

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics

Bachelor scriptie Fiscale Economie

Aan- en verkoopkosten van deelneming binnen de btw

Een analyse van de arresten Ryanair en C&D Foods Acquisition



Naam: B. van de Reep

Studentnummer: 430533

Begeleider: R. Zuidgeest

Rotterdam

Inhoudsopgave

1. Inleiding	3
1.1 Aanleiding.....	3
1.2 Probleemstelling	4
1.3 Aanpak en opzet.....	4
2. Wat is de aanleiding van het Ryanair arrest en C&D Foods Acquisition Aps arrest?	5
2.1 Inleiding.....	5
2.2 Ryanair	5
2.2.1 Situatie Ryanair.....	5
2.2.2 Btw-behandeling vóór het arrest Ryanair	6
2.3 C&D Foods Acquisition Aps	7
2.3.1 Situatie C&D Foods.....	7
2.3.2 Btw-behandeling vóór het arrest C&D Foods	8
2.4 Deelconclusie	8
3. Aftrek van voorbelasting bij de herstructurerings van concernverhoudingen	10
3.1 Inleiding.....	10
3.2 Vormt het houden van aandelen een economische activiteit?	10
3.2.1 Inmenging in het beheer	10
3.2.2 Bedrijfsmatige handel in effecten	12
3.2.3 Verlengstuk van andere economische activiteiten.....	12
3.3 Bestaat recht op aftrek van btw bij herstructurerings van een concern?	13
3.3.1 Geen aftrek bij niet-economische activiteiten	13
3.3.2 Toedeling van kosten aan een onderneming	14
3.3.3 Geen aftrek bij toerekening kosten aan vrijgestelde activiteiten.....	15
3.3.4 Wel aftrek bij toerekening aan belaste activiteiten of algemene kosten.....	16
3.4 Deelconclusie	17
4. Aftrek van btw bij activiteiten die mislukken c.q. niet doorgaan	19
4.1 Inleiding.....	19
4.2 Aftrekrecht voorafgaande aan economische activiteit	19
4.3 Activiteiten die nooit worden gestart	20
4.4 Activiteiten die voortijdig worden afgebroken	21
4.5 Deelconclusie	22
5. Het oordeel van het Hof van Justitie over aftrek van btw bij mislukte herstructurering van concerns op basis van de arresten	23
5.1 Inleiding.....	23
5.2 Ryanair	23
5.1.2 Handeling als ondernemer	23
5.1.3 Acquisitiekosten toerekenen.....	24
5.2 C&D Foods.....	24
5.2.1 Wel economische activiteit	24
5.2.2 Geen economische activiteit	24

5.3 Deelconclusie.....	25
6. Conclusie	27
7. Literatuurlijst.....	29
7.1 Boeken en artikelen	29
7.2 Jurisprudentie	29
7.3 Wetgeving	29
7.4 Overige	29

1. Inleiding

1.1 Aanleiding

Op 17 oktober 2018 heeft het Hof van Justitie EU uitspraak gedaan in de Ierse rechtszaak van Ryanair.¹ In 2006 trachtte Ryanair de verlieslijdende concurrent Aer Lingus over te nemen. In het kader van deze overname waren er door Ryanair kosten gemaakt ten behoeve van adviesdiensten. De btw-richtlijn stelt in artikel 4 en 17 van de Zesde richtlijn² dat wanneer er sprake is van een economische activiteit de btw op goederen of diensten die zijn afgenomen met betrekking tot de overname in aftrek kunnen worden genomen. Uiteindelijk kon Ryanair door mededingingrechtelijke beperkingen slechts een deel van het maatschappelijk kapitaal van Aer Lingus bemachtigen. Dit kwam doordat de Europese Commissie in Brussel bang was voor een monopolie of een te dominante positie van Ryanair op 46 routes, waardoor de angst ontstond voor te hoge prijzen.³ Op basis hiervan stelde de Europese Commissie dat de volledige aankoop van Air Lingus door Ryanair niet door kon gaan. Desondanks claimde Ryanair volledige aftrek van voorbelasting over de advieswerkzaamheden die betrekking hadden op de overname van Air Lingus. De Ierse fiscus kende deze teruggave echter niet toe. Naar aanleiding van deze geclaimde aftrek van voorbelasting stelde de Ierse rechter prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie in Luxemburg. Tegelijkertijd speelde er een soortgelijke zaak met betrekking tot C&D Foods Acquisition. Hierin had het Hof van Justitie op 8 november 2018 op een arrest gewezen waarbij het recht op aftrek van voorbelasting bij de verkoop van aandelen van belang was.⁴ Ook in dit geval werden adviesdiensten afgenomen ten behoeve van het handelen in aandelen. Het was namelijk in deze casus de bedoeling om de aandelen in de kleindochteronderneming te verkopen. Hiervoor werd gekozen om schuldverplichtingen te verlichten aan de IJslandse Kredietinstelling. Eerder werden de aandelen al verkocht aan de IJslandse Kaupthing Bank nadat de oud-eigenaar van de groep niet voldeed aan zijn verplichtingen aan de IJslandse Bank. De verkoop van de kleindochteronderneming Arovit Petfood door C&D Foods Acquisition Aps liep uit op niets en de btw werd in aftrek gebracht door C&D Foods.⁵ Vervolgens ontstond er een discussie over deze aftrek met de Deense fiscus waarop de Deense rechter prejudiciële vragen stelde of er in dit geval ook sprake was van genoeg economische activiteit om deze kosten voor “due diligence” in aftrek te brengen. Hierin oordeelde het Hof dat er in dit geval geen mogelijkheid was tot aftrekbaarheid van de kosten. Het Hof van Justitie stelde in dit arrest dat het aflossen van schulden aan een kredietinstelling niet als één economische activiteit kan worden gezien. Hierbij rijst de vraag waar het Hof van Justitie de lijn trekt van economische activiteit. In het vervolg van deze scriptie zal worden geprobeerd een antwoord hierop te vormen.

¹ HvJ EU, 17-10-2018, nr. C-249/17

² Zesde Richtlijn 77/388/EEG betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der Lid-Staten inzake omzetbelasting

³ (ANP, 2013)

⁴ CJ, 08-11-2018, nr. C-502/17

⁵ btwBrief 2018/99, Het arrest C&D Foods Acquisition ApS, A.E.H. Berkhuisen-van Egmond

1.2 Probleemstelling

Deze twee arresten hebben tot veel ophef gezorgd in de fiscale praktijk. Het Ryanair arrest geeft de praktijk meer mogelijkheden om de btw, die verband houdt met de relatief hoge kosten van de advieswerkzaamheden die betrekking hebben op de handel in aandelen, terug te vragen. Het C&D Food Acquisition Aps arrest verscherpt dit door te stellen dat dit niet mogelijk is. Hoe moet in de fiscale praktijk worden omgegaan met deze arresten en het begrip economische activiteit?

Momenteel is er vanuit Nederlandse optiek een besluit van de staatssecretaris uit 2004. Dit lijkt op basis van de arresten nu ook achterhaald en zal mogelijk moeten worden aangepast. In deze scriptie wordt daarom op de volgende onderzoeksvraag een antwoord gevormd:

“In hoeverre hebben de arresten Ryanair en C&D Food Acquisition Aps de regels voor de aftrek van voorbelasting op advieskosten gewijzigd?”

1.3 Aanpak en opzet

Om deze onderzoeksvraag goed te kunnen beantwoorden, worden de volgende deelvragen behandeld:

1. Wat is de aanleiding van het Ryanair arrest en C&D Foods Acquisition Aps arrest?

Eerst wordt gekeken naar de casuïstiek en vervolgens naar de reden dat deze casussen zijn voorgelegd bij het Hof van Justitie. Dit wordt behandeld in hoofdstuk twee.

2. Hoe werkt de aftrek van btw bij herstructurering voorafgaande aan de arresten Ryanair en C&D Foods Acquisition?

In het derde hoofdstuk zal ik ingaan op de eerdere arresten van het Hof van Justitie die betrekking hebben op de herstructurering binnen de onderneming en de bijbehorende btw-gevolgen hiervan. Daarnaast wordt ingegaan op de aftrek van voorbelasting van kosten die gerelateerd zijn aan de aan- en verkoop van een deelneming.

3. Wat zijn de mogelijkheden met betrekking tot aftrek van voorbelasting bij mislukte activiteiten?

In het vierde hoofdstuk is er een analyse gemaakt van eerdere arresten waarin het vraagstuk met betrekking tot situaties waarin de intentie aanwezig was om een economische activiteit uit te voeren. Echter zijn deze activiteiten nooit daadwerkelijk of slechts gedeeltelijk uitgevoerd.

4. Wat is het oordeel van het Hof van justitie over de aftrek van btw bij mislukte herstructurerings van concerns o.b.v. de arresten Ryanair en C&D Foods?

Er zal ter afsluiting in het vijfde hoofdstuk dieper worden ingegaan op de conclusies die het Hof van Justitie heeft gesteld in de te behandelen arresten Ryanair en C&D Foods. Hierbij zal op basis van de eerder in de scriptie aangehaalde jurisprudentie de conclusie worden toegelicht in hoofdstuk zes.

2. Wat is de aanleiding van het Ryanair arrest en C&D Foods Acquisition Aps arrest?

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal er nader worden ingegaan op wat de aanleiding was voor de arresten Ryanair en C&D Foods Acquisition Aps en waarom deze van belang zijn voor situaties waar aandelentransacties spelen. Aandelentransacties binnen een overnameproces gaan naast de aankoopprijs altijd samen met zeer omvangrijke kosten. Voordat een koper overgaat tot de aankoop van aandelen wil deze zich vaak laten adviseren door verschillende professionele partijen. Zij kunnen door middel van verschillende uitgebreide onderzoeken meer inzicht geven in de aan te kopen deelneming. Niet alleen in het voorafgaande proces, maar ook tijdens de transactie zelf vinden bedrijven het vaak prettig om te worden bijgestaan door professionals die zich bezighouden met de onderhandelingen en de koopovereenkomst. Dit geldt niet alleen voor een aankoopproces, maar ook in een verkoopkoopproces worden kosten gemaakt. Hierbij rijst de vraag of de kosten die worden gemaakt ten aanzien van de verkoop van aandelen gezien kunnen worden als een vrijgestelde bemiddelingsactiviteit binnen de btw. Wanneer blijkt dat er sprake is van een btw belastbare prestatie gaat het vraagstuk met betrekking tot de mogelijkheid van aftrek pas een rol spelen. De aftrek van voorbelasting op deze vaak substantiële kosten vereisen daarom meer aandacht. De vraag of er recht is op aftrek van voorbelasting hangt altijd nauw samen met het begrip economische activiteit. Alleen wanneer de onderneming de aandelen houdt als een economische activiteit kan op basis van artikel 167 van de btw-richtlijn worden geclaimd over de kosten⁶.

2.2 Ryanair

Er zal nu worden ingegaan op de casuïstiek waarop het arrest Ryanair is gebaseerd.

2.2.1 Situatie Ryanair

Op 23 oktober 2006 had Ryanair Holdings Plc (hierna: Ryanair) een openbaar bod gedaan op de concurrerende vliegtuigmaatschappij Aer Lingus Group Plc (hierna: Aer Lingus). Ryanair is een vanuit Ierland werkende vliegtuigmaatschappij met 400 routes in 2006. Aer Lingus is ook een vliegtuigmaatschappij die vanuit Ierland opereert en van daar uit 70 verschillende routes binnen Europa vliegt en verschillende routes heeft naar de Verenigde Staten. Ryanair had een grote drang tot verdere groei in Europa, maar ook daarbuiten. In het kader hiervan had Ryanair de intentie om de activiteiten van Aer Lingus over te nemen. Op het moment van bekendmaking van het openbare bod op alle uitstaande aandelen bezat Ryanair al om en nabij 19,16% van de aandelen in Aer Lingus. Zelfs in de periode waarin aandeelhouders de mogelijkheid hadden het openbare bod te accepteren wist Ryanair nog 6% extra aandelen te bemachtigen wat resulteerde in een totaal van 25,17% van de totale aandelen.⁷ Uiteindelijk oordeelde de Europese Commissie dat Ryanair door de overname een monopolie op te veel verschillende routes zou krijgen binnen de Europese gemeenschappelijke markt. Samen zouden de twee maatschappijen zo een 80% van alle vluchten vanuit de Ierse hoofdstad Dublin binnen Europa in handen hebben. Ook zou er na de overname op 22 routes een monopolie ontstaan. De topman van Ryanair Michael O'Leary ging na deze "Nee" van de

⁶ Richtlijn betreffende belasting over toegevoegde waarde

⁷ EU Case No COMP/M.4439, Ryanair / Aer Lingus, Commission Decision of 27/06/2007

Europese Commissie vervolgens in beroep.⁸ Ryanair verloor ook deze beroepsprocedure en zag zichzelf genoodzaakt concessies te nemen om alsnog toestemming te krijgen voor de overname. In 2012 stelde Ryanair bij de Europese Commissie voor dat het bereid was een deel van zijn eigen routes af te staan. Daarnaast zou Aer Lingus vanaf een nieuwe thuisbasis buiten Ierland gaan vliegen op al zijn internationale bestemmingen. Dit voorstel legden zij voor aan de Europese Commissie, zodat deze de overnamepoging zou toelaten. Uiteindelijk blokkeerde de Europese Commissie in Brussel de nieuwste poging tot overname in 2013 opnieuw⁹. De Europese Commissie verwachtte dat er te weinig concurrentie over zou blijven en vond de concessies die Ryanair wilde doen niet voldoende om dit te voorkomen. Na drie overnamepogingen die steeds weer opnieuw werden tegengehouden door de Europese Commissie staakte Ryanair zijn pogingen tot inlijving van Aer Lingus. Ryanair werd verplicht zijn belang van dat moment 29% terug te brengen en een verdere overnamepoging door derde niet in de weg te staan.¹⁰

De overnamepogingen gingen gepaard met veel kosten. Hierbij kan er gedacht worden aan advieskosten voor "Due diligence", maar ook aan alle advocaat- en adviseurskosten ten behoeve van de procedure bij de Europese Commissie. Ryanair verzocht vervolgens tot aftrek van voorbelasting over alle uitgaven die samenhangen met mislukte overname. Dit met als argument dat zij het voornemen hadden zich na de overname van Aer Lingus te mengen in het beheer van Aer Lingus en zo aan de btw-plichtige Aer Lingus managementdiensten te leveren.

2.2.2 Btw-behandeling vóór het arrest Ryanair

Op basis van de jurisprudentie en de wet voorafgaande aan het arrest was het mogelijk om aftrek van voorbelasting te claimen zodra de moedermaatschappij belastbare activiteiten leverde aan haar dochteronderneming en zich daarnaast bezighield met het bestuur van de onderneming. Als dit werd gedaan zou het houden van de aandelen een economische activiteit zijn op basis van het arrest Polysar. Het feit dat de overname niet door ging, had als gevolg dat Ryanair nooit kon overgaan tot het leveren van de belastbare handeling ondanks hun intentie hiertoe. Op basis van het INZO-arrest mag het feit dat een economisch feit niet door gaat niet afdoen aan de aftrek van voorbelasting over de gemaakte investeringskosten. Echter is hierbij geen verband gelegd met aandelentransacties. Hierop rees de vraag hoe er bepaald kon worden of Ryanair daadwerkelijk de intentie had dat ze een economische activiteit zou krijgen voor de btw door de aandelentransactie. Daarnaast is er de vraag of het arrest INZO ook mag worden gelezen in verband met aandelentransacties.

Als de aandelentransactie gezien zou worden als een economische activiteit voor de wet op de omzetbelasting, kan Ryanair op basis van artikel 168 van de btw-richtlijn aftrek van voorbelasting claimen. Aangezien het hier om een langlopende procedure ging waarbij de hiermee samenhangende kosten zeer substantieel moeten zijn geweest zou dit een flinke financiële meevaller kunnen zijn voor Ryanair.

⁸ <https://www.volkskrant.nl/economie/kroes-verbiedt-overname-aer-lingus-door-ryanair~bbb29a36/?referer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F>

⁹ <https://www.businessinsider.nl/brussel-blokkeert-overname-aer-lingus-door-ryanair/>

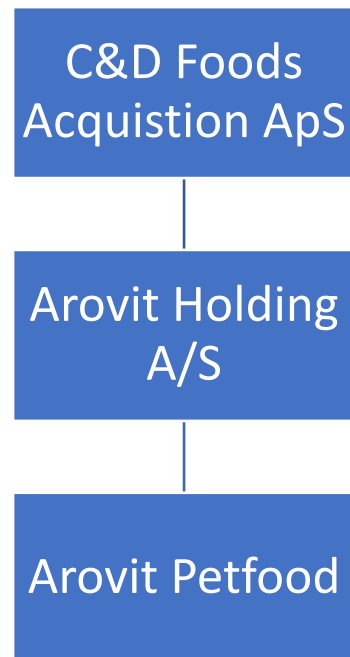
¹⁰ <https://www.metronieuws.nl/nieuws/2013/07/ryanair-bereid-tot-verkoop-belang-aer-lingus>

2.3 C&D Foods Acquisition Aps

In deze paragraaf zal dieper worden ingegaan op de casuïstiek die speelde bij het arrest C&D Foods Acquisition Aps.

2.3.1 Situatie C&D Foods

In het geval van C&D Foods Acquisition Aps (Hierna: C&D Foods) waren de feiten als volgt. C&D Foods behield alle aandelen in Arovit Holding A/S, welke vervolgens alle aandelen bezat in Arovit Petfood, zoals te zien in het bijgevoegde structuurschema. C&D Foods, een van origine Deense vennootschap, maakte onderdeel uit van het internationale Arovit Concern. De toenmalige eigenaar van het concern had schulden bij de IJslandse financiële instelling Kaupthing Bank. Na verloop van tijd kon de eigenaar van C&D Foods aan zijn belastingverplichtingen aan de bank niet meer voldoen. Als gevolg hiervan zijn de aandelen in 2009 van C&D Foods over gegaan naar de bank voor slechts € 1.¹¹ Vervolgens wilde Kaupthing Bank de aandelen verkopen om op deze wijze via de opbrengsten de schulden af te kunnen lossen. Hiervoor schakelde Kaupthing Bank verschillende accountants- en advocatenkantoren in. Door het belastingadvieskantoor BDO wordt opgemerkt dat hun opdracht luidde om uit te zoeken of er een herstructurering mogelijk was van het Arovit concern en ook voor de zoektocht naar een koper voor het concern. Kaupthing bank sloot hiervoor verschillende consultancyovereenkomsten af met deze adviseurs.¹² De vergoedingen voor de afgenomen diensten van al deze verschillende adviseurs werden vervolgens gefactureerd aan C&D Foods. Dit waren alle kosten voor zowel de herstructurering als de kosten die werden gemaakt voor de beoogde verkoop van de aandelen van C&D Foods. Uiteindelijk vond er geen verkoop plaats van de aandelen C&D Foods om de reden dat er geen geschikte koper gevonden kon worden voor de aandelen. Aangezien alle facturen verstuurd waren naar C&D Foods claimde zij aftrek van voorbelasting over de gemaakte kosten op deze facturen. De Deense belastingdienst gaf als reactie hierop dat de afgenomen consultancydiensten niet waren verricht ten behoeve van C&D Foods, maar ten behoeve van Kaupthing Bank¹³. De autoriteit stelde dit vast op basis van het feit dat de Kaupthing Bank wilde dat de aandelen werden verkocht en niet C&D Foods. Hierdoor zouden de kosten niet gedragen moeten worden door C&D Foods, maar door Kaupthing Bank. Kosten zouden namelijk altijd in aftrek moeten worden genomen bij de entiteit waar ze toerekenbaar aan zijn. De Deense autoriteit stelde in deze casus dat de diensten werden geleverd ten behoeve van Kaupthing Bank en niet van C&D Foods. Daarnaast werd gesteld dat de gemaakte kosten geen verband hielden met een belaste handeling van C&D Foods en dat deze aandelentransactie geen economische activiteit was.



¹¹

<https://meijburg.nl/uploads/files/news/2018/11/Arrest%20HvJ%20oogmerk%20van%20aandelenverkoop%20kan%20btw-aftrekrecht%20beperken%20C-502-17%20nov%202018.pdf>

¹² <https://www.bdo.nl/nl-nl/perspectieven/btw-op-kosten-voor-voorgenomen-aandelenverkoop-volgens-ag-aftrekbaar>

¹³ HvJ EU, 08-11-2018, Nr. C-502/17

Hierdoor was de Deense belastingautoriteit van mening dat het niet mogelijk was om aftrek van voorbelasting te laten plaatsvinden.¹⁴

2.3.2 Btw-behandeling vóór het arrest C&D Foods

Het feit dat de aandelen door C&D Foods werden gehouden als een economische activiteit staat hier niet ter discussie. Dit blijkt uit het arrest van het Hof van Justitie.¹⁵ Echter is het wel de vraag of het verkopen van de aandelen ter aflossing van de schuld aan de aandeelhouder moet worden gezien als een economische activiteit. Hierbij is voorbijgegaan aan het feit dat de verkoop als een vrijgestelde bemiddelingsdienst kan worden gezien. Op basis van artikel 13 lid b van de Zesde Richtlijn zijn bemiddelingsdiensten voor de handel van aandelen vrijgesteld. Het is vreemd dat deze vrijstelling nergens benoemd is. Op het moment dat deze casus speelde, zat C&D Foods in financiële problemen en was het van belang om de schulden af te lossen om zo de continuïteit van het concern te waarborgen. In het kader hiervan zou gesteld kunnen worden dat het aflossen gezien kan worden als een economische activiteit voor het concern in zijn geheel. Een beheren en handelen met aandelen kan niet alleen door middel van moeien en belastbare handelingen als een economische activiteit worden bestempeld. Het is namelijk ook mogelijk dat de handeling een verlengstuk is van de economische activiteit van de ondernemer. Als er sprake is van dit verlengstuk kunnen ook de kosten in aftrek worden genomen op basis van artikel 167 van de btw-richtlijn.¹⁶ De vraag hierbij luidt of het verkopen van aandelen om daar vervolgens een schuld mee af te lossen kan worden gezien als een verlengstuk van de economische activiteiten van C&D Foods.

2.4 Deelconclusie

De aftrek van voorbelasting op kosten die betrekking hebben op aandelentransacties was op basis van de jurisprudentie al mogelijk. Echter was in de bestaande jurisprudentie nog geen duidelijkheid over het feit wanneer de aan- en verkopen van deelnemingen kon worden gezien als een economische activiteit als deze geen doorgang vonden. In het geval van Ryanair zijn zij jarenlang bezig geweest om de aandelen Aer Lingus over te nemen om deze vervolgens als een deelneming te houden. Aan deze deelneming wilde zij vervolgens verschillende btw belastbare handelingen leveren. Door Europese wetgeving heeft deze overname geen doorgang kunnen vinden en is Ryanair haar poging gestopt. Ryanair heeft voor de poging tot overname wel veel kosten moeten maken waarover zij alsnog aftrek van voorbelasting over verzoeken. Dit wordt door de Ierse fiscus niet toegekend aan Ryanair, waardoor uiteindelijk de zaak bij het Hof van Justitie is voorgekomen.

Bij C&D Foods luidt de vraag of het aflossen van een schuld aan haar moedermaatschappij kan worden gezien als een economische activiteit of dat dit in het verlengde van haar economische activiteit ligt. C&D Foods bevond zich op het moment dat zij haar deelneming wilde verkopen in een slechte financiële situatie en wilde het vrijgekomen kapitaal van de verkoop gebruiken om haar schulden af te kunnen lossen aan haar nieuwe aandeelhouder het IJslandse Kaupthing Bank. Op basis van de bestaande jurisprudentie was er nog geen duidelijkheid over de mogelijkheid tot aftrek in dit soort casussen. Bovendien ging de

¹⁴ HvJ EU, 08-11-2018, Nr. C-502/17

¹⁵ HvJ EU, 08-11-2018, Nr. C-502/17

¹⁶ Richtlijn betreffende belasting over toegevoegde waarde

verkoop niet door en speelde dus ook dezelfde vraag als in de casus van Ryanair maar dan niet bij aankoop maar verkoop.

Om een antwoord te kunnen formuleren op deze vragen zal de reeds bestaande literatuur worden onderzocht. In hoofdstuk 3 zal worden gekeken naar de mogelijkheden tot aftrek bij herstructureringen in concernverhoudingen, waarna vervolgens in hoofdstuk 4 een onderzoek zal plaatsvinden naar de mogelijkheden tot aftrek bij activiteiten die geen doorgang hebben kunnen vinden. In aansluiting hierop zal in hoofdstuk 5 de arresten Ryanair en C&D Foods verder onderzocht worden en in hoofdstuk 6 wordt hierop een conclusie geformuleerd.

3. Aftrek van voorbelasting bij de herstructureringen van concernverhoudingen

3.1 Inleiding

In hoofdstuk 3 zal nader gekeken worden naar de deelvraag: “Hoe werkt de aftrek van btw bij herstructurering voorafgaande aan de arresten Ryanair en C&D Foods Acquisition?”

Om de vraag over de aftrek van voorbelasting binnen concernverhoudingen te beantwoorden, heeft het Hof van Justitie gewezen op een aantal arresten. De eerste vraag die vrijwel altijd naar boven komt voor het Hof van Justitie is of er sprake is van economische activiteit. Als hier namelijk geen sprake van is, kan er nooit worden toegekomen aan het vraagstuk van de aftrekbaarheid van voorbelasting voor de btw.

3.2 Vormt het houden van aandelen een economische activiteit?

Door de jaren heen is er door het Hof van Justitie een kader gevormd waarbinnen het houden van aandelen kan worden gezien als een economische activiteit. Op basis van de onderstaande arresten Polysar, Wellcome Trust en Harnas & Helm, is door het Hof een aantal vereisten gecreëerd over wanneer er gesproken kan worden over deze economische activiteit. Uit de rechtspraak blijkt dat het bezit van aandelen in drie situaties een economische activiteit kan vormen of daartoe kan behoren, namelijk:

1. Een inmenging in het beheer die gepaard gaat met belastbare activiteiten
2. Bedrijfsmatig handelen in effecten
3. De handeling(en) in kwestie zijn een verlengstuk van de (andere) economische activiteiten van de belastingplichtige¹⁷

Ter toelichting worden de verschillende arresten die betrekking hierop hebben nogmaals aangehaald.

3.2.1 Inmenging in het beheer

In het arrest Polysar kwam voor het eerst het vraagstuk naar voren of een deelneming kon worden gehouden als een economische activiteit binnen de reikwijdte van de btw.

Polysar BV maakt deel uit van een wereldwijd concern en houdt aandelen in verschillende buitenlandse ondernemingen. Polysar BV ontving dividenden vanuit deze ondernemingen en keerde vervolgens zelf dividend uit aan haar aandeelhouder, de in Canada gevestigde Polysar Holding Ltd. Polysar BV zelf had geen handelsactiviteiten en hield zich alleen bezig met het houden van aandelen. Polysar BV maakte wel kosten en betaalde over de diensten die de BV afnam een bepaald bedrag aan btw. Vervolgens claimden zij op basis van artikel 17 van de Zesde richtlijn aftrek van voorbelasting over deze kosten.

Echter stelde de inspecteur dat Polysar geen recht had op aftrek van voorbelasting. De vraag die in het kader hiervan bij het Hof van Justitie voorkwam had twee kanten. Enerzijds of er uitgemaakt dient te worden of een holding die voor de rest geen activiteiten heeft als btw-plichtige moet worden aangemerkt. Anderzijds of voor het kwalificeren als btw-plichtige het van belang is dat dit vanuit een wereldwijd concern dat onder een naam optreedt voortkomt.

¹⁷ WFR 2019/23, Paragraaf 4.1

Het Hof van Justitie verwees in het kader van de beantwoording op die vragen naar artikel 2 van de Zesde richtlijn. Hierin wordt gesteld dat als belastingplichtige kan worden gezien ieder die zelfstandig een economische activiteit verricht. Ondanks het feit dat artikel 4 een zeer ruime werkingsfeer kent¹⁸, vervolgde het Hof door te zeggen dat: “Een financiële deelneming in andere ondernemingen als zodanig is namelijk niet aan te merken als exploitatie van een zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen, omdat het eventuele dividend, de opbrengsten van deze deelneming, voortspuit uit de loutere eigendom van het goed.”¹⁹ Volgens het Hof ligt dit anders wanneer er naast het houden van de deelneming direct of indirect gemoeid wordt met het beheer van de ondernemingen waarin wordt deelgenomen. De vervolgvraag die hieruit voortkomt, is of er naar het wereldwijde concern moet worden gekeken. Deze vraag beantwoordde het Hof negatief. Als een holding zich puur bezighoudt met het houden van aandelen kijk je alleen naar deze enkele vennootschap. Uit het arrest Polysar bleek dat het wel degelijk mogelijk is als belastingplichtige te worden gezien wanneer de activiteiten het houden van aandelen zijn, namelijk in het geval van moeien. Maar wanneer is er precies sprake van moeien en wat houdt moeien nu in? Uit het arrest Welthgrove (C-102/00) kan worden afgeleid dat voor “moeien” sprake moet zijn van het verrichten van een prestatie tegen vergoedingen richting de dochtervennootschap. Dit houdt in dat het simpelweg houden van aandelen in een onderneming niet leidt tot het zijn van ondernemer. Hiervoor zal de persoon zich ook daadwerkelijk moeten inmengen in de onderneming.

In aanvulling hierop kan er gekeken worden naar het arrest Laurentia, Minerva and Merenavo Schifffahrt. In dit arrest wordt bevestigd dat het enkele bezit en de enkele verkoop van aandelen geen economische activiteit vormt. Dit aangezien de aandelen in een andere onderneming niet zijn aan te merken als de exploitatie van een zaak om er duurzaam opbrengsten uit te verkrijgen. De opbrengsten die voortkomen uit het houden van aandelen in de vorm van het ontvangen van dividend zijn voordelen die ontstaan uit het simpele eigendom van de aandelen. Er is geen direct verband tussen deze opbrengsten en het houden van aandelen. Er is hier dan ook geen sprake van het begrip moeien, zoals wordt benoemd in het arrest Polysar. Om deze reden kan er niet altijd van uit worden gegaan dat het houden van aandelen kan worden gezien als een ondernemersactiviteit voor de btw. In het arrest MVM is geoordeeld dat er sprake is van inmenging in het beheer als er bijvoorbeeld diensten worden verleend in de vorm van administratieve, financiële, commerciële of technische diensten. Wel moeten deze diensten onderworpen zijn aan de heffing van btw.²⁰

Ook moet er tegenover de geleverde diensten een vergoeding staan. In het eerder aangehaalde arrest Welthgrove werd er namelijk ook geen tegenprestatie geleverd voor de activiteiten die werd uitgevoerd door Welthgrove. Wel werd er dividend uitgekeerd vanuit de verschillende deelnemingen. Het Hof van Justitie stelde in deze casus dat dividend geen tegenprestatie kan vormen voor economische activiteiten die binnen de reikwijdte van de btw valt. Het uitkeren van dividend is geen vergoeding voor de belastbare handeling, waardoor er daadwerkelijk een te betalen bedrag in de vorm van een factuur moet overgaan van de deelneming naar haar houdster.

Een soort gelijke casus speelde bij Cibo Participations (hierna: Cibo). Cibo hield een drietal deelnemingen in verschillende ondernemingen waaraan zij bijvoorbeeld leidinggaven,

¹⁸ HvJ EG, 20-06-1991, nr. C-60/90 rechtsoverweging 12

¹⁹ HvJ EG, 20-06-1991, nr. C-60/90 rechtsoverweging 13

²⁰ Cursus Belastingrecht, OB.2.1.6.E.c1 Houden van aandelen

administratie uitvoerden en technische en commerciële functies op zich nam. De meeste omzet van Cibo bestond uit dividend van deze dochterondernemingen. Aan Cibo werd btw in rekening gebracht door diensten, ontvangen van derde en wilde deze in aftrek brengen. Er werd hierin nogmaals bevestigd dat dividend geen vergoeding was voor prestaties die Cibo leverde. Om deze reden mocht dit dividend ook niet worden meegenomen bij het bepalen van de verhouding belaste en vrijgestelde omzet.

Ryanair had in verband met het bovenstaande de intentie om zich in te mengen in het beheer van Aer Lingus en verschillende diensten die belast waren met btw te gaan leveren. Op basis van deze gegevens kan ook worden gesteld dat als de overname daadwerkelijk had plaatsgevonden de aandelen werden gehouden als een economische activiteit door Ryanair.

3.2.2 Bedrijfsmatige handel in effecten

Een andere manier waarop het houden van aandelen kan worden gezien als een economische activiteit voor de ondernemer blijkt uit het arrest Wellcome Trust (C-155/94) van 20 juni 1996. In dit arrest speelde de volgende casus: Wellcome Trust was een trust die zich bezighield met het ophalen van opbrengsten uit aandelen van de trust. Deze opbrengsten werden vervolgens gebruikt voor onderzoek naar diergeneeskunde en menselijke geneeskunde. In het kader van herschikking was besloten om een aandelenpakket te verkopen en hiervoor zijn verschillende experts in de arm genomen. Na afloop van de verkoop waren de kosten voor de experts met betrekking tot de verkoop in aftrek gebracht. Hierin werd namelijk uitgegaan van het punt dat deze handeling als economische activiteit werd gezien voor de trust. Het Hof stelde hierin dat als investeringen gericht met het oog op het verkrijgen van inkomsten of verhogen van kapitaal op regelmatige basis plaatsvindt, dit binnen de werkingssfeer van de btw valt.²¹ Hierbij kan gedacht worden aan de handelsactiviteiten van een effectenmakelaar. Echter was hier bij Wellcome trust geen sprake van, waardoor deze verkoop niet als economische activiteit werd gezien. Wel had het de mogelijkheden uitgebreid van het begrip economische activiteit binnen concernverhoudingen.

3.2.3 Verlengstuk van andere economische activiteiten

De derde en laatste situatie waarin het houden van aandelen gezien kan worden als ondernemingsactiviteit is te vinden in het kader van "Harnas & Helm"(C-80/95). De casus bij dit arrest is als volgt. Harnas & Helm was de houder van aandelen en obligaties, uitgegeven door overheidslichamen en bedrijven in de USA en Canada. Daarnaast verstreekte het ook een tweetal leningen waarvan er één is aangevangen in 1984 en afgelost op 16 april 1987 en één die aanving in 1992. Op basis hiervan heeft de inspecteur gesteld dat Harnas & Helm geen ondernemer was in de periode 17 april 1987 en maart 1992, aangezien er geen economische activiteiten werden uitgevoerd door de onderneming. In het kader hiervan stelde de Nederlandse overheid bij het Hof van Justitie de vraag of "het enkele in eigendom verwerven en houden van obligaties, die niet dienstbaar zijn aan enige ondernemingsactiviteit, en het genieten van inkomsten daaruit is aan te merken als een economische activiteit"²². Het Hof stelde hierop dat obligatiebezit in dit verband niet is aan te merken als een economische activiteit. Echter sluit het wel aan op het feit dat wanneer er

²¹ V-N 1997/1034

²² V-N 1997/1031

sprake is van dienstbaarheid aan een andere ondernemingsactiviteit, er gesproken kan worden van een economische activiteit. Hiervoor heeft het Hof gekeken of er sprake is van een “rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk” van de belastbare activiteiten van de belastingplichtige.²³

Ten grondslag van het arrest Harnas & Helm lag het arrest Régie Dauphinoise. Uit dat arrest is de verlengstuktheorie ontstaan welke vervolgens in het bovenstaande Harnas & Helm nader is uitgewerkt. Bij Régie Dauphinoise speelde de volgende casus. Régie Dauphinoise beheerde grotendeels verhuurde onroerende zaken. Hiervoor ontving zij voorschotten van mede-eigenaren en huurders. Deze voorschotten belegde zij voor eigen rekening bij financiële instellingen. De vraag die hierbij opkwam was of de renteopbrengsten die deze beleggingen creëerde moesten worden behandeld. Het Hof stelde in deze casus dat de renteopbrengsten binnen de werkingssfeer van de btw viel, omdat het een vergoeding vormde voor het houden van het kapitaal voor derde. De rente was een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk van de belastbare activiteiten van het beheer wat zij uitvoerde.²⁴

Al wordt gekeken naar de casus van C&D Foods, was het van belang om de belastbare activiteiten van de onderneming door te laten gaan om de deelneming in haar bezit te verkopen. De schuldenlast die was ontstaan bij de IJslandse bank kon hier namelijk mee worden afgelost, waardoor het concern zich uit de slechte financiële situatie kon werken. De verkoop van de deelneming om schulden af te lossen kon dus worden gezien als een dienstbaarheid aan een andere ondernemingsactiviteit, waardoor de verkoop als een economische activiteit kon worden bestempeld.

3.3 Bestaat recht op aftrek van btw bij herstructurerings van een concern?

Zoals nu besproken is er strikt gekeken naar wanneer er sprake is van een belastingplichtige in het kader van houdstervennootschappen. Er zal wel verder gekeken moeten worden naar dit onderwerp in relatie tot de verkrijging en afstoting van deelnemingen en hoe deze in verhouding staan tot aftrek van voorbelasting.

Het systeem van aftrek van voorbelasting is altijd bedoeld geweest om de btw last van de te betalen en betaalde btw die in verband staat met zijn economische activiteiten bij ondernemers te verlichten. Door deze systematiek wordt bereikt dat elke ondernemer alleen belasting betaalt over de bij hem toegevoegde waarde van een product. De aftrek van voorbelasting zorgt voor een neutraliteit in de belasting. Deze neutraliteit is van groot belang voor de omzetbelasting en mag ook niet gelimiteerd worden. Het uitgangspunt van de btw-richtlijn is dat een ondernemer volledige aftrek van voorbelasting heeft. De uiteindelijke belastingdruk komt dan te liggen bij de degene waar de omzetbelasting in rekening is gebracht en die geen aftrek heeft van voorbelasting.

3.3.1 Geen aftrek bij niet-economische activiteiten

Niet alle kosten die worden gemaakt zijn toe te rekenen aan economische activiteiten. Hierdoor is alleen maar aftrek van voorbelasting mogelijk voor kosten die toe te rekenen zijn aan de economische activiteiten. Hierdoor zal er een “knip” dienen te worden gemaakt in de gemaakte kosten. Deze knip kan gezien worden als een pro-rata berekening. Kosten die

²³ Omzetbelasting, fed fiscale studieserie, M.E. van Hilten, H.W.M. van Kesteren. Blz. 84

²⁴ BNB 1997/38

worden gemaakt zullen moeten worden toegerekend aan de opbrengsten die zij genereren. Deze opbrengsten zijn onder te verdelen in btw belastbare opbrengsten en niet belastbare opbrengsten. Alleen de kosten die betrekking hebben op de btw belastbare handelingen kunnen vervolgens in aftrek worden gebracht. Daarnaast geldt voor de algemene kosten (kosten die niet direct zijn toe te rekenen) dat op basis van een percentageberekening zal moeten worden gekeken hoeveel van het bedrag in aftrek mag worden gebracht. Deze “knip” doctrine is ontstaan na het arrest *Securenta*.

Securenta, de belanghebbende in deze procedure, hield zich bezig met de aankoop, verkoop en beheer van onroerende zaken, effecten, deelnemingen en beleggingen. Het kapitaal dat hiervoor nodig was, verwierf zij door uitgave van aandelen en atypische stille deelnemingen. Voor de uitgifte van aandelen en atypische stille deelnemingen maakte *Securenta* kosten. Aangezien *Securenta* zowel economische als niet economische activiteiten maakte, twijfelde het Duitse recht hoe de aftrekbaarheid en de verdeling van voorbelasting moet worden vastgesteld. De vragen die hierbij aan de orde zijn, gaan in op hoe in het geval dat een belastingplichtige zowel economische als niet-economische activiteiten uitvoert het recht op aftrek van voorbelasting moet worden bepaald en voor als de aftrek alleen is toegestaan over kosten die betrekking hebben met de economische activiteit hoe deze verdeling moet worden gemaakt.²⁵ Kort samengevat beslist het Hof van Justitie hierin het volgende: wanneer een belastingplichtige een economische activiteit verricht die zowel belast als vrijgesteld is, is alleen de btw over kosten die verband houden met de uitgave van aandelen en atypische deelnemingen in aftrek te brengen voor zover deze kunnen toe te rekenen zijn aan de economische activiteit van *Securenta*. De methode en criteria die tot deze verdeling leiden tussen economische en niet economische activiteiten mag door de lidstaat worden beoordeeld. Hierbij rekening houdende met de btw-richtlijn. De berekening moet objectief kunnen weergeven welk deel aan welke activiteit is toe te rekenen.²⁶

Uit het arrest *Securenta* blijkt het belang van het onderscheid maken tussen economische en niet-economische activiteiten. Vooral bij aandelentransacties zal er onderscheid gemaakt worden tussen wat wel en niet aan de economische activiteit kan worden toegerekend. Het is dus belangrijk dat kosten direct of indirect zijn toe te rekenen aan de economische activiteiten.

3.3.2 Toedeling van kosten aan een onderneming

Verder is van belang of de kosten die worden gemaakt wel daadwerkelijk zijn toe te rekenen aan deze belastingplichtige. Het kan zo zijn dat een andere onderneming binnen het concern de kosten betaalt, maar niet degene is waarvoor deze kosten zijn gemaakt. In dit geval komt de vraag op waar deze kosten in aftrek gebracht moeten worden. Is dit de onderneming die de factuur betaalt waar de kosten vallen of wordt hier gekeken naar degene aan wie het factuur is uitgereikt. Deze vraag is bij het Hof van Justitie voorgekomen in de Duitse zaak *Becker*.

In het arrest *Becker* is in 2012 uitspraak gedaan in relatie tot de volgende casus. De heer *Becker* voerde voor zijn eigen rekening een ondernemingsactiviteit uit en hield daarnaast

²⁵ V-N 2008/14.20

²⁶ V-N 2008/14.20

een meerderheidsaandeel in A-GmbH. A-GmbH hield zich bezig met bouwwerkzaamheden die btw belaste handelingen waren.²⁷ Becker had samen met A-GmbH een fiscale eenheid voor de btw en werd gezien als belastingplichtige van de ondernemingsgroep en zo ook de belastingverplichting had. Tegen de heer Becker en de procuratiehouder van A-GmbH werd een strafrechtelijke zaak gestart, omdat zij verdacht werden van corruptie of medeplichtigheid aan corruptie bij het aanbesteden van bouwprojecten. Uiteindelijk is in de strafzaak besloten over te gaan tot schikking. Becker en de procuratiehouder van A-GmbH werden elk door eigen advocaten bijgestaan en vertegenwoordigd. De overeenkomsten die hiermee verband hielden, werden getekend door A-GmbH en vertegenwoordigd door Becker en de procuratiehouder van A-GmbH als zaakwaarnemer, maar ook door de verdachte zelf in privé hoedanigheid²⁸. Het honorarium van de advocaten werd gefactureerd op de naam van A-GmbH. Becker heeft de op deze facturen gerekende btw in aftrek genomen.

De vraag die hier opkomt luidt of het mogelijk is om aftrek van voorbelasting te claimen op het honorarium van de advocaten.

Het Hof legde in het kader hiervan in Rechtsoverweging 25 van dit arrest de nadruk op het feit dat wanneer bepaalde kosten niet hun uitsluitende oorzaak vinden in een belastbare activiteit, er nog niet kan worden aangenomen dat deze kosten dan geen rechtstreeks en onmiddellijk verband met de activiteiten hebben.

Het gaat hierbij vooral om het stuk waarin wordt gesteld dat wanneer de enige oorzaak van de kosten voortkomt uit het door kunnen gaan van de onderneming, er ook geen rechtstreeks en onmiddellijk verband is met die activiteiten. Bij het arrest Becker was het Hof van mening dat ondanks het gegeven dat de facturen aan A-GmbH gericht waren, het in feite bedoeld was de heer Becker en de Procuratiehouder van A-GmbH te beschermen. Niet A-GmbH stond namelijk voor in de rechtspraak, maar de twee verdachten stonden persoonlijk terecht. Alhoewel het wel mogelijk was om tegen A-GmbH de strafzaak te voeren, werd hier niet voor gekozen door de Duitse aanklager. Het Hof stelde dat het van belang was om op objectieve basis te bepalen of een dienst en de gehele economische activiteit een rechtstreeks verband houden met elkaar. Mocht het zijn dat de kosten toch werden gemaakt, ondanks het feit dat er belastbare activiteiten uit voort zouden komen, was het niet mogelijk deze als een belastbare economische activiteit te zien.

Op basis van het arrest Becker kan er gesteld worden dat er altijd gekeken moet worden aan wie de kosten toegerekend moeten worden. Hiervoor zal worden bepaald of er een onmiddellijk verband bestaat tussen handelingen en de activiteit die wordt uitgevoerd.

3.3.3 Geen aftrek bij toerekening kosten aan vrijgestelde activiteiten

Daarnaast bestaat er ook geen aftrek van voorbelasting op kosten indien deze worden gebruikt voor vrijgestelde prestaties. Het effect van vrijgestelde prestaties is zo dat er geen btw verschuldigd is, maar ook dat er daar tegenover geen aftrek kan worden geclaimd van eventuele voorbelastingen. Zo zou het ook zijn dat eventuele acquisitiekosten die worden toegerekend aan de vrijgestelde activiteiten van een onderneming nooit zullen kunnen leiden tot een aftrek van voorbelasting.

²⁷ HvJ EU, 21-02-2013, nr. C-104/12, Rechtsoverweging 8

²⁸ HvJ EU, 21-02-2013, nr. C-104/12, Rechtsoverweging 12

3.3.4 Wel aftrek bij toerekening aan belaste activiteiten of algemene kosten

Al zijn de kosten die worden gemaakt wel toe te rekenen aan een belastbare activiteit of eventueel aan de algemene kosten is het wel mogelijk de kosten in aftrek te brengen. Ter toelichting hiervan zullen de arresten Midland, Kretztechnik en AB SKF behandeld worden.

In het Arrest Midland speelde de casus dat zowel belaste als vrijgestelde diensten werden verleend. Er kan op deze de kosten die zij maakten omzetbelasting in aftrek worden gebracht, omdat de afnemer van de diensten van Midland gevestigd was buiten de EU en hier de financiële vrijstelling niet van toepassing is. Later raakte de bank betrokken bij een gerechtelijke procedure en over het honoraria wat daarmee samenhang werd omzetbelasting berekend. Aangezien deze kosten in verband stonden met de leveringen buiten de EU, was het mogelijk voor de bank kosten die hiermee gemoeid gingen in aftrek te brengen. Echter meende de Britse belastingdienst dat de voorbelasting op de advocaatkosten slechts aftrekbaar was op basis van de voor de bank geldende pro-rata. Echter stelde het Hof in rechtsoverweging 31 dat er gekeken moet worden of de kosten een rechtstreekse en onmiddellijke samenhang hebben met de uitgaande prestaties of dat er een rechtstreekse en onmiddellijke samenhang is met de bedrijfsactiviteiten van de belastingplichtige.²⁹ Omdat in het geval van het Midland de kosten allemaal toe te rekenen waren aan de belastbare handeling waarover aftrek van voorbelasting mogelijk was, kon ook het honorarium van de advocaten volledig in aftrek worden gebracht en was de pro-rata berekening niet van toepassing.³⁰

In het arrest Kretztechnik was er het geval dat Kretztechnik AG haar maatschappelijke aandelenkapitaal verhoogde door middel van de uitgifte van aandelen en een beursintroductie. Zij vroegen vervolgens om aftrek van voorbelasting van de btw over de in rekening gebrachte kosten die samenhangen met de emissie en beursintroductie. Deze aftrek werd echter geweigerd door de Oostenrijkse fiscus. De vraag die hier opkomt is of de kosten van een aandelenemissie kunnen worden gezien als een economische activiteit. Deze vraag werd door het Hof negatief beantwoord. Daarnaast speelde ook de vraag of de kosten van aandelen in aftrek kunnen worden gebracht. Het Hof beantwoordde deze vraag door te stellen dat de kosten voor een aandelenuitgifte deel uitmaakten van de algemene kosten van de belastingplichtige en daardoor ook een bestandsdeel is van de prijs van de producten die zij verkoopt. Hierdoor stelde het Hof ook dat op basis van een pro-rata berekening moet worden gekeken hoeveel van de kosten die betrekking hebben op deze handelingen in aftrek kan worden gebracht.³¹

In het arrest van SKF speelde zich het volgende feitencomplex af. SKF AB was de moedermaatschappij van een concern met activiteiten in verschillende landen. Daarnaast mengde het bedrijf zich actief in het beheer van de dochterondernemingen en leverde ook diensten aan in de vorm van beheer, administratie en marketing. SKF factureerde deze kosten aan haar dochteronderneming, waardoor SKF een btw-plichtige was in verband met het houden van de aandelen. SKF had het plan om twee deelnemingen af te stoten. Het betrof hierbij één deelneming die voor 100% werd gehouden. De andere deelneming werd

²⁹ FM nr. 134, 4.4.5 Midland-arrest

³⁰ BNB 2001/118

³¹ BNB 2005/313: Zaak

in het verleden voor 100% gehouden, maar tegenwoordig slechts voor 26,5%.³² In het kader van deze verkoop nam SKF diensten af die verband hielden met de verkoop van de aandelen. Het doel van de verkoop was om kapitaal vrij te maken wat gebruikt kon worden ter financiering van andere activiteiten van het concern. SKF claimde vervolgens aftrek van voorbelasting over deze ingekochte diensten. Echter stelde de Zweedse rechter dat deze kosten niet in aftrek mochten worden gebracht.

In het arrest werd vastgesteld dat de diensten die de moedermaatschappij (SKF) leverde aan haar deelneming gezien kunnen worden als een economische activiteit die belastbaar was met btw. Dit werd gebaseerd op het eerder behandelde arrest Polysar Investments Netherlands. In Rechtsoverweging 33 van het Arrest SKF wordt gesteld dat op basis van het Arrest Kretztechnik kan worden gezegd dat wanneer de aandelen van dochterondernemingen worden verkocht met het doel van herstructurering de groep moet worden gezien als meer dan het duurzaam verkrijgen van een activiteit. Er worden dus meer opbrengsten gegenereerd dan het ontvangen van dividend of een andere vergoeding. Aangezien het verkopen rechtstreeks samenhangt met de activiteiten van de gehele groep en op basis hiervan wordt voldaan aan het economisch activiteit criterium. Door middel van het feit dat er sprake is van een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk van de belastbare activiteiten van een belastingplichtige³³. De handeling van het verkopen van aandelen kan binnen de werkingssfeer van de btw vallen. Het feit dat deze handeling aftrekbaar is, moet altijd worden beschouwd met in het oog houdende de beginselen van de gelijke behandeling en van fiscale neutraliteit van de btw. Daarom is het van belang dat wanneer een moedermaatschappij belaste diensten levert aan haar deelnemingen deze daarnaast ook gepaard gaan met inmenging door de moedermaatschappij. Op basis van de beginselen is ook in die situatie sprake van een economische activiteit voor de btw.³⁴

3.4 Deelconclusie

Om de verkoop, aankoop of beheer van aandelen te kunnen benoemen als een economische activiteit moet worden gekeken naar de in eerdere arresten ontstaande situaties waarin het aandelenbezit een economische activiteit vormt of daaraan kan worden toegerekend, namelijk:

1. Een inmenging in het beheer die gepaard gaat met belastbare activiteiten
2. Bedrijfsmatig handelen in effecten
3. De handeling(en) in kwestie zijn een verlengstuk van de (andere) economische activiteiten van de belastingplichtige³⁵

In het geval van Ryanair zou, zoals gebleken is uit de stukken, daadwerkelijk een inmenging in het beheer van Aer Lingus plaatsvinden na de overname. Hierdoor zou in deze situatie bij een geslaagde overname sprake zijn van een economische activiteit. Bij C&D Foods kon de verkoop van de deelneming om hun schuld af te lossen worden gezien als een verlengstuk van een economische activiteit van C&D Foods. Zonder de schuld af te lossen zou de continuïteit van het concern namelijk in gevaar komen.

³² C-29/08

³³ BNB 2010/251 Rechtsoverweging 33

³⁴ BNB 2010/251

³⁵ WFR 2019/23, Paragraaf 4.1

Zodra er sprake is van het beheren van aandelen binnen de werkingssfeer van de btw-richtlijn kunnen we deze kosten in aftrek van voorbelasting brengen. Wel is belangrijk om hierbij te kijken of er volledige aftrek van voorbelasting mogelijk is of slechts beperkte. Al zouden we geen volledige economische activiteiten binnen de onderneming hebben of is een deel van de kosten niet direct of indirect toe te wijzen aan economische activiteiten zal er hiervoor een onderscheid moeten worden gemaakt. Hierdoor hebben alleen de kosten die binnen de economische activiteit vallen en dus ook binnen de werkingssfeer van de btw de mogelijkheid tot aftrek van voorbelasting.

In verband met de betaling van de kosten in relatie tot het arrest Becker, moet er worden gekeken of de kosten een direct of indirect verband hebben met de onderneming. Al is dit het geval zouden ook de kosten en aftrek van voorbelasting kunnen worden toegerekend aan deze onderneming.

Daarnaast zal in het verband met verkopen van aandelen moeten worden gekeken of de opbrengsten die worden gecreëerd als doel hebben het verlengstuk te zijn van de economische activiteit van de onderneming. Hierbij zal gekeken moeten worden naar de bedoeling van de verkoop en het daarbij vrijkomende kapitaal.

4. Aftrek van btw bij activiteiten die mislukken c.q. niet doorgaan

4.1 Inleiding

Over de uitkomst op de vraag met betrekking tot de aftrek van voorbelasting bij activiteiten die nog niet zijn voorgekomen of uiteindelijk niet zijn doorgedaan zijn door het Hof van Justitie al meerdere arresten geschreven. In dit hoofdstuk wordt er verder ingegaan op de vraag: “Wat zijn de mogelijkheden met betrekking tot aftrek van voorbelasting bij mislukte activiteiten?” Hiervoor wordt gekeken naar de literatuur die voorafgaande aan de arresten Ryanair en C&D Foods al tot de beschikking stonden van de praktijk en wanneer er nu wel of geen mogelijkheid is tot aftrek van voorbelasting.

Het basisarrest met betrekking tot kosten die zijn gemaakt voortijdig aan de aanvang van de economische activiteiten is het arrest Rompelman. In dit arrest komt niet alleen het vraagstuk naar voren wanneer kan worden gesteld dat iemand als belastingplichtige kan worden gezien, maar wordt ook voor het eerst aangegeven hoe de belastingdienst zou moeten beoordelen of de wilskracht/intentie aanwezig is om btw belaste prestaties te leveren.

4.2 Aftrekrecht voorafgaande aan economische activiteit

Om te kijken naar de mogelijkheden van aftrek van voorbelasting zal eerst worden ingegaan op de mogelijkheid om aftrek te claimen over een economische activiteit voordat deze plaats heeft gevonden. In verband hiermee wordt ingegaan op het arrest Rompelman. Het feitencomplex in de casus Rompelman was als volgt. Rompelman en zijn echtgenoot kochten samen het appartementsrecht van twee bouwkavels van een door Nationale Nederlanden Vastgoed BV (NNVG) te bouwen gebouw. Zij kochten dit recht met als doel een showroom-ruimte te gaan verhuren. Zij hadden de intentie deze te gaan verhuren met het verzoek voor btw belaste verhuur. In de gezamenlijke aangifte omzetbelasting verzochten zij tot teruggaaf van voorbelasting over de bouwkosten. Desondanks weigerde de inspecteur deze aftrek vanwege het feit dat de exploitatie van de showroom nog niet was begonnen. Het gerechtshof stelde aanvullend dat Rompelman slechts een vordering had op NNVG tot levering van de toekomstige appartementsrechten aangezien slechts pas net begonnen was met de bouw van het gebouw. Op basis hiervan kwam de volgende vraag bij het Hof van Justitie voor te liggen, namelijk of vanaf het tijdstip waarop een onroerend goed wordt aangeschaft met de intentie om dit te verhuren er al sprake is van een economische activiteit binnen de btw.³⁶

Het Hof van Justitie verwees hiervoor naar artikel 4 lid 2 waarin wordt toegelicht wanneer vastgesteld wordt dat iemand als belastingplichtig wordt aangewezen. In dit lid wordt gesproken van “alle activiteiten van een fabrikant, handelaar of dienstverrichter”. Hieronder vallen ook voorbereidende handelingen, zoals de aanschaf van bedrijfsmiddelen of de aankoop van onroerende goederen zolang deze kunnen worden toegerekend aan een economische activiteit. Het Hof stelde hierbij dat het geen verschil maakt of dit juridisch gekwalificeerd wordt. Zeker niet wanneer het gaat om een vordering tot toekomstige eigendom en/of het daadwerkelijke eigendom zelf hebben. Verder benadrukte het Hof hierbij het feit dat gezien het beginsel van de neutraliteit van de btw het niet goed zou zijn wanneer de eerste investeringskosten niet in aftrek kunnen worden gebracht, terwijl deze wel zijn toe te wijzen aan een economische activiteit. Daarnaast was het hierbij van belang

³⁶ BNB 1984/34: HR, 30-11-1983, nr. 21 608

of de wilsverklaring sterk genoeg was om als bewijsstuk te stellen dat de panden daadwerkelijk btw belast verhuurd zouden worden. In dit kader stelde het Hof dat belastingplichtige moet bewijzen dat aan de voorwaarden voor aftrek van voorbelasting is voldaan en zij daarom ook als belastingplichtige aan te merken is. Om dit nader te kunnen bepalen mag de belastingdienst verlangen van de belastingplichtige dat hij deze voorwaarde kan ondersteunen met objectieve gegevens. Hierbij kan gedacht worden aan het feit dat in dit geval de ruimtes specifiek zijn ontworpen voor de exploitatie van commerciële doeleinden.³⁷

4.3 Activiteiten die nooit worden gestart

In aanvulling op het arrest Rompelman volgende in arrest INZO. In deze zaak had de belanghebbende ook de intentie btw belaste prestaties te gaan leveren en had zo aftrek van voorbelasting geclaimd over de investeringskosten die hij had gemaakt op basis van het arrest Rompelman. In het geval van INZO lukte het niet om daadwerkelijk btw belaste prestaties te leveren.

In het arrest INZO speelde de volgende casus. INZO was een in België opgerichte onderneming die zich bezighield met het ontwikkelen en exploiteren van procedés voor de behandeling van zee- en brakwater en het winnen en verkopen van drinkwater.³⁸ In het kader hiervan deed INZO-onderzoek naar de rentabiliteit van waterontziltingsinstallatie. Hiervoor werd onderzoek gedaan en de betaalde btw hierover werd teruggevraagd bij de Belgische belastingdienst. Uit het onderzoek kwamen echter verschillende rentabiliteitsproblemen naar voren. Daarnaast hadden meerdere investeerders zich teruggetrokken. INZO is als gevolg hiervan nooit begonnen met de activiteiten die zij beoogd hadden te gaan uitvoeren. Bij een controle door de Belgische belastingdienst werd zo ook vastgesteld dat er nooit een btw belastbare handeling is verricht door INZO en op basis daarvan stelde de Belgische belastingdienst dat INZO geen recht had op aftrek van voorbelasting.

De vraag die hier voorligt luidt of het mogelijk is de btw op onderzoekskosten in aftrek te brengen van voorbelasting als de belaste handelingen nooit plaats hebben gevonden. In dit arrest wordt als eerste verwezen naar het arrest Rompelman onder rechtsoverweging 15. Hierin wordt gesteld dat onder het begrip economische activiteiten ook de voorbereidende handelingen vallen, zoals het verkrijgen van bedrijfsmiddelen en de aankoop van onroerende goederen³⁹. Het Hof stelde vast dat wanneer een onderneming zijn voornemen kenbaar heeft gemaakt om aanvang te maken tot economische activiteit deze daadwerkelijk ook een belastbare levering of dienst is. De onderneming in zijn hoedanigheid kan worden gezien als een btw-belastingplichtige. Hierdoor kunnen de kosten ten behoeve van de beoogde activiteit worden gezien als een economische activiteit volgens artikel 4 van de zesde richtlijn. Hieruit volgt verder dat het mogelijk is de voorbelasting die verband houdt met activiteiten die uiteindelijk geen doorgang hebben gevonden in aftrek te brengen.

³⁷ BNB 1985/315: HvJ EG, 14-02-1985, nr. 268/83: Rompelman

³⁸ C-110/94, EU:C:1996:67, Rechtsoverweging 7

³⁹ C-110/94, EU:C:1996:67, Rechtsoverweging 15

4.4 Activiteiten die voortijdig worden afgebroken

Nu zal er worden ingegaan op het geval dat er een economische activiteit werd beoogd, maar deze voor aanvang van de economische activiteit werd afgebroken. Hiervoor zal nader gekeken worden naar het arrest Breitsohl.

In het Breitsohl arrest speelde het volgende probleem. Breitsohl sloot in 1989 een dealerovereenkomst af met een autobouwer. Het jaar daarop meldde Breitsohl zich aan als ondernemer en verwierf een onbebouwd terrein. Een ondernemer kreeg vervolgens de opdracht een autoherstelplaats te bouwen op het terrein. Toen de bouwkosten hoger uit bleken te vallen besloot de bank deze extra kosten niet mee te financieren. Als gevolg hiervan kon Breitsohl zijn verplichtingen niet nakomen en staakte de aannemer zijn bouwactiviteiten, ondanks dat de funderingen gelegd waren. Breitsohl had niet meer de mogelijkheid om het pand af te maken en zo de onderneming te starten. Breitsohl betaalde de ondernemer deels voor de bouwkosten en verkocht het reeds gebouwde bouwwerk aan een derde partij.⁴⁰ In de jaarlijkse btw-aangifte gaf Breitsohl belastbare handelingen aan uit de verkoop van gedeelten van gebouwen en als aftrek van voorbelasting voor het honorarium van de notaris, fiscaal advies en bouwfacturen.⁴¹ De Duitse en Griekse fiscus die deze procedure voerden, stelden dat het arrest INZO hier niet van toepassing was, omdat Breitsohl op het moment dat zij aangifte btw deed niet erkend was als een belastingplichtige door de lokale belasting autoriteit. Daarnaast waren zij van mening dat niet tegen de neutraliteit van de btw wordt ingegaan, omdat er nooit belastbare economische activiteiten zouden zijn verricht en Breitsohl zo nooit als belastingplichtige kon worden erkend.⁴² Toch stelde het Hof zoals blijkt uit de objectieve gegevens, en deze ondersteunen het feit dat er het voornemen was zelfstandig economisch activiteit te gaan uitvoeren, dat dit het recht geeft om onmiddellijk de in rekening gebrachte voorbelasting in aftrek te brengen. Dit mag ook zonder dat is aangevangen met de exploitatie van de onderneming. Het recht op aftrek van voorbelasting van de eerste investeringsuitgaven is niet afhankelijk van de formele erkenning door de autoriteit als een belastingplichtige. Het feit dat de activiteiten nooit daadwerkelijk aanvangen, maakt op basis van het arrest INZO niet uit, zolang maar objectief bepaald kan worden of het doel is om belaste leveringen te gaan laten plaatsvinden. Om misbruik hiervan te voorkomen stelt het Hof van Justitie dat het voornemen om economische activiteit uit gaan voeren, die leidt tot een belastbare handeling, in objectieve gegevens vastgesteld moet kunnen worden.⁴³

Er wordt in deze situatie bepaald dat op basis van objectieve gegevens de intentie kan worden vastgelegd om een beoogde economische activiteit uit te voeren. Alleen wanneer blijkt dat er na realisatie daadwerkelijk geen belastbare handeling plaatsvindt, zoals bijvoorbeeld door het naar de privésfeer te trekken, mag terugvordering plaatsvinden van de in aftrek gebrachte voorbelasting.

⁴⁰ C-400/98, Rechtsoverweging 15 & 16

⁴¹ C-400/98, Rechtsoverweging 17

⁴² V-N 2000/43.17 r.o. 30 t/m 33

⁴³ V-N 2000/43.17 r.o. 39

4.5 Deelconclusie

Op basis van de bovenstaande aangehaalde jurisprudentie kan worden gesteld dat er al veel mogelijkheid was tot aftrek van voorbelasting bij verschillende activiteiten die geen doorgang vonden. Op basis van het arrest Rempelman kunnen kosten al worden toegerekend aan een economische activiteit voordat deze activiteit daadwerkelijk is aangevangen. Het arrest INZO breidt deze mogelijkheden vervolgens alleen maar verder uit door te stellen dat zelfs als de activiteiten niet doorgaan, er nog steeds mogelijk recht is op aftrek van de voorbelasting. Ook in de casus van Breitsohl kreeg de belastingplichtige gelijk en was er mogelijkheid tot aftrek. Voor Breitsohl was de intentie om te gaan leveren al voldoende om aan te tonen dat ze een economische activiteit wilde gaan leveren.

Op basis van al deze jurisprudentie lijken de mogelijkheden tot aftrek voor de zaken Ryanair en C&D Foods ook erg groot. Ook zij hadden namelijk de intentie om een deelneming te aanschaffen en verkopen, maar in beide gevallen gingen deze niet door. De mogelijkheden tot aftrek bij mislukte transacties bestond in de jurisprudentie voorafgaande aan deze arresten al. Alleen is er in deze arresten nog geen duidelijkheid gegeven over deze mogelijkheid bij deelnemingen.

5. Het oordeel van het Hof van Justitie over aftrek van btw bij mislukte herstructurering van concerns op basis van de arresten

5.1 Inleiding

Nu zal er verder worden gekeken naar wat het oordeel was van het Hof van Justitie in de arresten Ryanair en C&D Foods en hoe zij tot deze conclusie is gekomen. Hierbij zal antwoord worden gegeven op de deelvraag: “Wat is het oordeel van het Hof van Justitie over de aftrek van btw bij mislukte herstructureringen van concerns op basis van de arresten Ryanair en C&D Foods?”

5.2 Ryanair

Het Hof oordeelde in de zaak van Ryanair dat de btw op de kosten voor de mislukte overname van Aer Lingus volledig in aftrek kon worden gebracht. Tot deze conclusie is het Hof gekomen door een tweetal vragen. Ten eerste is er de vraag of de handeling die Ryanair deed ten behoeve van de overname plaatsvond als een ondernemer. Ten tweede is er de vraag waaraan de acquisitiekosten kunnen worden toegerekend.

5.1.2 Handeling als ondernemer

Zoals het Hof van Justitie nogmaals aanstipt in rechtsoverweging 17 van het arrest⁴⁴, gaat het niet altijd direct om een economische activiteit bij de overname van aandelen. Zoals al eerder behandeld is hier pas sprake van in een drietal situaties. Ten eerste wanneer er een directe of indirecte betrokkenheid is bij het management van het over te nemen bedrijf. Ten tweede wanneer er blijkt is van bedrijfsmatig handelen in effecten en ten derde als de handeling kan worden gezien als een verlengstuk van de economische activiteit van de onderneming. In deze situatie is er op basis van de directe betrokkenheid bij het management sprake van een economische activiteit. Daarnaast moeten er ook btw belaste transacties plaatsvinden aan dit bedrijf. In het geval van Ryanair hebben deze activiteiten nooit plaats kunnen vinden, maar was wel duidelijk dat de intentie bestond om dit te gaan doen. Het Hof stelt in aanvulling hierop dat ook de voorafgaande activiteiten van een btw belaste handeling behandeld moeten worden als een economische activiteit. Uit het feit dat een onderneming deze intenties heeft, zal worden opgemaakt dat objectieve elementen ten grondslag moeten liggen voor het onderzoek van de investering. Ter ondersteuning van dit punt wordt het arrest Breitsohl aangehaald. Het Hof stelt als feit vast dat duidelijk was dat op basis van de objectieve elementen er daadwerkelijk de intentie bestond om een economische activiteit uit te voeren richting Aer Lingus en zich bezig te houden met het management van het bedrijf en daarbij een btw-belaste vergoeding te bedingen.⁴⁵ Dit heeft als gevolg dat de mogelijkheid bestaat voor Ryanair om aftrek van voorbelasting te claimen.

⁴⁴ HvJ C-249/17, 17-10-2018

⁴⁵ HvJ C-249/17, 17-10-2018, Rechtsoverweging 20

5.1.3 Acquisitiekosten toerekenen

Nu is vastgesteld dat Ryanair voor de voorgenomen overname van Aer Lingus kwalificeert als een ondernemer kan er aftrek van voorbelasting worden geclaimd over de gemaakte acquisitiekosten. Hierbij is het van belang dat de acquisitiekosten worden toegerekend aan de economische activiteit. Het Hof stelt dit, omdat aftrek alleen mogelijk is wanneer de economische activiteit ook leidt tot een btw belastbare handeling.

Hierop zijn een aantal nuances te maken, want ook wanneer er geen btw belastbare handeling plaatsvindt, kan het recht op aftrek nog steeds bestaan. Hierbij kan gedacht worden aan de economische activiteit die uiteindelijk geen doorgang vindt, zoals ook in het arrest INZO het geval was. In het geval van Ryanair lijkt het van belang dat de gemaakte acquisitiekosten hun oorzaak uitsluitend vinden in een voorgenomen economische activiteit. Het Hof van Justitie overweegt in rechtsoverweging 31 samengevat het feit dat de kosten die zijn gemaakt door Ryanair voor de verschillende adviesdiensten direct te koppelen zijn aan het feit dat zij Aer Lingus over wilde nemen. De kosten zijn voor Ryanair te zien als algemene kosten die gemaakt moeten worden om daaropvolgend btw belaste diensten aan Aer Lingus te kunnen leveren. Omdat alle kosten direct en onmiddellijk te koppelen zijn aan de overname mag Ryanair alle kosten in aftrek brengen en hoeft er geen pro-rata berekening te worden gemaakt.

5.2 C&D Foods

Bij de casus van C&D Foods waarbij zij haar dochteronderneming Petfood wilde verkopen stond het Hof van Justitie de aftrek van voorbelasting over de verkoopkosten niet toe. Tot deze conclusie is het Hof gekomen, doordat zij stelde dat de verkoop om daar in navolging een schuld mee af te lossen niet kan worden gezien als een economische activiteit die binnen de reikwijdte van de btw valt, waardoor er dus geen aftrek van voorbelasting over de kosten mogelijk is.

5.2.1 Wel economische activiteit

Zoals is aangehaald uit het SKF-arrest kan volgens het Hof de verkoop van deelneming waaraan belastbare diensten worden verricht gezien worden als een verlengstuk van de economische activiteit van de moedermaatschappij (C&D Foods). Echter werd bij SKF dit kapitaal vrijgemaakt om binnen de eigen groep andere economische activiteiten te ontplooiën. Het Hof lijkt in dit verband te zeggen dat de kwalificatie als verlengstuk voortvloeit uit het feit dat het houden van de deelneming zelf economisch van aard is, zodat de beëindiging van de economische activiteit door middel van verkoop ook gezien moet worden als een economische activiteit.⁴⁶Op basis hiervan kan worden gesteld dat het wel mogelijk is om de verkoop te kwalificeren als een economische activiteit.

5.2.2 Geen economische activiteit

De vraag die nu rijst is waarom het Hof van Justitie kijkend naar het bovenstaande toch heeft uitgesproken dat in de casus van C&D Foods geen sprake is van een economische activiteit. Het Hof verwijst hiervoor naar het arrest Becker die eerder behandeld is en welke in rechtsoverweging 36 en 37 van het arrest C&D Foods wordt aangehaald. Wat hierin wordt overwogen kan als volgt worden samengevat: Het Hof stelt dat aan de hand van de objectieve inhoud zou moeten worden gekeken of er een verband bestaat tussen de

⁴⁶ WFR 2019/23, btw-aspecten van handeling inzake aandelen - Ryanair en C&D Foods nader beschouwd

ontvangen diensten/goederen en de belastbare handeling die later en/of eerder plaats vinden. Daarnaast moet ook worden gekeken wat de uiteindelijke oorzaak is dat de belastbare handeling zijn uitvoert. Het Hof van Justitie is daarom ook van mening dat als vaststaat dat een handeling niet is uitgevoerd in verband met een belastbare activiteit van de belastingplichtige, er dus geen rechtstreeks en onmiddellijk verband bestaat tussen deze twee handelingen.

Het Hof stelt dat in de casus van C&D Foods gekeken moet worden naar wat de uitsluitende oorzaak is van de verkoop van de aandelen van Petfood. De uitsluitende oorzaak ligt niet in een btw-belaste handeling. Om deze reden kan er niet worden aangenomen dat de btw op de kosten die daar een rechtstreeks en onmiddellijk verband mee hebben in aftrek kunnen worden gebracht. Het Hof stelt dan ook dat handelingen waarbij de uitsluitende en directe oorzaak ligt in een belastbare economische activiteit van de moedermaatschappij gezien moeten worden als een verlengstuk van de economische activiteit. Echter in het geval van C&D Foods gaat de verkoop niet om een economische activiteit van de moedermaatschappij, maar om het aflossen van een schuld van de moedermaatschappij. Het Hof overweegt daarom ook in rechtsoverweging 29 dat blijkt uit het door hun ontvangen dossier dat de aandelenoverdracht als doel had om met het vrijgekomen kapitaal de schulden richting de Kaupthing Bank af te lossen. Het Hof van Justitie is van mening dat het aflossen van schulden niet kan worden gezien als een handeling die haar directe oorzaak vindt in de belastbare economische activiteit van C&D Foods of kan worden gezien als een verlengstuk op basis van het arrest Harnas & Helm. Het aflossen van deze schuld viel niet binnen de werkingssfeer van de btw en daarmee dus ook de verkoop van de aandelen en bijbehorende kosten niet.

Hierin bevestigt het Hof de gedachte dat de opbrengsten van de beoogde aandelenverkoop om daarmee de schulden af te gaan lossen niet als een handeling kan worden gezien die de uitsluitende directe oorzaak binnen de belaste economische activiteit van C&D Foods plaats vindt. Hierdoor kan dit ook niet worden gezien als een verlengstuk van deze economische activiteit. Er zal in deze relatie gekeken worden naar wat de activiteiten van de moedermaatschappij zijn en de eventuele activiteiten van haar dochterondernemingen. Aangezien al deze geen verband houden met het verstrekken van leningen of andere financiële activiteiten is er geen sprake van een verlengstuk. Het Hof is daarom van mening dat de btw op de adviesdiensten die zijn afgenomen ten behoeve van de voorgenomen verkoop niet in aftrek kunnen worden gebracht.

Daarnaast acht het Hof nog van belang, ondanks dat hier geen vragen over gesteld zijn, dat de verkoop mogelijk ten behoeven was van Kaupthing Bank. Desondanks zijn de kosten bij C&D Foods in rekening gebracht. Het Hof van Justitie stelt dat uit het dossier blijkt dat Kaupthing Bank ter voorbereiding van de verkoop namelijk om de consultancy diensten had gevraagd. Uit de verwijzing die door het Hof van Justitie is ontvangen komt wel naar voren dat C&D Foods ten minste ontvanger is voor een deel van de geleverde diensten. Op dit vraagstuk zal het Hof van Justitie dus ook niet verder in gaan.

5.3 Deelconclusie

In het geval van Ryanair is de aftrek van voorbelasting op de gemaakte acquisitiekosten gunstig voor Ryanair. Uiteindelijk kan Ryanair over alle gemaakte kosten zijn voorbelasting in aftrek brengen op waarschijnlijk zeer substantiële kosten. Het feit dat de overname van Aer Lingus uiteindelijk nooit plaats heeft kunnen vinden heeft hier niet aan afgedaan. Daarnaast

heeft Ryanair duidelijk kunnen aantonen dat ze daadwerkelijk de intentie had om de aandelen te houden als een economische activiteit. Hieruit komt duidelijk naar voren dat het voor de praktijk belangrijk is om altijd een goed dossier bij te houden en alle stukken hierin te verzamelen. Er moet namelijk op objectieve basis bewezen kunnen worden dat deze intentie er daadwerkelijk is. Daarnaast zal Ryanair met betrekking tot de acquisitiekosten een duidelijk onderscheid hebben gemaakt welke kosten betrekking hebben op de gewenste overname van Aer Lingus en de kosten voor andere advieswerkzaamheden. Doordat hierin een duidelijke scheiding is gemaakt was Ryanair in staat duidelijk aan te tonen dat de kosten alleen betrekking hadden op de gewenste overname, waardoor zij alle kosten in aftrek konden brengen. Het was dan ook volgens het Hof van Justitie mogelijk voor Ryanair om alle kosten voor adviesdiensten die waren afgenomen in het kader van de overname van Aer Lingus in aftrek te brengen voor de btw.

Bij C&D Foods zijn de kosten die verband houden met de verkoop van haar dochteronderneming "Petfood" uiteindelijk niet aftrekbaar. De basis die in het SKF-arrest wordt gelegd wordt in dit arrest toch iets genuanceerd. Er kan niet van worden uitgegaan dat wanneer een deelneming wordt gehouden als een economische activiteit de verkoop dit dan ook automatisch is. Het Hof acht hierbij vooral van belang dat gekeken wordt wat het vrijgekomen kapitaal van de verkoop uiteindelijk als doel heeft. Als dit een doel is wat binnen de economische activiteiten van het concern valt, zullen de kosten aftrekbaar zijn. Wanneer dit niet binnen economische activiteiten van het concern valt, zullen deze kosten niet aftrekbaar zijn. De conclusie die het Hof van Justitie hierbij stelt is naar mijn mening onjuist. Kijkende naar de situatie van C&D Foods was het van belang om weer een financieel gezond concern te creëren. Zij moesten hiervoor haar schulden aflossen wat dit kapitaal ook ten doel had. Advocaat-generaal Kokott concludeerde zelf eerder al dat er wel sprake was van een economische activiteit.⁴⁷ Het feit dat het financieel gezond maken van het concern niet wordt gezien als een verlengstuk van de belastbare handelingen is naar mijn mening in strijd met de economische realiteit, aangezien vanuit economisch opzicht het failliet laten gaan van een concern nooit de optimale oplossing is. De fiscaliteit zou hierin neutraal moeten zijn en de bedrijfscontinuïteit meer in acht moeten nemen.

Om in de praktijk te bepalen wanneer er nu sprake is van een economische activiteit, moeten er voorafgaande goede stukken worden opgesteld waaruit de intentie tot verkoop voortkomt. Het is daardoor niet mogelijk om puur nog naar het verlengstuk van de economische activiteit te kijken, omdat dit arrest zegt dat we hieraan voorbij moeten gaan en dan kijken waar de opbrengst uiteindelijk heen gaat. Het Hof van Justitie stelde in deze casus in tegenstelling tot het arrest Ryanair, dat er geen recht was op aftrek van voorbelasting over de diensten die waren afgenomen door C&D Foods.

⁴⁷ V-N Vandaag 2018-1860

6. Conclusie

In deze scriptie is onderzocht in hoeverre de arresten Ryanair en C&D Food Acquisition Aps de regels voor de aftrek van voorbelasting op advieskosten gewijzigd hebben. Op basis van de onderzochte literatuur kan worden gesteld dat de arresten meer duidelijkheid geven over de mogelijkheden die bestaan ten behoeve van aftrek van voorbelasting bij de aan- en verkoop van een deelneming. De uitkomst van het arrest Ryanair is op basis van de eerder jurisprudentie een logische uitspraak. Daarentegen is de conclusie van het arrest C&D Foods toch verbazingwekkend gezien het aflossen van schulden niet als economische activiteit kan worden bestempeld. Aangezien het aflossen van deze schulden nodig was voor het voortbestaan van de onderneming zal deze uitspraak nog tot veel discussie leiden. Van belang zal in de praktijk blijven of de handelingen die worden uitgevoerd een economische activiteit beogen en of de handeling kan worden bestempeld als een economische activiteit.

Ryanair had tot doel Aer Lingus over te nemen. Na deze overname zouden zij zich inmengen in het bestuur van de onderneming en verschillende belaste diensten gaan leveren aan Aer Lingus. Na velen jaren mocht echter de overname door de Europese mededingingsautoriteit niet doorgaan. Ondanks de mislukte overname bracht Ryanair de kosten die zij hiervoor hadden gemaakt in aftrek. Uiteindelijk zijn er vragen gesteld aan het Hof van Justitie rondom de vraag of er recht was op aftrek van voorbelasting over de aankoopkosten bij de aanschaf van een deelneming.

C&D Foods wilde daarentegen juist haar deelneming verkopen. C&D Foods zat in financieel zwaar weer en wilde met het vrijgekomen kapitaal van de verkoop van haar deelneming schulden aflossen aan haar nieuwe aandeelhouder de IJslandse Kaupthing Bank. Uiteindelijk kon er geen geschikte koper worden gevonden voor de deelneming en mocht de verkoop niet doorgaan. C&D Foods hield de deelneming als een economische activiteit. Zo leverde zij verschillende belastbare diensten aan haar deelnemingen en hield zich bezig met het besturen van de onderneming.

Voorafgaande aan deze arresten waren er eigenlijk twee denklijnen, namelijk de mogelijkheid om een deelneming te houden als een economische activiteit en wanneer hier sprake van is. Daarnaast bestond de denklijn over de mogelijkheid tot aftrek wanneer een economische activiteit geen doorgang heeft kunnen vinden. Deze twee denklijnen waren echter nog niet samengevoegd, waardoor het nodig was om deze zaken voor te leggen aan het Hof van Justitie.

Binnen de btw spreken we van een economische activiteit bij het houden van een deelneming wanneer is voldaan aan één van de drie voorwaarden, namelijk:

1. Een inmenging in het beheer die gepaard gaat met belastbare activiteiten
2. Bedrijfsmatig handelen in effecten
3. De handeling(en) in kwestie zijn een verlengstuk van de (andere) economische activiteiten van de belastingplichtige

Kijkende naar de casussen van Ryanair en C&D Foods is alleen het eerste en laatste punt van belang.

Ryanair had namelijk daadwerkelijk de intentie om zich in te mengen in het bestuur van Aer Lingus en wilde daarnaast belastbare handelingen gaan leveren aan hun. C&D Foods hield

haar deelneming al als een economische activiteit. De verkoop wilden zij tot uitvoer brengen om hun andere bedrijfsactiviteiten uit te kunnen blijven voeren. De verkoop kon dus worden gezien als een verlengstuk van de andere economische activiteiten die C&D Foods uitvoerde die ook belast waren.

De tweede denklijn die uitgezet is door het Hof van Justitie had betrekking op de aftrek van kosten wanneer een economische activiteit niet doorging. Het Hof van Justitie stelde hierbij dat kosten die plaatsvinden voorafgaande aan de daadwerkelijk economische activiteit kunnen worden afgetrokken op basis van het arrest INZO. Duidelijk werd ook dat alleen de intentie om een economische activiteit uit te voeren al voldoende was om de kosten in aftrek te brengen. Er bestaat dus al ruime mogelijkheid om aftrek van voorbelasting te claimen over kosten die zijn toe te rekenen aan een economische activiteit die uiteindelijk niet doorgegaan is.

Uit het arrest Ryanair kan de conclusie worden getrokken dat wanneer de intentie bestaat om een deelneming aan te kopen om hier vervolgens belastbare handelingen aan te verrichten en in te mengen in het beheer hiervan, de kosten al in aftrek kunnen worden gebracht. Hierbij worden de bovenstaande denklijnen eigenlijk samengevoegd en leiden derhalve zo ook tot een logische conclusie. Wel is hierbij van belang dat de intentie om de deelneming te gaan houden als een economische activiteit duidelijk wordt vastgelegd en deze intentie ook op te maken is uit verschillende objectieve gegevens.

In het geval van C&D Foods slaagde hun poging tot aftrek van voorbelasting niet. Het feit dat het vrijgekomen kapitaal werd gebruikt om de schulden aan Kaupthing Bank af te lossen was uiteindelijk de reden waarom de aftrek niet door kon gaan. Het Hof van Justitie stelde namelijk uiteindelijk dat niet alleen gekeken moet worden naar de kwalificatie van de onderneming voorafgaande aan de verkoop, maar vooral ook naar waar de opbrengsten toe bestemd zijn. Het Hof van Justitie was van mening dat het aflossen van schulden niet kon worden gezien als een economische activiteit die in het verlengde lag van de activiteiten van C&D Foods. Hierbij is naar mijn mening voorbijgegaan aan het feit dat het aflossen van de schulden nodig was om het concern financieel gezond te houden. Ondanks dat de kosten niet rechtstreeks te verbinden waren aan een belastbare handeling van de onderneming, zorgde de aflossing van de schuld wel dat het concern belastbare leveringen uit kon blijven voeren.

Wanneer de opbrengsten bestemd zijn voor een economische activiteit binnen de activiteiten van de moedermaatschappij zullen de kosten nog steeds aftrekbaar zijn. De denklijnen die in het bovenstaande zijn genoemd, zijn uiteindelijk niet aan bod gekomen, omdat het Hof van Justitie op basis van de eerste denklijn al geen doorgang zag, om de reden dat de verkoop niet als een economische activiteit kon worden gezien.

7. Literatuurlijst

7.1 Boeken en artikelen

- BNB 1984/34
- BNB 1997/38
- BNB 1985/315
- BNB 2001/118
- BNB 2005/313
- BNB 2010/251
- btwBrief 2018/99, Het arrest C&D Foods Acquisition ApS, A.E.H. Berkhuizen-van Egmond
- Cursus Belastingrecht, OB.2.1.6.E.c1 Houden van aandelen
- FM nr. 134, 4.4.5 Midland-arrest
- WFR 2019/23, Paragraaf 4.1
- Omzetbelasting, fed fiscale studiereserie, M.E. van Hilten, H.W.M. van Kesteren. Blz. 84
- V-N 1997/1031
- V-N 1997/1034
- V-N 2000/43.17
- V-N 2008/14.20
- V-N Vandaag 2018-1860
- WFR 2019/23, btw-aspecten van handeling inzake aandelen - Ryanair en C&D Foods nader beschouwd

7.2 Jurisprudentie

- HvJ EG, 14-02-1985, nr. 268/83
- HvJ EG, 20-06-1991, nr. C-60/90
- HvJ EU, 29-02-1996, nr. C-110/94
- HvJ EU, 08-06-2000, nr. C-400/98
- HvJ EU, 29-10-2009, nr. C-29/08
- HvJ EU, 21-02-2013, nr. C-104/12
- HvJ EU, 17-10-2018, nr. C-249/17
- HvJ EU, 08-11-2018, nr. C-502/17

7.3 Wetgeving

- Richtlijn betreffende belasting over toegevoegde waarde
- Zesde Richtlijn 77/388/EEG betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der Lid-Staten inzake omzetbelasting

7.4 Overige

- EU Case No COMP/M.4439, Ryanair / Aer Lingus, Commission Decision of 27/06/2007
- Volkskrant, geraadpleegd op 08-06-2019, Beschikbaar via:
<https://www.volkskrant.nl/economie/kroes-verbiedt-overname-aer-lingus-door-ryanair~bbb29a36/>

- Business Insider Nederland, geraadpleegd 08-06-2019, Beschikbaar via: <https://www.businessinsider.nl/brussel-blokkeert-overname-aer-lingus-door-ryanair/>
- Metro nieuws, geraadpleegd 10-06-2019, Beschikbaar via: <https://www.metronieuws.nl/nieuws/2013/07/ryanair-bereid-tot-verkoop-belang-aer-lingus>
- Meijburg Belastingadviseurs, 10-06-2019, Beschikbaar via: <https://meijburg.nl/sites/default/files/2019-06/Arrest%20HvJ%20oogmerk%20van%20aandelenverkoop%20kan%20btw-aftrekrecht%20beperken%20C-502-17%20nov%202018.pdf>
- BDO belastingadviseurs, 10-06-2019, Beschikbaar via: <https://www.bdo.nl/nl-nl/perspectieven/btw-op-kosten-voor-voorgenomen-aandelenverkoop-volgens-ag-aftrekbaar>