van de geruisloze overgang overdraagt. Omdat de deelneming en de managementovereenkomst samen een afgebakend gedeelte van de onderneming kunnen vormen. In dit afgebakende gedeelte van de onderneming is de enige economische activiteit het verrichten van belaste managementdiensten.

De redactie van Vakstudie Nieuws betoogt in haar noot op het arrest van het HvJ in de zaak Abbey National dat het aanmerken van de kosten als algemene kosten een noodgreep van het HvJ is geweest.<sup>278</sup> Volgens hen was een logischere uitkomst van het arrest geweest dat de kosten rechtstreeks waren toe te rekenen aan de geruisloze overgang. De kosten waren in dat geval directe kosten geweest van een handeling die buiten de werkingssfeer van de btw vallen, voor de btw op deze kosten zou dan geen recht op aftrek van voorbelasting bestaan. Beelen is van mening dat het HvJ in haar arrest in de zaak Abbey National een ingenieuze kunstgreep toepast.<sup>279</sup> Volgens hem maakt het HvJ gebruik van het gegeven dat de btw-richtlijn alleen vaststelt wanneer wel recht op aftrek bestaat en niet vaststelt wanneer geen recht op aftrek van voorbelasting bestaat. Wanneer het HvJ in de zaak Abbey National had onderzocht of de gemaakte kosten rechtstreeks en onmiddellijk samenhangen

---

<sup>276</sup> HvJ EU 22 februari 2001, C-408/98 (Abbey National), V-N 2001/15.26 r.o. 29

<sup>277</sup> HvJ EU 22 februari 2001, C-408/98 (Abbey National), V-N 2001/15.26 r.o. 40

<sup>278</sup> Redactie Vakstudie Nieuws noot bij HvJ EU 22 februari 2001, C-408/98 (Abbey National), V-N 2001/15.26

<sup>279</sup> S.T.M. Beelen, aftrek van btw als (belaste) omzet ontbreekt, Deventer: Kluwer 2010, blz. 129

met handelingen die buiten de werkingssfeer van de btw vallen, zou het HvJ hebben vastgesteld dat geen recht op aftrek van voorbelasting bestaat.<sup>280</sup>

Ik kan de gedachte van Beelen en de redactie van Vakstudie Nieuws begrijpen dat zij het aanmerken van de gemaakte kosten in verband met de geruisloze overgang als algemene kosten als een noodgreep van het HvJ beschouwen. In mijn ogen is echter het aanmerken van dergelijke kosten als algemene kosten in lijn met de door het HvJ ontwikkelde Midlandbank-leer. Verder stelt het HvJ in haar arrest in de zaak Abbey National dat het neutraliteitsbeginsel vereist dat de belastingplichtige pro rata recht op aftrek van voorbelasting heeft. Een andere uitleg zou volgens het HvJ neerkomen op een willekeurig onderscheid tussen kosten ten behoeve van een onderneming voor en tijdens de daadwerkelijke exploitatie van die onderneming en kosten die zijn gemaakt om die exploitatie te beëindigen.<sup>281</sup>

## 5.6 Deelconclusie

Het HvJ geeft in haar arrest in de zaak AB SKF de mogelijkheid dat de verkoop van een deelneming die wordt aangemerkt als een economische activiteit, kan worden beschouwd als een overgang van een algemeenheid van goederen. In dat geval is het niet-leveringsbeginsel op de verkoop van een deelneming van toepassing, dit wordt de geruisloze overgang genoemd. De Europese wetgever heeft de geruisloze overgang geïntroduceerd om eenvoud bij bedrijfsoverdrachten te bewerkstelligen en de financiële positie van betrokken partijen niet te zwaar te belasten. Deze doelen worden bewerkstelligd omdat bij de geruisloze overgang bij fictie geen levering van goederen plaatsvindt en dat degene op wie de goederen overgaan in de plaats treedt van de overdrager.

De geruisloze overgang is van toepassing op een overgang van het geheel of een gedeelte van een algemeenheid van goederen. Om van een dergelijke overgang te spreken moet het gaan om een overgang van: (i) een handelszaak of autonoom bedrijfsonderdeel; (ii) met lichamelijk en eventueel onlichamelijke zaken; (iii) welke tezamen een onderneming of gedeelte van een onderneming vormen; (iv) waarmee een autonome economische activiteit kan worden uitgeoefend; en (v) de verkrijgende partij het voornemen heeft om het verkregen geheel of deel van de algemeenheid van goederen voort te zetten. Het HvJ heeft deze voorwaarden gesteld in haar arrest in de zaak Zita Modes. In de zaak Zita Modes was overigens geen sprake van een aandelentransactie, maar van een activa-passiva transactie.

---

<sup>280</sup>S.T.M. Beelen, aftrek van btw als (belaste) omzet ontbreekt, Deventer: Kluwer 2010, blz. 129

<sup>281</sup>HvJ EU 22 februari 2001, C-408/98 (Abbey National), V-N 2001/15.26 r.o. 35

Het HvJ introduceert in haar arrest in de zaak AB SKF een zekere fiscale transparantie, waardoor een aandelenverkoop gelijk kan worden gesteld aan een activa-passiva transactie. Het HvJ geeft aan dat in de zaak AB SKF onderzocht moet worden of met de aandelentransactie een algemeenheid van goederen overgaat. Hieruit maak ik op dat het volgens het HvJ mogelijk is om de geruisloze overgang toe te passen op een aandelentransactie. Vervolgens oordeelt het HvJ in haar arrest in de zaak X BV dat de overdracht van 30% van de aandelen in een deelneming niet kan worden gezien als een overgang van een algemeenheid van goederen. Als gevolg van het arrest in de zaak X BV bestaat onduidelijkheid over of de omvang van het aandelenbezit van belang is voor het toepassen van de geruisloze overgang op een aandelentransactie. Het komt op mij over dat het HvJ in de zaak X BV anders had geoordeeld als het om de overgang van een 100%-deelneming ging in plaats van een 30%-deelneming. Ik veronderstel dat het HvJ dan namelijk had geoordeeld dat de geruisloze overgang van toepassing was op de aandelentransactie.

Uit het arrest van het HvJ in de zaak Abbey National volgt dat de btw op de verkoopkosten gemaakt in verband met de overdracht van een algemeenheid van goederen onderdeel uitmaken van de algemene kosten van de houdstermaatschappij. Het HvJ geeft namelijk aan dat dergelijke kosten in beginsel rechtstreeks en onmiddellijk in verband staan met de gehele economische activiteit van de houdstermaatschappij. Het HvJ geeft aan dat de btw op de kosten dan aftrekbaar is op basis van de pro rata breuk van de gehele onderneming. De opbrengst van de overgang van de algemeenheid van goederen wordt niet opgenomen in de noemer van de pro rata. Indien de overgang van de algemeenheid van goederen ziet op een duidelijk afgebakend gedeelte, kan de btw op de kosten worden berekend op basis van een deel pro rata breuk. Dit heeft naar mijn mening als uitwerking dat een moeiende houdstermaatschappij volledig recht op aftrek van voorbelasting heeft voor de btw op de verkoopkosten, wanneer zij de managementovereenkomst met de deelneming door middel van de geruisloze overgang overdraagt.

## Hoofdstuk 6 De btw-behandeling van de verkoop van een deelneming getoetst aan het toetsingskader

### 6.1 Inleiding

In hoofdstuk twee van dit onderzoek is aan de hand van de wezenlijke kenmerken van de btw het toetsingskader bepaald. Vervolgens is in hoofdstuk drie, vier en vijf uiteengezet wanneer de verkoop van een deelneming kwalificeert als een economische activiteit, niet-economische activiteit en een overdracht van een algemeenheid van goederen en op welke wijze de verkoop van een deelneming in dergelijke gevallen wordt behandeld voor de btw. In dit hoofdstuk worden de bevindingen uit hoofdstuk drie, vier en vijf getoetst aan het toetsingskader.

### 6.2 btw-behandeling getoetst aan het toetsingskader

#### 6.2.1 Beginsel van algemene heffing

De btw is een algemene verbruiksbelasting met als doel het belasten van het consumptief verbruik. Uit dit algemene karakter volgt dat het oogmerk van de handeling in de btw irrelevant is, het gaat om de objectieve aard van de handeling. Op object niveau komt het algemene karakter naar voren in het gegeven dat de btw in beginsel ziet op alle leveringen van goederen en diensten. Op subject niveau uit het algemene karakter zich door de zeer ruime reikwijdte van het begrip belastingplichtige in de btw.

#### *De vrijgestelde verkoop van een deelneming*

Uit de arresten van het HvJ volgt dat een aandelenverkoop van zowel een minderheidsdeelneming als een meerderheidsdeelneming als economische activiteit kan worden aangemerkt.<sup>282</sup> Dit heeft als uitwerking dat de aandelenverkoop van een deelneming binnen de reikwijdte van de btw kan vallen. Uit het arrest van het HvJ in de zaak AB SKF blijkt dat wanneer de verkoop van een deelneming wordt aangemerkt als een economische activiteit, de verkoop van de deelneming is vrijgesteld op basis van artikel 135 lid 1 sub f Btw-richtlijn. Het HvJ kwam tot dit oordeel ondanks dat uit vaste jurisprudentie van het HvJ volgt dat de bewoording waarin de vrijstelling wordt omschreven strikt moet worden uitgelegd. Vrijstellingen wijken immers af van het beginsel van algemene heffing, uit dit beginsel volgt dat elke dienst of levering onder bezwarende titel in de btw-heffing moet worden betrokken.<sup>283</sup> Uit dit gegeven maak ik op dat niet zozeer de vrijstelling op de verkoop van een deelneming een inbreuk vormt op het beginsel van algemene heffing, maar de vrijstellingen op zichzelf een inbreuk vormen. Ik ben echter van mening dat de vrijstellingen nou eenmaal deel uitmaken van het huidige btw-systeem,

---

<sup>282</sup> Zie o.a. HvJ 29 oktober 2009, C-29/08 (AB SKF), BNB 2010/251, HvJ EU 30 mei 2013, C-651/11 (X B.V.) NTFR 2013/1293 en HvJ EU 17 oktober 2018, C-249/17 (Ryanair), V-N 2018/28.12

<sup>283</sup> O.a. HvJ EU 9 oktober 2001, nr. C- 409/98, V-N 2001/57.20, r.o. 30 (Mirror Group) en HvJ EU 26 juni 2003, nr. C- 305/01, V-N 2003/34.13, r.o. 63 (MKG-Kraftfahrzeuge-Factoring GmbH)

hoe afkeuringswaardig de vrijstellingen met het oog op het beginsel van algemene heffing ook zijn. De Europese wetgever heeft met het systeem van vrijstellingen willens en wetens een inbreuk gemaakt op het beginsel van algemene heffing.

#### *De verkoop van een deelneming als niet-economische activiteit*

In het arrest van het HvJ in de zaak C&D Foods brengt het HvJ in herinnering dat de verkoop van een deelneming op zichzelf geen economische activiteit vormt.<sup>284</sup> Echter, is sprake van een economische activiteit als de verkoop van een deelneming haar uitsluitende directe oorzaak vindt in de belaste activiteit van de houdstermaatschappij of als de verkoop van een deelneming het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk vormt van de belaste activiteit van de houdstermaatschappij. Het HvJ oordeelt dat C&D Foods aan geen van beide eisen voldoet. Het gegeven dat de C&D Foods de opbrengst van de aandelentransactie gebruikt om schulden af te lossen, is volgens het HvJ niet voldoende om het als verlengstuk te beschouwen van de belaste activiteit. Het HvJ legt in de zaak C&D Foods de verlengstukgedachte dus strikt uit. Ik ben echter van mening dat de verlengstukgedachte een ruime betekenis moet toekomen. De Btw-richtlijn laat namelijk bij het bepalen van de reikwijdte van de belastingplicht grote leegtes vallen, de ongewenste leegtes moeten door rechtspraak van het HvJ worden opgevuld. De door het HvJ ontwikkelde verlengstukgedachte is naar mijn mening een effectief middel om dergelijke ongewenste leegtes op te vullen. Een strikte uitleg van de verlengstukgedachte druist daarom in tegen het beginsel van algemene heffing.

Het HvJ geeft in haar arrest in de zaak C&D Foods aan dat de verkoop van de deelneming niet als economische activiteit wordt aangemerkt, omdat C&D Foods met de opbrengst van de aandelenverkoop het voornemen had om de schulden aan de bank af te lossen. Het HvJ geeft vervolgens aan dat de verkoop van de deelneming wel als economische activiteit was aangemerkt, als C&D Foods het voornemen had de opbrengst toe te wijzen aan de belaste moeiactiviteiten van de houdstermaatschappij of aan de economische activiteit van de gehele groep.<sup>285</sup> Hiermee acht het HvJ het oogmerk van de verkoop van de deelneming van belang en hanteert het HvJ in de zaak C&D Foods een subjectieve eis voor het begrip economische activiteit. Ik ben van mening dat een dergelijk subjectief element indruist tegen het objectieve karakter van de btw.

#### *De verkoop van een deelneming als geruisloze overgang*

---

<sup>284</sup>HvJ EU 8 november 2018, C-502/17 (C&D Foods Acquisition), V-N 2018/62.16

<sup>285</sup> HvJ EU 8 november 2018, C-502/17 (C&D Foods Acquisition), V-N 2018/62.16

Door het toepassen van de geruisloze overgang en het daarbij behorende niet-leveringsbeginsel, wordt niet voldaan aan het uitgangspunt dat iedere levering van een goed of dienst in de heffing van btw moet worden betrokken. De geruisloze overgang op zichzelf is daarom naar mijn mening een inbreuk op het beginsel van algemene heffing. Daarnaast is toepassing van de geruisloze overgang een inbreuk op het gegeven dat iedere levering of dienst afzonderlijk in aanmerking moet worden genomen voor de btw. Omdat door toepassing van de geruisloze overgang een bundel verschillende zaken in zijn geheel wordt aangemerkt als één algemeenheid van goederen en hieraan slechts één rechtsgevolg voor de btw is verbonden, namelijk de toepassing van het niet-leveringsbeginsel.<sup>286</sup>

Naar mijn mening zijn bovenstaande inbreuken op het beginsel van algemene heffing te rechtvaardigen. Omdat het niet in de heffing betrekken van de overgang van een algemeenheid van goederen bij een bedrijfsovergang in lijn is met het rechtskarakter van de btw. Een bedrijfsoverdracht is namelijk geen transactie in de verticale bedrijfskolom, maar in de horizontale bedrijfskolom. Om deze reden zijn de goederen of diensten door de bedrijfsovergang niet dichterbij consumptief verbruik gekomen, waardoor heffing van btw op een bedrijfsovergang in zou gaan tegen het rechtskarakter van de btw.

#### 6.2.2 Economische neutraliteitsbeginsel

Om te spreken van een volledig economisch neutrale belasting, mag de belasting het economisch handelen van zowel producent als de consument niet beïnvloeden. Het is echter onvermijdelijk dat een belasting altijd een volledig economisch neutrale uitwerking heeft. Om deze reden is de economische neutraliteit een relatief begrip. De economische neutraliteit heeft in de btw als doel ervoor te zorgen dat de btw strikt evenredig is aan de prijs van een product of dienst. Deze evenredigheid kan slechts worden bereikt, indien geen cumulatie van btw plaatsvindt in de lengte van de bedrijfskolom. Dit wordt bewerkstelligd door het systeem van recht op aftrek van voorbelasting voor belast presterende ondernemers. Uit de jurisprudentie van het HvJ volgt dat het uitgangspunt van het systeem van recht op aftrek van voorbelasting is dat een als zodanig handelende belastingplichtige zoveel mogelijk dient te worden ontlast voor de aan hem in rekening gebrachte btw.

#### *De vrijgestelde verkoop van een deelneming*

In het arrest in de zaak AB SKF oordeelt het HvJ dat de verkoop van de deelneming is vrijgesteld.<sup>287</sup> Ondanks dit biedt het HvJ toch de mogelijkheid de btw op de verkoopkosten in aftrek te brengen. Het HvJ geeft namelijk aan dat op basis van de Midland Bank-leer moet worden gekeken of de

---

<sup>286</sup> S. Cornielje, Fusies en overnames in de btw, Deventer: kluwer 2016, Blz. 74

<sup>287</sup> HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08, (AB SKF), V-N 2009/56.13

verkoopkosten rechtstreeks en onmiddellijk in verband staan met de vrijgestelde verkoop van de deelneming en of de verkoopkosten zijn opgenomen in de prijs van de aandelenverkoop. Wanneer dit het geval is, bestaat geen recht op aftrek van voorbelasting voor de btw op de verkoopkosten. Wanneer dit niet het geval is, zijn de verkoopkosten aan te merken als algemene kosten. In dat geval kan belastingplichtige de btw op de verkoopkosten pro rata in aftrek brengen. Het HvJ stelt in de zaak AB SKF dat aan de hand van het door de verwijzende rechter ingediende dossier niet kan worden beoordeeld of de gemaakte kosten zijn verdisconteerd in de prijs van de aandelen. Omdat het HvJ de verwijzende rechter toch een nuttig antwoord wil verschaffen, benoemt het HvJ dat het verschillende malen recht op aftrek van voorbelasting heeft toegestaan voor btw die drukt op adviesverlening ten behoeve van verscheidene financiële handelingen op grond dat dergelijke diensten rechtstreeks behoren tot de economische activiteit van de belastingplichtige.<sup>288</sup> Hiermee geeft het HvJ de verwijzende rechter een voorzet naar een mogelijk recht op aftrek van voorbelasting.

Het toekennen van een pro rata recht op aftrek van voorbelasting voor de houdstermaatschappij die zijn deelneming verkoopt, lijkt in lijn te zijn met de economische neutraliteit. Aangezien de houdstermaatschappij in een dergelijk geval recht op aftrek van voorbelasting heeft naar gelang zijn activiteiten zijn belast met btw. Echter, heeft het toekennen van een pro rata recht op aftrek van voorbelasting voor de btw op de verkoopkosten alleen een economisch neutrale uitwerking, indien de verkoop van de aandelen als bijkomstig worden aangemerkt, zoals bedoeld in artikel 174 lid 2 onderdeel c Btw-richtlijn. Uit de jurisprudentie van het HvJ volgt dat handelingen als bijkomstig worden aangemerkt, wanneer zij niet het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk vormen van de belastbare activiteit en wanneer zij geen aanmerkelijk gebruik impliceren van de belaste goederen of diensten. Het HvJ heeft in de zaak AB SKF geoordeeld dat de aandelenverkoop het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk vormt van de belastbare activiteit van belastingplichtige. Ik ben daarom van mening dat de verkoop van de deelneming in de zaak AB SKF niet als bijkomstig kan worden aangemerkt. De opbrengst die wordt verkregen met de verkoop van de deelneming moet daarom worden meegenomen in de noemer van de pro rata. Dit brengt met zich mee dat de economische neutraliteit niet wordt gewaarborgd, ondanks dat de belastingplichtige pro rata recht op aftrek van voorbelasting heeft voor de btw op de verkoopkosten. De moeiende houdstermaatschappij die volledig belast presteert, moet naar mijn mening ook volledig recht op aftrek van voorbelasting hebben voor de als belastingplichtige gemaakte kosten. De éénmalige verkoop van een deelneming in een dochtervennootschap hoort hierop geen inbreuk te maken.<sup>289</sup>

---

<sup>288</sup> HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08, (AB SKF), V-N 2009/56.13, r.o. 64

<sup>289</sup> W.A.P Nieuwenhuizen, noot bij HvJ EU 6 april 1995, nr. C-4/94 (BLP), FED 1995/495



Het HvJ lijkt in haar arrest in de zaak AB SKF geforceerd op zoek naar een mogelijkheid recht op aftrek van voorbelasting toe te kennen. Ondanks dat het HvJ in haar jurisprudentie meerdere malen in herinnering heeft gebracht dat de als zodanig handelende belastingplichtige zoveel mogelijk dient te worden ontlast van de aan hem in rekening gebrachte btw, is dit in bepaalde gevallen niet mogelijk. Uit het btw-systeem volgt namelijk dat een vrijgestelde prestatie niet leidt tot recht op aftrek van voorbelasting. Naar mijn mening accepteert de wetgever hiermee dat de economische neutraliteit niet altijd wordt gerespecteerd. Zo lijkt het HvJ ook te oordelen in de zaak BLP. Het HvJ betoogt in deze zaak dat het weigeren van het recht op aftrek van voorbelasting voor btw op kosten gemaakt in het kader van een aandelenverkoop voortkomt uit de doelstelling van het btw-stelsel, namelijk de rechtszekerheid garanderen en de heffing te vergemakkelijken door in te gaan op de objectieve aard van de handeling.<sup>290</sup> Het HvJ lijkt in haar arrest in de zaak AB SKF een zwaarder gewicht toe te kennen aan het beginsel van economische neutraliteit. Het HvJ kijkt in het arrest AB SKF namelijk niet alleen naar de objectieve aard van handeling, maar acht het doel van de aandelenverkoop van belang. Hiermee opent het HvJ de deur naar recht op aftrek van voorbelasting voor btw op kosten gemaakt in het kader van een vrijgestelde aandelenverkoop.

#### *De verkoop van een deelneming als niet-economische activiteit*

In het arrest van het HvJ in de zaak Kretztechnik oordeelt het HvJ dat de aandelenuitgifte door Kretztechnik onbelastbaar is en buiten de reikwijdte van de btw valt.<sup>291</sup> Maar omdat Kretztechnik met de aandelenuitgifte beoogde de kapitaalpositie van haar algemene economische activiteit te versterken, moet volgens het HvJ worden vastgesteld dat de kosten gemaakt in verband met de aandelenuitgifte zijn verdisconteerd in de prijs van al haar producten. De kosten gemaakt in verband met de aandelenuitgifte zijn dus aan te merken als algemene kosten. Kretztechnik heeft daarom recht op aftrek van voorbelasting voor de btw op de kosten. Naar mijn mening maakt het HvJ in haar arrest in de zaak Kretztechnik gebruik van een zekere investeringstoets. Door middel van deze toets moet worden nagegaan in hoeverre de opbrengsten die worden behaald met de handeling ten behoeve komen van de algemene economische activiteit.<sup>292</sup> Naar mijn mening is de toepassing van een dergelijke investeringstoets in lijn met het beginsel van economische neutraliteit, de als zodanig handelende belastingplichtige wordt namelijk zoveel mogelijk ontlast voor de aan hem in rekening gebrachte btw. Echter, is een investeringstoets niet in lijn met het objectieve karakter van de btw.

---

<sup>290</sup> HvJ EU 6 april 1995, C-04/94 (BLP), FED 1995/495, r.o. 24

<sup>291</sup> HvJ EU 26 mei 2005, nr. C-465/03, (Kretztechnik), BNB 2005/313

<sup>292</sup> A.J. van Doesum en H.W.M. van Kesteren, De onlosmakelijke samenhang tussen kosten en belastbare handelingen, WFR 2012/885

Door middel van een investeringstoets wordt namelijk verder gekeken dan de objectieve aard van de handeling. In mijn ogen deelt het HvJ in haar arresten na haar arrest in de zaak BLP een steeds zwaarder gewicht toe aan de economische realiteit dan aan de objectieve aard van de handeling.<sup>293</sup>

Om kosten aan te merken als algemene kosten, moet een rechtstreek en onmiddellijk verband bestaan tussen de handeling en de gehele belastbare activiteit in de zin van de jurisprudentie van het HvJ.<sup>294</sup>

Het HvJ oordeelt in haar arrest in de zaak Becker dat een causaal verband, geen rechtstreeks en onmiddellijk verband hoeft te vormen. In het geval de verkoop van een deelneming wordt aangemerkt als een niet-economische activiteit, voldoet een causaal verband tussen gemaakte verkoopkosten en de gehele economische activiteit niet om tot recht op aftrek van voorbelasting te komen voor de btw op de verkoopkosten. In het arrest in de zaak C&D Foods heeft het HvJ geoordeeld dat de voorgenomen verkoop van een deelneming geen economische activiteit vormt voor de btw. Vervolgens oordeelde het HvJ dat de kosten gemaakt in het kader van de mogelijke verkoop niet waren aan te merken als algemene kosten en er dus geen recht op aftrek van voorbelasting bestond voor deze kosten. In mijn ogen was het HvJ in haar arrest in de zaak C&D Foods tot een ander oordeel gekomen als een causaal verband tussen de gemaakte verkoopkosten en de gehele economische activiteit had volstaan. De verkoopkosten waren dan namelijk aangemerkt als algemene kosten en er bestond dan recht op aftrek van voorbelasting voor deze kosten. Naar mijn mening was een dergelijk oordeel van het HvJ beter in lijn geweest met de economische neutraliteit. C&D Foods heeft namelijk als voornemen om met de opbrengst van de verkoop van de deelneming schulden af te lossen die zijn gemaakt in het kader van de belaste handelingen. Omdat door het oordeel van het HvJ C&D Foods geen recht op aftrek van voorbelasting heeft voor de verkoopkosten, treedt mogelijk cumulatie van btw op.

### 6.2.3 Juridische neutraliteitsbeginsel

Het juridische neutraliteitsbeginsel is de uitdrukking van het beginsel van gelijke behandeling op het gebied van de btw. Het juridische neutraliteitsbeginsel heeft als uitwerking voor de btw dat gelijke gevallen, gelijk behandeld moeten worden. Gelijk presterende ondernemers moeten voor de btw gelijk behandeld worden, zodat de btw geen impact heeft op de concurrentiepositie. Dit gebeurt op objectniveau door vergelijkbare activiteiten, die dus met elkaar concurreren, voor de btw gelijk te behandelen. Op subjectniveau moeten personen die zich in een vergelijkbare positie bevinden gelijk worden behandeld.

---

<sup>293</sup> Het arrest van het HvJ in de zaak BLP is uit 1995. De arresten van het HvJ in bijv. de zaken Kretztechnik (2005), AB SKF (2008) en C&D Foods (2018) zijn jaren later.

<sup>294</sup> HvJ EU 21 januari 2013, nr. C-104/12 (Wolfram Becker), V-N 2013/17.18 r.o. 25

De economische aandelenverkoop en de niet-economische aandelenverkoop worden in de btw niet op gelijke wijze behandeld. Ik ben van mening dat dit verschil gerechtvaardigd is, indien het gaat om de economische aandelenverkoop door een tegen vergoeding moeiende houdstermaatschappij en een niet tegen vergoeding moeiende houdstermaatschappij. Beide houdsters verrichten in dat geval namelijk geen soortgelijke activiteiten. De tegen vergoeding moeiende houdstermaatschappij verricht namelijk de aandelenverkoop in de hoedanigheid van belastingplichtige. De niet tegen vergoeding moeiende houdstermaatschappij verricht daarentegen de aandelenverkoop niet in de hoedanigheid van belastingplichtige. In een dergelijk geval verricht de niet tegen vergoeding moeiende houdstermaatschappij de aandelenverkoop buiten de reikwijdte van de btw. In het arrest in de zaak Wellcome Trust heeft het HvJ geoordeeld dat economische activiteiten niet op gelijke wijze behandeld hoeven te worden als niet-economische activiteiten.<sup>295</sup> Het verschil in btw-behandeling komt namelijk voort uit het gegeven dat een economische activiteit binnen de reikwijdte van de btw valt en een niet-economische activiteit buiten de reikwijdte van de btw valt.

Ik ben echter wel van mening dat het arrest van het HvJ in de zaak C&D Foods niet in overeenstemming is met de juridische neutraliteit. In de zaak C&D Foods merkt het HvJ namelijk een aandelenverkoop door een tegen vergoeding moeiende houdstermaatschappij aan als een niet-economische activiteit. Ik ben van mening dat HvJ op basis van haar eerdere jurisprudentie, zoals haar arrest in de zaak AB SKF, de aandelenverkoop in de zaak C&D Foods moet aanmerken als een economische activiteit. In namelijk zowel de zaak C&D Foods als AB SKF gaat het om een aandelenverkoop van een tegen vergoeding moeiende houdstermaatschappij. In mijn ogen verrichten C&D Foods en AB SKF dan ook beide de aandelenverkoop in de hoedanigheid van belastingplichtige en moeten daarom beide binnen de reikwijdte van de btw vallen. Het is daarom opmerkelijk en in strijd met de juridische neutraliteit om deze twee gelijke gevallen op verschillende wijze te behandelen.

Als gevolg van het arrest van het HvJ in de zaak X BV bestaat onduidelijkheid over of het percentage dat de houdstermaatschappij houdt in de deelneming van belang is voor het toepassen van de geruisloze overgang op de verkoop van een deelneming.<sup>296</sup> Ik ben van mening dat het HvJ in de zaak X BV waarschijnlijk anders had geoordeeld als het om de overgang van een 100%-deelneming ging in plaats van een 30%-deelneming. Het HvJ had namelijk dan geoordeeld dat de geruisloze overgang van toepassing was op de verkoop van de deelneming. Wanneer ook in het geval van de overgang van een

---

<sup>295</sup> HvJ EU 20 juni 1996, C-155/94 (Wellcome Trust), V-N 1997/1034, r.o. 38

<sup>296</sup> HvJ EU 30 mei 2013, C-651/11 (X BV), NTFR 2013/1293

30%-deelneming wordt voldaan aan de vijf cumulatieve voorwaarden voor de overgang van een algemeenheid van goederen, is naar mijn mening een dergelijk onderscheid in strijd met de juridische neutraliteit. Evenwel ben ik van mening dat een dergelijk onderscheid van het HvJ tussen een 30%-deelneming en een 100%-deelneming vanuit doelmatigheidsredenen is te rechtvaardigen. Bij een overgang van een 30%-deelneming kan namelijk lastig worden vastgesteld of aan de vijf cumulatieve voorwaarden voor toepassing van de geruisloze overgang wordt voldaan.

#### 6.2.4 Het rechtskarakter van de btw

Het rechtskarakter bepaalt wie (subject) en wat (object) moet worden belast. Het beoogde object van heffing voor de btw is het consumptieve verbruik. Het beoogde subject van heffing is de eindverbruiker van de goederen of diensten. Hieruit volgt het rechtskarakter van de btw: Het belasten van het consumptief verbruik bij de eindgebruiker.

Het is interessant om de vrijstellingen in de btw in het licht van het rechtskarakter te bekijken. Het toepassen van een vrijstelling brengt namelijk met zich mee dat geen recht op aftrek van voorbelasting bestaat. Om deze reden wordt door het toepassen van een vrijstelling het rechtskarakter van de btw opgerekt tot een grotere groep eindverbruikers.<sup>297</sup> Daarom ben ik van mening dat vanuit het oogpunt van het rechtskarakter van de btw, kan worden geopperd voor het afschaffen van de vrijstelling zonder recht op aftrek van voorbelasting. Voor mijn onderzoek is dit van belang voor de vrijstelling voor handelingen inzake aandelen, zoals bedoeld in artikel 135 lid 1 onderdeel f Btw-richtlijn. Deze vrijstelling is immers van toepassing op de verkoop van een deelneming. Wanneer de verkoopkosten worden aangemerkt als directe kosten van de vrijgestelde verkoop van een deelneming, bestaat geen recht op aftrek van voorbelasting. In dat geval is de moeiende houdstermaatschappij voor de gemaakte verkoopkosten de eindgebruiker voor de btw, aangezien de btw dan op de moeiende houdstermaatschappij drukt. Een dergelijke situatie is naar mijn mening niet in lijn met het rechtskarakter van de btw. Wanneer de verkoopkosten wel worden aangemerkt als algemene kosten, bestaat recht op aftrek van voorbelasting op basis van de pro rata van de moeiende houdstermaatschappij. Een dergelijke situatie lijkt in lijn met het rechtskarakter van de btw. In het geval de verkoop van de deelneming echter niet als bijkomstig wordt beschouwd, zoals bedoeld in artikel 174 lid 2 onderdeel b Btw-richtlijn, wordt de opbrengst van de aandelenverkoop opgenomen in de noemer van de pro rata van de moeiende houdstermaatschappij. De moeiende houdstermaatschappij wordt in dit geval voor een groter gedeelte van zijn kosten gezien als de eindgebruiker voor de btw. Ook dit is naar mijn mening niet in lijn met het rechtskarakter van de btw.

---

<sup>297</sup> S. Cornielje, Fusies en overnames in de btw, Deventer: kluwer 2016, Blz. 326

Ik ben van mening dat het toepassen van de geruisloze overgang op de verkoop van een algemeenheid van goederen in lijn is met het rechtskarakter van de btw. Een bedrijfsoverdracht is namelijk geen transactie in de verticale bedrijfskolom, maar in de horizontale bedrijfskolom. Hierdoor zijn de goederen of diensten door de bedrijfsoverdracht niet dichterbij consumptie gekomen. Om deze reden lijkt de mogelijkheid die het HvJ in haar arrest in de zaak AB SKF biedt, om door middel van een zekere fiscale transparantie de geruisloze overgang toe te passen op de verkoop van een 100% deelneming, een welkome toevoeging. Echter, is het toepassen van de geruisloze op een aandelentransactie niet in lijn met de ratio van de regeling. De verkoop van aandelen is immers een van btw vrijgestelde handeling. Vanwege dit gegeven is toepassing van de geruisloze overgang op een aandelentransactie niet nodig om een financieringsnadeel bij de verkrijgende partij te voorkomen. Verder is de van btw vrijgestelde verkoop van aandelen, vanuit een btw perspectief, een eenvoudige transactie. Dit maakt de toepassing van de geruisloze overgang op de aandelentransactie niet noodzakelijk. Toch dient te worden opgemerkt dat toepassing van de geruisloze overgang op een aandelentransactie niet volkomen nutteloos is. De toepassing van de geruisloze overgang op een aandelentransactie heeft namelijk ook als uitwerking dat recht op aftrek van voorbelasting bestaat voor de verkoopkosten en de overnemende partij voor de btw in de plaats treedt van de overdragende partij. Ik ben van mening dat het argument dat een bedrijfsoverdracht geen verticale maar horizontale transactie in de bedrijfskolom is, zwaarder moet wegen dan het argument dat het toepassen van de geruisloze overgang op een aandelentransactie niet in lijn is met de ratio van de regeling.

### 6.3 Deelconclusie

In dit hoofdstuk zijn de bevindingen uit de hoofdstukken drie, vier en vijf getoetst aan het in hoofdstuk twee gedefinieerde toetsingskader. Aan de hand deze bevindingen kan worden opgemaakt dat de huidige btw-behandeling van de verkoop van een deelneming de nodige strijdigheden heeft met het toetsingskader. Een aantal strijdigheden met de wezenlijke kenmerken komt voort uit het btw-systeem zelf. In een dergelijke situatie heeft de Europese wetgever, al dan niet bewust, een inbreuk gemaakt op een wezenlijk kenmerk van de btw. Verder is de btw-behandeling van de verkoop van een deelneming in bepaalde gevallen niet in lijn met de wezenlijke kenmerken, omdat de wezenlijke kenmerken in bepaalde situaties met elkaar conflicteren. In mijn ogen is in dat geval een belangrijke rol voor het HvJ weggelegd, om te oordelen aan welk wezenlijk kenmerk een zwaarder gewicht toekomt. In de arresten na het arrest van het HvJ in de zaak BLP valt een zekere lijn te ontdekken. In het arrest van het HvJ in de zaak BLP gaf het HvJ namelijk aan dat naar de objectieve aard van de handeling moet worden gekeken, het HvJ kende in dit arrest een zwaarder gewicht aan het algemene karakter dan aan de economische neutraliteit. Wanneer echter naar latere arresten van het HvJ wordt

gekeken, valt op te maken dat het HvJ een steeds zwaarder gewicht toekent aan de economische realiteit en het doel van de handeling. Hiermee hecht het HvJ meer waarde aan de economische neutraliteit dan aan het objectieve karakter van de btw.

## Hoofdstuk 7 Conclusie

### 7.1 Inleiding

In dit onderzoek is de btw-behandeling van de verkoop van een deelneming behandeld. Hierbij ben ik tot de bevinding gekomen dat de verkoop van een deelneming voor de btw kan worden verdeeld in drie kwalificatiemogelijkheden: (i) De verkoop van een deelneming wordt aangemerkt als een economische activiteit, (ii) de verkoop van een deelneming wordt aangemerkt als een niet-economische activiteit of (iii) de verkoop van een deelneming wordt aangemerkt als een overgang van een algemeenheid van goederen. Van alle drie de kwalificatiemogelijkheden zijn de btw-gevolgen uiteengezet. Vervolgens zijn deze bevindingen in hoofdstuk 6 getoetst aan het in hoofdstuk 2 bepaalde toetsingskader. In dit hoofdstuk zal aan de hand van al deze bevindingen antwoord worden gegeven op de in hoofdstuk 1 geformuleerde probleemstelling:

*In hoeverre is de huidige btw-behandeling van de verkoop van een deelneming in overeenstemming met de wezenlijke kenmerken van de btw?*

In hoofdstuk 2 van dit onderzoek is ingegaan op de wezenlijke kenmerken van de btw. De wezenlijke kenmerken kunnen als norm worden gezien voor de uitwerking van het recht binnen de btw. Daarom dienen de wezenlijke kenmerken van de btw als toetsingskader voor het onderzoek. De huidige btw-behandeling van de verkoop van een deelneming is in dit onderzoek getoetst aan het volgende toetsingskader: het algemene objectieve karakter van de btw, het economische neutraliteitsbeginsel, het juridische neutraliteitsbeginsel, en het rechtskarakter van de btw.

### 7.2 De btw-behandeling van de verkoop van een deelneming

Uit de jurisprudentie van het HvJ volgt dat het zuiver houden, verwerven en afstoten van aandelen geen economische activiteit vormt en daarom buiten het bereik van de btw valt. De hoofdregel is derhalve dat handelingen omtrent aandelen buiten het bereik van de btw vallen. Echter, volgt uit de jurisprudentie van het HvJ een drietal handelingen inzake aandelen of deelnemingen die een economische activiteit vormen en daarom binnen het bereik van de btw vallen. Dit zijn de volgende drie handelingen: (i) Het bedrijfsmatig handelen in effecten; (ii) indien een houdstermaatschappij zich tegen vergoeding moet in de deelneming; of (iii) wanneer zij het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk van de belastbare activiteit vormen. Hieruit volgt dat een houdstermaatschappij slechts belastingplichtig kan zijn voor het houden van aandelen, wanneer zij zich tegen vergoeding moet in de deelneming. Wanneer de houdstermaatschappij niet belastingplichtig is voor het houden van aandelen, kan de verkoop van de deelneming door de houdstermaatschappij niet kwalificeren als een economische activiteit en valt daarom buiten de reikwijdte van de btw. In dat

geval bestaat geen recht op aftrek van voorbelasting voor de kosten die gepaard gaan met de verkoop van de deelneming.

Uit de jurisprudentie van het HvJ volgt dat een aandelentransactie door een moeiende houdstermaatschappij slechts in twee gevallen als economische activiteit kan worden aangemerkt: (i) Als de aandelentransactie haar uitsluitende directe oorzaak heeft in de belaste activiteit van de houdstermaatschappij; of (ii) als de aandelentransactie het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk vormt van de belaste activiteit van de houdstermaatschappij. Het HvJ oordeelde in haar arrest in de zaak C&D Foods dat niet aan één van deze twee vereisten wordt voldaan, als de opbrengst van de aandelenverkoop niet wordt gebruikt ten behoeve van de gehele economische activiteit van de groep. Hiermee hanteert het HvJ in de zaak C&D Foods een extra eis om de aandelenverkoop van de moeiende houdstermaatschappij aan te merken als economische activiteit.

Uit het arrest van het HvJ in de zaak Ryan Air kan worden opgemaakt dat slechts het voornemen voor een aandelentransactie kan kwalificeren als een economische activiteit voor de btw. De verkoop van de deelneming hoeft daarom niet daadwerkelijk plaats te vinden, om te worden aangemerkt als een economische activiteit. Wanneer de verkoop van een deelneming wordt aangemerkt als economische activiteit, valt deze verkoop onder de vrijstelling van artikel 135 lid 1 sub f Btw-richtlijn.

Om de mate van recht op aftrek van voorbelasting voor de kosten die gemaakt zijn in het kader van de verkoop van de deelneming, moet de Midlank Bank-leer worden toegepast. Om aan de Midland Bank-leer toe te komen moet eerst worden vastgesteld dat de kosten worden gemaakt door een als zodanig handelende belastingplichtige. Hiervan is sprake als de kosten worden gemaakt in het kader van de economische activiteit van de belastingplichtige. Vervolgens moet worden getoetst of de kosten kwalificeren als directe kosten. Dit gebeurt op basis van de volgende twee criteria: (i) Er moet een rechtstreeks en onmiddellijk verband bestaan tussen de kosten waarop de btw drukt en de specifieke handeling van de belastingplichtige; en (ii) de kosten waarop de btw drukt moeten zijn opgenomen in de prijs van de handeling van de belastingplichtige. Wanneer de kosten kwalificeren als directe kosten, heeft belastingplichtige of volledig recht op aftrek van de btw die drukt op de directe kosten of geen aftrek. Wanneer de kosten niet kwalificeren als directe kosten, moeten het algemene kosten zijn, omdat al vaststaat dat de belastingplichtige de kosten maakt in het kader van zijn economische activiteit. Indien sprake is van algemene kosten, moet de mate van recht op aftrek van voorbelasting op basis van de pro rata worden berekend.



Uit het btw-systeem volgt dat een vrijgestelde prestatie niet leidt tot recht op aftrek van voorbelasting. De wetgever accepteert hiermee dat het beginsel van fiscale neutraliteit niet wordt gerespecteerd. Het HvJ lijkt echter in de zaak AB SKF geforceerd op zoek naar een mogelijkheid recht op aftrek van voorbelasting toe te staan. Het HvJ geeft namelijk in de zaak AB SKF met het aanhalen van het beginsel van fiscale neutraliteit, de Zweedse verwijzende rechter bijna geen andere mogelijkheid dan te oordelen dat de verkoopkosten bij de aandelenoverdracht als algemene kosten moeten worden aangemerkt. De mate van recht op aftrek van voorbelasting voor de verkoopkosten moet dan aan de hand van een pro rata berekening worden bepaald. Wanneer de verkoop van een deelneming op basis van de verlengstukgedachte kwalificeert als economische activiteit, zoals in de zaak AB SKF, moet bij de bepaling van de pro rata berekening de opbrengst die wordt verkregen met de verkoop van de deelneming in de noemer worden opgenomen. Dit is noodzakelijk aangezien de verkoop van de deelneming niet als bijkomstig, zoals bedoeld in artikel 174 lid 2 onderdeel c Btw-richtlijn, kan worden aangemerkt. De verkoop van een deelneming heeft in dat geval een negatieve impact op de aftrekpositie van de houdstermaatschappij.

Wanneer de verkoop van een deelneming wordt aangemerkt als een niet-economische activiteit, hebben de kosten niet rechtstreeks betrekking op de economische activiteit van de belastingplichtige. Dergelijke kosten zijn onder te verdelen in kosten die (i) verband houden met de gehele bedrijfsactiviteit; (ii) geen verband houden met de gehele bedrijfsactiviteit; en (iii) kosten die hun oorzaak vinden in een gedeelte van de bedrijfsactiviteit. In situatie (i) moeten de kosten volgens het HvJ in rechtstreeks en onmiddellijk verband staan met de gehele bedrijfsactiviteit. De kosten worden dan aangemerkt als algemene kosten, waarvoor de belastingplichtige recht op aftrek van voorbelasting heeft op basis van zijn pro rata berekening. Uit de jurisprudentie van het HvJ volgt dat het HvJ niet zozeer waarde hecht aan de toets of kosten zijn verdisconteerd in de prijs van al de producten, maar meer waarde hecht aan de toets of de handeling rechtstreek en onmiddellijk samenhangt met de gehele bedrijfsactiviteit. Hieruit volgt dat om te beoordelen of een rechtstreekse en onmiddellijke samenhang bestaat tussen de verkoopkosten en de gehele economische activiteit, het volgens het HvJ van belang is of het verworven kapitaal bestemd is voor de gehele economische activiteit. In situatie (ii) bestaat geen recht op aftrek van voorbelasting. In situatie (iii) moet aan de hand van een *pre pro rata* berekening het recht op aftrek van voorbelasting worden bepaald voor de verkoopkosten van een deelneming.

In het arrest van het HvJ in de zaak Zita Modes heeft het HvJ een vijftal voorwaarden gesteld waaraan moet worden voldaan om te kwalificeren als een overgang van een algemeenheid van goederen zoals bedoeld in artikel 19 Btw-richtlijn. In de zaak Zita Modes was overigens geen sprake van een overgang

door middel van een aandelentransactie, maar van een activa-passiva transactie. Naar mijn mening is het mogelijk dat de geruisloze overgang ook van toepassing kan zijn op de overgang van een deelneming. In de zaak AB SKF introduceert het HvJ namelijk een zekere fiscale transparantie, waardoor de aandelen in een vennootschap gelijk kunnen worden gesteld aan de activa van die vennootschap. Het HvJ geeft aan dat in de zaak AB SKF onderzocht moet worden of met de aandelentransactie een algemeenheid van goederen overgaat. Vervolgens oordeelt het HvJ in haar arrest in de zaak X BV dat de overdracht van 30% van de aandelen in een deelneming niet kan worden gezien als een overgang van een algemeenheid van goederen. Als gevolg van het arrest in de zaak X BV bestaat onduidelijkheid over of de omvang van de participatie in de deelneming van belang is voor het toepassen van de geruisloze overgang op een aandelentransactie. Het komt op mij over dat het HvJ in de zaak X BV anders had geoordeeld als het om de overgang van een 100%-deelneming ging, in plaats van een 30%-deelneming. Het HvJ had namelijk in een dergelijk geval geoordeeld dat de geruisloze overgang van toepassing was op de aandelentransactie.

Uit het arrest van het HvJ in de zaak Abbey National volgt dat de btw op de verkoopkosten gemaakt in het kader van de overdracht van een algemeenheid van goederen onderdeel uitmaken van de algemene kosten van de houdstermaatschappij. Het HvJ geeft namelijk aan dat dergelijke kosten in beginsel rechtstreeks en onmiddellijk in verband staan met de gehele economische activiteit van de houdstermaatschappij. Het HvJ geeft aan dat de btw op de kosten dan aftrekbaar zijn op basis van de pro rata breuk van de gehele onderneming. De opbrengst van de overgang van de algemeenheid van goederen wordt niet opgenomen in de noemer van de pro rata. Dit heeft als uitwerking dat een volledig belast presterende moeiende houdstermaatschappij in dat geval ook volledig recht op aftrek van voorbelasting heeft voor de btw op de verkoopkosten.

### 7.3 In overeenstemming met de wezenlijke kenmerken?

De huidige btw-behandeling van de verkoop van een deelneming heeft de nodige strijdigheden met de wezenlijke kenmerken van de btw. Zo is de verkoop van een deelneming als deze als een economische activiteit kwalificeert, vrijgesteld van btw. Vrijstellingen druisen in tegen het beginsel van algemene heffing en het rechtskarakter van de btw. Naar mijn mening komt echter deze strijdigheid met het beginsel van algemene heffing en het rechtskarakter niet specifiek voort uit de btw-behandeling van de verkoop van een deelnemingen, maar vormt de vrijstelling op zichzelf een inbreuk op het beginsel van algemene heffing en het rechtskarakter. Vrijstellingen maken nou eenmaal deel uit van het huidige btw-systeem. De Europese wetgever heeft met het systeem van vrijstellingen willens en wetens een inbreuk gemaakt op het beginsel van algemene heffing en het rechtskarakter. Ik ben van mening dat deze strijdigheid te rechtvaardigen is.

De verkoop van een deelneming is vrijgesteld en uit het btw-systeem volgt dat een vrijgestelde prestatie niet leidt tot recht op aftrek van voorbelasting. Zo oordeelt het HvJ ook in de zaak BLP. Het HvJ betoogt in deze zaak dat het weigeren van het recht op aftrek van voorbelasting voor btw op kosten gemaakt in het kader van een aandelenverkoop voortkomt uit de doelstelling van het btw-stelsel, namelijk de rechtszekerheid garanderen en de heffing te vergemakkelijken door in te gaan op de objectieve aard van de handeling. Het HvJ lijkt echter in haar arrest in de zaak AB SKF een zwaarder gewicht toe te kennen aan het beginsel van economische neutraliteit. Het HvJ kijkt in het arrest AB SKF namelijk niet alleen naar de objectieve aard van handeling, maar acht het doel van de aandelenverkoop ook van belang. Hiermee opent het HvJ de deur naar recht op aftrek van voorbelasting voor btw op kosten gemaakt in het kader van een vrijgestelde aandelenverkoop. Dit druist in tegen het algemene karakter van de btw, maar sluit aan bij de economische neutraliteit.

Ondanks dat het arrest van het HvJ in de zaak BLP naar mijn mening is achterhaald door het arrest in de zaak AB SKF, is aan de hand van een vergelijking van het arrest in de zaak BLP met het arrest in de zaak AB SKF een ontwikkeling te zien in de rechtspraak van het HvJ. In de zaak BLP betoogde BLP dat de opbrengst van de verkoop van de deelneming wordt gebruikt om de liquiditeitspositie van de groep te verbeteren en de gemaakte kosten in verband met de verkoop van de deelneming daarom als algemene kosten moeten worden aangemerkt. Het HvJ oordeelt echter dat het oogmerk, waarmee een belastingplichtige handelingen verricht, niet van belang is voor het bestaan van een rechtstreeks verband tussen de handeling en de gehele economische activiteit. In het arrest in de zaak AB SKF daarentegen acht het HvJ bij de kwalificatie van de verkoop van de deelneming als economische activiteit op basis van de verlengstukgedachte het oogmerk van belastingplichtige bij het uitvoeren van een handeling van groot belang. Ook in de zaak C&D Foods acht het HvJ het oogmerk van de verkoop van de deelneming van belang voor de kwalificatie als economische activiteit. Uit de arresten in de zaken AB SKF en C&D Foods maak ik op dat het HvJ, na haar arrest in de zaak BLP, waarde hecht aan het oogmerk van de verkoop van de deelneming. Hiermee lijkt het HvJ een zwaarder gewicht toe te kennen aan de economische neutraliteit, dan aan het objectieve karakter van de btw.

Wanneer de verkoopkosten worden aangemerkt als algemene kosten, bestaat recht op aftrek van voorbelasting op basis van de pro rata van de moeiende houdstermaatschappij. Een dergelijke situatie lijkt in lijn te zijn met de economische neutraliteit en het rechtskarakter van de btw. In het geval de verkoop van de deelneming echter niet als bijkomstig wordt beschouwd, zoals bedoeld in artikel 174 lid 2 onderdeel B Btw-richtlijn, wordt de opbrengst van de aandelenverkoop opgenomen in de noemer van de pro rata van de moeiende houdstermaatschappij. De moeiende houdstermaatschappij die volledig belast presteert heeft in dat geval geen volledig recht op aftrek van voorbelasting en wordt

voor een groter gedeelte van zijn kosten gezien als de eindgebruiker voor de btw. Dit is naar mijn mening niet in lijn met het economische neutraliteitsbeginsel en het rechtskarakter van de btw. Omdat de moeiende houdstermaatschappij die volledig belast presteert ook volledig recht op aftrek van voorbelasting moet hebben voor de als belastingplichtige gemaakte kosten. De éénmalige verkoop van een deelneming in een dochtervennootschap hoort hierop geen inbreuk te maken.

Ik ben van mening dat het toepassen van de geruisloze overgang op de verkoop van een algemeenheid van goederen in lijn is met de wezenlijke kenmerken van de btw. Een bedrijfsoverdracht is namelijk geen transactie in de verticale bedrijfskolom, maar in de horizontale bedrijfskolom. Hierdoor zijn de goederen of diensten door de bedrijfsoverdracht niet dichterbij consumptie gekomen. Om deze reden lijkt de mogelijkheid die het HvJ in haar arrest in de zaak AB SKF biedt, om door middel van een zekere fiscale transparantie de geruisloze overgang toe te passen op de verkoop van een 100% deelneming, een welkome toevoeging. Ook heeft de toepassing van de geruisloze overgang op de verkoop van een deelneming als uitwerking dat recht op aftrek van voorbelasting bestaat voor de verkoopkosten op basis van de pro rata van de verkopende partij en wordt de opbrengst van de verkoop van de deelneming niet opgenomen in de pro rata. Om deze reden is naar mijn mening de btw-behandeling van de verkoop van een deelneming met toepassing van de geruisloze overgang volledig in overeenstemming met de wezenlijke kenmerken van de btw.

#### 7.4 Conclusie

Alles overziend concludeer ik dat de huidige btw-behandeling van de verkoop van een deelneming de nodige strijdigheden heeft met de wezenlijke kenmerken van de btw. Naar mijn mening komen deze strijdigheden voornamelijk voort uit de moeizame positie van de houdstermaatschappij en het feit dat handelingen inzake aandelen zijn vrijgesteld van btw en voor vrijgestelde handelingen geen recht op aftrek van voorbelasting bestaat. Uit mijn observatie dat het HvJ in de zaak AB SKF geforceerd op zoek is naar een mogelijkheid recht op aftrek van voorbelasting toe te staan voor de gemaakte kosten in verband met de vrijgestelde verkoop van een deelneming, maak ik op dat het HvJ het niet wenselijk en in strijd met het neutraliteitsbeginsel acht dat een moeiende houdstermaatschappij die de opbrengst van de aandelenverkoop gebruikt voor de gehele economische activiteit voor de gemaakte kosten geen recht op aftrek van voorbelasting heeft. Het HvJ geeft namelijk met haar antwoord op de prejudiciële vraag de Zweedse verwijzende rechter bijna geen andere mogelijkheid de verkoopkosten als algemene kosten aan te merken. Ik ben wel van mening dat het aanmerken van de verkoopkosten als algemene kosten in het licht van de Midlandbank-leer ver gezocht is. Verder heeft AB SKF met het aanmerken van de verkoopkosten als algemene kosten geen volledig recht op aftrek van voorbelasting. Dit wordt veroorzaakt doordat wanneer de verkoop plaatsvindt, de verkoopopbrengst wordt meegenomen in de noemer van de pro rata berekening. Ook ben ik van mening dat het HvJ in haar

arrest in de zaak C&D Foods een verkeerde afslag heeft genomen. Het aanmerken van de voorgenomen verkoop van een deelneming als niet-economische activiteit heeft namelijk als uitwerking dat C&D Foods geen recht op aftrek van voorbelasting heeft voor de verkoopkosten, waardoor btw-cumulatie optreedt bij de belast presterende moeiende houdstermaatschappij. Dit is in strijd is met de economische neutraliteit.

Uit mijn bevindingen in dit onderzoek maak ik op dat de verkoop van een deelneming en de kosten die daarmee gepaard gaan zich in een grensgebied van de btw bevinden. Om deze reden heeft het HvJ de bijna onmogelijke taak om door middel van haar rechtspraak te zorgen dat de btw-behandeling van de verkoop van een deelneming zowel in lijn is met de wet is als met de wezenlijke kenmerken van de btw. Dit is tot op heden dan ook niet gelukt.

## 7.5 Aanbevelingen

De verkoop van een deelneming heeft een bijzondere plek binnen de btw en heeft nog de nodige strijdigheden met de wezenlijke kenmerken van de btw. Om de btw-behandeling van de verkoop van een deelneming beter in overeenstemming te krijgen met de wezenlijke kenmerken, doe ik de volgende aanbevelingen:

(i) Het HvJ gebruikt de verlengstukgedachte op twee verschillende manieren. Ten eerste om handelingen omtrent aandelen, omdat zij een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk van de belastbare activiteiten vormen, binnen de reikwijdte van de btw te brengen. Ten tweede om te bepalen of de opbrengsten kwalificeren als bijkomstige opbrengsten bij de berekening van het recht op aftrek van voorbelasting, zoals bedoeld in artikel 174 lid 2 onderdeel B Btw-richtlijn. Naar mijn mening is de aard van artikel 9 Btw-richtlijn en artikel 174 lid 2 onderdeel B Btw-richtlijn te verschillend om de uitleg van deze bepalingen te laten afhangen van hetzelfde criterium. Ik acht het daarom van belang dat het HvJ voor één van deze bepalingen een ander criterium hanteert. In dat geval is het ook mogelijk om de opbrengst van de aandelenverkoop die op basis van de verlengstukgedachte kwalificeert als economische activiteit aan te merken als een bijkomstige financiële handeling, zoals bedoeld in artikel 174 lid 2 onderdeel B Btw-richtlijn. Dit heeft als uitwerking dat de opbrengst van de aandelenverkoop niet wordt opgenomen in de noemer van de pro rata berekening en dat de volledig belast presterende houdstermaatschappij ook volledig recht op aftrek van voorbelasting heeft. Een dergelijke btw-behandeling is in mijn ogen beter in overeenstemming met de wezenlijke kenmerken van de btw.

(ii) In het arrest in de zaak C&D Foods legt het HvJ de verlengstukgedachte, om de handeling omtrent aandelen binnen de reikwijdte van de btw te brengen, strikt uit. Ik ben echter van mening dat de verlengstukgedachte een ruime betekenis moet toekomen. De Btw-richtlijn laat namelijk bij het bepalen van de reikwijdte van de belastingplicht grote leemtes vallen, de ongewenste leemtes moeten door rechtspraak van het HvJ worden opgevuld. De door het HvJ ontwikkelde verlengstukgedachte is naar mijn mening een effectief middel om dergelijke ongewenste leemtes op te vullen. Wanneer het HvJ de voorgenomen aandelenverkoop in de zaak C&D Foods als economische activiteit had aangemerkt, had C&D Foods recht op aftrek van voorbelasting gehad voor de verkoopkosten. Dit was naar mijn mening beter in overeenstemming geweest met de wezenlijke kenmerken van de btw.

De btw-behandeling van de verkoop van een 100% deelneming met toepassing van de geruisloze overgang is al in overeenstemming met de wezenlijke kenmerken van de btw. Hiervoor heb ik geen nadere aanbevelingen. Bovenstaande aanbevelingen bieden uitkomst wanneer de geruisloze overgang niet van toepassing is.

## Literatuurlijst:

### Artikelen:

- A. van Dongen, BTW-gevolgen van de verkoop van aandelen na EDM, WFR 2004/964
- A.H. Bommer en H.W.M. van Kesteren, Niet voor redelijke twijfel vatbaar: verkoop deelneming is een prestatie, WFR 2003/788.
- A.J. van Doesum & G.J. van Norden, Bedrijfsoverdrachten en omzetbelasting, WPNR 2007/6695
- A.J. van Doesum en H.W.M. van Kesteren, Aftrek van voorbelasting ter zake van handelingen buiten het kader van de onderneming, WFR 2011/1465
- A.J. van Doesum en H.W.M. van Kesteren, De onlosmakelijke samenhang tussen kosten en belastbare handelingen, WFR 2012/885
- A.J. van Doesum, H.W.M. van Kesteren en G.J. van Norden, Share disposals and the right of deduction of input VAT, EC Tax Review 2010/02
- G.J. van Norden, Geen paradox maar een echte tegenstelling in de btw: strikter en ruimer, WFR 2010/684
- G.J. van Norden, Verkoop en overdracht minderheidsparticipaties, BtwBrief 2006/1
- H.W.M. van Kesteren, Verkoop aandelen door moeiende houdster: een prestatie!, NTFR 2004/1704
- I.F. Molenaar, De zaak AB SKF: antwoorden of nog meer vragen?, BtwBrief 2009/37
- M.E. van Hilten noot bij HvJ EG 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM), BNB 2004/285
- P. Joosten en D. Kroesen, De echte paradox in de btw, Btw-Brief 2016/109
- R. Mierop & J. Bouwmeester, AB SKF: eindelijk duidelijkheid over BTW-aftrek bij verkoop deelneming?, WFR 2010/414
- S. Cornielje, Overgang van de onderneming in de Omzetbelasting, TFO 2017/151.1
- W.A.P. Nieuwenhuizen, noot bij HvJ EU 6 april 1995, nr. C-4/94 (BLP), FED 1995/495
- W.J. Blokland, Het economische karakter van het houden van aandelen in de btw, NTFR-B 2017/22

### Boeken:

- B.G. van Zadelhoff, Belastingplichtige in de BTW, Deventer: Kluwer 2012
- E.C.G. Ockhuizen, Hoofdzaken formeel belastingrecht, Den Haag: Boom fiscale uitgevers 2012
- H.J. Hofstra en R.E.C.M. Niessen, Inleiding tot het Nederlands belastingrecht, Deventer: Kluwer, 2002
- J.J.P. Swinkels, De belastingplichtige en de Europese BTW, 's-Gravenhage: Koninklijke Vermande 2001

- M.E. van Hilten en H.W.M. van Kesteren, Omzetbelasting, Deventer: Kluwer, 2012

#### **Dissertaties:**

- A.J. van Doesum, Contractuele samenwerkingsverbanden in de btw, Deventer: Kluwer 2009
- G.J. van Norden, Het concern in de BTW, Kluwer, Deventer, 2007
- K.M. Braun, Aftrek van voorbelasting in de BTW, Deventer: Kluwer, 2002
- S. Cornielje, Fusies en overnames in de btw, Deventer: Kluwer 2016
- S.T.M. Beelen, aftrek van btw als (belaste) omzet ontbreekt, Deventer: Kluwer 2010
- W.J. Blokland, Omzetbelastingaspecten van ondernemingsfinancieringen, Deventer: Kluwer 2016

#### **Jurisprudentie:**

##### ***HvJ:***

- HvJ EU 8 november 2018, C-502/17 (C&D Foods Acquisition), V-N 2018/62.16
- HvJ EG 20 juni 1991, nr. C-60/90 (Polysar Investment Netherlands b.v.), FED 1991/633
- HvJ EG 3 maart 2005, nr. C-472/03 (Arthur Andersen), BNB 2006/124
- HvJ EG 26 maart 1987, nr. 235/85 (Commissie / Nederland), FED 1987/341
- HvJ EG 3 maart 1994, nr. C-16/93 (Tolsma), FED 1994/348
- HvJ EG 19 september 2000, nr. C-454/98 (Schmeink & Strobel), V-N 2000/47.16
- HvJ EG 22 mei 2008, nr. C-162/07 (Ampliscentifica), V-N 2008/25.20
- HvJ EG 14 februari 1985, nr. 268/83 (Rompelman), BNB 1985/315
- HvJ EU 11 juni 1998, nr. C-283/95 (Fischer)
- HvJ EG 10 juli 2008, nr. C-484/06 (Fiscale eenheid Koninklijke Ahold NV), V-N 2008/41.23
- HvJ EG 12 september 2000, nr. C-408/97 (Commissie/Nederland), BNB 2007/377
- HvJ EU 12 mei 2016, C-520/14 (Gemeente Borsele), BNB 2016/186
- HvJ EG 20 juni 1996, nr. C-155/94, (Wellcome Trust), V-N 1997, blz. 1034
- HvJ EG 14 november 2000, nr. C-142/99 (Floridienne/Berginvest), V-N 2000/53.17
- HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14 en C-109/14 (Larentia en Minerva), V-N 2015/44.18
- HvJ EU 20 juni 2013, nr. C-653/11, (Paul Newey) BNB 2014/49
- HvJ EU 29 mei 2017, nr. C-320/17, (Marle Participations Sarl), FED 2018/166
- HvJ EG 11 juli 1996, nr. C-306/94 (Régie Dauphinoise), BNB 1997/38
- HvJ EG 6 februari 1997, nr. C-80/95 (Harnas&Helm), BNB 1997/286
- HvJ EU 29 februari 1996, nr. C-110/94 (Inzo),
- HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-651/11 (X b.v.), NTFR 2013/1293
- HvJ EU 26 juni 2003, nr. C- 305/01, (MKG-Kraftfahrzeuge-Factoring GmbH), V-N 2003/34.13
- HvJ EU 9 oktober 2001, nr. C- 409/98, (Mirror Group), V-N 2001/57.20



- HvJ EG 8 juni 2000, nr. C-98/98 (Midland Bank), *BNB* 2001/118
- HvJ EG 22 februari 2001, nr. C-408/98 (Abbey National 1), V-N 2001/15.26
- HvJ EG 27 september 2001, nr. C-16/00 (Cibo). *FED* 2002/31
- HvJ EU 14 december 2016, nr. C-378/15 (Mercedes Benz Italia), V-N 2017/3.15
- HvJ EG 30 maart 2006, nr. C-184/04 (Uudenkaupungin Kaupunki), V-N 2006/18.25
- HvJ EU 27 november 2003, C-497/01 (Zita Modes), V-N 2003/61.18
- HvJ EU 18 januari 2012, nr. C-26/12 (PPG Holdings), V-N 2013/48.17
- HvJ EU 17 oktober 2018, nr. C-249/17 (Ryanair) V-N 2018/57.12
- HvJ EG 6 april 1995, nr. C-4/94 (BLP), *FED* 1995/495
- HvJ EG 5 juni 1997, nr. C-2/95 (SDC), V-N 1997/2606
- HvJ EU 7 september 1999, nr. C-216/97 (Gregg & Gregg), V-N 1999/47.21
- HvJ EU 21 januari 2013, nr. C-104/12 (Wolfram Becker), V-N 2013/17.18
- HvJ EG 29 april 2004, nr. 07/01 (EDM), *BNB* 2004/285
- HvJ EG 29 april 2004, nr. 07/01 (EDM), *BNB* 2004/285
- HvJ EG 13 maart 2008, nr. C-437/06 (Securenta), V-N 2008/14.20
- HvJ EG 3 maart 2005, nr. C-32/03, (Fini H), V-N 2005/15.8
- HvJ EG 29 oktober 2009, nr. C-29/08, (AB SKF), *BNB* 2010/251

**Hoge Raad:**

- Hoge Raad 29 november 2000, nr. 35 765, V-N 2000/54.25
- Hoge Raad 2 december 2011, nr. 42 863, *BNB* 2012/29 (X BV)

**Conclusies van de A-G:**

- Conclusie A-G léger 12 september 2002 bij HvJ EG 29 april 2004, nr C-07/01 (EDM), *BNB* 2004/285
- Conclusie van A-G Jacobs, C-497-01 (Zita Modes), V-N 2003/61
- Conclusie van A-G Kokott van 6 september 2018, C-502/7 (C&D Foods Acquisition), *BNB* 2009/10
- Conclusie van A-G Lenz van 7 december 1995 bij HvJ EG 20 juni 1996, nr. C-155/94, V-N 1997 blz. 1034 (Wellcome Trust)

**Overig:**

- Kamerstukken II 1997/98, 25 709
- Considerans van de Btw-richtlijn, punt 5
- Besluit Staatssecretaris van Financiën van 3 augustus 2004, nr. CPP 2004/1709M
- Toelichting op het voorstel voor een Zesde Richtlijn, V-N 1973, blz. 753, nr. 18A

