

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics

Masterscriptie [programma indirecte belastingen]

De btw-positie van holdings

Naam: Thanh Thanh Nguyen

Studentnummer: 408270

Begeleider: Dr. R.N.F. Zuidgeest

Tweede beoordelaar: mr. drs. J. Gruson

Datum definitieve versie: 2 oktober 2019

Inhoudsopgave

Lijst met gebruikte afkortingen	6
1. Inleiding	7
1.1 Algemene inleiding	7
1.2 Aanleiding, doelstelling & relevantie	9
1.3 Opbouw.....	10
2. Algemene beschrijving van belastingplicht, recht op aftrek en recht op aftrek voor activiteiten die niet doorgegaan zijn in de btw	12
2.1 Systematiek van de Europese omzetbelasting	12
2.1.1 Inleiding	12
2.1.2 Oorsprongslandbeginsel en het bestemmingslandbeginsel.....	12
2.1.3 Economische neutraliteit	13
2.1.4 Juridische neutraliteit	13
2.1.5 Externe neutraliteit	14
2.2 Belastingplicht in de btw	14
2.2.1 Inleiding	14
2.2.2 Ieder en zelfstandig.....	15
2.2.3 Economische activiteit.....	15
2.2.4 Niet-economische activiteit.....	18
2.3 Aftrek in de btw.....	19
2.3.1 Inleiding	19
2.3.2 Wettelijk kader	19
2.3.3 Hoedanigheid van de belastingplichtige	21
2.3.4 Economische en niet-economische handelingen.....	23
2.3.5 Belaste en vrijgestelde prestaties.....	26
2.3.6 Soorten kosten	26
2.3.6.1 Directe kosten.....	26
2.3.6.2 Algemene kosten	27
2.3.7 Kostentoerekening	27
2.3.7.1 Het verdisconteringscriterium	27
2.3.7.2 Het finaliteitscriterium	28
2.3.7.3 Het causaliteitscriterium.....	29
2.4 Aftrek voor activiteiten die niet doorgegaan zijn	29
2.5 Tussenconclusie.....	30
3. Belastingplicht van holdings	32
3.1 Begrip holding	32

3.2 Zuivere holdings	33
3.2.1 Polysar	33
3.2.2 Holdingresolutie	34
3.3 Wanneer vormt het houden van aandelen een economische activiteit?	34
3.3.1 Moeiende holdings	35
3.3.1.1 Het begrip ‘moeien’	35
3.3.1.1.1 HR 26 augustus 1998	35
3.3.1.1.2 Holdingresolutie	35
3.3.1.1.3 Cibo Participations	36
3.3.1.1.4 Besluit 3 augustus 2004	37
3.3.1.1.5 Marle Participations	37
3.3.1.1.6 Doorbelasten van kosten	39
3.3.1.2 Tegen vergoeding	41
3.3.1.2.1 Floridienne/Berginvest	41
3.3.1.2.2 Welthgrove	42
3.3.1.2.3 Hoogte vergoeding	42
3.3.2 Effectenhandelaar	44
3.3.2.1 Wellcome Trust	44
3.3.3 Verlengstukgedachte	44
3.3.3.1 Régie Dauphinoise	44
3.3.3.2 Harnas & Helm	45
3.3.3.3 AB SKF	46
3.3.3.4 MVM	47
3.4 Holdings en fiscale eenheid	48
3.5 Geknipte holdings	49
3.5.1 Securenta	50
3.5.2 Larentia + Minerva/Marenave	50
3.6 Tussenconclusie	51
4. Aftrekbaarheid van voorbelasting voor holdings	53
4.1 Inleiding	53
4.2 Aftrekrecht van holdings die geen economische activiteiten verrichten	53
4.3 Aftrekrecht van holdings die wel economische activiteiten verrichten	55
4.3.1 Algemeen	55
4.3.2 Aftrek van voorbelasting bij het houden van aandelen	56
4.3.2.1 Algemeen	56
4.3.2.2 Portugal Telecom	56

4.3.2.3 MVM	57
4.3.3 Aftrek van voorbelasting bij het verwerven van aandelen	57
4.3.3.1 Algemeen	57
4.3.3.2 Cibo Participations	58
4.3.3.3 Larentia + Minerva/Marenave	59
4.3.4 Aftrek van voorbelasting bij het verkopen van aandelen	59
4.3.4.1 Algemeen	59
4.3.4.2 BLP	60
4.3.4.3 HR 14 maart 2003	61
4.3.4.3 AB SKF	63
4.3.4.4 Marle Participations	64
4.4 Aftrekrecht van holdings die onderdeel zijn van een fiscale eenheid	65
4.5 Aftrekrecht van geknipte holdings	66
4.6 Hoogte van het recht op aftrek van voorbelasting	66
4.6.1 Algemeen	66
4.6.2 Pre pro rata	67
4.6.3 Pro rata	69
4.7 Tussenconclusie	69
5. Aftrekrecht van holdings voor activiteiten die niet doorgegaan zijn	72
5.1 Inleiding	72
5.2 Aftrekrecht voor niet-doorgegangene activiteiten van holdings die geen economische activiteiten verrichten	72
5.3 Aftrekrecht voor niet-doorgegangene activiteiten van holdings die wel economische activiteiten verrichten	73
5.3.1 Ryanair	73
5.3.1.1 Achtergrond	73
5.3.1.2 Prejudiciële vragen en beantwoording	74
5.3.1.3 Beslissing	75
5.3.1.4 Tussenconclusie	75
5.3.2 C&D Foods Acquisitions ApS arrest	77
5.3.2.1 Achtergrond	77
5.3.2.2 Prejudiciële vragen	78
5.3.2.3 Beslissing	79
5.3.2.4 Tussenconclusie	79
5.4 Aftrekrecht voor niet-doorgegangene activiteiten van holdings die onderdeel zijn van een fiscale eenheid	81
5.5 Aftrekrecht voor niet-doorgegangene activiteiten van geknipte holdings	82

5.6 Tussenconclusie.....	82
6. Samenvatting en conclusie	83
6.1 Samenvatting	83
6.2 Conclusie.....	85
Literatuurlijst	88

Lijst met gebruikte afkortingen

Art.	artikel(en)
A-G	Advocaat-Generaal
Blz.	bladzijde
btw	Belasting over toegevoegde waarde
Btw-richtlijn	Richtlijn 2006/112/EG
concl.	conclusie
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad
HvJ	Hof van Justitie
r.o.	rechtsoverweging
TC	Tariefscommissie
Wet OB 1968	Wet op de omzetbelasting 1968

1. Inleiding

1.1 Algemene inleiding

Indien een ondernemer handelingen verricht binnen het toepassingsbereik van de omzetbelasting, is de onderneming belastingplichtig voor de omzetbelasting voor die handelingen. Een basisprincipe van de belastingplicht is de mogelijkheid tot aftrek van de voorbelasting, voor zover die voorbelasting verband houdt met btw-belaste prestaties. Wanneer een onderneming belastingplichtig is voor de omzetbelasting blijkt uit art. 9 van de btw-richtlijn en art. 7 van de Wet OB 1968.

Sinds de invoering van de Wet OB 1968 is er veel onduidelijkheid over het houden van aandelen in de omzetbelasting. Allereerst is onduidelijk wanneer het houden van aandelen door een holding als economische activiteit beschouwd kan worden. Het louter houden van aandelen, zonder dat de holding direct of indirect moet met de deelneming, wordt namelijk niet gezien als economische activiteit. Dit blijkt uit het Polysar arrest.¹

Het houden van aandelen door de holding waarbij de holding direct of indirect moet in het beheer van de deelneming tegen vergoeding wordt wel gezien als economische activiteit. Dit is in het Floridienne & Berginvest geoordeeld door het HvJ.² Wat onder het begrip moeten valt heeft voor veel onduidelijkheid gezorgd. Maar het recent arrest Marle Participations lijkt meer duidelijkheid te verschaffen. Zo blijkt uit het Marle Participations arrest waarbij de houdstervennootschap een onroerende zaak verhuurd aan haar dochter voldoende is om de moeder te kwalificeren als een moeiende holding. Het begrip moeten wordt in dit arrest ruim uitgelegd.

Daarnaast wordt het houden van aandelen aangemerkt als economische activiteit indien het houden het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk vormden van de belastbare activiteiten als beheerder. De verlengstukgedachte is gebleken uit de arrest Regie Dauphinoise en Harnas & Helm.

Tenslotte kan het houden van aandelen aangemerkt worden als economische activiteit als sprake is van een effectenhandelaar. Het enkel houden van aandelen zorgt niet voor ondernemerschap. De effectenhandelaar is hier echter een uitzondering op. Er is sprake van

¹ HvJ EG 20 juni 1991, nr. C-60/90, ECLI:EU:C:1991:268 (Polysar).

² HvJ EG 14 november 2000, nr. C-142/99, ECLI:EU:C:2000:623 (Floridienne en Berginvest).

een effectenhandelaar als iemand zijn beroep maakt van het handelen in aandelen, dit blijkt uit het Wellcome trust arrest.³

Indien vastgesteld is dat de houder van de aandelen een ondernemer is voor de omzetbelasting, moet vervolgens beoordeeld worden of deze holding recht op aftrek van voorbelasting heeft. Over deze onderwerpen is in het verleden veel geprocedeerd. Vragen die in de jurisprudentie voorkomen betreft de vraag wat de btw-behandeling is van het verwerven, houden of verkopen van aandelen. Vooral de btw-behandeling van de verkoop van aandelen zorgt voor veel onduidelijkheid. De Nederlandse regelgeving lijkt op dit gebied niet aan te sluiten met de Europese jurisprudentie.

Recente jurisprudentie op het gebied van het recht op aftrek van voorbelasting beantwoordt o.a. de vraag of holdingmaatschappijen recht hebben op aftrek van voorbelasting van advieskosten betreffende de (mislukte) aan- en verkoop van een deelneming. Dit betreft de zaken van Ryanair en C&D Foods Acquisitions ApS.

De Ryanair zaak betreft een mislukte overnamepoging van Aer Lingus door Ryanair. Ryanair heeft bij de overnamepoging in een eerder stadium adviesdiensten aangekocht, hierover was btw geheven door de dienstverlener. De vraag in deze casus was of deze voorbelasting in aftrek gebracht mag worden. Het Ierse Hooggerechtshof heeft vragen gesteld aan HvJ. Het HvJ staat de aftrek toe bij Ryanair.⁴

De tweede zaak betreft C&D Foods Acquisitions ApS (hierna C&D Foods). C&D Foods houdt aandelen in Arovit Holding die op haar beurt alle aandelen houdt in Arovit Petfood. De IJslandse Kaupthing Bank verkrijgt de aandelen van Arovit Holding, omdat Arovit Holding niet aan haar betalingsverplichtingen heeft voldaan. Kaupthing Bank heeft adviesdiensten afgenomen ten behoeve van een mogelijke herstructurering voor rekening van C&D Foods - deze herstructurering ging echter niet door. De geheven btw op deze advieskosten heeft C&D Foods in aftrek gebracht. De Deense Belastingdienst was het hier niet mee eens en heeft vragen gesteld aan het HvJ. Het HvJ was het eens met de Deense Belastingdienst en oordeelde dat de handelingen van een niet-gerealiseerde herstructurering niet binnen de werkingssfeer van de btw valt.⁵

³ HvJ EG 20 juni 1996, nr. C-155/94 ECLI:EU:C:1996:243 (Wellcome Trust).

⁴ HvJ EU 17 oktober 2018, nr. C-249/17, ECLI:EU:C:2018:834 (Ryanair).

⁵ HvJ EU 8 November 2018, nr. C-502/17, ECLI:EU:C:2018:888 (C&D Foods Acquisition).

Kort voor de uitspraak van deze arresten is een artikel verschenen van Joosten en Tetteroo over de eerder gewezen zaak MVM. In dit artikel stellen de auteurs dat het HvJ een kans heeft gemist om meer duidelijkheid te verschaffen over de btw-behandeling van aankoopkosten van deelnemingen. Het HvJ heeft deze zaak namelijk afgedaan met een beschikking. De auteurs zijn echter van mening dat deze specifieke zaak zich nog nooit eerder heeft voorgedaan en wel een uitspraak van het HvJ verdient.⁶ De houdstervennootschap in deze zaak verricht namelijk wel economische activiteiten, maar niet aan haar dochteronderneming. De vraag was dus of de voorbelasting op de afgenomen diensten in aftrek gebracht konden worden.

Naar aanleiding van de Ryanair en C&D Foods arresten schrijf ik mijn scriptie. In deze scriptie wordt onderzocht in hoeverre deze arresten de zaken verduidelijken op het gebied van de aftrek van de voorbelasting bij houdstervennootschappen en in hoeverre de onduidelijkheden die Joosten en Tetteroo nog herkenden in het MVM-arrest nog aan de orde zijn. Met name ben ik benieuwd in hoeverre deze uitspraken in lijn zijn met de bestaande jurisprudentie over dit onderwerp. Daarnaast wil ik onderzoeken wat de impact van deze arresten zijn op de houdstermaatschappijen.

Mijn probleemstelling is dan ook:

Wat is de invloed van de recent gewezen arresten op de btw-positie van houdstermaatschappijen?

Met de beantwoording van deze probleemstelling hoop ik duidelijkheid te krijgen over de btw-positie van holdings. In de praktijk komt het regelmatig voor dat ondernemingen of gedeeltes daarvan worden overgedragen aan andere. Door alle jurisprudentie over dit onderwerp op zowel nationaal als op Europees niveau is vaak door de bomen het bos niet meer te zien. Door middel van deze masterscriptie hoop ik duidelijkheid te creëren voor mezelf en voor anderen.

1.2 Aanleiding, doelstelling & relevantie

De aanleiding van het schrijven van deze scriptie en mijn onderzoek zijn de recent gewezen arresten, Ryanair en C&D Foods Acquisition en de MVM beschikking. Ondanks de hoeveelheid Europese en nationale jurisprudentie over de holdingproblematiek blijft veel

⁶ P. Joosten & N. Tetteroo, 'De zaak MVM: een gemiste kans?', *BtwBrief* 2017/28.

onduidelijk. Ik ben benieuwd of de recent gewezen arresten meer duidelijkheid verschaffen over de vraagstukken die kunnen spelen bij holdings.

De doelstelling van deze scriptie is dan ook om alles om alle btw-aspecten van holdings uiteen te zetten en te verduidelijken. Door de steeds nieuw verschijnende uitspraken van het HvJ is het soms moeilijk om door het bos de bomen te zien. Mijn doelstelling is dan ook om beknopt maar toch duidelijk de holdingproblematiek en alle relevante aspecten daarvan te bespreken.

Aangezien holdings in zowel de kleine ondernemingsstructuren als in internationale concerns voorkomen, blijft het een relevant onderwerp. Zowel binnen de MKB-adviespraktijk als in de grotere adviesparktijken lopen de adviseurs regelmatig tegen de holdingproblematiek aan.

In deze scriptie worden de begrippen houdstervennootschap, holding en houdster gebruikt. Deze begrippen hebben dezelfde betekenis en worden daarom ook door elkaar in de scriptie gebruikt.

1.3 Opbouw

Mijn scriptie is zojuist geïntroduceerd door middel van een korte inleiding over mijn onderwerp om de aanleiding, doelstelling en relevantie van mijn onderwerp te verduidelijken.

In hoofdstuk twee wordt de belastingplicht in de omzetbelasting besproken. In hetzelfde hoofdstuk worden ook de aftrek van voorbelasting en de aftrek van voorbelasting bij activiteiten die niet doorgegaan zijn besproken. In dit hoofdstuk wordt nog niet specifiek ingegaan op de positie van houdstervennootschappen.

In het derde hoofdstuk wordt ingegaan op de btw-belastingplicht van houdstervennootschappen. Om dit te bespreken wordt gebruik gemaakt van de regelgeving, maar ook van de jurisprudentie over dit onderwerp. Relevante besluiten het Ministerie van Financiën worden tevens besproken.

In het vierde hoofdstuk zal het aftrekrecht bij holdings centraal staan. Het hoofdstuk zal opgedeeld worden in het aftrekrecht bij zuivere holdings, holdings die economische activiteiten verrichten, holdings die deel uitmaken van een fiscale eenheid en de geknipte holdings. Aan de hand van relevante jurisprudentie zal het aftrekrecht bij houdstervennootschappen uitgebreid besproken worden.

In hoofdstuk vijf wordt de voorgaande problematieken samengenomen en besproken. In dit hoofdstuk wordt het aftrekrecht besproken van houdstervennootschappen van activiteiten die niet zijn doorgegaan. Het aftrekrecht van zuivere holdings, moeiende holdings en holdings die opgenomen zijn in een fiscale eenheid wordt besproken.

Tenslotte wordt de scriptie in hoofdstuk 6 afgesloten met een samenvatting en een conclusie, waarin de voorgaande besproken informatie beknopt wordt samengevat. Ook wordt in dit hoofdstuk antwoord gegeven op de probleemstelling.

2. Algemene beschrijving van belastingplicht, recht op aftrek en recht op aftrek voor activiteiten die niet doorgedaan zijn in de btw

2.1 Systematiek van de Europese omzetbelasting

2.1.1 Inleiding

De Europese omzetbelasting is een belasting op goederen en diensten. De omzetbelasting heeft als doel om de consumptie te belasten. De omzetbelasting wordt daarom ook wel gezien als een verbruiks- of consumptiebelasting. In feite belast de omzetbelasting niet alleen het verbruik of de consumptie van een goed of dienst. Het is namelijk goed denkbaar dat goederen worden gekocht maar niet worden verbruikt. De daadwerkelijke consumptie is daarom niet van belang bij het heffen van btw. Gezien het indirecte karakter van de btw en de praktische moeilijkheden van het heffen op slechts het werkelijk gebruik, wordt niet geheven op de daadwerkelijke consumptie.

De btw belast de leveringen van goederen en de dienstverlening van producenten aan consumenten, het is de bedoeling dat de btw drukt op de consument. Hierbij wordt gebruik gemaakt van de producent. De producent, die de belastingplichtige is, verhoogt de prijs met de btw en int de btw bij de consument. In de praktijk drukt de btw niet alleen op particuliere consumenten, maar ook bij andere eindverbruikers, zoals ondernemingen.⁷

De omzetbelasting wordt op indirecte wijze geheven, namelijk bij degene waar de consument zijn bestedingen doet.⁸ De btw wordt op grond van art. 1, lid 2 van de Btw-richtlijn geheven bij de ondernemers die de goederen levert of de diensten verricht. De heffing vindt plaats op het moment dat het goed of de dienst overgaat naar de consumptieve sfeer, en niet achteraf. De btw wordt geheven in meer dan in één schakel en slechts over de toegevoegde waarde middels de methode van aftrek van voorbelasting.⁹ De btw wordt achteraf op aangifte voldaan. De belastingplichtige kan tevens de voorbelasting die in rekening is gebracht door de leveranciers in aftrek brengen in de aangifte.

2.1.2 Oorsprongslandbeginsel en het bestemmingslandbeginsel

De btw kan op grond van twee verschillende beginselen geheven worden, op grond van het oorsprongslandbeginsel en het bestemmingslandbeginsel. Indien er wordt geheven op grond

⁷ Cornielje, *Algemene hoofdlijnen omzetbelasting* 2019.

⁸ Van Hilten & van Kesteren 2014, p. 9.

⁹ Van Hilten & van Kesteren 2014, p. 19.

van het oorsprongslandbeginsel dan wordt er geheven daar waar het goed of de dienst vandaan komt.

Maar omdat de omzetbelasting een verbruiksbelasting is, zal de belastingheffing plaatsvinden in het land van verbruik. Dit wordt ook wel het bestemmingslandsbeginsel genoemd.¹⁰ Op grond van art. 1 van de Wet OB 1968 wordt er btw geheven over leveringen van goederen en diensten die in Nederland door ondernemers worden verricht. Dit houdt dus in dat elke ondernemer belast kan zijn in Nederland als de ondernemer goederen en diensten levert in Nederland. Indien de plaats van levering of dienst Nederland is, wordt de levering of dienst belast met in Nederland volgens de Wet OB 1968.¹¹ Op deze manier wordt de plaats van dienst of levering gesteld in het land waar het eindverbruik plaatsvindt.

2.1.3 Economische neutraliteit

Uitgangspunt van een algemene verbruiksbelasting moet zijn dat de concurrentieverhoudingen tussen ondernemers niet worden verstoord. Dit wordt ook wel de economische neutraliteit genoemd.¹² Het economische neutraliteitsbeginsel houdt in dat de btw afgewenteld moet worden op de consument, en dat de btw slechts mag drukken op de eindverbruiker. De btw-belastingplichtige moet zo min mogelijk last hebben van de btw.¹³ De hoogte van de belastingheffing moet onafhankelijk zijn van de lengte van de bedrijfskolom en in de productie- en distributiefase mag er geen cumulatie van de btw optreden. Van Doesem is van mening dat het economische neutraliteitsbeginsel een relatief begrip is. Hij is van mening dat de belastingheffing onontkoombaar invloed uitoefent op het handelen.¹⁴

2.1.4 Juridische neutraliteit

Ten tweede bestaat de juridische neutraliteit. Dit houdt in dat gelijke handelingen voor de btw ook hetzelfde behandeld moeten worden. In art. 1, lid 2 van de btw-richtlijn staat omschreven dat de belasting zo geheven moet worden die strikt evenredig is aan de prijs van goederen en diensten, ongeacht de hoeveelheid schakels in de productie- en distributieketen vóór de consument. Dit wordt ook wel het evenredigheidsbeginsel genoemd. Dit is tevens benoemd in art. 1, lid 2 van de btw-richtlijn:

¹⁰ Van Hilten & van Kesteren 2014, p. 10.

¹¹ Art. 6 Wet OB 1968 e.v.

¹² Van Hilten & van Kesteren 2014, p. 53.

¹³ Dit uitgangspunt wordt regelmatig aangehaald door het Hof van Justitie. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 14 februari 1985, nr. 268/83, BNB 1985/315 (Rompelman).

¹⁴ A.J. van Doesem, 'Het neutraliteitsbeginsel in de btw, contractuele samenwerkingsverbanden in de BTW', *FM* nr. 133, 2009/7.4.

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

2.1.5 Externe neutraliteit

Tot slot kennen we nog de externe neutraliteit. Dit betekent dat de heffing bij invoer gelijk dient te zijn aan de in het binnenland geheven belasting op hetzelfde goed.¹⁵ Ook mag de teruggaaf bij invoer niet meer of minder zijn dan de in het binnenland geheven belasting. Goederen die worden uitgevoerd, moeten vrij van btw worden uitgevoerd. Als niet voldaan is aan de externe neutraliteit dan wordt een ondernemer uit een lidstaat anders behandeld dan een ondernemer uit een derde land.

2.2 Belastingplicht in de btw

2.2.1 Inleiding

De btw wordt geheven over een belastbare prestatie door een ondernemer en niet bij de consument, waardoor het van belang is om te weten wie er nou precies belastingplichtig is voor de btw. De levering van goederen en diensten worden op grond van art. 2 van de btw-richtlijn in de heffing betrokken als deze activiteiten verricht worden door een btw-belastingplichtige. De omschrijving van de subjectief belastingplichtige staat in art. 9 van de btw-richtlijn:

‘Ieder die, ongeacht op welke plaats, zelfstandig een nader omschreven economische activiteit verricht, ongeacht het oogmerk of het resultaat van die activiteit.’

Dit artikel is geïmplementeerd in art. 7 van de Wet OB 1968. In de bepaling in de Nederlandse wet wordt echter geheven bij de “ondernemer”; ieder die een bedrijf zelfstandig uitoefent.¹⁶ Op het eerste gezicht lijkt de btw-richtlijn en de Nederlandse wetgeving dus te verschillen. De btw-richtlijn spreekt namelijk over een “belastingplichtige”, terwijl de Nederlandse regelgeving spreekt over een “ondernemer”. De Hoge Raad heeft echter in het arrest van 2 mei 1984 geoordeeld dat de begrippen belastingplichtige van de btw-richtlijn en ondernemer van de Wet OB 1968 dezelfde betekenis hebben.¹⁷ In de volgende subparagrafen worden de elementen van de belastingplicht in de btw nader toegelicht.

¹⁵ Van Hilten & van Kesteren 2014, p. 57.

¹⁶ Art. 7, lid 1 Wet OB 1968.

¹⁷ HR 2 mei 1984, nr. 22 153, BNB 1984/295.

2.2.2 Ieder en zelfstandig

Onder het begrip ‘ieder’ in de bepaling van art. 9 van de btw-richtlijn vallen onder andere rechtspersonen, natuurlijke personen en samenwerkingsverbanden. Bij samenwerkingsverbanden is het van belang dat het samenwerkingsverband als een duurzame entiteit naar buiten treedt. Dit blijkt uit het loonslagersarrest van 1978.¹⁸

Daarnaast blijkt uit het arrest Heerma dat een maat ook zelfstandig als ondernemer voor de btw in aanmerking kan komen als de maat zelfstandig een economische activiteit uitvoert.¹⁹ Hieruit blijkt dat de btw een rechtsvorm neutrale belasting is, de juridische hoedanigheid van het subject speelt dus geen rol bij de belastingplicht in de btw.

Het zelfstandigheidsvereiste is opgenomen in de wetgeving om o.a. loontrekkenden en personen met een arbeidscontract uit te sluiten van de belastingplicht van de btw.²⁰ Een werknemers verricht gewoonlijk economische activiteiten tegen een vergoeding, namelijk salaris. Deze werkzaamheden worden verricht in het kader van de dienstbetrekking van de ondernemer. In art. 10 van de btw-richtlijn is een bepaling opgenomen die ondergeschikten uitsluit van ondernemerschap. Maar deze problematiek speelt ook bij rechtspersonen. Een voorbeeld is het FCE-bank arrest. De vaste inrichting van een bank liep geen economisch risico en het HvJ heeft geoordeeld dat er sprake is van onzelfstandigheid van de vaste inrichting.²¹ Het niet lopen van economisch risico blijkt een belangrijke factor voor zelfstandigheid. Dit blijkt tevens uit het Van der Steen arrest waarin is beslist dat de DGA in loondienst van zijn eigen BV geen economisch risico loopt, met het gevolg dat er sprake is van onzelfstandigheid.²² Op 13 juni 2019 is dit nog eens bevestigd in de HvJ uitspraak over een Nederlandse commissaris van een stichting. De commissaris in kwestie liep ook geen economisch risico en was derhalve geen btw-ondernemer.²³

2.2.3 Economische activiteit

Uit art. 9 van de btw-richtlijn blijkt dat enkel de activiteiten met een economisch karakter in de heffing worden betrokken. Zo blijkt uit artikel 9 van de btw-richtlijn dat het volgende onder “economische activiteit” wordt verstaan:

¹⁸ TC 28 november 1977, nr. 11 177 O’68, BNB 1978/89, ECLI:NL:DETARCO:1977:AX2691 (loonslagersarrest),

¹⁹ HvJ EG 27 januari 2000, nr. C-23/98, ECLI:NL:HR:2000:AA6126 (Heerma).

²⁰ Art. 10 btw-richtlijn & artikel 7, lid 1 Wet OB 1968.

²¹ HvJ EG 23 maart 2006, C-210/04, ECLI:EU:C:2006:196 (FCE Bank).

²² HvJ EG 18 oktober 2007, C-355/06, ECLI:EU:C:2007:615 (Van der Steen).

²³ HvJ 13 juni 2019, nr. C-420/18, ECLI:EU:C:2019:490 (IO).

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

Het begrip economische activiteit kan ruim worden opgevat. Dit blijkt zowel door de woorden “alle werkzaamheden” in bovenstaande passage als uit de jurisprudentie van het HvJ die hierna besproken zal worden. Het uitgangspunt is dat alle leveringen en diensten met btw worden belast, ook bijvoorbeeld handelingen in verband met de voorbereiding van in de toekomst te verrichten prestaties.²⁴

Over economische activiteiten in de zin van de btw is veel geprocedeerd. Zo blijkt uit de uitspraak van het HvJ in de Notarissenzaak dat het moet gaan om ‘het duurzaam en tegen vergoeding verlenen van diensten en het verrichten van levering van goederen, waaronder begrepen die handelingen welke plaatsvinden op grond van een vordering door of namens de overheid dan wel krachtens de wet’.²⁵

Particulieren kunnen onder omstandigheden ook belastingplichtig zijn voor de btw. Dit is het geval indien een particulier actief stappen onderneemt om middelen in te zetten die te vergelijken zijn met die van een fabrikant, handelaar of dienstverrichter, zoals het gebruik van beproefde verkooptechnieken.²⁶ In het Rēdlihs arrest was sprake van een natuurlijk persoon die eigenaar was van een privé bos en regelmatig hout verkocht uit dat bos.²⁷ Volgens Rēdlihs was de houtverkoop het gevolg van stormschade, zijnde overmacht. Hij was dus van mening dat het duurzaam karakter ontbrak bij zijn prestaties, waardoor er geen sprake zou zijn van een economische activiteit. Rēdlihs heeft aangevoerd dat zijn handelingen verricht zijn om de schade te compenseren en niet verricht zijn met winstoogmerk. Het HvJ heeft geoordeeld dat een natuurlijk persoon als belastingplichtige kan kwalificeren indien zij of hij activiteiten verricht die erop gericht zijn om duurzaam opbrengst te verkrijgen, dus ook wanneer deze activiteiten zijn verricht om de gevolgen van overmacht te compenseren.

²⁴ HvJ EG 14 februari 1985, nr. 268/83, ECLI:EU:C:1985:74 (Rompelman)

²⁵ HvJ EG 26 maart 1987, nr. 235/85, ECLI:EU:C:1987:161 (Commissie/Nederland).

²⁶ Zadelhoff 2016, p. 6.

²⁷ HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-263/11, ECLI:EU:C:2012:497 (Rēdlihs), r.o. 40.

Tevens is uit de zaak Slaby/Kuc gebleken dat wil er sprake zijn van een economische activiteit bij natuurlijke personen, middelen ingezet moeten worden die vergelijkbaar zijn met de middelen die ingezet zouden worden door een fabrikant, handelaar of dienstverrichter in de zin van art. 9, lid 1 tweede alinea van de btw-richtlijn. Dit was het geval in dit arrest. De heer Slaby heeft in privé grond verwerft om landbouwactiviteiten te verrichten, de bestemming van de grond was na de aankoop gewijzigd. Het echtpaar Kuc oefende een onderneming uit die onder de btw-landbouwregeling viel. De grond die tot het privévermogen behoorde, was ook van bestemming gewijzigd. Zowel de heer Slaby als echtpaar Kuc verkochten (delen van) de grond. De Poolse fiscus was van mening dat sprake was van btw-plicht. De Poolse rechter had prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ. Het HvJ was van mening dat een natuurlijk persoon niet als btw-ondernemer moet worden aangemerkt door een bestemmingswijziging buiten zijn of haar wil, hierbij geldt wel als voorwaarde dat de grond tot het privévermogen behoort.²⁸

Alhoewel duurzaamheid geen vereiste is die opgenomen is in art. 9 van de btw-richtlijn, is de duurzaamheid van de activiteiten wel degelijk een vereiste. Dit blijkt bijvoorbeeld uit art. 12 van de btw-richtlijn, waarin bepaald is dat lidstaten de mogelijkheid hebben om iemand die incidentele handelingen verricht als belastingplichtige aan te merken. Tevens is in art. 9, lid 2 van de btw-richtlijn bepaald dat het incidenteel leveren van een nieuw vervoersmiddel binnen de EU onder voorwaarden als economische activiteit kan worden aangemerkt.

Ook uit jurisprudentie blijkt het duurzaamheidsvereiste. In het Renate Enkler arrest was er sprake van het aanschaffen van een camper, waarna deze verhuurd werd aan kennissen. Zij claimde belastingplichtig te zijn voor de btw en stelde dat ze recht had op aftrek van voorbelasting wat betreft de aanschaf van die camper.²⁹ Het HvJ stelt het volgende: 'uit het Lennartz arrest blijkt dat indien een zaak uitsluitend voor economische exploitatie geschikt is, er sprake is van economische activiteit en zo ook de belastingplicht voor de btw'. Als een zaak voor zowel privé als voor economische doeleinden gebruikt kan worden, moet dus onderzocht worden of de zaak werkelijk gebruikt wordt om duurzaam opbrengst uit te verkrijgen^{30, 31}.

Van belastingplicht voor de btw is sprake indien voldaan is aan de voorwaarden. In de Rompelman-zaak is geoordeeld door het HvJ dat de belastingplicht aanvangt bij de eerste

²⁸ HvJ EU 15 september 2011, nr. C-180/10, ECLI:EU:C:2011:589 (Slaby en Kuc).

²⁹ HvJ EG 26 september 1996, nr. C-230/94, ECLI:EU:C:1996:352 (Renate Enkler).

³⁰ HvJ EG 11 juli 1991, nr. C-97/90, ECLI:EU:C:1991:315 (Lennartz).

³¹ W.A.P. Nieuwenhuizen, 'Ondernemer, beetje ondernemer, privépersoon. Wie van de drie?', *BTW-bulletin*, 22.

handelingen die worden verricht met het oog op het verrichten van economische activiteiten. In die zaak was sprake van het verkrijgen van een appartementsrecht met het oogmerk om het te zijner tijd te verhuren. De voorbereidende handelingen behoren tot de economische activiteiten van de belastingplichtige en geven derhalve recht op aftrek van voorbelasting.³² De belastingplicht vangt dus al aan bij de eerste handelingen die zullen leiden tot economische activiteiten.³³

Tevens is in de zaak INZO geoordeeld dat de voorbelasting van het onderzoek naar de rentabiliteit van een project in aftrek gebracht kan worden omdat de belastingadministratie reeds heeft geoordeeld dat de belastingplichtige de hoedanigheid van btw-belastingplichtige heeft. Het onderzoek heeft namelijk betrekking op de beoogde activiteit, welke een economische activiteit betrof. Het btw-ondernemerschap kan dus niet met terugwerkende kracht ontnomen worden.³⁴

De belastingplicht begint met de eerste voorbereidende handelingen, het einde van de belastingplicht zal pas eindigen met de laatste afrondende handelingen.³⁵ Hierdoor is het nog steeds mogelijk om belastingplichtig te zijn voor de btw, ook al zijn de economische activiteiten gestaakt. In de zaak Fini H waren de restaurantactiviteiten reeds gestaakt. Het restaurant had echter een onontbindbare huurovereenkomst afgesloten. Hierdoor had de eigenaar nog wel huur en bijkomende kosten betaald omdat de huurovereenkomst niet opgezegd kon worden. De btw op deze kosten was aftrekbaar.³⁶

2.2.4 Niet-economische activiteit

Bepaalde handelingen vallen buiten het heffingsbereik van de btw. Het HvJ heeft in diverse arresten geoordeeld dat bepaalde activiteiten door (rechts)personen niet als economische activiteit worden beschouwd en daarom ook niet belastbaar zijn in de btw. Daarnaast bepaalt art. 2 van de btw-richtlijn dat slechts activiteiten verricht door een als zodanig handelende btw-belastingplichtige in de heffing worden betrokken.

Het HvJ heeft geoordeeld dat ook bij rechtspersonen die in beginsel kwalificeren als belastingplichtige voor de btw uitgesloten kunnen worden indien zij slechts activiteiten uitvoeren die geen economische activiteit zijn. Uit het Hong Kong Trade Development

³² HvJ EG 14 februari 1985, nr. 268/83, BNB 1985/315, ECLI:EU:C:1985:74 (Rompelman).

³³ Zadelhoff 2016, p. 57.

³⁴ HvJ EG 29 februari 1996, nr. C-110/94, ECLI:EU:C:1996:67 (INZO).

³⁵ Zadelhoff 2016, p. 60.

³⁶ HvJ EG 3 maart 2005, nr. C-23/03, ECLI:EU:C:2005:128 (Fini H).

Council arrest blijkt dat bij het uitsluitend ‘om niet’ verrichten van prestaties geen economische activiteit was.³⁷

Dit is tevens bevestigd in het recente Heinz Malburg arrest.³⁸ In het Heinz Malburg arrest was er sprake van een ontbonden vennootschap. De overgenomen clientèle werd om niet ter beschikking gesteld aan een nieuwe vennootschap. In deze zaak is geoordeeld dat hier geen sprake was van een economische activiteit, met als gevolg dat de aftrek van de over de verkrijging van de clientèle betaalde btw derhalve niet mogelijk is.

2.3 Aftrek in de btw

2.3.1 Inleiding

De aftrek van voorbelasting heeft een centrale rol in het huidige btw-systeem. Van Hilten en van Kesteren noemen het zelfs het meest essentiële kenmerk van de omzetbelasting zoals wij die in Nederland kennen.³⁹ De omzetbelasting beoogt cumulatie van belasting te voorkomen en dit wordt bewerkstelligd door de mogelijkheid tot aftrek van voorbelasting. De omzetbelasting beoogt namelijk de consumptie te belasten. De ondernemers worden ontlast van de btw en de btw wordt doorbelast aan de consument. Op grond van art. 167 van de btw-richtlijn en art. 15 van de Wet OB 1968 zijn slechts belastingplichtigen gerechtigd tot aftrek van voorbelasting. In de voorgaande paragrafen is de reikwijdte van de belastingplicht in de btw uiteengezet. Er bestaan echter uitzonderingen; er zijn ondernemers die geen recht op aftrek hebben, en zo ook ondernemers die slechts gedeeltelijk recht op aftrek hebben.

2.3.2 Wettelijk kader

De regels omtrent de aftrek van voorbelasting is in de btw-richtlijn opgenomen in art. 167 tot en met art. 192. In de Nederlandse wetgeving zijn de regels opgenomen in art. 15 tot en met art. 17 van de Wet OB 1968. Art. 168 van de btw-richtlijn luidt als volgt:

‘Voor zover de goederen en diensten worden gebruikt voor de belaste handelingen van een belastingplichtige, is deze gerechtigd in de lidstaat waar hij deze handelingen verricht, van het door hem verschuldigde belastingbedrag de volgende bedragen af te trekken.’

Vervolgens worden de verscheidene aftrekbare kosten opgesomd. In de voorgaande bepaling is te lezen dat enkel btw-belastingplichtige recht hebben op aftrek van de btw.⁴⁰ Dit

³⁷ HvJ EG 1 april 1982, nr. 89/81, ECLI:EU:C:1982:121 (Hong-Kong Trade Development Council).

³⁸ HvJ EU 13 maart 2014, nr. C-204/13, ECLI:EU:C:2014:147 (Heinz Malburg).

³⁹ Van Hilten & van Kesteren, p. 341.

⁴⁰ In de Nederlandse wetgeving blijkt dit uit art. 15 Wet OB 1968.

is heel logisch gezien het karakter van de btw. De btw beoogt de consumptie te belasten, de consumenten betalen dus de btw. Een belastingplichtige heeft slechts recht op aftrek van de voorbelasting indien de goederen en diensten gebruikt worden voor belaste handelingen. Deze gedachte is volgens van Hilten en van Kesteren gebaseerd op de nogal beperkte gedachte dat het aftrekmechanisme binnen de omzetbelasting er slechts toe dient een verstoring van concurrentieverhoudingen tegen te gaan.⁴¹ Zij zijn dan ook van mening dat het huidige systeem tot ongewenste situaties kan leiden, bijvoorbeeld in situaties waar om niet prestaties worden geleverd en als vervolg daarvan een deel van de kosten niet aftrekbaar zijn. Zij geven het voorbeeld van de bakker die de deur openhoudt voor een klant, waardoor volgens de richtlijn een deel van de kosten van de deur niet aftrekbaar zouden zijn. De deur zou namelijk gedeeltelijk voor niet-belastbare activiteiten gebruikt zijn. Naar mijn mening gaat deze gedachte te ver; naast de letterlijke lezing van het wetsartikel moet ook gekeken worden naar de doel en strekking van het artikel. Het lijkt mij logisch om aan te nemen dat de richtlijngever niet de bedoeling heeft gehad om de bakker in zijn aftrekrecht te beperken. Dit blijkt tevens uit het besluit van 2011 van de staatssecretaris van Financiën; indien sprake is van een nauw verband tussen economische en niet-economische handelingen heeft de ondernemer voor de niet-economische handelingen recht op aftrek voor zover de economische handelingen belastbare handelingen zijn.

Op grond van art. 179 van de btw-richtlijn is de voorbelasting aftrekbaar in het tijdvak waarin de belasting verschuldigd is. Vanuit art. 15, lid 1 Wet OB 1968 is de voorbelasting echter aftrekbaar in het tijdvak waarin de kosten in rekening zijn gebracht. De Nederlandse wetgeving lijkt op dit gebied iets soepeler te zijn dan de richtlijn. Het verschil tussen beide artikelen komt naar voren indien de factuur door de leverancier te laat wordt uitgereikt. Volgens de Nederlandse regels is de voorbelasting aftrekbaar in het tijdvak dat de factuur is uitgereikt. Volgens de btw-richtlijn is de btw echter aftrekbaar op het tijdstip waarop de factuur eigenlijk uitgereikt moest worden. De Nederlandse wetgeving lijkt mij echter beter uitvoerbaar en controleerbaar. Dat de btw-richtlijn niet letterlijk gelezen hoeft te worden blijkt overigens uit het Terra Baubedarf arrest. Uit dit arrest valt af te leiden dat het aftrekrecht pas ontstaat als de prestatie is verricht en de factuur is ontvangen.⁴²

Volgens de Nederlandse wetgeving heeft de belastingplichtige in beginsel recht op volledig recht op aftrek, uitgezonderd de gevallen waar sprake is van vrijgestelde prestaties of niet belastbare prestaties. Indien de in aanmerking komende belasting meer bedraagt dan de in

⁴¹ Van Hilten & van Kesteren, p. 342.

⁴² HvJ EG 29 april 2004, nr. C-152/02, ECLI:EU:C:2004:268 (Terra Baubedarf).

dat tijdvak hoeveelheid verschuldigde belasting, ontvangt de belastingplichtige een teruggaaf.⁴³ Uit art. 179 van de btw-richtlijn volgt het voorgaande ook.

Op 25 november 2011 is door de staatssecretaris van Financiën een besluit gepubliceerd omtrent het recht op aftrek van de btw. Het besluit beschrijft onder andere het juridische kader dat geldt voor de aftrek van btw, maar geeft ook nadere informatie over de omvang van het aftrekrecht, de herziening en enkele andere specifieke situaties omtrent het aftrekrecht.⁴⁴

2.3.3 Hoedanigheid van de belastingplichtige

Aftrek van voorbelasting komt alleen aan de orde indien er sprake is van het handelen als een belastingplichtige. In het reeds aangehaalde Rompelman arrest is de vraag opgekomen wanneer sprake is van belastingplicht om de voorbelasting in aftrek te brengen. Kort gezegd vangt de belastingplicht aan bij de eerste voorbereidende handelingen, indien degene aan de hand van objectieve gegevens de intentie kan aantonen dat de voorbereidende handelingen verricht zijn met het oogmerk om economische activiteiten te gaan verrichten.⁴⁵

In het Lennartz arrest is geoordeeld door het HvJ dat het recht op aftrek van voorbelasting bestaat als een goed door een belastingplichtige wordt verworven met het doel dit goed te gebruiken voor zijn economische activiteiten. Het was volgens het HvJ niet noodzakelijk dat deze goederen ook daadwerkelijk gelijk gebruikt worden voor economische activiteiten. In dit arrest ging het over de heer Lennartz die deels werknemer was en deels een zelfstandig belastingadviseur die een auto heeft aangekocht. De auto werd voor 8% voor bedrijfsdoeleinden gebruikt. Toentertijd bestond er een Duitse regeling die slechts recht op aftrek gaf vanaf een belast gebruik van 10%. In dit arrest werd ook het Rompelman arrest aangehaald, dat ook de voorbelasting op voorbereidende handelingen aftrekbaar zijn. Het was van belang dat het goed als belastingplichtige wordt aangeschaft.⁴⁶ Een natuurlijk persoon die belastingplichtig is voor de btw kan namelijk ook diensten en goederen verwerven die niet gebruikt worden binnen zijn of haar onderneming. Uit de uitspraak van het HvJ blijkt dat de Duitse wetgeving in strijd was met de btw-richtlijn. De heer Lennartz had dus recht op aftrek van de voorbelasting.

⁴³ Art. 17 jo. art. 33, lid 1 Wet OB 1968.

⁴⁴ Besluit van 25 november 2011, nr. BLKB 2011/641M, V-N 2012/6.16.

⁴⁵ HvJ EG 14 februari 1985, nr. 268/83, BNB 1985/315, ECLI:EU:C:1985:74 (Rompelman).

⁴⁶ HvJ EG 11 juli 1991, nr. C-97/90, ECLI:EU:C:1991:315 (Lennartz), Jur. 1991, p. I-3795, FED 1991/647.

In het *Gabalfrija* arrest was iets soortgelijks aan de hand.⁴⁷ De Spaanse wetgeving had als eis voor de teruggaaf van voorbelasting gesteld dat een verzoek moet worden ingediend bij de Spaanse Belastingdienst. Tevens moeten de belastbare handelingen binnen een jaar aanvangen. Als niet aan deze voorwaarden werd voldaan of als de belastbare handelingen niet werden uitgevoerd, werd de teruggaaf ongedaan gemaakt. Het HvJ oordeelde echter dat degene die te goeder trouw is en door objectieve gegevens ondersteunende voornemen heeft belastbare activiteiten uit te voeren, als belastingplichtige wordt aangemerkt.⁴⁸

Het arrest van Waterschap Zeeuws-Vlaanderen betreft een waterschap dat als een niet-belastingplichtige een waterzuiveringsinstallatie had laten bouwen en in gebruik had genomen.⁴⁹ Het waterschap had de waterzuiveringsinstallatie verkocht en had samen met de koper geopteerd voor een btw-belastbare handeling. Het waterschap was van mening dat ze aanspraak kon maken op de herziening van btw. Het HvJ heeft hier echter een stokje voor gestoken, zij heeft geoordeeld dat indien een publiekrechtelijk lichaam als overheid heeft gehandeld en vervolgens het verkoopt als belastingplichtige geen recht heeft op herziening. Dit betekent dus als goederen in beginsel niet zijn aangewend in de hoedanigheid van belastingplichtige het aftrekrecht niet op een later moment kan ontstaan. Het maakt daarbij niet uit of de afgenomen goederen en diensten op een later tijdstip gebruikt worden voor belastbare activiteiten.

Een andere beslissing is echter genomen in het *Gmina Ryjewo* arrest. De Poolse gemeente had in 2009/2010 een dorps huis laten bouwen. Zij had toentertijd het dorps huis om niet overgedragen aan een gemeentelijk cultureel centrum. De gemeente besloot in 2014 het eigendom weer over te nemen. Zij besloot het dorps huis belast te verhuren en om niet ter beschikking te stellen voor gemeenschapsdoeleinden. De vraag in deze zaak was of de gemeente recht op herziening had op de betaalde btw bij de bouw van het dorps huis. De gemeente had de toentertijd betaalde btw namelijk niet in aftrek gebracht. Het HvJ oordeelt dat de gemeente recht op herziening heeft. Het HvJ is namelijk van mening dat de gemeente recht op herziening heeft omdat zij ten tijde van de bouw van het dorps huis heeft gehandeld als een belastingplichtige, het maakte daarbij niet uit dat het dorps huis is gebruik was genomen voor niet-belastbare handelingen.⁵⁰

⁴⁷ HvJ EG 21 maart 2000, zaak C-110/98 – C-147/98, ECLI:EU:C:2000:145 (*Gabalfrija*), V-N 2000/22.12.

⁴⁸ Beelen, p. 103.

⁴⁹ HvJ EG 2 juni 2005, zaak C-378/02, ECLI:EU:C:2005:335 (*Waterschap Zeeuws-Vlaanderen*), BNB 2007/220 (noot B.G. van Zadelhoff).

⁵⁰ HvJ EU 25 juli 2018, nr. C-140/17, ECLI:EU:2018:595 (*Gmina Ryjewo*).

De vraag naar de hoedanigheid van degene die de kosten maakt hangt daarom samen met de afbakening van het ondernemerschap van degene die de kosten maakt. Worden de kosten gemaakt in verband met de economische activiteit van de belastingplichtige dan zijn de kosten in beginsel aftrekbaar. Vallen ze buiten deze sfeer dan vervalt het recht op aftrek van de voorbelasting.

Een tweede criterium bij de belastingplichtige is dat de belastingplichtige slechts de in rekening gebrachte omzetbelasting in aftrek kan brengen indien de prestatie aan hem is verricht. Het apothekersarrest bespreekt deze problematiek. In deze zaak was er sprake van een apotheker die de verbouwingskosten die betrekking hebben op de bouw van praktijkruimten voor huisartsen in aftrek wilde brengen. De HR maakte duidelijk dat de rechtsbetrekking tussen de apotheker en de huisartsen doorslaggevend is. De apotheker nam deze kosten op zich met het oog om omzet te realiseren. Het deed er niet aan af dat de huisartsen er feitelijk gebruik van maken en profijt van hebben. De HR bevestigde dan ook dat de verbouwingskosten aftrekbaar zijn bij de apotheker.⁵¹ Cornielje wijst in dit verband ook op de uitspraak van HR van 2 december 2011; degene die de factuur ontvangt wordt verondersteld de afnemer te zijn van de prestatie.⁵²

Wat de HR heeft besloten in het apothekersarrest, is ook op beslist door het HvJ in het Paul Newey arrest. Het uitgangspunt voor het bepalen van de afnemer van de prestatie zijn de contractuele verhoudingen, maar die zijn niet altijd bepalend. Het is namelijk ook van belang dat de contractuele verhoudingen de economische realiteit weerspiegelen. Swinkels geeft echter aan dat het HvJ te weinig richting geeft om te beoordelen of er sprake is van een kunstmatige constructie die de economische realiteit niet weerspiegelt.⁵³ Het HvJ geeft namelijk geen nadere aanwijzingen welke criteria van belang zijn om te spreken van een kunstmatige constructie.

2.3.4 Economische en niet-economische handelingen

In beginsel heeft de ondernemer geen recht op aftrek van voorbelasting voor de btw die toerekenbaar is aan niet-economische handelingen. Om te kunnen spreken van niet-economische handelingen mag er geen sprake zijn een nauwe verbondenheid met economische handelingen. Indien er geen nauwe verbondenheid met economische handelingen bestaat dan worden door deze handelingen door de staatssecretaris van

⁵¹ HR 1 mei 2015, nr. 13/06113, ECLI:NL:HR:2015:1173 (Apothekersarrest).

⁵² Cornielje, 2019.

⁵³ HvJ EU 20 juni 2013, nr. C-653/11, ECLI:EU:C:2013:409, m.nt. J.J.P. Swinkels (Paul Newey).

Financiën ook wel zelfstandige niet-economische handelingen genoemd.⁵⁴ In het Besluit aftrek voorbelasting is tevens de definitie van economische handelingen gegeven. Het gaat om handelingen waarbij de ondernemer optreedt in de hoedanigheid als ondernemer en diensten en leveringen verricht onder bezwarende titel.

Voor bepaalde gratis prestaties bestaat geen recht op aftrek van de voorbelasting. In het arrest van 11 mei 2012 heeft de HR geoordeeld dat geen recht op aftrek bestaat indien de gratis prestaties onderling niet afhankelijk zijn van de btw belaste prestaties. In deze zaak was er sprake van een stichting die strategisch onderzoek uitvoert. De belanghebbende was van mening dat alle aan haar in rekening gebrachte btw aftrekbaar was, omdat zij met haar gehele organisatie een onderneming dreef. De HR oordeelde dat het strategisch onderzoek een zelfstandige handeling was naast haar belaste handelingen waarover de belanghebbende geen vergoeding ontvangt en daarom daarvoor geen recht af op aftrek van de voorbelasting had.⁵⁵ In het Besluit aftrek voorbelasting is tevens terug te vinden dat handelingen die gratis of tegen symbolische vergoeding plaats vinden niet-economische handelingen zijn.⁵⁶

Indien een ondernemer verboden prestaties verricht heeft de ondernemer voor dat gedeelte geen recht op aftrek van de voorbelasting. In de zaak van de HR verrichtte een coffeeshop zowel belastbare handelingen als verboden handelingen, zoals de verkoop van softdrugs. De HR heeft besloten dat de coffeeshop slechts recht op aftrek van de voorbelasting had wat betreft de kosten die betrekking hadden op belastbare handelingen.⁵⁷ Tevens is in het Besluit aftrek voorbelasting onder vermelding van het Happy Family arrest toegelicht dat verboden handelingen niet-economische handelingen betreft.⁵⁸

Naast de zojuist genoemde specifieke handelingen die als niet-economische handelingen worden gezien, werd in het Besluit aftrek voorbelasting tevens besloten dat handelingen die niet in de hoedanigheid van ondernemer worden verricht niet-economische handelingen zijn. Enkele voorbeelden van het niet in de hoedanigheid van ondernemer handelen die het besluit noemt is het handelen als overheid door een publiekrechtelijk lichaam of het handelen in investeringsgoederen door de ondernemer die tot het privévermogen van de ondernemer behoorde.⁵⁹

⁵⁴ Besluit van 25 november 2011, nr. BLKB 2011/641M, V-N 2012/6.16.

⁵⁵ HR 11 mei 2012, nr. 11/02840, ECLI:NL:HR:2012:BW5405, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

⁵⁶ Besluit van 25 november 2011, nr. BLKB 2011/641M, V-N 2012/6.16.

⁵⁷ HR 28 januari 1998, nr. 33 077, BNB 1998/116 m.nt. Simons.

⁵⁸ Besluit van 25 november 2011, nr. BLKB 2011/641M, V-N 2012/6.16.

⁵⁹ Besluit van 25 november 2011, nr. BLKB 2011/641M, V-N 2012/6.16.

Indien sprake is van een ondernemer die zowel economische als zelfstandige niet-economische handelingen verricht, dan is slechts een beperkt gedeelte van de voorbelasting op de kosten aftrekbaar. Slechts de voorbelasting die betrekking heeft op de economische activiteiten is dan aftrekbaar; dit wordt ook wel de pre pro rata genoemd. In de volgende drie arresten wordt het aftrekrecht bij gemengde ondernemingen besproken.

In de zaak *Securenta* hield de belanghebbende zich bezig met de aankoop en verkoop, alsmede het beheer van onroerende zaken, effecten, deelnemingen en beleggingen. Het kapitaal voor deze activiteiten werd verworven door de uitgifte van aandelen en deelnemingen. De Duitse fiscus was van mening dat de voorbelasting die betrekking hadden op deze laatste activiteiten niet aftrekbaar waren. Het HvJ heeft geoordeeld dat deze kosten slechts aftrekbaar zijn indien zij kunnen worden toegerekend aan de economische activiteit van de belastingplichtige en de lidstaten zijn zelf bevoegd om de methode en criteria vast te stellen⁶⁰.⁶¹

De HvJ heeft in het arrest van 12 februari 2009 gewezen dat de btw op goederen en diensten niet aftrekbaar is voor zover de goederen en diensten worden gebruikt voor algemene belangenbehartiging.⁶² VNLTO hield zich namelijk bezig met het bevorderen van de belangen in de agrarische sector. Doordat de algemene belangenbehartiging buiten de werkingssfeer van de btw valt, had VNLTO geen recht op aftrek indien de kosten betrekking hebben op niet-economische activiteiten.⁶³

In lijn met de twee bovenstaande arresten was in het recente arrest *Związek Gmina Zagłębia Miedziowego* sprake van een samenwerkingsverband van gemeenten die zowel economische als niet-economische activiteiten uitvoerde. Het HvJ heeft in deze zaak geoordeeld dat het verlenen tot volledige aftrek van de voorbelasting in strijd was met het EU-recht indien de aangeschafte goederen voor zowel economische als niet-economische activiteiten gebruikt worden, ook als er op nationaal niveau geen regels opgesteld zijn.⁶⁴ Dit lijkt mij een logische uitspraak, gezien de twee voorgaande arresten waarin besloten is dat geen recht op aftrek bestaat indien de kosten betrekking hebben op niet-economische activiteiten.

⁶⁰ Art. 19 Btw-richtlijn.

⁶¹ HvJ EG 13 maart 2008, nr. C-437/06, ECLI:EU:C:2008:166, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

⁶² J.P.M. Linssen, 'VNLTO: geen aftrek van btw ter zake van algemene belangenbehartiging', *BtwBrief* 2009/11, blz. 15-17.

⁶³ HvJ EU 12 februari 2009, nr. C-515/07, ECLI:EU:C:2009:88 (VNLTO).

⁶⁴ HvJ EU 8 mei 2019, nr. C-566/17, ECLI:EU:C:2019:390 (*Związek Gmina Zagłębia Miedziowego*).

2.3.5 Belaste en vrijgestelde prestaties

Een belastingplichtige kan zowel belastbare als vrijgestelde activiteiten uitvoeren. De belastingplichtige heeft slechts recht op aftrek van de voorbelasting op de kosten die toe te rekenen zijn aan de belastbare handelingen. In beginsel moet er een rechtstreeks verband bestaan tussen de aangekochte goederen of diensten en de handelingen waarvoor recht op aftrek bestaat, ook wel directe kosten genoemd. De belastingplichtige heeft eveneens recht op aftrek wanneer de kosten voor de betrokken diensten deel uitmaken van de algemene kosten en opgenomen zijn in de prijs.⁶⁵

Er zijn verschillende mogelijke berekeningsmethode voor de pro rata. In art. 174 van de btw-richtlijn en in art. 15, lid 6 Wet OB 1968 is de methode gebaseerd op de omzetverhouding uiteengezet. De pro rata is de uitkomst van de breuk, waarvan de teller bestaat uit de omzet van belastbare handelingen en de noemer bestaat uit de totale omzet. Bij de berekening van de pro rata wordt in eerste instantie de omzet van afgelopen jaar gebruikt, waarna de aftrek wordt herzien nadat de definitieve omzetverhouding van dat jaar is vastgesteld. In een aantal gevallen zal deze berekening onnauwkeurig zijn. De richtlijngever geeft de lidstaten dan de mogelijkheid om de pro rata nauwkeuriger te bepalen.⁶⁶ Nederland heeft bijvoorbeeld de pro rata op werkelijk gebruik goedgekeurd.⁶⁷ In de vastgoedsector wordt de pro rata berekend aan de hand van de oppervlakte van de onroerende zaak. De oppervlakte die wordt gebruikt voor belaste handelingen vormt de teller en in de noemer staat de gehele oppervlakte van de onroerende zaak.

2.3.6 Soorten kosten

Binnen de btw zijn op grond van art. 11, lid 1 van de Uitvoeringsbeschikking OB drie soorten kosten te onderscheiden, namelijk directe kosten die toe te rekenen zijn aan handelingen met recht op aftrek van voorbelasting, kosten die direct zijn toe te rekenen aan handelingen zonder recht op aftrek van voorbelasting en kosten die niet direct zijn toe te rekenen aan handelingen met recht op aftrek van voorbelasting of handelingen zonder recht op aftrek van voorbelasting, ook wel algemene kosten genoemd.

2.3.6.1 Directe kosten

Directe kosten zijn kosten die direct toerekenbaar zijn aan een handeling; dit kan een belastbare of vrijgestelde handeling zijn. Er wordt verondersteld dat de kosten onderdeel uitmaken van de prijs van die prestatie. Indien kosten direct toerekenbaar zijn aan

⁶⁵ HvJ EU 14 september 2017, nr. C-132/16, ECLI:EU:C:2017:683 (Iberdrola).

⁶⁶ Art. 175, lid 2 Btw-richtlijn.

⁶⁷ Art. 11, lid 2 Uitvoeringsbeschikking omzetbelasting 1968.

belastbare prestaties dan zijn is de voorbelasting op die kosten aftrekbaar. Indien kosten direct toerekenbaar zijn aan vrijgestelde prestaties, kan in principe de voorbelasting op de kosten niet in aftrek gebracht worden. Uitzonderingen op deze regel zijn opgenomen in art. 169 btw-richtlijn.

2.3.6.2 Algemene kosten

Met algemene kosten worden kosten bedoeld die gemaakt zijn voor activiteiten die niet binnen de werkingssfeer van de omzetbelasting vallen, maar wel dienstbaar zijn voor de algehele economische activiteit van de ondernemer.⁶⁸ Dit is een van de bouwstenen van de algemene kosten-leer. Een ondernemer die zowel belaste als vrijgestelde handelingen verricht, kan slechts het gedeelte in aftrek brengen dat evenredig is aan het bedrag van de belaste handelingen, dit wordt ook wel de pro-rata genoemd. Van Doesem noemt dit ook wel de paardensprong. Alhoewel de gemaakte kosten voor goederen of diensten niet direct worden gebruikt voor belastbare handelingen, zijn ze wel aftrekbaar indien de algemene kosten opgenomen zijn in de prijs van de producten. Hierdoor hangen de gemaakte kosten rechtstreeks en onmiddellijk samen met de gehele activiteit van de ondernemer.

2.3.7 Kostentoerekening

Niet alle btw op kosten die de ondernemer maakt zijn aftrekbaar. Het recht op aftrek van de voorbelasting bestaat indien de aangekochte goederen en diensten gebruikt worden voor belastbare handelingen van een belastingplichtige.⁶⁹ In de jurisprudentie is de vraag aan bod gekomen wanneer hier sprake van is. Het HvJ stelt vast dat aangekochte goederen en diensten gebruikt worden voor belaste prestaties indien er een 'rechtstreeks en onmiddellijk' verband bestaat tussen de kosten en de prestaties.⁷⁰ Van Doesem en Van Kesteren hebben drie criteria geformuleerd waarmee het HvJ bepaalt of er sprake is van een rechtstreeks en onmiddellijk verband tussen de gemaakte kosten en de uitgaande prestaties.⁷¹ De drie criteria zijn: het verdisconteringscriterium, het finaliteitscriterium en het causaliteitscriterium. De rangorde van deze criteria is niet helemaal duidelijk; het valt niet op te maken uit de bestaande jurisprudentie.

2.3.7.1 Het verdisconteringscriterium

Kort gezegd houdt het verdisconteringscriterium in dat de kosten zijn opgenomen in de prijs van de verrichte handelingen. Dit volgt tevens uit art. 1, lid 2 van de btw-richtlijn waarin staat

⁶⁸ Cornielje, 2019.

⁶⁹ Art. 168 Btw-richtlijn.

⁷⁰ HvJ EU 13 maart 2008, nr. C-437/06, ECLI:EU:C:2008:166 (Securenta).

⁷¹ A.J. van Doesem & H.W.M. van Kesteren, 'De onlosmakelijke samenhang tussen kosten en belastbare handelingen', *WFR* 2012/885.

dat belastingplichtige belast zijn onder aftrek van het bedrag van de btw waarmee de verschillende elementen van de prijs rechtstreeks zijn belast. Het Midland Bank arrest gaat over het aftrekrecht ter zake van een dienst die betrekking heeft op in een eerder stadium verrichte handeling.⁷²

Midland Bank verrichtte prestaties die recht op aftrek gaven, maar ook prestaties die geen recht op aftrek gaven. Midland Bank verrichtte diensten aan een Amerikaans bedrijf. Nadat het Amerikaanse bedrijf een claim had ingediend, had Midland Bank een advocaat ingeschakeld. Midland Bank claimde aftrek van de voorbelasting op de advocaatkosten, omdat de kosten volgens hen betrekking hebben op de voorgaande dienstverlening en deze prestaties hadden recht op volledige aftrek. De Engelse fiscus was het hier echter niet mee eens en stelde dat deze kosten juist algemene kosten waren. Het HvJ gaf de Engelse fiscus gelijk.

Het verdisconteringscriterium kwam terug in het Midland Bank arrest. Het HvJ stelde dat er normaliter geen rechtstreeks en onmiddellijke samenhang bestaat tussen de gemaakte kosten en de handelingen in een eerder stadium verricht zijn. Normaliter vormen de gemaakte kosten namelijk geen bestanddeel van de kostprijs. Het HvJ stelt daarentegen dat in dit geval de kosten deel uitmaken van de algemene kosten van de belastingplichtige en maken op die wijze deel uit van de prijs van de producten van de onderneming. Over het aftrekrecht bij algemene kosten volgt in paragraaf 2.3.5.2 meer informatie.

2.3.7.2 Het finaliteitscriterium

Met het finaliteitscriterium wordt beoordeeld met welk oogmerk de kosten gemaakt zijn. In die zin sluit dit criterium aan bij art. 168 van de btw-richtlijn - dit artikel gaat namelijk over de hoedanigheid van de belastingplichtige. In het Midland Bank arrest biedt het finaliteitscriterium ook geen soelaas. De advocaatkosten worden namelijk niet gemaakt voor de financiële diensten aan het Amerikaans bedrijf, maar vloeien juist voort uit de gevolgen daarvan.

Een ander voorbeeld van de Europese jurisprudentie inzake het finaliteitscriterium is het Kretztechnik arrest. Kretztechnik hield zich bezig met de ontwikkeling en verkoop van medische apparatuur. De aandeelhouders wilden het maatschappelijk kapitaal verhogen en realiseerden dit met het uitgeven van aandelen. De voorbelasting die betrekking had tot het uitgeven van aandelen werd in aftrek gebracht. De Oostenrijkse fiscus was het hier niet mee

⁷² HvJ EG 8 juni 2000, nr. C-98/98, ECLI:EU:C:2000:300 (Midland Bank).

eens en weigerde de aftrek van voorbelasting. Het HvJ stelde vast dat het uitgeven van aandelen geen economische activiteit was. Kretztechnik voerde aan dat de kosten die betrekking hebben tot het uitgeven van aandelen deel uitmaken van de algemene kosten en deel uitmaken van de prijs van de medische apparatuur. Het HvJ ging hierin mee, de aandelenuitgifte versterkte namelijk de algehele economische activiteit en daarom bestond er een rechtstreeks en onmiddellijke samenhang tussen de belastbare handelingen en de gehele bedrijfsactiviteit van de Kretztechnik.⁷³

2.3.7.3 Het causaliteitscriterium

Met het causaliteitscriterium kan beoordeeld worden of de kosten gemaakt zouden zijn indien de belaste handeling niet verricht was. Deze toets is vooral van toepassing op kosten die zijn ontstaan na het verrichten van de handeling. Uit het Wolfram Becker arrest blijkt echter dat causaliteit niet persé leidt tot een rechtstreeks en onmiddellijk verband tussen de kosten en de handelingen die recht hebben op aftrek van voorbelasting.⁷⁴ Het causaliteitscriterium geeft dus alleen antwoord op de vraag of kosten hun oorzaak vinden in de economische activiteit en niet of deze kosten ook daadwerkelijk gemaakt zijn in de context van de economische activiteit.⁷⁵

2.4 Aftrek voor activiteiten die niet doorgegaan zijn

In slechte economische tijden komt het nogal eens voor dat er investeringen gedaan zijn, maar dat de belastbare handelingen niet van de grond komen. Al in 1996 heeft een soortgelijke zaak het HvJ heeft het HvJ zich uitgelaten over een zaak als deze. De belanghebbende in de zaak was INZO, een Belgische vennootschap die was opgericht door provincies en gemeentes. INZO heeft onderzoek verricht naar de rentabiliteit van een project betreffende de bouw van een waterontziltingsinstallatie. Uit het onderzoek volgde problemen met de rentabiliteit van het beoogde project en heeft daarom het project niet uitgevoerd. De Belgische fiscus stelde vast dat er geen belastbare prestatie verricht was en vorderde de terugbetaalde btw terug. Het HvJ heeft vastgesteld dat indien de Belgische fiscus reeds heeft geoordeeld dat de belanghebbende als btw-belastingplichtige heeft gehandeld niet met terugwerkende kracht, behoudens fraude of misbreuk, de hoedanigheid van btw-belastingplichtige niet ontnomen kan worden. Dit betekent dus ook dat niet met terugwerkende kracht de reeds terugbetaalde btw terugggevorderd kan worden.⁷⁶ Een ander belangrijk arrest omtrent deze problematiek is het reeds besproken Rompelman arrest. Ook

⁷³ HvJ EG 26 mei 2005, nr. C-465/03, ECLI:EU:C:2005:320 (Kretztechnik).

⁷⁴ HvJ EU 21 februari 2013, C-104/12, ECLI:EU:C:2013:99 (Wolfram Becker), r.o. 31.

⁷⁵ Cornielje, 2016.

⁷⁶ HvJ EG 29 februari 1996, nr. C-110/94, ECLI:EU:C:1996:67 (INZO).

in die zaak werd geoordeeld over de btw-af trek bij activiteiten die niet doorgegaan zijn. Het HvJ heeft ook in het Rompelman arrest geoordeeld dat de af trek van de voorbelasting in stand blijft omdat de belanghebbende aannemelijk had gemaakt dat zij het oogmerk had om de showrooms belast te verhuren.⁷⁷

Ook in de Nederlandse jurisprudentie is geoordeeld over de af trek van voorbelasting voor activiteiten die niet doorgegaan zijn. Rechtbank Haarlem heeft in de uitspraak van 5 augustus 2011 geoordeeld dat de terugbetaalde btw in stand blijft. Een echtpaar had in deze casus een perceel gekocht in een bungalowpark met het voornemen om een stacaravan te kopen. Echter wilde een ander bedrijf dat kavels verhuurt geen concurrentie. Het echtpaar had het perceel weer verkocht aan het bungalowpark. De Nederlandse Belastingdienst was van mening dat de in af trek gebrachte btw nageheven mocht worden, omdat de uiteindelijke activiteit niet hadden geleid tot btw-belastbare activiteiten. De rechter oordeelde echter dat op grond van de Europese jurisprudentie en het vertrouwensbeginsel de Belastingdienst niet mocht naheffen.⁷⁸

2.5 Tussenconclusie

De Europese omzetbelasting is een belasting op goederen en diensten die voor ogen heeft om de consumptie te belasten. De btw is een indirecte belasting die leveringen van goederen en de dienstverlening van producenten naar consumenten belast. De belastingplichtige int de btw bij de consument en draagt het vervolgens af aan de fiscus. De omzetbelasting wordt geheven in het land van verbruik, op grond van het bestemmingslandbeginsel. Op deze manier wordt de levering of de dienstverlening belast in het land van verbruik. Er zijn een aantal andere beginselen van belang in de btw, zoals de economische, de juridische neutraliteit en de externe neutraliteit.

De btw wordt geheven van de ondernemer. Niet elke ondernemer is belastingplichtig voor de btw. Een belastingplichtige is ieder die, ongeacht op welke plaats, zelfstandig een nader omschreven economische activiteit verricht, ongeacht het oogmerk of het resultaat van die activiteit. Een belastingplichtige kan een rechtspersoon zijn, maar ook een natuurlijk persoon. Om te kunnen spreken van economische activiteit moet het gaan om het duurzaam en tegen vergoeding verlenen van diensten en het verrichten van levering van goederen. De belastingplicht vangt aan bij de eerste handeling welke met het oog op de economische

⁷⁷ HvJ EG 14 februari 1985, nr. 268/83, ECLI:EU:C:1985:74 (Rompelman).

⁷⁸ Rb. Haarlem 5 augustus 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BT2252.

activiteiten wordt verricht, en de belastingplicht eindigt pas bij de laatste handelingen die voortvloeien uit de belastbare handelingen.

Aftrek van voorbelasting is een integraal gedeelte van het huidige btw-systeem wat cumulatie van de btw voorkomt. Om in aanmerking te komen voor de aftrek van voorbelasting moet er sprake zijn van het handelen in de hoedanigheid als belastingplichtige. Daarnaast moeten de aangekochte goederen en diensten ook betrekking hebben op belastbare prestaties. Indien de kosten ook betrekking hebben op niet-belastbare prestaties, zoals vrijgestelde prestaties, of niet-economische prestaties, loop je tegen de (pre) pro-rata aftrek aan. Dit betekent dat je slechts voor het gedeelte dat toerekenbaar is aan de belastbare prestaties toe te rekenen is, recht op aftrek hebt. Het is ook mogelijk dat kosten algemene kosten zijn, dat zijn kosten die dienstbaar zijn voor de algehele economische activiteit van de ondernemer.

De arresten INZO en Rompelman maken duidelijk dat de reeds terugbetaalde btw, behoudens fraude of misbreuk, niet teruggevorderd kan worden indien de betreffende fiscus reeds heeft geoordeeld dat de belanghebbende als belastingplichtige heeft gehandeld. Het moet echter wel aannemelijk gemaakt worden dat de belanghebbende het oogmerk had om belaste prestaties uit te voeren.

3. Belastingplicht van holdings

3.1 Begrip holding

Alvorens in te gaan op de belastingplicht van holdings is het van belang om te weten wat daaronder verstaan wordt. De houdstervennootschap wordt in het belastingrecht ook wel (top)holding genoemd. In de jurisprudentie van het HvJ is niet een definitie van het begrip houdstervennootschap of holding te vinden. In de Europese jurisprudentie wordt namelijk veelal alleen geprocedeerd over het ondernemerschap bij het houden en handelen van aandelen in het algemeen.

Het meest kenmerkende element van een houdstervennootschap is dat deze aandelen houdt in een of meerdere concernonderdelen.⁷⁹ Een concern bestaat uit een houdstervennootschap en de dochtermaatschappij(en). De daadwerkelijke structuur en activiteit verschilt per concern. Onder houdstervennootschap of holding versta ik de moedervernootschap die de aandelen houdt in (diverse) dochters.

Grote ondernemingen oefenen veelal haar activiteiten uit binnen een concern. Juridisch bevinden zich meerdere entiteiten binnen een concern, economisch gezien vormen zij echter een eenheid met een gezamenlijke leiding.⁸⁰ De holding of holdings vormen vaak binnen het concern de gezamenlijke leiding van het concern. Fiscale redenen liggen vaak ten grondslag van deze concerns. Het fiscale stelsel kent een aantal faciliteiten voor concerns, hierbij kan in de omzetbelasting gedacht worden aan de fiscale eenheid, maar ook in andere belastingen genieten concerns, mits ze voldoen aan de voorwaarden, van een aantal faciliteiten.⁸¹

Een houdstervennootschap is belastingplichtig voor de btw op grond van art. 9 van de btw-richtlijn wanneer de houdstervennootschap economische activiteiten verricht. Dit houdt in dat niet iedere houdstervennootschap belastingplichtig is voor de btw. De financiële deelname in andere vennootschappen is namelijk niet aan te merken als de exploitatie van een zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen. Het dividend ontstaat namelijk uit het eigendom van de aandelen. In enkele situaties ontstaat er echter wel belastingplicht voor de btw voor houdstervennootschappen.

⁷⁹ Van Norden, 2007.

⁸⁰ Van Norden, 2007.

⁸¹ Zuidgeest, 2008.

3.2 Zuivere holdings

Om te bepalen of een houdstervennootschap belastingplichtig is voor de btw, moet dus bepaald worden of een houdstervennootschap een economische activiteit verricht. Uit het Polysar arrest is gebleken wanneer een houdstervennootschap geen economische activiteit verricht.

3.2.1 Polysar

Het arrest Polysar betrof de Nederlandse B.V. Polysar Investments Netherlands (hierna Polysar). Zij verrichtte geen andere activiteiten naast het houden van aandelen van een groot aantal vennootschappen. Polysar was op haar beurt de dochter van de Canadese Polysar Holdings Ltd die op haar beurt weer de dochter was van Polysar Ltd. De vraag in dit arrest was of Polysar een btw-belastingplichtige was indien zij naast het houden geen andere activiteiten uitvoert. De tweede vraag betrof het aftrekrecht indien Polysar als btw-belastingplichtige kan worden aangemerkt. Polysar had in de loop der jaren adviesdiensten afgenomen en heeft de btw die op de diensten drukt in aftrek gebracht. De inspecteur heeft echter een naheffingsaanslag opgelegd.⁸²

Het Hof heeft overwogen dat in art. 2 van de Zesde EG-richtlijn staat dat slechts activiteiten met een economisch karakter aan de omzetbelasting onderworpen zijn. Art. 4 van de Zesde EG-richtlijn zegt weer dat als belastingplichtige kan worden beschouwd ieder die zelfstandig een economische activiteit verricht. Volgens lid 2 van hetzelfde artikel moest er sprake zijn van een activiteit zoals de activiteiten van een fabrikant, handelaar of dienstverrichter of de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen. In r.o. 13 verklaarde het HvJ dat een het houden van een deelneming niet aan te merken is als de exploitatie van een vermogensbestandsdeel. Dit kwam doordat het dividend dat verkregen wordt, dus de opbrengst van het houden van de deelneming, voortkwam uit het loutere eigendom van het goed. In r.o. 14 zei het HvJ dat het voorgaande anders ligt indien de houdstermaatschappij naast het houden van de aandelen zich ook nog eens inmengt in het beheer van de vennootschappen.

Dit betekent dat wanneer een houdstervennootschap slechts aandelen houdt in andere ondernemingen de houdstervennootschap niet belastingplichtig is voor de btw. Het moeien in het beheer van de andere ondernemingen lijkt dus een voorwaarde voor de belastingplicht voor de btw. In dit arrest is echter niet gebleken wat onder het begrip “moeien” moet worden

⁸² HvJ EG 20 juni 1991, nr. C-60/90, ECLI:EU:C:1991:268 (Polysar).

verstaan. Een onderneming die niet moet in andere ondernemingen worden ook wel een zuivere houdstervennootschap genoemd.

3.2.2 Holdingresolutie

Dat zuivere holdings geen ondernemer zijn voor de btw is tevens bevestigd in de holdingresolutie. In de holdingresolutie heeft de staatssecretaris van Financiën in punt 3 besloten dat een in Nederland gevestigde houdstermaatschappijen die alleen aandelen houdt niet als ondernemer optreedt.⁸³ De staatssecretaris heeft als redenering dat de zuivere holding slechts optreedt als aandeelhouder, oftewel voor haar eigen belang. Om die reden concludeert de staatssecretaris dat haar activiteiten niet kwalificeren als een prestatie in het economisch verkeer.

3.3 Wanneer vormt het houden van aandelen een economische activiteit?

In de vorige paragrafen is gebleken dat het enkel houden van aandelen geen economische activiteit vormt en de houdstervennootschap die enkel aandelen houdt geen ondernemer is voor de btw. Uit de jurisprudentie van het HvJ is gebleken dat het houden van aandelen in drie situaties wel een economische activiteit vormt.

De eerste situatie betreft een houdstervennootschap die aandelen houdt in een dochtermaatschappij en in de dochter direct of indirect “moet” tegen vergoeding. Wat onder het begrip moeten valt heeft voor veel onduidelijkheid gezorgd. Maar recent heeft het arrest Marle Participations voor meer duidelijkheid gezorgd.

De tweede situatie betreft een effectenhandelaar. Met effectenhandelaren worden de holdings bedoeld die bedrijfsmatig handelen in aandelen, effecten en obligaties. Het Wellcome Trust arrest heeft meer duidelijkheid verschaft over de btw-positie van effectenhandelaren. Er is sprake van bedrijfsmatig handelen in aandelen indien de activiteiten normaal vermogensbeheer te boven gaat.⁸⁴

Tenslotte is sprake van economische activiteit indien de houdstervennootschap aandelen houdt in een dochtermaatschappij die een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk vormt van de activiteiten van de dochter. In de volgende paragrafen zal stil worden gestaan bij elk van deze drie situaties.

⁸³ Besluit van 18 februari 1991, VB91/347 (Holdingresolutie).

⁸⁴ HvJ EG 6 februari 1997, nr. C-80/95, ECLI:EU:C:1997:56 (Harnas & Helm).

3.3.1 Moeiende holdings

3.3.1.1 Het begrip ‘moeien’

3.3.1.1.1 HR 26 augustus 1998

Het HvJ heeft zich tot 1998 nog niet uitgelaten over de definitie en reikwijdte van het moeien in het beheer, wat uiteindelijk leidt tot veel onduidelijkheid en jurisprudentie. De HR had in 1998 invulling gegeven aan het begrip ‘moeien in het beheer’:

‘het begrip moeien betekent het zich bezighouden met het beleid van de ondernemingen dat door de vennootschappen waarin wordt deelgenomen, wordt uitgevoerd en valt het vervullen van een financieel en fiscaal coördinerende rol daarbuiten.’

Hiermee had de HR aangegeven dat slechts een financieel en fiscaal coördinerende rol niet voldoende is om aan het begrip ‘moeien in het beheer’ te voldoen. In het arrest was sprake van een Nederlandse vennootschap die aandelen hield van diverse buitenlandse vennootschappen. In de eerste instantie was de houdstervenootschap aangemerkt als btw-belastingplichtige en had de btw in aftrek gebracht. De diensten die de houdstervenootschap leverde aan de dochters werden niet tegen vergoeding verleend en de kosten werden ook niet doorbelast. Na een boekenonderzoek had de inspecteur na geheven. De houdstervenootschap probeerde te beargumenteren dat zij een financieel en fiscaal coördinerende functie vervulde binnen het concern. Maar uit het arrest bleek dat zowel het Hof als de HR van mening waren dat een financieel en fiscaal coördinerende functie niet wordt aangemerkt als het moeien in het beheer van de deelneming.⁸⁵ Dit had tot gevolg dat de houdstervenootschap niet werd aangemerkt als btw-belastingplichtige en ook geen recht op voorbelasting had.

3.3.1.1.2 Holdingresolutie

In de holdingsresolutie is punt 11 toegewijd aan de moeiende holdings. Ten eerste bepaalt de staatssecretaris van Financiën dat indien een ondernemer die al reeds aangemerkt wordt als btw-ondernemer, het houden van aandelen geen gevolgen heeft voor die ondernemer en het aftrekrecht van de ondernemer.

Houdstervenootschappen die aandelen houden maar daarnaast ook andere werkzaamheden uitvoeren, zoals management-, financierings- en advieswerkzaamheden, worden ook als ondernemer voor de btw aangemerkt mits de houdstervenootschappen

⁸⁵ HR 26 augustus 1998, nr. 33662, ECLI:NL:HR:1998:AA2556, BNB 1999/51, m.nt. J.M.F. Finkensieper.

deze werkzaamheden als ondernemer uitvoeren. Voor de beoordeling of de houdstervennootschap de werkzaamheden in de hoedanigheid van ondernemer hebben gehandeld moet volgens de staatssecretaris van Financiën gekeken worden naar de mate waarin daadwerkelijk arbeid wordt verricht.

Uit de holdingresolutie blijkt dat wanneer een houdstervennootschap aandelen houdt in een dochtervennootschap en belastbare handelingen verricht belastingplichtig is voor de btw. Het onduidelijke van de holdingresolutie is dat niet expliciet staat benoemd dat de belastbare handelingen aan de dochtervennootschap moeten worden verricht, wat naar mijn mening wel de bedoeling is. Het lijkt mij namelijk niet de bedoeling dat gesproken kan worden van 'moeien' indien een houdstervennootschap wel belastbare handelingen verricht aan derden, maar niet aan de dochtervennootschap. Joosten en Tetteroo delen dezelfde mening. De zaak MVM betreft een houdstervennootschap die reeds ondernemer is voor de btw en moet in het beheer van haar dochtervennootschappen zonder vergoeding. De zaak is met een beschikking afgedaan zonder stil te staan bij de vraag of er sprake is van een economische activiteit als de belastbare handelingen niet aan de dochtervennootschappen worden verricht. Joosten en Tetteroo stellen dat het HvJ hier een kans heeft laten liggen om meer duidelijkheid te verschaffen over deze problematiek.⁸⁶

3.3.1.1.3 Cibo Participations

Cibo was een holding die aandelen hield in een drietal gespecialiseerde ondernemingen. Zij had aftrek van voorbelasting geclaimd op kosten die betrekking hebben op de verwerving van deelnemingen in haar dochterondernemingen. Cibo stelde dat zij tegen vergoeding diensten voor haar dochterondernemingen verricht omdat Cibo algemene, administratieve, financiële commerciële en een technische functie had. De vergoeding bedroeg 0,5% van de omzet van de dochters. Cibo probeerde zo te beargumenteren dat zij zich wel degelijk mengt in het beheer van haar dochters en zo een btw-belastingplichtige was. De Franse fiscus was van mening dat Cibo het grootste gedeelte van haar omzet behaalde met het innen van dividenden. Daarnaast was de Franse fiscus van mening dat Cibo zich beperkte tot het adviseren en sturen van het beleid van de groep en zich niet direct of indirect mengde met het beheer van de dochterondernemingen.

Het HvJ heeft in haar uitspraak het Floridienne en Berginvest arrest aangehaald waarin is bepaald dat administratieve, financiële, commerciële en technische diensten die een holding aan haar dochters verricht beschouwd kan worden als economische activiteit. Het inmengen

⁸⁶ P. Joosten & N. Tetteroo, 'De zaak MVM: een gemiste kans?', *BtwBrief* 2017/28.

in het beheer van de dochterondernemingen kan als economische activiteit beschouwd worden indien de inmenging gepaard gaat met een handeling die aan btw onderworpen zou zijn. Als voorbeelden worden administratieve, financiële, commerciële en technische diensten ten behoeve van de dochteronderneming genoemd.⁸⁷ In het arrest is het begrip inmenging echter niet nader toegelicht. Ook wat moet worden verstaan onder “met economisch activiteiten gepaarde gaande inmenging” is niet helemaal duidelijk. De Redactie Vakstudie nieuws geeft tevens aan dat de Franse en Duitse versie van het arrest ook geen duidelijkheid geeft over de invulling hiervan. Het Cibo arrest geeft naar mijn mening niet meer duidelijkheid over het begrip moeien. Ook Sanders is het met mij eens; hij zocht in het arrest naar de inhoud van de term ‘moeien’. Naar zijn mening draait het HvJ in dit arrest rondjes om de invulling van het begrip ‘moeien’ en geeft het arrest geen duidelijkheid over de werkelijke invulling van het begrip.⁸⁸

3.3.1.1.4 Besluit 3 augustus 2004

In het besluit van de staatssecretaris van 3 augustus 2004 heeft de Directeur-Generaal van de Belastingdienst namens de staatssecretaris van Financiën besloten bij punt 2 van het besluit dat een meerderheidsparticipatie vereist is voor directe of indirecte inmenging.⁸⁹ Dit besluit heeft de staatssecretaris van Financiën opgesteld naar aanleiding van twee arresten van de HR. Blokland kan zich niet vinden in deze vereiste. Hij is van mening dat het mogelijk is dat een minderheidsaandeelhouder zich inmengt in het beheer van de vennootschap waarin hij deelneemt. Hij geeft daarbij arresten van de HR en het HvJ in de zaak X BV als argumentatie.⁹⁰ Het arrest waarop het besluit steun vindt stamt uit 2003; het voorgenoemde arrest door Blokland is een recenter arrest van 2011. Ook Krusel is van mening dat het meerderheidsvereiste niet volgt uit de jurisprudentie.⁹¹ Ik deel de mening van Blokland dat uit arrest X blijkt dat een meerderheidsparticipatie niet vereist is voor directe of indirecte inmenging, waardoor het besluit van 2004 achterhaald is.

3.3.1.1.5 Marle Participations

Een recent gewezen arrest van het HvJ betreft Marle Participations SARL.⁹² Dit ging over een holding die verschillende dochterondernemingen beheerde. Zij kocht en verkocht in 2009 aandelen en bracht de voorbelasting daarvan in aftrek. De Franse fiscus was het niet

⁸⁷ HvJ EG 27 september 2001, C-16/00, ECLI:EU:C:2001:495 (Cibo).

⁸⁸ HvJ EG 27 september 2001, C-16/00, ECLI:EU:C:2001:495 (Cibo), m.nt Sanders.

⁸⁹ Besluit van 3 augustus 2004, nr. CPP2004/1709M.

⁹⁰ Blokland, 2016.

⁹¹ J.H. Krusel, ‘Holdings en BTW: wordt vervolgd...’, *MBB 2005/01-04*.

⁹² HvJ EU 5 juli 2018, nr. C-230/17. ECLI:EU:C:2018:537 (Marle Participations SARL).

eens met Marle Participations en de Franse rechter stelde vragen aan het HvJ. De vraag in dit arrest was of de verhuur van een gebouw door Marle Participations aan haar dochter inmenging in het beheer van de dochter vormt. Het HvJ oordeelde dat er wel degelijk sprake was van inmenging in het beheer. Het HvJ haalde het arrest van 29 oktober 2009 aan waarin wordt verklaard dat een activiteit in de regels als economisch wordt beschouwd wanneer zij duurzaam wordt verricht en de verrichter een vergoeding ontvangt.⁹³

Het houden en verwerven van aandelen vormt geen economische activiteit. Het enkel houden van de aandelen is niet aan te merken als exploitatie van een onlichamelijke zaak, dit is reeds gebleken in het Polysar arrest.⁹⁴ Echter is het nog mogelijk om alsnog in aanmerking te komen voor de btw-belastingplicht indien sprake is van het verrichten van handelingen aan de dochter die onder art. 2 btw-richtlijn vallen. In deze casus was hier sprake van; Marle Participations verhuurde namelijk een onroerende zaak aan haar dochters. Het verhuren van onroerende zaken is opgenomen in art. 135, lid 1 onderdeel I btw-richtlijn jo. art. 137, lid 1, onderdeel d btw-richtlijn. Het laatstgenoemde betreft de keuzemogelijk aan de lidstaat om de optieregeling tot belast verhuren op te nemen in de nationale regelgeving. In deze casus was er dus wel degelijk sprake van een inmenging in het beheer die gepaard ging met een economische prestatie die werd verricht aan de dochter.

Het HvJ legt het begrip “moeien in het beheer” ruim uit. Het HvJ beoordeelt niet of de houdstermaatschappij beslissingen neemt ten aanzien van de deelnemingen. Het lijkt voldoende om te spreken van moeien in het beheer dat de houdstermaatschappij een economische handeling jegens de deelneming verricht. De vraag is nu in hoeverre de begrippen door dit arrest nu verouderd zijn.

Volgens dit arrest hoeft de houdstervennootschap zich niet bezig te houden met het beheer van de deelneming, uit dit arrest is namelijk gebleken het enkel verhuren van gebouwen aan de dochter aangemerkt wordt als het “moeien”. Alle door de holding ten behoeve van haar deelneming verrichte diensten die een economische activiteit opleveren wordt aangemerkt als “moeien”. In hoeverre is de toevoeging “in het beheer” dan nog nodig? Mijns inziens is de toevoeging “in het beheer” na deze uitspraak overbodig geworden. Het is nu namelijk niet van belang om beslissingen te nemen ten aanzien van de dochter. Toet leidt tevens van deze uitspraak af dat een holding moeit indien de holding prestaties verricht die op zichzelf

⁹³ HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-246/08, ECLI:EU:C:2009:671 (Commissie/Finland).

⁹⁴ HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14 en C-109/14, ECLI:EU:C:2015:496 (Larentia + Minerva en Marenace Schiffahrt).

genomen als economische activiteit kwalificeren.⁹⁵ Daadwerkelijke beheeractiviteiten zijn dus niet meer nodig.

Wat wel duidelijk geworden is na deze uitspraak is dat de aangehaalde diensten in het Cibo arrest; de administratieve, boekhoudkundige, financiële, commerciële, IT- en technische diensten, niet de enige diensten zijn die kunnen leiden tot het moeien in de dochterondernemingen.

3.3.1.1.6 Doorbelasten van kosten

Indien de holding kosten doorbelast aan de dochter “moeit” deze dochter niet met de dochterondernemingen, maar verricht wel diensten tegen een vergoeding aan de dochtervennootschap(pen). Uit een uitspraak van het Gerechtshof Arnhem – Leeuwarden is geoordeeld dat de doorbelasting van kosten een economische activiteit was.⁹⁶ Deze zaak ging over een ondernemingspensioenfonds waarvan de prestaties voor de btw zijn vrijgesteld. Deze stichting voerde de pensioenregeling uit van een concern. De stichting bevond zich in zware wateren en verzocht het concern om herstellpremies te betalen die voortvloeiden uit de uitvoeringsovereenkomst. Dit lukte het concern echter niet en gezamenlijk hadden zij een principeovereenkomst gesloten. In de overeenkomst stond dat het concern bijdraagt aan de kosten voor de overdracht van de pensioenregelingen. Dit betroffen interne en externe kosten. Het is de vraag in hoeverre de stichting recht op aftrek heeft van de voorbelasting die drukt op de externe kosten.

De inspecteur in de casus was van mening dat het doorbelasten van kosten geen prestatie onder bezwarende titel was en verwijst naar het EDM-arrest⁹⁷. De inspecteur staat de aftrek niet toe en legt een naheffingsaanslag op. Het gerechtshof was het hier echter niet mee eens en stelt dat betalingen verricht aan een andere ondernemer in het beginsel een economische activiteit is die aan de omzetbelasting onderworpen is.

Tegen de uitspraak van het Gerechtshof is echter cassatie ingesteld. De HR heeft op 29 september 2017 uitspraak gedaan over deze zaak. De HR heeft de uitspraak van het Gerechtshof vernietigd. De HR oordeelde namelijk dat de vaststelling dat de goederen of diensten zijn gebruikt voor de levering van een goed of voor het verrichten van een dienst, onder bezwarende titel, niet volstaat om te kunnen oordelen of de goederen of diensten zijn

⁹⁵ HvJ EU 5 juli 2018, nr. C-230/17, ECLI:EU:C:2018:537 (Marle Participations SARL) m.nt. M.J.M.A.

⁹⁶ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 28 juli 2015, nr. 14/00139, ECLI:NL:GHARL:2015:5738.

⁹⁷ HvJ 29 april 2004, nr. C-77/01, ECLI:EU:C:2004:243 (EDM).

gebruikt voor belaste handelingen. De HR stelde namelijk dat het doorbelasten de vergoeding kan vormen voor de tegenprestatie, maar dat het niet betekent dat het doorbelasten een prestatie is. Ook stelde de HR dat in de Europese jurisprudentie niet blijkt dat de doorbelasting in beginsel een economische activiteit is.⁹⁸

Voor het leerstuk van de doorbelasting van kosten is dus nog veel onduidelijk. Ook auteurs kunnen geen overeenstemming bereiken. Van Kesteren stelt in zijn artikel dat het doorbelasten van advieskosten door een houdstervennootschap aan de dochtervennootschap een economische activiteit is wanneer de dochter baat heeft van de kosten.⁹⁹ Chin-Oldenziel is van mening dat er ook zeker situaties zijn waarbij een holding als btw-ondernemer wordt aangemerkt op grond van het feit dat de holding kosten doorbelast aan haar dochteronderneming(en). Zij is het wel met Van Kesteren eens dat de dochteronderneming wel baat moet hebben van het doorbelaste advies.¹⁰⁰ Van Norden¹⁰¹, Van der Wulp¹⁰² en A-G Wattel¹⁰³ zijn echter van mening dat een doorbelasting van kosten geen prestatie oplevert, maar dat het doorbelasten hooguit een rekening voor een prestatie is. Daar kan Wolf zich ook in vinden.¹⁰⁴ Het HvJ heeft zich echter tot op heden nog niet expliciet uitgelaten over de btw-behandeling van het doorbelasten van kosten.

Naar mijn mening blijft het vraagstuk over het doorbelasten van kosten een ingewikkelde materie. De meningen van auteurs zijn verdeeld en de jurisprudentie geeft geen houvast voor de btw-behandeling van de kostendoorbelasting. De vraag blijft of een houdstervennootschap alleen op basis van kostendoorbelasting een ondernemer voor de omzetbelasting kan zijn. Het lijkt mij dat het doorbelasten van kosten niet altijd een duurzaam karakter heeft waardoor de houdstervennootschap niet enkel op het doorbelasten van kosten als ondernemer aangemerkt kan worden. Uit het Marle Participations arrest is gebleken dat het voldoende is om een economische handeling jegens de deelneming te verrichten om te kunnen spreken van inmenging in het beheer. Of het doorbelasten van kosten een economische activiteit is, blijft echter onduidelijk. Uit het voorgaand besproken HR-arrest blijkt dat uit de Europese jurisprudentie niet blijkt dat het doorbelasten van kosten een economische activiteit is.

⁹⁸ HR 29 september 2017, nr. 15/14199, ECLI:NL:2017:2461.

⁹⁹ H.W.M. van Kesteren, 'Overnames en BTW', *WFR* 2014/21.

¹⁰⁰ M. Chin-Oldenziel, 'Holdings en btw: ondernemerschap, aftrekrecht en fiscale eenheid', *WFR* 2016/44.

¹⁰¹ Van Norden, 2007.

¹⁰² M.D.J. van der Wulp, 'Doorbelasten van kosten en btw', *BtwBrief* 2015/79.

¹⁰³ Conclusie A-G Wattel 17 juni, nr. 15/04099, ECLI:NL:2017:2461.

¹⁰⁴ R.A. Wolf, 'Btw en het doorberekenen van kosten', *Btwbrief* 2018/35.

In de uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 19 juni 2018 komt naar mijn mening naar voren dat het doorbelasten van kosten een economische activiteit kan zijn indien de houdstervennootschap die de kosten doorbelast waarde aan de diensten voor de dochtervennootschappen heeft toegevoegd of zelf iets heeft gedaan of nagelaten.¹⁰⁵ Dit komt naar mijn mening op hetzelfde neer als het argument van Van Kesteren; dat de dochterondernemingen voordeel moeten behalen bij het doorbelast krijgen van de kosten.

Het is tevens van belang dat btw-belastbare diensten of leveringen ten grondslag liggen aan de kostendoorberekening, anders kan er niet gesproken worden van een prestatie voor de btw. Het lijkt mij daarnaast belangrijk dat het doorbelasten van kosten een duurzaam karakter heeft. Indien die niet het geval is, kan de houdstervennootschap die eenmalig iets doorbelast aan haar dochter niet als btw-ondernemer aangemerkt worden. Tevens sluit ik mij aan bij Van Kesteren dat de dochterondernemingen, indien sprake is van duurzaamheid, voordeel moeten behalen van de doorbelaste diensten.

3.3.1.2 Tegen vergoeding

3.3.1.2.1 Floridienne/Berginvest

In het arrest Floridienne en Berginvest werd gesteld dat zowel Floridienne en Berginvest zich moeiden in het beheer van de andere ondernemingen. Deze werkzaamheden betroffen administratieve, boekhoudkundige en informatica diensten. Daarnaast werd dividend ontvangen uit hoofde van de deelnemingen. Uit het arrest volgde dat de ontvangen dividenden niet rechtstreeks verband hielden met de diensten die worden verleend aan de andere ondernemingen; hierdoor waren de ontvangen dividenden niet de tegenprestatie voor het moeien. Daarnaast vloeiende het ontvangen van dividend slechts uit het houden van aandelen en niet uit de gevoerde werkzaamheden. Het ontvangen dividend vormde dus geen tegenprestatie voor het moeien en in beginsel was er dus geen sprake van btw-ondernemerschap.

Volgens vaste rechtspraak betreft inmenging in het beheer een economische activiteit voor zover de inmenging gepaard gaat met handelingen op grond van art. 2 btw-richtlijn. Dit is echter niet het geval in dit arrest. Zo gaf A-G Fennelly in zijn conclusie bij dit arrest nog aan dat het herbeleggen van overtollige middelen als lening aan deelnemingen in beginsel het bedrijfsmatig karakter ontbeert en daarom niet kan worden aangemerkt als economische activiteit. Het HvJ heeft geoordeeld dat Floridienne en Berginvest derhalve geen

¹⁰⁵ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 juli 2018, nr. 160/0847 t/m 1600849 (ECLI:NL:GHARL:2018:5626).

economische activiteit verrichtte en daarom geen handelingen verrichtte die aan de btw onderworpen waren¹⁰⁶

3.3.1.2.2 Welthgrove

In de beschikking van het HvJ van 12 juli 2001 is bevestigd dat het ontvangen van dividend geen tegenprestatie is voor het inmengen in het beheer van de deelneming. Welthgrove was een tussenholding die deelnemingen had in een aantal in de EU gevestigde vennootschappen. Welthgrove hield zich actief bezig met de begeleiding van haar dochtervennootschappen, hiervoor ontving zij dividend. De Nederlandse Belastingdienst was van mening dat Welthgrove niet deelnam aan het economisch verkeer en derhalve geen ondernemer was. Het HvJ heeft deze zaak afgedaan met een met redenen omklede beschikking omdat uit het voorgaande Floridienne en Berginvest arrest al duidelijk was dat het ontvangen van dividend tegenover het moeien geen economische activiteit was.¹⁰⁷ Uit de Floridienne/Berginvest en Welthgrove arresten is duidelijk geworden dat dividend niet als vergoeding wordt aangemerkt.

3.3.1.2.3 Hoogte vergoeding

Om als btw-ondernemer aangemerkt te worden moet er sprake zijn van een economische activiteit. Uit de arresten Floridienne/Berginvest en Welthgrove is gebleken dat dividenden niet als vergoeding wordt aangemerkt. Het dividend vloeit namelijk voort uit het loutere aandelenbezit en niet uit de eventuele inmenging in het beheer. Mijns inziens heeft het Borsele arrest, wat niet over de holdingproblematiek gaat, wel degelijk invloed op het ondernemerschap van houdstervenootschappen. Kort gezegd blijkt uit het Borsele arrest namelijk dat een wanverhouding tussen de ontvangen vergoeding en de gemaakte kosten btw-ondernemerschap in de weg kan staan. Dit kan naar mijn mening ook zeker spelen bij het btw-ondernemerschap bij moeiende houdstervenootschappen, aangezien houdstervenootschappen moeten moeien tegen vergoeding.

Uit het Borsele arrest is namelijk gebleken dat de hoogte van de vergoeding een belangrijke rol speelde bij de beoordeling of er sprake was van een economische activiteit. De gemeente Borsele zorgde voor het leerlingenvervoer binnen haar gemeente. De gemeente vroeg aan de ouders van de leerlingen een bijdrage voor het gebruik van deze faciliteit. De bijdrage was afhankelijk van de afstand van het vervoer voor de specifieke leerling, maar ook van het inkomen van de ouders. Het was gebleken dat niet alle ouders de bijdrage

¹⁰⁶ HvJ EG 14 november 2000, nr. C-142/99, ECLI:EU:C:2000:623 (Floridienne en Berginvest).

¹⁰⁷ HvJ EG 12 juli 2001, nr. C-102/00, ECLI:EU:C:2001:416 (Welthgrove).

betaalt maar ook dat de ontvangen bijdragen van de ouders maar 3% van de kosten dekken. De vraag in deze zaak was of de gemeente ten aanzien van het leerlingenvervoer een btw-ondernemer was.¹⁰⁸

Het HvJ zegt in dit arrest dat de asymmetrie in deze zaak zo groot is dat de betaalde bijdragen eerder gezien moeten worden als een heffing dan een vergoeding voor de verrichte dienst. Het rechtstreekse verband tussen de vergoeding en de prestatie ontbreekt in dit geval.¹⁰⁹ Het HvJ concludeerde in het arrest dat de gemeente Borsele geen economische activiteit verricht en daarom ook niet als btw-belastingplichtige kan worden aangemerkt.

Als gevolg van deze uitspraak lijkt het HvJ twee verschillende toetsen te hanteren voor de beoordeling of sprake is van een economische activiteit. Uit het Borsele arrest is namelijk gebleken dat het verrichten van een dienst onder bezwarende titel niet volstaat om de dienst als economische activiteit aan te merken. Tussen de vergoeding en de dienst is tevens een reëel verband dat rechtstreeks van aard vereist.¹¹⁰

Voor de vergoedingen die de houdstervennootschap ontvangt van de dochter is het naar mijn mening van belang dat de vergoeding niet dermate laag is dat de kosten die de houdstermaatschappij maakt ten behoeve van de dochter niet gedekt kunnen worden. Cornielje¹¹¹ en A-G Kokott¹¹² hebben voorheen aangegeven dat de ruime uitleg van het begrip “moeien” kan zorgen voor een wanverhouding tussen de kosten die de holding maakt en de vergoeding die de houdstermaatschappij ontvangt. Van der Wulp geeft echter aan dat het Borsele arrest deze wanverhoudingen tegen zullen gaan en ik sluit mij daarbij aan.¹¹³ Indien sprake is van een asymmetrische verhouding tussen de vergoeding en de kosten kan het namelijk voorkomen dat geoordeeld wordt dat er geen sprake is van economische activiteit. Het lijkt mij dat houdstervennootschappen deze situatie liever willen vermijden om niet het aftrekrecht te verliezen.

¹⁰⁸ HvJ EU 12 mei 2016, nr. C-520/14, ECLI:EU:C:2016:334 (Gemeente Borsele).

¹⁰⁹ A.M. Wit, ‘Het arrest-gemeente Borsele: het laatste woord nog niet over gezegd’, *WFR* 2018/175.

¹¹⁰ A.M. Wit, ‘Het arrest-gemeente Borsele: het laatste woord nog niet over gezegd’, *WFR* 2018/175.

¹¹¹ S.B. Cornielje, ‘Houdstervennootschappen en het recht op aftrek van voorbelasting in de btw’, *TFO* 2017.149.2.

¹¹² Conclusie A-G Kokott 3 mei 2018, zaak C-249/17 (Ryanair), V-N 2018/28.12, punten 28-32.

¹¹³ Van der Wulp, 2018.

3.3.2 Effectenhandelaar

3.3.2.1 Wellcome Trust

De tweede mogelijkheid om te kwalificeren als btw-belastingplichtige voor houdstervennootschappen is het bedrijfsmatig handelen in aandelen. In beginsel is de handel in aandelen geen economische activiteit. In het Wellcome Trust arrest is echter geoordeeld dat het bedrijfsmatig handelen in aandelen wordt aangemerkt als het verrichten van een economische activiteit.¹¹⁴ Om te kunnen spreken van bedrijfsmatig handelen in aandelen is van belang dat de aard en de omvang van de werkzaamheden normaal vermogensbeheer te boven gaan. Dit is tevens bevestigd in het Harnas & Helm arrest¹¹⁵ en het EDM-arrest¹¹⁶. Dit lijkt heel logisch, dit zou immers vergeleken kunnen worden met de handel van elk ander goed. Bij een effectenhandelaar hebben de aandelen de functie van voorraad en niet de functie van immateriële activa net als bij houdstervennootschappen.¹¹⁷ De effectenhandelaar houdt zich namelijk doorgaans bezig met de handel van aandelen en beoogt daarmee duurzaam rendement te behalen. De A-G Lenz heeft in zijn conclusie bij het Wellcome Trust arrest een definitie gegeven van een effectenhandelaar:

‘De effectenmakelaar is het niet in de eerste plaats om het beheer van een vermogen te doen. Hij streeft er daarentegen naar door de aan- en verkoop van aandelen, en door riskante investeringen en speculatie winst te maken. Aandelen koopt hij niet in de eerste plaats om zo hoog mogelijke dividenden te verkrijgen, maar wel om ze tegen een zo hoog mogelijke prijs door te verkopen.’

Uit de holdingresolutie van 1991 blijkt dat indien aandelen een beleggingsfunctie heeft bij de betreffende onderneming veelal niet leidt tot ondernemerschap voor de btw. Een uitzondering zijn de effectenhandelaren. Activiteiten zoals de handels e.d. in effecten of andere waardepapieren zal door de onderneming veelal uitgeoefend worden als ondernemer voor de btw.¹¹⁸

3.3.3 Verlengstukgedachte

3.3.3.1 Régie Dauphinoise

De verlengstukgedachte is voor het eerst toegepast in het Régie Dauphinoise arrest. Régie Dauphinoise beheerde onroerende zaken en ontving voorschotten van mede-eigenaren en huurders. Met deze voorschotten belegde Régie Dauphinoise bij financiële instellingen.

¹¹⁴ HvJ EG 20 juni 1996, nr. C-155/94 ECLI:EU:C:1996:243 (Wellcome Trust).

¹¹⁵ HvJ EG 6 februari 1997, nr. C-80/95, ECLI:EU:C:1997:56 (Harnas & Helm).

¹¹⁶ HvJ EU 29 april 2004, nr. C-77/01, ECLI:EU:C:2004:243 (EDM).

¹¹⁷ J.J.M. Lamers, ‘De etiquette van het aandeel in de BTW’, *WFR* 2005/828.

¹¹⁸ Besluit van 18 februari 1991, VB91/347 (Holdingresolutie), punt 10.

Régie bracht volledig de voorbelasting in aftrek. De Franse fiscus was echter van mening dat de financiële opbrengsten vrijgesteld waren, waardoor Régie Dauphinoise voor dat deel geen recht had op aftrek van voorbelasting. Prejudiciële vragen zijn aan het HvJ gesteld; wordt het recht op aftrek beïnvloed door het beleggen van overtollige kasmiddelen en zo ja, hoe werkt dit dan uit voor de berekening van de pro rata.

Régie Dauphinoise was dus reeds aangemerkt als btw-ondernemer voor het beheer van de onroerende goederen. Het geschil in deze casus was of de beleggingsactiviteiten invloed hebben op de pro rata berekening. Financiële opbrengsten van beleggingen zijn in beginsel vrijgesteld van btw, dit zou dus betekenen dat het recht op aftrek van voorbelasting beperkt zou worden. Het HvJ heeft geoordeeld dat de ontvangen rente van de beleggingen geen bijkomstige financiële handeling¹¹⁹ waren en het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk vormden van de belastbare activiteiten als beheerder.¹²⁰ Hierdoor moesten de beleggingsopbrengsten opgenomen worden in de noemer voor de berekening van de pro rata aftrek van voorbelasting.

Het is niet helemaal duidelijk wat precies bedoeld wordt met ‘het rechtstreeks, duurzame en noodzakelijke verlengstuk’. Wat wel duidelijk is, is dat activiteiten die eigenlijk niet als economische activiteiten kwalificeren door de verlengstukgedachte alsnog tot de economische activiteiten van de houdstervenootschap behoren. Een voorbeeld van de verlengstukgedachte kan de aandelenovername zijn van de leverancier waar je goederen van afneemt. De aandelenovername zou gewoonlijk geen economische activiteit zijn, maar doordat de overname in het verlengde liggen van bedrijfsactiviteiten van de houdster is er nog steeds sprake van een economische activiteit.

3.3.3.2 Harnas & Helm

Vervolgens is de verlengstukgedachte toegepast en bevestigd in het Harnas & Helm arrest.¹²¹ Hieruit volgde dat de verlengstukgedachte ook toegepast kan worden op handelingen inzake aandelen en obligaties. Harnas & Helm was een houdster van aandelen en obligaties en verstreekte een tweetal leningen. Harnas bracht de btw die in rekening is gebracht ten behoeve van voorgenoemde handelingen in aftrek. De inspecteur stelde dat Harnas geen ondernemer was en heeft de in aftrek gebrachte btw nageheven. De inspecteur was van mening dat geen economische activiteit werd verricht.

¹¹⁹ Art. 19, lid 2 Zesde EG-Richtlijn.

¹²⁰ HvJ EG 11 juli 1996, nr. C-306/94, ECLI:EU:C:1996:290 (Régie Dauphinoise), r.o. 18.

¹²¹ HvJ EG 6 februari 1997, nr. C-80/95, ECLI:EU:C:1997:56 (Harnas & Helm).

Het HvJ heeft geoordeeld dat het enkel houden van aandelen geen economische activiteit is. Ook is de bezigheid als obligatiehouder als een vorm van beleggen die normaal vermogensbeheer niet te boven gaat.¹²² In deze casus werd geoordeeld dat het houden van de obligaties niet dienstbaar was aan de ondernemingsactiviteit en daarom Harnas niet de hoedanigheid van ondernemer kan hebben.

Het verschil met het Régie Dauphinoise arrest en dit arrest is dat Régie Dauphinoise reeds voor haar beheeractiviteiten aangemerkt was als btw-ondernemer. Harnas & Helm is slechts houder van aandelen en obligaties en kan op grond daarvan niet aangemerkt worden als ondernemer. Ook het verstrekken van leningen was kortstondig en niet duurzaam genoeg om op grond daarvan aangemerkt te worden als ondernemer.

Vergeleken met het arrest Régie Dauphinoise geeft het Harnas & Helm arrest naar mijn mening meer duidelijkheid over de verlengstukgedachte. Waar in het Régie Dauphinoise arrest nog gesproken werd over beleggingen in het algemeen, werd in het Harnas & Helm arrest bevestigd de handel in obligaties, en zo ook de handel in aandelen¹²³, die het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk van de belastbare activiteit vormen, binnen de werkingssfeer van de btw kunnen vallen.¹²⁴

3.3.3.3 AB SKF

AB SKF was een moederverenootschap die tegen vergoeding diensten leverde aan haar dochters op het gebied van beheer, administratie en marketing. AB SKF was voor deze activiteiten belastingplichtig. AB SKF wilde haar groep herstructureren en stootte zodoende twee dochterverenootschappen af. Met de opbrengst van deze afstoting was AB SKF van plan om andere activiteiten van de groep te financieren. AB SKF had vragen gesteld aan de Zweedse Commissie over de btw-behandeling van de advieskosten ten behoeve van de verkoop. De Zweedse Commissie was van mening dat de voorbelasting in aftrek gebracht kon worden. De Zweedse fiscus was het daar echter niet mee eens. Uiteindelijk zijn vragen gesteld aan het HvJ.

Het HvJ heeft verklaard dat de verkoop van aandelen van de dochterondernemingen gezien kan worden als een handeling die bestaat in het verkrijgen van duurzame opbrengsten uit activiteiten die verder gaan dan de enkele verkoop van aandelen. Het HvJ meent dat de handeling rechtstreeks samenhangt met de activiteit van de groep en daarom het

¹²² HvJ EU 6 februari 1997, C-80/95, ECLI:EU:C:1997:56 (Harnas & Helm), r.o. 18.

¹²³ HvJ EU 6 februari 1997, C-80/95, ECLI:EU:C:1997:56 (Harnas & Helm), r.o. 16.

¹²⁴ HvJ EU 6 februari 1997, C-80/95, ECLI:EU:C:1997:56 (Harnas & Helm), r.o. 19.

rechtstreeks, duurzame en noodzakelijke verlengstuk vormt van de belastbare activiteit van de dochter.¹²⁵ Hierdoor valt de verkoop van de aandelen van de dochterondernemingen dus binnen de werkingssfeer van de btw.

In dit geval lijkt het mij geen rare beslissing van het HvJ. AB SKF is namelijk een moeiende holding die reeds belastingplichtig was voor de btw. Mijns inziens is het dan ook niet verassend dat het HvJ heeft besloten dat de aandelenverkoop van de beide dochterondernemingen kwalificeren als economische activiteit. Mierop en Bouwmeester vragen zich in dat kader af of er eveneens sprake zou zijn van economische activiteit indien de verlengstukgedachte niet toegepast zou zijn. Zij zijn van mening dat er nog steeds sprake zou zijn van economische activiteit.¹²⁶

3.3.3.4 MVM

Het onderdeel van de verlengstukgedachte wordt afgesloten met de MVM-beschikking. In de MVM-beschikking is niet specifiek geoordeeld over de verlengstukgedachte, maar naar mijn mening heeft het HvJ een kans laten liggen om meer duidelijkheid te scheppen over de verlengstukgedachte en heeft het HvJ in deze zaak kortzichtig geoordeeld.

MVM is een energiebedrijf en heeft een aantal dochterondernemingen die zich bezighouden met de opwekking of de distributie van elektriciteit. MVM voert het strategisch management over de groep. MVM maakt kosten voor deze diensten maar belast deze niet door aan haar dochters, tevens ontvangt MVM geen vergoeding voor haar diensten.¹²⁷

Het HvJ heeft in deze zaak geoordeeld dat MVM geen economische activiteit verricht omdat MVM de inmenging in het beheer niet tegen een vergoeding doet. Derhalve heeft MVM geen recht op aftrek voor de afgenomen diensten. Naar mijn mening zou de verlengstukgedachte in deze zaak toegepast kunnen worden.

Ook Blokland is het hier mee eens. Hij stelt dat het HvJ de nuance niet ziet of daaraan voorbijgaat. In zijn conclusie bij dit arrest stelt hij dat het voorspelbaar is dat het verlengstukaandeelhouderschap onderbelicht is gebleven.¹²⁸ Naar mijn mening is dit zeker het geval geweest. In dit arrest had de belanghebbende kunnen betogen dat het houden van

¹²⁵ HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08, ECLI:EU:C:2009:665 (AB SKF), r.o. 33.

¹²⁶ R. Mierop & J. Bouwmeester, 'AB SKF: eindelijk duidelijkheid over btw-aftrek bij verkoop deelneming?', WFR 2010/414.

¹²⁷ HvJ EU 12 januari 2017, nr. C-28/16, ECLI:EU:C:2017:7 (MVM).

¹²⁸ W.J. Blokland, 'Het economische karakter van het houden van aandelen in de btw', NTFR 2017/22.

de aandelen het verlengstuk vormt van haar activiteiten, het produceren, het distribueren en het verkopen van elektriciteit. De dochters houden zich, volgens het dossier, bezig met het opwekken en distribueren van elektriciteit, betoogt kan worden dat de dochters essentieel zijn voor de activiteiten van de moeder en het verlengde vormen van de activiteiten van de moeder.

Dat het HvJ niet de verlengstukgedachte heeft aangehaald kan liggen aan de vraagstelling van de verwijzende rechter of door het procederen van de belanghebbende. Naar mijn mening had het HvJ hier recht op aftrek kunnen verlenen aan MVM op grond van de verlengstukgedachte indien het voldoende is dat het aanwerven, houden en afstoten van deelnemingen in het verlengde liggen van de activiteiten van de moeder en dat het ontvangen van vergoeding van de dochter niet nodig is.

Joosten en Tetterso merken tevens op dat in deze zaak een ander aspect een rol speelt. MVM levert namelijk wel belastbare activiteiten, maar niet aan haar dochters. Zij zijn dan ook van mening dat het HvJ een kans heeft gemist om meer duidelijkheid te creëren op dit punt. Ik ben het hier mee eens. Het lijkt in deze zaak dat het HvJ niet aanhaalt dat MVM reeds belastbare activiteiten verricht.

3.4 Holdings en fiscale eenheid

In art. 7, lid 4 Wet OB 1968 staat de fiscale eenheid beschreven. Indien de ondernemingen aan de voorwaarden voldaan, zullen zij voor de omzetbelasting gezien en behandeld worden als één entiteit. Dit heeft tot gevolg dat enkel de prestaties aan niet tot de fiscale eenheid behorende personen belast worden met btw, onderlinge prestaties binnen de fiscale eenheid worden niet belast.¹²⁹

Opvallend aan de Nederlandse fiscale eenheid van de btw is dat ook “topholding” deel uit kan maken van de fiscale eenheid.¹³⁰ De staatssecretaris van Financiën definieert de “topholding” als volgt:

‘een houdstermaatschappij die een beleidsbepalend en sturend orgaan in een concern is, die zich in sterke mate bezighoudt met de besluitvorming binnen het concern en is volledig in dienst van het totaal van de bedrijfsuitvoering van de gelieerde werkmaatschappijen en

¹²⁹ Rookmakers-Penners, 2019.

¹³⁰ Besluit van 18 februari 1991, nr. VB91/347 (Holdingresolutie).

kan als zodanig worden geacht een voor de instandhouding daarvan een belangrijke factor vormen.'

De staatssecretaris heeft dit besloten omdat in de praktijk blijkt dat er zuivere holdings zijn die door hun optreden zich zodanig onderscheiden van een individuele aandeelhouder dat het onwenselijk en in strijd is met het EU-recht om deze holdings het recht te ontnemen om toe te treden tot de fiscale eenheid. Op grond van de Nederlandse wetgeving kunnen slechts ondernemers toetreden tot de fiscale eenheid.¹³¹ Deze beperking kent de btw-richtlijn niet.¹³² Uit de inbreukprocedure tegen de Nederlandse behandeling van de fiscale eenheid blijkt dat ook niet-belastingplichtigen volgens de Europese wetgeving deel uit kunnen maken van een fiscale eenheid.¹³³ Hierdoor kan de Nederlandse fiscale eenheid gehandhaafd blijven.

De vraag die hier opgeroepen wordt is of houdstervennootschappen die niet moeien in het beheer van de dochters en geen topholding zijn kunnen toetreden tot de fiscale eenheid. De kanbepaling van de fiscale eenheid van de btw is opgenomen in art. 11 van de btw-richtlijn. In het artikel staat opgenomen dat "personen" die aan de drie verwevenheden voldoen een fiscale eenheid voor de btw kunnen vormen. De vraag is dan of Nederland als lidstaat een kanbepaling slechts gedeeltelijk mag overnemen of dat Nederland verplicht is de gehele bepaling op te nemen in de Nederlandse wetgeving. Volgens Van Hilten en Van Kesteren moet Nederland de gehele bepaling overnemen en heeft Nederland niet de keuze om een bepaling slechts gedeeltelijk over te nemen.¹³⁴ Dit blijkt volgens hun uit arresten van het HvJ waaruit is gebleken dat art. 11 van de btw-richtlijn een alles of niets kanbepaling is.¹³⁵ Naar mijn mening moet de Nederlandse wetgeving aangepast worden. Momenteel is de fiscale eenheid btw beperkt tot belastingplichtigen van de btw. Uit de twee arresten aangehaald door Van Hilten en Van Kesteren blijkt naar mijn mening dat ook niet-belastingplichtigen toe kunnen treden tot de fiscale eenheid, met uitzonderingen voor gevallen om belastingfraude en -ontwijking te voorkomen.

3.5 Geknipte holdings

In het verleden was het niet helemaal duidelijk of een ondernemer ook een niet-ondernemersdeel kan bezitten in de btw. Zo wordt er vaak verwezen naar de vennootschapsbelasting waarin de NV's en BV's geacht worden met het gehele vermogen

¹³¹ Art. 7, lid 4 Wet OB 1968.

¹³² Art. 11 btw-richtlijn.

¹³³ HvJ EU 25 april 2013, nr. C-65/11, ECLI:EU:C:2013:265 (Commissie/Nederland)

¹³⁴ Van Hilten & van Kesteren 2014, p. 106.

¹³⁵ HvJ EU 25 april 2013, nr. C-480/10, ECLI:EU:C:2013:283 (Commissie/Zweden) en HvJ EU 25 april 2013, nr. C-74/11, ECLI:EU:C:2013:266 (Commissie/Finland).

een onderneming te drijven.¹³⁶ Dit is echter geen goede vergelijking aangezien het ondernemersbegrip tussen de twee belastingen verschillen. In 2008 verscheen echter het *Securenta* arrest, wat meer duidelijkheid bewerkstelligde.

3.5.1 *Securenta*

Securenta was een holding die actief was in de aan- en verkoop en het beheer van onroerende zaken, effecten, deelnemingen en beleggingen. Voor de financiering van haar activiteiten gaf zij aandelen uit. *Securenta* had alle voorbelasting die verband hield met de uitgifte van aandelen in aftrek gebracht. Zij was namelijk van mening dat de uitgifte van aandelen gedaan was om de haar economische activiteit in het algemeen te verhogen, en daarom in aftrek gebracht mocht worden. De Duitse fiscus was echter van mening dat deze kosten niet in aftrek gebracht konden worden omdat ze geen verband hielden met een beroepswerkzaamheid. De Duitse fiscus was van mening dat gebruik moest worden gemaakt van een verdeelsleutel op basis van het soort investering. De rechter heeft vragen gesteld aan het HvJ.¹³⁷

Aan het HvJ is de vraag gesteld of een belastingplichtige tegelijkertijd economische en niet-economische activiteiten kan verrichten en hoe dan het aftrekrecht berekend moet worden. Uit het arrest is gebleken dat het wel degelijk mogelijk is voor de belastingplichtige om zowel economische als niet-economische activiteiten te verrichten. Dit betekent dus dat een houdstervennootschap zowel een ondernemer als een niet-ondernemersdeel kan bezitten in de btw. Dit wordt ook wel de *Securenta*-knip genoemd.

3.5.2 *Larentia + Minerva/Marenave*

In het *Larentia + Minerva/Marenave* arrest is specifiek geoordeeld over de *Securenta*-knip bij houdstervennootschappen. *Larentia + Minerva* was een commanditaire vennoot die 98% van de aandelen bezat van twee Duitse commanditaire vennootschappen. *Marenave* verwierf vier commanditaire vennootschappen. Beide vennootschappen hadden kapitaal verworven en hebben ter zake daarvan kosten gemaakt. De vraag in beide zaken was in hoeverre de kosten aftrekbaar zijn. De Duitse belastingdienst was van mening dat het eigendom van de aandelen geen recht op aftrek geeft van de voorbelasting en had de aftrek geweigerd.

¹³⁶ A.H. Bomer & H.W.M van Kesteren, 'De houdstermaatschappij: Geknipt voor de BTW', *WFR* 1999/264.

¹³⁷ HvJ EU 13 maart 2008, nr. C-437/06, ECLI:EU:C:2008:166 (*Securenta*).

Beide vennootschappen moeiden echter in het beheer van de dochter tegen vergoeding, derhalve hebben beide vennootschappen het recht om de voorbelasting in aftrek te brengen. Het HvJ heeft in r.o. 27 ook geoordeeld dat een houdstervennootschap zowel activiteiten onder bezwarende titel verricht aan de dochter en niet-economische activiteiten kan verrichten. Het HvJ staat toe dat dat lidstaten een “knip” mogen toepassen in het voorgaande geval.¹³⁸

3.6 Tussenconclusie

Een zuivere holding is niet belastingplichtig en heeft derhalve ook geen recht op aftrek. Dit blijkt uit het Polysar arrest, waarin werd geoordeeld dat Polysar geen btw-plichtige ondernemer is omdat zij naast het houden van aandelen geen andere economische activiteiten uitvoert. Dit is tevens bevestigd in de holdingresolutie van 2004.

Houdstervennootschappen kunnen op drie manieren belastingplichtig zijn voor de btw. De houdstervennootschap is in de eerste plaats belastingplichtig voor de btw indien het houden van aandelen gepaard gaat met het tegen vergoeding moeien in het beheer van de deelneming. Het begrip moeien in het beheer is in de jurisprudentie verduidelijkt. In de Europese jurisprudentie blijkt dat de btw-belastingplicht ontstaat indien er sprake is van het verrichten van economische activiteiten naast het inmengen in het beheer.

Het lijkt mij ook van belang voor het btw-ondernemerschap dat er geen asymmetrische verhouding bestaat tussen de vergoeding die de houdstervennootschap ontvangt en de kosten die de houdstervennootschap maakt. Naar mijn mening kan een houdstervennootschap in de meeste gevallen niet belastingplichtig zijn als de houdstervennootschap alleen maar kosten doorbelast aan haar dochters. In de meeste gevallen is de kostendoorberekening niet duurzaam waardoor niet voldaan is aan een van de genoemde voorwaarden van het btw-ondernemerschap. Indien wel sprake is van duurzaamheid van het doorbelasten van kosten is het tevens maar de vraag of het doorbelasten van kosten een economische activiteit betreft. Mijns inziens is het van belang dat de dochter die de kosten doorbelast krijgt belang heeft van de doorbelaste diensten.

Ten tweede is de houdster belastingplichtig indien de aankoop, het houden en de verkoop van aandelen plaatsvindt in het kader van bedrijfsmatig handel in effecten. Dit is geoordeeld

¹³⁸ HvJ EU 16 juli 2015, nr. 108/14 en nr. 109/14, ECLI:EU:C:2015:496 (Larentia + Minerva/Marenave).

in het Wellcome Trust arrest. Het is hier wel van belang dat sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer.

Tenslotte kan een houdstervennootschap belastingplichtig zijn voor het houden van aandelen als het houden van aandelen een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk vormt van de economische activiteit van de houdstervennootschap. Het is niet helemaal duidelijk wat hieronder wordt verstaan, wat echter wel duidelijk is, is dat de activiteiten die eigenlijk niet als economisch activiteit kwalificeren toch door de verlengstukgedachte alsnog tot de economische activiteiten van de vennootschap behoren. Tenslotte is de MVM-beschikking aangehaald. Naar mijn mening heeft het HvJ een kans gemist om de verlengstukgedachte toe te passen en te verduidelijken.

De vreemde eend in de bijt zijn de zogenaamde topholdings. Deze topholdings die volgens Europese jurisprudentie als zuivere holdings worden aangemerkt, kunnen volgens het besluit van 1991 toch opgenomen worden tot de fiscale eenheid in Nederland, ondanks het feit dat het tegendeel in art. 7, lid 4 Wet OB 1968 staat. Ook na een mislukte inbreukprocedure staat de fiscale eenheid in de btw van Nederland nog overeind.

Het HvJ heeft in de zaken Securenta en Larentia + Minerva/Marenave gewezen dat het mogelijk is voor een houdstervennootschap om zowel economische activiteiten als niet-economische activiteiten te verrichten aan de dochter. Hierdoor is het mogelijk om een “knip” toe te passen; een houdster kan dus zowel economische als niet-economische activiteiten verrichten.

4. Aftrekbaarheid van voorbelasting voor holdings

4.1 Inleiding

Naast de btw-belastingplicht van houdstervennootschappen staat ook het aftrekrecht van voorbelasting bij houdstervennootschappen vaak centraal in zowel de nationale als de Europese jurisprudentie. De btw-belastingplicht en het recht op aftrek van de voorbelasting hangen vaak samen, de fiscus weigert vaak het de aftrek van voorbelasting omdat de fiscus stelt dat de belanghebbende geen btw-belastingplichtige is.

Zoals besproken in het eerste hoofdstuk heeft slechts een ondernemer voor de omzetbelasting recht op aftrek van voorbelasting, mits de ondernemer de gekochte goederen of diensten gebruikt voor activiteiten die niet zijn vrijgesteld van btw of activiteiten die geen economische activiteit zijn. Niet alle btw op ingekochte goederen en diensten is aftrekbaar. Slechts de voorbelasting op de ingekochte goederen en diensten die worden gebruikt door de ondernemer in de hoedanigheid als belastingplichtige is aftrekbaar. Daarnaast gelden nog enkele voorwaarden waaraan de factuur moet voldoen voordat er recht is op aftrek. Gezien het onderwerp van deze scriptie worden de factuurvereisten niet nader besproken. Uitzonderingen daargelaten, is de aftrek van voorbelasting van ingekochte goederen en diensten die onlosmakelijk samenhangen met vrijgestelde prestaties niet aftrekbaar.

De problematiek die speelt bij de aftrek van voorbelasting bij houdstervennootschappen is dat een houdstervennootschap zowel economische als niet-economische activiteiten kan verrichten. Voor de bepaling van het recht op aftrek moet dus bepaald worden aan welke activiteiten de ingekochte goederen en diensten toerekenbaar zijn. Een ander probleem dat kan spelen is dat het rechtstreeks verband tussen de kosten en de in de toekomst verrichte belastbare handelingen kan ontbreken. Volgens jurisprudentie is het noodzakelijk dat een rechtstreeks verband bestaat tussen de gemaakte kosten en belastbare handelingen. Indien er geen rechtstreeks verband bestaat vervalt het recht op aftrek van de voorbelasting. In dit hoofdstuk zal deze problematiek uitgebreid besproken worden aan de hand van vaste jurisprudentie.

4.2 Aftrekrecht van holdings die geen economische activiteiten verrichten

Een zuivere holding, zoals besproken in paragraaf 3.2, is voor de btw niet belastingplichtig.¹³⁹ Omdat de zuivere holding geen belastingplichtige is voor de btw, heeft de houdstervennootschap geen recht op aftrek van de voorbelasting. Indien een zuivere

¹³⁹ HvJ EG 20 juni 1991, nr. C-60/90, ECLI:EU:C:1991:268 (Polysar).

holding aandelen verwerft met het oog om in de deelneming te moeien tegen vergoeding, kan wel recht op aftrek ontstaan voor de aankoopkosten van de deelneming. De zuivere holding heeft dan namelijk het voornemen om tegen vergoeding te moeien in de onderneming en zal volgens het *Securenta* arrest dan een ondernemers en een niet-ondernemersgedeelte hebben, omdat na aankoop van de aandelen belastbare activiteiten uitgevoerd zullen worden. Zoals in hoofdstuk drie is beschreven, leidt het moeien in een deelneming namelijk tot btw-ondernemerschap, en zal er feitelijk geen sprake meer zijn van een zuivere holding.

De kosten die een onlosmakelijke samenhang hebben met de deelneming waarin de houdstervennootschap wel moeit kunnen aftrekbaar zijn. Indien kosten niet direct toerekenbaar zijn, zijn de kosten algemene kosten en zullen ze naar rato aftrekbaar zijn. Volgens het *Securenta* arrest¹⁴⁰ en het Besluit aftrek voorbelasting¹⁴¹ moeten de kosten dan zo gesplitst worden dat de splitsing een objectief en reëel beeld geeft tussen de verhouding van economische en niet-economische activiteiten. Het Besluit aftrek voorbelasting gaat bij de splitsing uit van economische en niet-economische activiteiten in het algemeen.

De holdingresolutie gaat echter specifiek over aftrek van voorbelasting bij holdings. Punt 11 van de holdingresolutie zegt echter iets anders dan het Besluit aftrek voorbelasting. Die stelt namelijk dat het recht op aftrek van voorbelasting niet aangetast kan worden door de aandeelhoudersactiviteiten. Dit houdt dus in dat niet-economische activiteiten het recht op aftrek van voorbelasting niet aantasten, op dit punt verschillen de bovenstaande besluiten dus met elkaar. Inclusief het besluit uit 2004 over de verkoop van aandelen heeft de staatssecretaris van Financiën dus in drie besluiten geoordeeld over het recht op aftrek van de voorbelasting.

Omdat het houden van aandelen door een zuivere holding niet aangemerkt wordt als een economische prestatie voor de btw, heeft de zuivere holding ook geen recht op aftrek van de voorbelasting bij het houden van aandelen.

De verkoopkosten van aandelen van zuivere holdings zijn niet aftrekbaar volgens het *Wellcome Trust* arrest. In het arrest verkocht de trust aandelen en trok een deel van de in rekening gebrachte omzetbelasting ten behoeve van de adviesdiensten in aftrek. Het HvJ

¹⁴⁰ HvJ EG 13-03-2008, nr. C-437/06, ECLI:EU:C:2008:166 (*Securenta*), m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

¹⁴¹ Besluit van 25 november 2011, nr. BLKB 2011/641M, V-N 2012/6.16, par. 3.4.1.

oordeelde dat de activiteiten van de trust vergelijkbaar was met een zuivere holding. De trust had derhalve geen economische activiteit en het recht op aftrek werd geweigerd.¹⁴²

4.3 Aftrekrecht van holdings die wel economische activiteiten verrichten

4.3.1 Algemeen

Zoals beschreven in paragraaf 3.3 is een houdstervennootschap een btw-ondernemer voor het houden van aandelen in drie gevallen: indien deze zich direct of indirect inmengt in het beheer van haar dochteronderneming(en) waarin zij aandelen houdt, wanneer het houden van aandelen een activiteit is die het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk van de belastbare activiteit vormt van de holding en wanneer wordt gehandeld als een effectenhandelaar.

Een houdstervennootschap kan diverse werkzaamheden uitvoeren die betrekking hebben op de dochterondernemingen. Een houdstervennootschap kan aandelen kopen, houden en verkopen. De aankoop van aandelen vormt in beginsel geen prestatie onder bezwarende titel. Uit onder andere het Cibo arrest is gebleken dat onder omstandigheden toch recht bestaat op het recht op aftrek van de voorbelasting.

Ten tweede is het houden van aandelen in beginsel een onbelastbare prestatie voor de btw. Indien de kosten samenhangen met deelnemingen waarin gemoeid worden is er volgens de jurisprudentie recht op aftrek van voorbelasting. Indien dit niet het geval is kan het recht op aftrek beperkt worden.

Tenslotte kan een houdstervennootschap aandelen verkopen. Ook op dit vlak is veel jurisprudentie verschenen. Het is namelijk belangrijk in welke hoedanigheid de aandelen verkocht zijn en in welke hoedanigheid de kosten gemaakt zijn. Net als bij de aankoop van aandelen worden adviesdiensten ingewonnen bij de verkoop van aandelen. Ook het verkopen van aandelen wordt in beginsel niet aangemerkt als een economische activiteit. De verkoop van aandelen valt wel binnen de reikwijdte van de btw indien er sprake is van onder andere directe of indirecte inmenging in het beheer van deelneming.

¹⁴² HvJ EG 20 juni 1996, nr. C-155/94 ECLI:EU:C:1996:243 (Wellcome Trust).

4.3.2 Aftrek van voorbelasting bij het houden van aandelen

4.3.2.1 Algemeen

Het louter houden van aandelen is op zichzelf geen economische prestatie. Dit is onder andere gebleken uit het Polysar arrest.¹⁴³ In het Polysar arrest, maar ook in het Floridienne en Berginvest is verklaard dat, indien de houdstervennootschap zich direct of indirect inmengt in het beheer van de deelneming sprake is van een economische activiteit in de zin van art. 4, lid 2 van de Zesde EG-richtlijn.¹⁴⁴ Tevens is in het besluit van 2004 in onderdeel 2 besloten dat het houden van aandelen door een houdstervennootschap een economische activiteit is.¹⁴⁵

Uit art. 168 van de btw-richtlijn volgt dat de houdstervennootschappen recht hebben op aftrek van de voorbelasting indien de ingekochte goederen en diensten gebruikt worden voor belaste handelingen. Indien de houdstervennootschappen de ingekochte goederen of diensten gebruiken voor de economische activiteit van de houdstervennootschap heeft de houdstervennootschap dus recht op aftrek van voorbelasting.

4.3.2.2 Portugal Telecom

Uit het Portugal Telecom arrest blijkt dat de houdstervennootschap recht op aftrek van voorbelasting heeft van de voorbelasting die drukt op de kosten die verband houden met de managementdiensten van de belanghebbende in de zaak. Portugal Telecom, een moeiende houdstervennootschap, was een belastingplichtige voor de btw die vrijgestelde handelingen en belaste handelingen verrichtte. Aan de deelnemingen die zij in bezit had verrichtte Portugal Telecom technische beheer- en managementdiensten. Portugal Telecom had voor deze diensten een aantal adviesdiensten ingewonnen. De kosten van deze diensten had Portugal Telecom doorbelast aan haar dochterondernemingen. De Portugese fiscus was van mening dat de houdstervennootschap geen volledig recht op aftrek had van de voorbelasting omdat de ingewonnen adviesdiensten slechts bijkomstig waren aan de hoofdactiviteit van de belanghebbende.¹⁴⁶

Het HvJ heeft echter geoordeeld dat Portugal Telecom recht heeft op aftrek van de voorbelasting. In haar oordeel merkte het HvJ op dat de aftrekregeling tot doel heeft om de ondernemer te bevrijden van de verschuldigde btw die zij betaalde in het kader van een economische activiteit. De Portugese regeling merkte de managementdiensten aan als het

¹⁴³ HvJ EG 20 juni 1991, nr. C-60/90, ECLI:EU:C:1991:268 (Polysar), r.o. 17.

¹⁴⁴ HvJ EG 20 juni 1991, nr. C-60/90, ECLI:EU:C:1991:268 (Polysar), r.o. 14 en HvJ EG 14 november 2000, nr. C-142/99, ECLI:EU:C:2000:623 (Floridienne en Berginvest), r.o. 18.

¹⁴⁵ Besluit van 3 augustus 2004, nr. CPP2004/1709M, onderdeel 2.

¹⁴⁶ HvJ EU 6 september 2012, nr. C-496/11, ECLI:EU:C:2012:557 (Portugal Telecom).

verlengstuk van de vrijgestelde diensten, hierdoor zou de belanghebbende in de zaak geen recht op aftrek hebben. Het HvJ oordeelde echter dat het recht op aftrek niet beperkt kan worden door een nationale regeling die de dienst aanmerkt als verlengstuk van de vrijgestelde diensten. Portugal Telecom kan op twee manieren recht op aftrek van voorbelasting claimen. De verwijzende rechter moet nagaan of de ingewonnen adviesdiensten rechtstreeks en onmiddellijk verbonden waren met de belastbare handelingen, de managementdiensten, of dat deze diensten door de belanghebbende in de zaak ook nog gebruik worden voor handelingen die geen recht op aftrek hebben.

Voor Nederland was dit geen verrassende uitspraak. Het aftrekrecht voor kosten die samenhangen met de managementdiensten was reeds in 1991 vastgelegd in de holdingresolutie. In onderdeel 11 van de holdingresolutie is namelijk bepaald dat aandeelhoudersactiviteiten, het slechts houden van aandelen zonder in de deelneming te moeien, geen invloed hebben op het recht op aftrek van voorbelasting van de btw-ondernemer.

4.3.2.3 MVM

De MVM-beschikking is reeds besproken in paragraaf 3.3.3.4. In de paragraaf heb ik uiteengezet dat het HvJ een kans heeft gemist om de verlengstukgedachte toe te passen in deze zaak. Zoals de zaak op dit moment gewezen is, heeft MVM geen recht op aftrek bij het houden van de deelnemingen omdat MVM geen vergoeding ontvangt voor haar beheersdiensten. Naar mijn mening zou hier de verlengstukgedachte toegepast kunnen worden, aangezien de activiteiten van de dochter in het verlengde liggen van de activiteiten van de moeder. Indien de verlengstukgedachte toegepast zou worden zou het MVM echter wel recht op aftrek hebben voor de afgenomen diensten.

4.3.3 Aftrek van voorbelasting bij het verwerven van aandelen

4.3.3.1 Algemeen

Bij het aankopen van een deelneming door de houdstervennootschap worden vaak adviseurs, accountants en advocaten ingeschakeld. Uit hoofdstuk 3 is gebleken dat het enkel verwerven van aandelen in beginsel een onbelastbare handeling. Voor een onbelastbare handeling bestaat geen recht op aftrek van de voorbelasting. Een toekomstig moeiende holding is echter van plan om met de aangekochte dochter belastbare prestaties te leveren, het is dan de vraag of de moeiende holding dan recht op aftrek van voorbelasting heeft die drukt op de advieskosten.

Uit het Midland Bank arrest is gebleken dat een rechtstreeks en onmiddellijk verband vereist is om recht op aftrek van de voorbelasting te claimen. De vraag is of er een rechtstreeks en onmiddellijk verband bestaat tussen de aankoopkosten en de activiteiten in het later stadium. Deze vraag wordt beantwoord door het arrest Abbey National I. De belanghebbende in dit arrest was een levensverzekeringsmaatschappij die een belast verhuurd kantoorgebouw overdroeg. Volgens de nationale wetgeving was er sprake van een gehele of een gedeeltelijke overdracht van algemeenheid van goederen en volgens de nationale wetgeving werd dit niet als levering van een goed gezien. Het HvJ heeft in het Abbey National I arrest geoordeeld dat er geen rechtstreeks en onmiddellijk verband bestaat tussen de aankoopkosten en de in het later stadium verrichte handelingen waarvoor recht op aftrek bestaat. Deze kosten maken volgens het HvJ wel deel uit van de algemene kosten van de belanghebbende.¹⁴⁷

4.3.3.2 Cibo Participations

Cibo was volgens het HvJ een ondernemer voor de btw wegens het moeien in haar dochterondernemingen.¹⁴⁸ De eerste twee vragen die gesteld waren aan het HvJ betrof de uitleg van het begrip inmenging in het beheer en de vraag of het innen van dividend buiten de werkingssfeer van de btw blijft. De derde vraag betrof het aftrekrecht van de houdstervennootschap. De vraag was of Cibo recht had op aftrek van de voorbelasting die betrekking had op de verwerving van een dochteronderneming. Cibo was van mening dat de btw op de kosten die betrekking had op de verwerving van de aandelen aftrekbaar zou moeten zijn met een verwijzing naar het BLP-arrest. Cibo was namelijk van mening dat de verkrijger van aandelen de btw over de uitgaven als algemene kosten moest kunnen aftrekken. De Franse regering was van mening dat het verwerven van aandelen waarin het oogmerk bestond om in te mengen na de verwerving een handeling was waarvoor het recht op aftrek van voorbelasting bestond. De Commissie was echter van mening dat geen sprake van recht op aftrek van voorbelasting was omdat de verwerving geen handeling betrof die binnen het toepassingsbereik van de btw viel.

Het HvJ heeft in haar oordeel ten eerste gesproken over de beginselen van het aftrekrecht. Om recht op aftrek van voorbelasting te hebben moet een rechtstreeks en onmiddellijk verband bestaan tussen de verkregen goederen of diensten en de handelingen in een later stadium waarvoor recht op aftrek bestaat.¹⁴⁹ Het HvJ heeft vastgesteld dat er geen rechtstreeks en onmiddellijk verband bestaat tussen de uitgaven en de in het later stadium

¹⁴⁷ HvJ EG 22 februari 2001, nr. C-408/98, ECLI:EU:C:2001:110 (Abbey National I), r.o. 34 en 35.

¹⁴⁸ HvJ EG 27 september 2001, C-16/00, ECLI:EU:C:2001:495 (Cibo), r.o. 20 t/m 22.

¹⁴⁹ HvJ EG 27 september 2001, C-16/00, ECLI:EU:C:2001:495 (Cibo), r.o. 31.

verrichte handelingen waarvoor recht op aftrek van voorbelasting bestaat. Wel stelde het HvJ dat de kosten die Cibo maakte deel uitmaakte van de algemene kosten van Cibo en verwerkt zitten in de prijs van de producten van de deelneming. Cibo heeft dus volgens het HvJ recht op aftrek van voorbelasting. De hoogte van het recht op aftrek van voorbelasting hangt af de verhouding van handelingen die recht geven op aftrek van voorbelasting en de handelingen die geen recht geven op aftrek van voorbelasting.

4.3.3.3 Larentia + Minerva/Marenave

In paragraaf 3.7.2 zijn de gevoegde zaken Larentia & Minerva/Marenave besproken met de betreffende situatieschets. Larentia + Minerva en Marenave zijn voor de btw beide ondernemers. Uit de feitenschets blijkt namelijk dat zij moeien in het beheer van (een aantal van) haar dochters.

Betreffende de aankoop van aandelen heeft de A-G Mengozzi in zijn conclusie bij het arrest Larentia & Minerva/Marenave geconcludeerd dat de voorbelasting in beginsel in aftrek kan worden gebracht bij de aankoop van een deelneming als de houdstervennootschap moeit in het beheer van die deelneming. A-G Mengozzi stelt namelijk dat de betreffende houdstervennootschappen moeien in het beheer van de dochterondernemingen en er daarom sprake is van economische activiteit. Omdat er sprake is van een economische activiteit mag de voorbelasting die drukt op de kosten betreffende de aankoop van de aandelen volledig in aftrek worden gebracht op grond van art. 17, lid 2 Zesde richtlijn.¹⁵⁰

Het HvJ haalt in haar conclusie de conclusie aan van de A-G. In r.o. 22 en 23 van de uitspraak van het HvJ blijkt dat Larentia + Minerva en Marenave recht hebben op aftrek van de voorbelasting. De kosten die betrekking hebben op de aankoop van aandelen kwalificeren namelijk als algemene kosten en worden geacht een onmiddellijke en rechtstreekse samenhang te hebben met de gehele bedrijfsactiviteit van de houdstervennootschap.

4.3.4 Aftrek van voorbelasting bij het verkopen van aandelen

4.3.4.1 Algemeen

Tot slot is ook het verkopen van aandelen in beginsel een onbelaste handeling. Het HvJ heeft in het EDM-arrest¹⁵¹ namelijk geoordeeld dat de verkoop van aandelen niet kwalificeerde als economische activiteit. Reeds is gebleken dat de verkoop van aandelen

¹⁵⁰ HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14 en C-109/14, ECLI:EU:C:2015:496, concl. A-G Mengozzi.

¹⁵¹ HvJ 29 april 2004, nr. C-77/01, ECLI:EU:C:2004:243 (EDM).

wel kwalificeert als een economische activiteit, indien de verkoop wordt verricht met het oog op directe of indirecte inmenging in het beheer van de vennootschap, het verlengstuk vormt van de belastbare activiteit van de onderneming of als er sprake is van bedrijfsmatig handelen in aandelen. De Nederlandse wetgeving verschilt op dit vlak met de Europese jurisprudentie.

4.3.4.2 BLP

BLP is een Engelse houdstermaatschappij die tegen vergoeding prestaties verrichtte aan de dochtermaatschappijen. Derhalve is BLP een moeiende holding die belastingplichtig is voor de btw.¹⁵² BLP bevond zich in een moeilijke financiële positie en verkocht daarom de aandelen die zij in 1989 heeft aangekocht. Voor de aandelenverkoop had BLP-bankiers en adviseurs ingeschakeld. De voorbelasting die op deze handelingen drukte heeft BLP in aftrek gebracht. BLP meende dat de verkoop van de aandelen als doel had om belaste prestaties te blijven verrichten. De inspecteur heeft de aftrek van de voorbelasting geweigerd.

Het HvJ heeft in deze zaak geoordeeld dat de richtlijn zo moet worden uitgelegd dat kosten die aangewend worden voor een vrijgestelde handeling geen recht geeft op de aftrek van voorbelasting. Ook niet wanneer deze prestaties verricht zijn met het oog op een belaste handeling. Het HvJ oordeelde namelijk dat er geen rechtstreekse relatie bestaat tussen de inkomende en uitgaande prestatie.

Nieuwenhuizen merkte op dat dit leidt tot cumulatie van belasting. BLP was een ondernemer die normaal gesproken wel recht op aftrek van voorbelasting heeft. De btw is een verbruiksbelasting die de consument beoogt te belasten. Doordat BLP nu geen recht had op aftrek van dit btw zal BLP deze kosten doorberekenen in de prijs. De particulier betaalt nu over de btw van de bankiers- en advieskosten btw, waardoor cumulatie van belasting plaatsvond. Alhoewel het weigeren van de aftrek van voorbelasting van BLP btw-technisch correct is, meent Nieuwenhuizen dat de cumulatie van btw voorkomen kon worden. Het HvJ kon naar zijn mening oordelen dat de verkoop van aandelen een bijkomstigheid was en niet relevant was. Hiermee konden de gemaakte kosten meeliften met het regime van de algemene kosten.¹⁵³

¹⁵² HvJ EG 6 april 1995, nr. C-4/94, ECLI:EU:C:1995:107 (BLP).

¹⁵³ HvJ EG 6 april 1995, nr. C-4/94, ECLI:EU:C:1995:107 (BLP), r.o. 19, FED 1995/495, m.nt. Nieuwenhuizen.

Ik sluit mij bij Nieuwenhuizen aan dat dit oordeel van het HvJ de economische neutraliteit van de btw verstoort. Toch lijkt het mij lastig om voor het HvJ te oordelen dat de bankiers- en advieskosten aftrekbaar zijn. Mijns inziens wordt het lastig om in de praktijk te beoordelen of de verkoop van een deelneming een bijkomstigheid is of niet. Het lijkt mij dat het HvJ daar haar vingers niet aan durft te branden, dit kan namelijk leiden tot situaties waarin dit begrip ruim wordt opgevat en houdstervennootschappen gretig de advieskosten betreffende de verkoop van een deelneming in aftrek brengt. Tenslotte merk ik op dat de verkoop van aandelen aangemerkt wordt als een vrijgestelde prestatie. Reeds in de vraagstelling van de rechter wordt gesproken van een vrijgestelde prestatie. In de volgende paragraaf blijkt dat de Hoge Raad een andere opvatting heeft over het aanmerken van de verkoop als vrijgestelde prestatie.

4.3.4.3 HR 14 maart 2003

Uit voorgaande paragraaf is gebleken dat het HvJ heeft geoordeeld dat de kosten die gepaard gaan met de verkoop van een deelneming niet aftrekbaar zijn omdat een rechtstreeks en onmiddellijk verband ontbreekt. De Hoge Raad heeft in 2003 echter opmerkelijk een andere beslissing genomen dan het HvJ. Belanghebbende in deze zaak hield de aandelen in een B.V. en moeide tegen vergoeding in het beheer van haar deelneming. De inspecteur en het Hof 's-Gravenhage waren beide van mening dat de belanghebbende in deze zaak geen recht op aftrek had van de voorbelasting.

De Hoge Raad komt tot een ander oordeel. De Hoge Raad is van mening dat uit het *Cibo* arrest volgt dat de kosten betreffende de verkoop van de deelneming algemene kosten zijn en derhalve in beginsel aftrekbaar zijn.¹⁵⁴ Volgens de HR bevestigen de gewezen arresten *Kaphag* en *EDM* haar uitspraak. De staatssecretaris heeft zijn beleid aangepast na deze uitspraken en de uitspraak van de HR van 9 juli 2004. In het laatstgenoemde HR-arrest wordt de HR uitspraak van 2003 herhaald.

Opvallend is dat de Hoge Raad op een andere manier oordeelt over de btw-behandeling van de verkoop van aandelen. Zoals is gebleken uit het *BLP*-arrest oordeelt het HvJ dat de verkoop van aandelen een vrijgestelde prestatie is. Hierdoor is er in principe geen recht op aftrek mogelijk. De Hoge Raad oordeelt echter anders, namelijk dat de verkoop van aandelen een handeling is die buiten de werkingssfeer van de btw valt. Hierdoor zijn de verkoopkosten algemene kosten en zijn de kosten rechtstreeks en onmiddellijk toerekenbaar aan algehele bedrijfsactiviteit van de belanghebbende. Het verschil tussen beide uitspraken

¹⁵⁴ HR 14 maart 2003, nr. 38253, ECLI:NL:HR:2003:AF5828.

is de toerekening van de kosten. Het HvJ oordeelt dat de verkoopkosten rechtstreeks toe te rekenen zijn aan de vrijgestelde verkoop van aandelen, terwijl de HR de kosten toerekent aan de algehele bedrijfsactiviteit van de belanghebbende.

Van Dongen heeft bewondering voor de Hoge Raad bij deze uitspraak. Zij somt een aantal opmerkingen op in haar artikel over het arrest. Ten eerste vindt zij het standpunt van de Hoge Raad verdedigbaar om de verkoopkosten als algemene kosten op te nemen. Zij stelt namelijk dat de kosten zowel bij de verkoper als koper geen invloed heeft op de te betalen prijs voor de overdracht van de aandelen. Daarnaast geeft Van Dongen als aanvullend argument dat het verkopen van aandelen vergelijkbaar is met het beëindigen van de belastingplicht van de belanghebbende, de voorbelasting zou dus hetzelfde behandeld moeten worden als tijdens het houden van de aandelen.¹⁵⁵

Andere auteurs zijn het niet met de Hoge Raad eens. Van Kesteren betoogt bijvoorbeeld dat de Hoge Raad het Kaphag arrest verkeerd aanhaalt in zijn arrest. Kaphag gaat erover of het toetreden van een nieuwe vennoot tegen vergoeding een economische activiteit betreft en gaat dus niet over de kwestie of de verkoop van aandelen een economische activiteit vormt.¹⁵⁶ Van Norden is het met van Kesteren eens en stelt tevens dat het aangehaalde EDM-arrest ook niet geheel van toepassing is op het arrest van de Hoge Raad. Het is namelijk naar zijn mening niet helemaal duidelijk of de belanghebbende in het EDM-arrest kwalificeert als belastingplichtige voor de houden van de aandelen en de verkoop van de aandelen.¹⁵⁷ Van Norden is dan ook van mening dat de uitspraak van de Hoge Raad onjuist is, waarvan het gevolg zou zijn dat de btw op de verkoopkosten betreffende de verkoop niet aftrekbaar zou zijn.

Ik ben het eerder eens met Van Dongen. Indien de verkoop van een aandelenpakket van een dochteronderneming de beëindiging vormt van een economische activiteit lijkt het mij logisch dat de verkoper recht heeft op aftrek van de voorbelasting betreffende de verkoopkosten die de verkoper heeft gemaakt. In het Abbey National arrest is in r.o. 35 geoordeeld dat de kosten ten behoeve van de verkoop van een verhuurde onroerende zaak deel uitmaken van de algemene kosten van de belastingplichtige en verwerkt zitten in de prijs van de onderneming. Mijns inziens zou deze overweging ook gemaakt kunnen worden bij de verkoop van een deelneming. Tevens een ander relevant arrest is het Fini H-arrest; uit

¹⁵⁵ A. van Dongen, 'Spiegelbeeld van Cibo. Aftrek van voorbelasting bij verkoop aandelen', *BtwBrief* 2003/18.

¹⁵⁶ H.W.M. van Kesteren, 'Verkoop aandelen door moeiende houdster: een prestatie!', *NTFR* 2004/1704

¹⁵⁷ Van Norden 2007, blz. 397.

het arrest is gebleken dat de belastingplicht van de btw-belastingplichtige pas zal eindigen met de laatste afrondende handelingen. Hierdoor was het voor de belanghebbende in de zaak nog steeds mogelijk om aftrek van de voorbelasting te claimen voor kosten die zijn oorzaak vonden in de economische activiteit van de belanghebbende.¹⁵⁸ In dit geval worden de aandelen verkocht en wordt dat deel van de economische activiteit van de belastingplichtige gestaakt. Mijns inziens is dit een vergelijkbare situatie met het Fini H-arrest en heeft de verkopende houdster vennootschap derhalve recht op aftrek van de voorbelasting.

Het HR-arrest van 2003 heeft op het gebied van de btw-behandeling van de verkoop van aandelen voor onduidelijkheid gezorgd. Het BLP-arrest zegt dat sprake is van een vrijgestelde prestatie, terwijl het HR-arrest juist zegt dat er geen sprake is van een belastbare handelingen. Beide geven een ander recht op aftrek van voorbelasting. Belanghebbende in Nederland kunnen zich echter beroepen op het besluit van 2004 dat gebaseerd is op het HR-arrest; hierdoor hebben de Nederlandse btw-ondernemers wel rechtszekerheid over de btw-behandeling van de verkoopkosten. Later in de scriptie zal blijken of de twee arresten die centraal staan in mijn scriptie, het Ryanair en het C&D Foods arrest, meer duidelijkheid geven over de btw-behandeling over de verkoop van aandelen.

4.3.4.3 AB SKF

Het AB SKF arrest is reeds in paragraaf 3.5.3 besproken. Dit arrest ging over een herstructurering waarbij de moeder vennootschap een tweetal dochterondernemingen wilde afstoten. AB SKF had vragen gesteld aan de Zweedse Commissie over de btw-behandeling van de advieskosten ten behoeve van de verkoop. De Zweedse Commissie was van mening dat de voorbelasting in aftrek gebracht kon worden. De Zweedse fiscus was het daar echter niet mee eens. Uiteindelijk zijn vragen gesteld aan het HvJ.¹⁵⁹

Het HvJ heeft geoordeeld dat de verkoop van aandelen een economische activiteit betreft. Indien dit het geval is betreft de verkoop van aandelen een vrijgestelde prestatie waarvoor geen recht op aftrek voor bestaat. In r.o. 33 oordeelt het HvJ echter ook dat indien de verkoop van aandelen aangemerkt kan worden als een handeling die bestaat in het verkrijgen van duurzame opbrengst en die verder gaat dan de enkele verkoop van aandelen en derhalve het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk vormt van de belastbare activiteit van de belastingplichtige de verkoopkosten aangemerkt worden als

¹⁵⁸ HvJ EG 3 maart 2005, nr. C-23/03, ECLI:EU:C:2005:128 (Fini H).

¹⁵⁹ HvJ EU 29 oktober 2009, C-29/08, ECLI:EU:C:2009:665 (AB SKF).

algemene kosten. Ook in dit arrest wordt dus geoordeeld dat de verkoop van aandelen een vrijgestelde prestatie betreft, en niet zoals de HR in het arrest van 14 maart 2003 een handeling die buiten de werkingssfeer van de btw valt.

Het HvJ stelt echter ook dat de overdracht van aandelen onder bepaalde omstandigheden gelijkgesteld wordt met de overgang van het geheel of een gedeelte van een algemeenheid van een onderneming. Indien dat het geval is vindt er geen heffing plaats. De verkoop van aandelen wordt dan niet aangemerkt als een aan de btw onderworpen economische activiteit. Het HvJ verwijst bij deze opmerking naar de ingediende motivatie van de Zweedse Commissie. Het HvJ geeft hierbij niet duidelijk aan wanneer de overdracht van aandelen kan kwalificeren als overdracht van een geheel of een gedeelte van algemeenheid van goederen. Naar mijn mening bestaat op dit gebied nog veel onduidelijkheid en had het HvJ op dit gebied meer duidelijkheid kunnen geven. Indien het verkopen van aandelen aangemerkt kan worden als een handeling van art. 19 van de btw-richtlijn heeft het namelijk grote gevolgen. De huidige Europese jurisprudentie zegt namelijk dat de verkoop van aandelen een vrijgestelde prestatie is. Een vrijgestelde prestatie heeft in beginsel geen recht op aftrek. Indien art. 19 van de btw-richtlijn toegepast kan worden zullen de kosten aangemerkt worden als algemene kosten, en is pro rata aftrek mogelijk.

Molenaar geeft echter aan dat dit voor ongewenste situaties kan zorgen. Art. 19 van de btw-richtlijn is in de btw-richtlijn opgenomen als een kanbepaling. Dit betekent dat de lidstaten de bevoegdheid hebben om deze bepaling op te nemen in de nationale regelgeving, maar dit niet verplicht is. Het gevolg hiervan is dat mismatches kunnen ontstaan bij grensoverschrijdende overdrachten van aandelen.¹⁶⁰

4.3.4.4 Marle Participations

Marle Participations is een houdstervennootschap die belastingplichtig is voor de btw. Zij kocht en verkocht deelnemingen in het kader van een herstructurering.¹⁶¹ Dit arrest heeft de vraag beantwoord wanneer sprake is van inmenging in het beheer van de dochterondernemingen. Het opvallende in dit arrest is echter dat, alhoewel er uitdrukkelijk gesproken wordt van het kopen en verkopen van effecten, in dit arrest alleen gesproken wordt over de btw-behandeling van het verwerven en het houden van aandelen en niet op die van de verkoop van aandelen.

¹⁶⁰ I.F. Molenaar, 'De zaak ABSKE: antwoorden of nog meer vragen?', BtwBrief 2009/37.

¹⁶¹ HvJ EU 5 juli 2018, nr. C-230/17. ECLI:EU:C:2018:537 (Marle Participations SARL).

Wellicht komt dit door de beperkte vraagstelling van de verwijzende rechter. De verwijzende rechter vraagt namelijk alleen duidelijkheid over de invulling van het begrip inmenging in het beheer. Wellicht had de verwijzende rechter geen vragen over het aftrekrecht bij houdstervennootschappen en was de bestaande jurisprudentie duidelijk genoeg.

4.4 Aftrekrecht van holdings die onderdeel zijn van een fiscale eenheid

Een zuivere holding die een sturende en beleidsbepalende functie heeft, kan zoals besproken in paragraaf 3.4 opgenomen worden in de fiscale eenheid, dit vloeit voort uit de Europese jurisprudentie. Een fiscale eenheid wordt voor de omzetbelasting gezien als één belastingplichtige. Indien de fiscale eenheid als geheel wel als belastingplichtige voor de btw wordt aangemerkt kan dit een voordeel opleveren. De voorbelasting van ingekochte goederen en verleende diensten aan de fiscale eenheid zijn in dat geval wel aftrekbaar. Er dient echter wel gekeken te worden of de ingekochte goederen of verleende diensten direct toerekenbaar zijn aan onbelaste prestaties. Indien dit het geval is, zal nog steeds het recht op aftrek van voorbelasting vervallen. Deze situatie is tevens in het besluit van 2004 in onderdeel 3, sub b uitgewerkt. Indien sprake is van een fiscale eenheid en de houdstervennootschap deelnemingen koopt, houdt of verkoopt, maken de kosten die betrekking hebben op de handelingen deel uit van de algemene kosten van de fiscale eenheid.¹⁶² Uit de holdingresolutie van 1991 blijkt echter dat het aftrekrecht van de fiscale eenheid niet beperkt kan worden door deelnemingen waarin niet gemoeid wordt:

In gevallen waarin een (rechts)persoon reeds uit anderen hoofde ondernemer is en naast de ondernemersactiviteiten, zoals bijv. management-, financierings- en advieswerkzaamheden, ook – al dan niet incidenteel – ten behoeve van de onderneming aandelen houdt (bijv. ter tijdelijke belegging van overtollig kasgeld), anders dan bij wijze van actieve deelneming als hiervoor in punt 9 besproken en anders dan bij wijze van handel als hiervoor omschreven in punt 10, komt het mij redelijk voor dat deze aandeelhoudersactiviteit geen gevolgen heeft voor het aan die ondernemer, dan wel de fiscale eenheid waartoe deze behoort, toekomende aftrekrecht.¹⁶³

Hieruit maak ik op dat het aftrekrecht van de fiscale eenheid als geheel niet aangetast kan worden door het houden van aandelen waarin niet wordt gemoeid door de houdstervennootschap. Het is dan wel van belang dat de fiscale eenheid reeds is aangemerkt als ondernemer voor de btw. Dit vloeit tevens voort uit het Besluit aftrek

¹⁶² Besluit van 3 augustus 2004, nr. CPP2004/1709M, onderdeel 2.

¹⁶³ Besluit van 18 februari 1991, VB91/347 (Holdingresolutie), punt 11.

voorbelasting, daarin staat dat enkele geringe niet-economische activiteiten geen invloed hebben op het aftrekrecht.¹⁶⁴

4.5 Aftrekrecht van geknipte holdings

Uit het *Securenta* arrest is gebleken dat een houdstervennootschap zowel economische als niet-economische activiteiten kan uitvoeren. Hierdoor heeft de houdstervennootschap een ondernemersgedeelte en een niet-ondernemersgedeelte.¹⁶⁵ Indien de geknipte holding kosten maakt is het de vraag in hoeverre de geknipte holding recht op aftrek van de voorbelasting over die kosten heeft. Kosten die direct toerekenbaar zijn aan de niet-economische activiteiten zullen in beginsel niet aftrekbaar zijn. Kosten die gemaakt zijn voor activiteiten die niet binnen de werkingssfeer van de omzetbelasting vallen, maar wel dienstbaar zijn voor de algehele economische activiteit van de geknipte holding, zijn algemene kosten. De algemene kosten zullen niet geheel in aftrek gebracht kunnen worden, de zogenaamde pre pro rata zal toegepast moeten worden op de algemene kosten om het aftrekbare gedeelte te bepalen. De pre pro rata zal verder uitgewerkt worden in paragraaf 4.6.2.

4.6 Hoogte van het recht op aftrek van voorbelasting

4.6.1 Algemeen

Zoals reeds besproken, is de voorbelasting slechts aftrekbaar indien de aangekochte goederen en diensten gebruikt worden voor belastbare handelingen.¹⁶⁶ Handelingen waarvoor geen recht op aftrek van voorbelasting bestaat zijn niet-economische handelingen en vrijgestelde handelingen¹⁶⁷.

Directe kosten zijn toerekenbaar aan belaste of onbelaste handelingen en volgen de btw-behandeling van de betreffende handelingen. Indien er sprake is van zowel belaste- als onbelaste handelingen zijn algemene kosten niet volledig aftrekbaar. De (pre) pro rata wordt toegepast en zodoende worden de algemene kosten opgesplitst in een aftrekbaar en een niet-aftrekbaar gedeelte.

De pre pro rata wordt toegepast om het recht op aftrek te berekenen tussen de economische en niet-economische activiteiten. De pro rata wordt toegepast om het recht op aftrek te

¹⁶⁴ Besluit van 25 november 2011, nr. BLKB 2011/641M, V-N 2012/6.16, punt 3.6.3.

¹⁶⁵ HvJ EU 13 maart 2008, nr. C-437/06, ECLI:EU:C:2008:166 (*Securenta*).

¹⁶⁶ Art. 168 Btw-richtlijn.

¹⁶⁷ Met als uitzondering de handelingen die vallen onder de financiële vrijstelling van art. 135, lid 1, onderdeel d en e Btw-richtlijn jo. Art. 11, lid 1, onderdeel i en j die geleverd worden aan afnemers uit niet-EU landen.

berekenen tussen de belaste prestaties en de vrijgestelde prestaties waarvoor geen recht op aftrek bestaat. In de volgende paragrafen wordt de toepassing van de pre pro rata en de pro rata besproken van houdstervennootschappen met de relevante jurisprudentie.

4.6.2 Pre pro rata

Zoals eerder besproken wordt de pre pro rata toegepast om het aftrekrecht te bepalen indien er zowel sprake is van zowel economische als niet-economische activiteiten. Een houdstervennootschap kan zoals blijkt uit het *Securenta* arrest zowel economische als niet-economische activiteiten uitvoeren. In de btw-richtlijn en in de Nederlandse wet is niet vastgelegd hoe de verdeling moet plaatsvinden. In het besluit van de staatssecretaris van Financiën is vastgelegd dat de verdeelsleutel van de pre pro rata afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van de belastingplichtige.¹⁶⁸

Uit het *Securenta* arrest is gebleken dat lidstaten de bevoegdheid hebben om de aftrek te waarborgen zodat de belastingplichtigen recht op aftrek hebben voor dat gedeelte dat evenredig is aan de handelingen waarvoor recht op aftrek bestaat.¹⁶⁹ In r.o. 38 heeft het HvJ tevens de lidstaten de bevoegdheid gegeven om de verdeelsleutel te baseren op het soort investering, handeling of een andere verdeelsleutel. Uit het *Securenta* arrest lijkt dus de conclusie voort te vloeien dat, indien sprake is van een houdstervennootschap die zowel moet in haar dochterondernemingen als dochterondernemingen heeft waarin zij niet moet, de pre pro rata moet toepassen.

Dit lijkt tevens voort te vloeien uit de conclusie van het A-G in het *Larentia + Minerva/Marenave* arrest waarin de A-G het *Securenta* arrest aanhaalt. Ik vraag mij af of de Nederlandse uitleg wel juist is. Ik dacht namelijk dat de holdingresolutie in punt 11 goedkeurt dat indien een persoon uit andere activiteiten ondernemer is en daarnaast aandelen houdt die geen economische activiteit vormen, het houden van die betreffende aandelen geen invloed heeft op het aftrekrecht van die ondernemer. Het lijkt dat de Nederlandse regelgeving op dit vlak dus afwijkt van de Europese jurisprudentie.

Dit is tevens bevestigd in een uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam. De belanghebbende in deze zaak is een houdstervennootschap die aandelen houdt in diverse vennootschappen. De houdstervennootschap verrichte tegen vergoeding diensten aan haar dochters en was uit hoofde daarvan belastingplichtig voor de btw. Het geschil in deze zaak

¹⁶⁸ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 25 november 2011, nr. BLKB 2011/641

¹⁶⁹ HvJ EU 13 maart 2008, nr. C-437/06, ECLI:EU:C:2008:166 (*Securenta*), r.o. 37.

was de aftrekbaarheid van de advieskosten die betrekking hadden op het houden van aandelen. De inspecteur heeft de aftrek geweigerd en tevens een boete en naheffingsrente opgelegd. De inspecteur is namelijk van mening dat niet wordt ingemengd in het beheer van de dochters. Het Gerechtshof oordeelt dat er wel sprake is van een moeiende holding, maar vermeldt wel in punt 6.6 dat, indien geen sprake was van een moeiende holding, het recht op aftrek teven niet beperkt kon worden. Ook de holdingresolutie werd aangehaald. Indien een houdstervennootschap ook andere werkzaamheden uitvoert waarvoor zij als belastingplichtige wordt aangemerkt kan het aftrekrecht niet beperkt worden door het houden van aandelen.¹⁷⁰

Hoewel de Europese jurisprudentie een andere weg inslaat dan de Nederlandse wetgeving, werkt de holdingresolutie voordelig uit voor de Nederlandse belastingplichtigen waardoor de Nederlandse belastingplichtigen liever beroepen op het besluit van de staatssecretaris van Financiën. Ook Mierop en Bouwmeester zijn van mening dat het besluit niet in overeenstemming is met de Europese jurisprudentie, maar merken wel op dat het besluit een pragmatische oplossing is voor de Nederlandse praktijk. Zij waren ten tijde van het publiceren van het artikel van mening dat de staatssecretaris bij gelegenheid het besluit zou afstemmen op de Europese jurisprudentie.¹⁷¹ 9 jaar later, is dit echter nog niet gebeurd.

Op 8 mei 2019 heeft het HvJ uitspraak gedaan over de zaak *Związek Gmina Zagłębia Miedziowego*. Deze zaak ging over het pre pro rata aftrekrecht. Ook al heeft het land geen regels betreffende de methode en het gebruik van de pre pro rata, moet de *Securenta*-knip alsnog worden toegepast. Dit arrest lijkt te bevestigen dat onderdeel 11 van de holdingresolutie tegen de Europese jurisprudentie ingaat. Cornielje stelt dan ook dat onderdeel 11 van de holdingresolutie nu een onzeker anker geworden is.¹⁷² Hij vraagt zich dan ook af in hoeverre de Nederlandse belastingplichtigen nog vertrouwen kunnen ontleen aan de bepaling in de holdingresolutie. Cornielje geeft tevens aan dat de vragen die gesteld zijn aan het HvJ in de zaak *University of Cambridge* wellicht zuurstof kan geven aan de bepaling in de holdingresolutie. Tevergeefs heeft het HvJ echter geoordeeld dat de belanghebbende in de zaak geen recht op aftrek had. De kosten waren gemaakt ten behoeve van niet-economische activiteiten, de kosten maakten tevens geen onderdeel van de algemene kosten.¹⁷³ Het ziet er dus niet rooskleurig uit voor de Nederlandse

¹⁷⁰ Gerechtshof Amsterdam 26 november 2009, nr. 08-01220, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4863.

¹⁷¹ R. Mierop & J. Bouwmeester, 'AB SKF: eindelijk duidelijkheid over btw-aftrek bij verkoop deelneming?', WFR 2010/414.

¹⁷² S.B. Cornielje, 'Een veelbetekenend zwijgen', NTFR 2019/21.

¹⁷³ HvJ EU 3 juli 2019, nr. C-316/18, ECLI:EU:C:2019:559 (*University of Cambridge*).

holdingresolutie. Mijns inziens is het nu niet de vraag of het besluit conform de Europese jurisprudentie wordt aangepast, maar wanneer het besluit wordt aangepast.

4.6.3 Pro rata

Indien de houdstervennootschap zowel belaste als vrijgestelde prestaties levert moeten de algemene kosten opgesplitst worden in een aftrekbaar en een niet-aftrekbaar gedeelte. Op grond van art. 11, lid 1, onderdeel c van de Uitvoeringsbeschikking OB 1968 moet die verdeling plaatsvinden op basis van de vergoeding die wel of geen recht geven op aftrek van de voorbelasting. Echter blijkt uit het tweede lid van hetzelfde artikel dat indien het werkelijk gebruik leidt tot een nauwkeurigere verdeling dat tevens toegestaan is.

De vraag die speelt bij de berekening van de pro rata bij houdstervennootschappen is welke opbrengsten meegenomen moeten worden in de berekening van de pro rata. Een arrest die op dit gebied meer duidelijkheid brengt is het Sofitam arrest. Sofitam was een houdstermaatschappij die al haar voorbelasting in aftrek heeft gebracht. De Franse fiscus was echter van mening dat het aftrekrecht beperkt moest worden. De Franse fiscus was namelijk van mening dat de ontvangen dividenden van de dochterondernemingen opgenomen moest worden in de berekening van de pro rata. Hierdoor zou Sofitam geen volledig aftrekrecht meer hebben. Het HvJ heeft echter geoordeeld dat dividenden geen tegenprestatie vormen voor enig economisch activiteit en derhalve niet binnen de werkingssfeer van de btw valt. Dit heeft tot gevolg dat de dividenden niet meegenomen moet worden bij de berekening van de pro rata.¹⁷⁴ Dit blijkt tevens uit het Floridienne en Berginvest arrest. Uit het Floridienne en Berginvest is namelijk gebleken dat dividenden die voortvloeien uit deelnemingen waarin gemoeid wordt niet opgenomen hoeven te worden in de noemer van de breuk in de berekening van de pro rata.¹⁷⁵

4.7 Tussenconclusie

Een zuivere holding is voor de btw niet btw-belastingplichtig. De zuivere holding heeft derhalve ook geen recht op aftrek voor de kosten die zij maken ten behoeve voor het kopen, houden en verkopen van deelnemingen.

Houdstervennootschappen die mengen in het beheer van haar deelnemingen hebben recht op aftrek van voorbelasting bij het houden van aandelen, dit is onder andere gebleken uit het

¹⁷⁴ HvJ EG 22 juni 1993, nr. C-333/9, ECLI:EU:C:1993:261 (Sofitam).

¹⁷⁵ HvJ EG 14 november 2000, nr. C-142/99, ECLI:EU:C:2000:623 (Floridienne en Berginvest).

Portugal Telecom arrest. Het aftrekrecht van het houden van aandelen is tevens reeds vastgelegd in de holdingresolutie.

De kosten die gemaakt zijn ten behoeve van de aankoop van een deelneming maken deel uit van de algemene kosten en zijn op die manier aftrekbaar bij moeiende holdings. Een voorwaarde voor het aftrekrecht blijkt uit het Cibo arrest, waarin het HvJ concludeerde dat de advieskosten deel uitmaken van de algemene kosten en verwerkt zitten in de prijzen van de producten van de belastingplichtige.

De btw-behandeling van de verkoopkosten is naar mijn mening iets onduidelijker. Het BLP-arrest oordeelt dat er sprake is van een vrijgestelde prestatie en dat er derhalve geen sprake is van recht op aftrek van de voorbelasting. Het HR-arrest van 14 maart 2003 oordeelt echter dat er geen sprake is van economische activiteit en dat de kosten betreffende de verkoop van aandelen deel uitmaken van de algemene kosten. In het arrest AB SKF werd ook kort de overdracht van een geheel of gedeelte van een algemeenheid van goederen aangehaald. Hier wordt echter niet diep op ingegaan en geeft ook niet veel duidelijkheid.

Indien de zuivere holding als topholding kan worden aangemerkt, kan de topholding op grond van de holdingresolutie opgenomen worden in een fiscale eenheid voor de btw. Als de fiscale eenheid als geheel recht op aftrek van voorbelasting kan dit voordelen opleveren. Als bijvoorbeeld een dochter van de fiscale eenheid wordt verkocht worden de kosten aangemerkt als algemene kosten en is de btw pro rata aftrekbaar. In het geval dat de zuivere holding geen deel uitmaakte van de fiscale eenheid zou geen aftrek mogelijk zijn, omdat het passief houden van aandelen geen economische prestaties is.

Uit het Securenta arrest is gebleken dat een houdstervennootschap zowel een ondernemers als een niet-ondernemersgedeelte kan hebben. De kosten die rechtstreeks en onmiddellijk toegerekend kunnen worden aan het niet-ondernemersgedeelte zijn niet aftrekbaar. De algemene kosten zijn beperkt aftrekbaar. De vraag was in hoeverre deze aftrekbaar zijn. Uit het Securenta arrest blijkt dat een pre pro rata toegepast moet worden, namelijk aftrekrecht naar de verhouding tussen de onbelastbare handelingen en de belastbare handelingen.

Punt 11 van de holdingresolutie zegt echter iets anders. Die stelt namelijk dat het recht op aftrek van voorbelasting niet aangetast kan worden door de aandeelhoudersactiviteiten. Dit zou leiden tot een hogere aftrek dan dat de Europese jurisprudentie toelaat. De vraag is echter in hoeverre de holdingresolutie nog standhoudt. Uit recente jurisprudentie lijkt namelijk voort te vloeien dat de holdingresolutie tegen de Europese jurisprudentie ingaat.

Voor de berekening van de pro rata bij houdstervennootschappen vormen dividenden een punt van aandacht. Uit het Sofitam arrest is gebleken dat de dividenden niet meegenomen hoeven te worden in de berekening van de pro rata.

5. Aftrekrecht van holdings voor activiteiten die niet doorgegaan zijn

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de voorgaande problematieken samengenomen en besproken, namelijk het recht op aftrek van holdings ten aanzien van activiteiten die niet doorgegaan zijn. Ten eerste zal het recht op aftrek van de voorbelasting ten aanzien van niet doorgegangene activiteiten besproken worden bij zuivere holdings die geen economische activiteiten verricht.

Vervolgens wordt dezelfde problematiek besproken bij holdings waarvan het houden van aandelen wel tot een economische activiteiten behoort. Dus de holdings die moeien in het beheer van de deelnemingen, holdings die deelnemingen houden die het verlengstuk van de activiteiten van de holding vormen en de effectenhandelaren. Dat gebeurt aan de hand van de twee recente arresten Ryanair en C&D Foods Acquisitions. Op 17 oktober 2018 oordeelde het HvJ in de zaak Ryanair. Op 8 november heeft het HvJ 8 november 2018 het C&D Foods arrest gewezen. Het bijzondere aan deze twee arresten is dat ze vrij vlak na elkaar gewezen zijn. Beide arresten gaan over de btw-behandeling van aandelentransacties, in het bijzonder de btw-behandeling van de aandelentransactie die niet doorgegaan is.

In die paragraaf wil ik tevens onderzoeken in hoeverre deze twee uitspraken de btw-behandeling van aandelentransacties verduidelijkt. Het Ryanair-arrest gaat over de aankoop van aandelen, terwijl het C&D Foods arrest over de verkoop van aandelen gaat. Ik ben dus benieuwd of de uitspraken aansluiten op de reeds gepubliceerde jurisprudentie en of ze zelfs duidelijker zijn dan de reeds gewezen jurisprudentie. Tenslotte wordt de situatie besproken waarin de holding deel uitmaakt van een fiscale eenheid.

5.2 Aftrekrecht voor niet-doorgegangene activiteiten van holdings die geen economische activiteiten verrichten

Uit paragraaf 3.2 blijkt dat zuivere holdings ten gevolge van het houden van aandelen geen btw-ondernemer zijn. Vervolgens volgt uit paragraaf 4.2 dat zuivere holdings geen economische activiteit uitvoeren en derhalve geen recht hebben op recht op aftrek van voorbelasting bij de aankoop van aandelen. Dit is niet anders wanneer de geplande aankoop of verkoop van aandelen niet doorgaat. Indien de zuivere holding niet het voornemen had om in de deelneming te mengen, de aandelen niet het verlengstuk vormen van de belastbare activiteiten en ook niet handelt als effectenhandelaar is er geen sprake van een

(geplande) economische activiteit en heeft de zuivere holding derhalve geen recht op aftrek van de voorbelasting wanneer de aan- of verkoop niet doorgaat.

5.3 Aftrekrecht voor niet-doorgegane activiteiten van holdings die wel economische activiteiten verrichten

In deze paragraaf wordt onderzocht of de voorbelasting aftrekbaar is bij niet-doorgegane activiteiten van holdings die wel belastingplichtig zijn. Dit doe ik aan de hand van de twee recent gewezen arresten Ryanair en C&D Foods.

5.3.1 Ryanair

5.3.1.1 Achtergrond

Ryanair is een luchtvaartmaatschappij die in Ierland gevestigd is. In 2006 had Ryanair een bod uitgebracht om een andere luchtvaartmaatschappij over te nemen, namelijk Aer Lingus. Op dat moment had Ryanair reeds 29 procent van de aandelen in Aer Lingus in bezit. Indien de aandelen inderdaad overgenomen zouden worden, zou Ryanair alle aandelen van Aer Lingus bezitten. Ryanair beoogde om de resultaten van Aer Lingus te verbeteren met de expertise van Ryanair. Dit wilde Ryanair behalen door middel van het verrichten van managementdiensten aan Aer Lingus.

De Europese Commissie had, op basis van de Europese regelgeving, hier echter een stokje tussen gestoken. De overname zou ervoor hebben gezorgd dat de twee grootste vliegtuigmaatschappijen in Ierland samengevoegd zouden worden, hierdoor zou volgens de Europese Commissie een monopolie ontstaan op bepaalde routes. De overname was dus niet doorgedaan.¹⁷⁶

Om de overname te begeleiden had Ryanair adviesdiensten en andere diensten ingewonnen. Ryanair had de voorbelasting die drukte op de ingewonnen diensten in aftrek gebracht.¹⁷⁷ Ryanair had als argument voor de aftrek van voorbelasting dat zij het voornemen had om zich na de aankoop van de aandelen te mengen in het beheer van Aer Lingus. De Ierse Belastingdienst was het hier echter niet mee eens. Ryanair had bezwaar gemaakt tegen de afwijzing van de Ierse fiscus, maar ook het bezwaar werd verworpen.

¹⁷⁶ Europese Commissie 27 februari 2013, IP/13/167.

¹⁷⁷ HvJ EU 17 oktober 2018, nr. C-249/17, ECLI:EU:C:2018:834 (Ryanair).

5.3.1.2 Prejudiciële vragen en beantwoording

Uiteindelijk waren twee prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ. De eerste vraag betrof de vraag of een voornemen voldoende was om te kunnen oordelen of er sprake was van een economische activiteit. De tweede vraag betrof het recht op aftrek van voorbelasting. In deze vraag stond het rechtstreeks en onmiddellijk verband tussen de kosten en de te verrichten managementdiensten centraal.

Het Hof had ervoor gekozen om de vragen tezamen te onderzoeken en te beantwoorden. Ten eerste haalde het HvJ het arrest Larentia + Minerva/Marenave aan; een vennootschap die alleen aandelen houdt in een dochteronderneming en niet direct of indirect mengt in het beheer van de dochtervennootschap doet dit niet in de hoedanigheid van een btw-belastingplichtige. Dit was, zoals al eerder besproken, anders indien wel direct of indirect gemengd werd in het beheer van de dochteronderneming, zoals het geval in het Ryanair arrest.

Vervolgens werd ingegaan op de mogelijkheid tot het aanmerken van voorbereidende handelingen als economische activiteiten. Diverse arresten, zoals het INZO en het Breitsohl arrest, werden aangehaald. Uit deze arresten bleek dat het mogelijk is om voorbereiden handelingen aan te merken als economische activiteit indien uit objectieve gegevens bleek dat de belanghebbende het voornemen had om zelfstandig een economische activiteit aan te vangen. Dit gold dus ook voor houdstervernootschappen die bij het aankopen van aandelen het voornemen hadden om vervolgens direct of indirect te mengen in het beheer van de dochterondernemingen.

Het HvJ bevestigde uit de gegevens waarover het HvJ beschikte dat Ryanair inderdaad het voornemen had om tegen vergoeding direct of indirect in te mengen in het beheer van de te verkrijgen dochteronderneming. Het HvJ concludeerde dus dat Ryanair voor de verwerving van aandelen als belastingplichtige van de btw moet worden aangemerkt.¹⁷⁸

Vervolgens werd ingegaan op het recht op aftrek van voorbelasting. Het recht op aftrek van voorbelasting kon in beginsel niet worden beperkt. Uit het Iberdrola arrest was gebleken dat ook recht op aftrek van voorbelasting bestond voor de voorbelasting die op in een eerder stadium verrichte handelingen had gedrukt.¹⁷⁹ Uit het aangehaalde arrest INZO¹⁸⁰ kan worden geconcludeerde dat indien het recht op aftrek van voorbelasting was ontstaan, het

¹⁷⁸ HvJ EU 17 oktober 2018, nr. C-249/17, ECLI:EU:C:2018:834 (Ryanair), r.o. 21.

¹⁷⁹ HvJ EU 14 september 2017, nr. C-132/16, ECLI:EU:C:2017:683 (Iberdrola), r.o. 25).

¹⁸⁰ HvJ EG 29 februari 1996, nr. C-110/94, ECLI:EU:C:1996:67 (INZO), r.o. 20.

recht op aftrek van voorbelasting ook in stand bleef, ook al gingen de belastbare handelingen niet door.

Tenslotte werd nog besloten dat voor het recht op aftrek van voorbelasting er wel een rechtstreeks en onmiddellijk verband moest bestaan tussen de gemaakte kosten en de belastbare handelingen. Indien dit verband niet bestond konden de kosten toch nog in aftrek worden gebracht indien de kosten deel uitmaken van de algemene kosten.¹⁸¹

5.3.1.3 Beslissing

Het HvJ heeft geoordeeld dat Ryanair recht op aftrek van voorbelasting had op de advies- en andere diensten. Alhoewel de geplande overname niet was door gegaan, was het recht op aftrek van voorbelasting reeds ontstaan toen de diensten werden ingewonnen met het voornemen om vervolgens belastbare activiteiten uit te voeren, namelijk de managementdiensten aan Aer Lingus. Indien het recht op aftrek van voorbelasting was vastgesteld, kan het recht niet ontnomen worden omdat de geplande acquisitie niet was doorgegaan.¹⁸²

5.3.1.4 Tussenconclusie

De uitspraak van het HvJ is in lijn met de conclusie van de A-G. De A-G concludeerde namelijk ook dat het verwerven van aandelen een economische activiteit vormt. De A-G noemde als voorwaarde wel dat de er sprake moet zijn van een rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke uitbreiding van de belastbare activiteit van Ryanair.¹⁸³ De A-G haalde dus hier de verlengstukgedachte aan, wat naar mijn mening niet nodig was geweest. Ryanair had namelijk het voornemen om na de verwerving belastbare activiteiten, namelijk managementdiensten, te gaan verrichten. Hierdoor is er al sprake van een economische activiteit.

Cornielje merkt ook op dat het HvJ niet naar de uitspraak van de A-G heeft verwezen.¹⁸⁴ In de conclusie van de A-G Kokott stelt zij dat de overname van Aer Lingus door Ryanair gezien kan worden als een uitbreiding van de belastbare activiteiten van Ryanair. In haar conclusie heeft de A-G Kokott tevens het begrip, het verlengstukcriterium, een duidelijke invulling gegeven. Het HvJ heeft echter het verlengstukcriterium niet aangehaald in haar beslissing. Cornielje is van mening dat dit echter wel gewenst was; hierdoor zou namelijk

¹⁸¹ HvJ EU 17 oktober 2018, nr. C-249/17, ECLI:EU:C:2018:834 (Ryanair), r.o. 26 en 27.

¹⁸² HvJ EG 29 februari 1996, nr. C-110/94, ECLI:EU:C:1996:67 (INZO), r.o. 20.

¹⁸³ Conclusie A-G Kokott 3 mei 2018, zaak C-249/17 (Ryanair), V-N 2018/28.12.

¹⁸⁴ S.B. Cornielje, 'Een goedkope vlucht naar een mooie bestemming: Ryanair', NTFR 2018/39.

meer duidelijkheid gegeven worden over de invulling van de verlengstukgedachte begrip. Hier ben ik het echter niet mee eens. Ryanair had namelijk al had voornemen om belastbare activiteiten te verrichten jegens de dochter, het zou derhalve onnodig zijn om hier de verlengstukgedachte aan te halen. Dat meer duidelijkheid gewenst is over het verlengstukcriterium is heel begrijpelijk, echter past het niet in dit arrest.

De vraag die hierdoor nu opkomt is in wat voor rangorde getoetst moet worden of er sprake is van een economische activiteit bij de aankoop van aandelen. Het lijkt er nu namelijk op dat het verlengstukcriterium pas getoetst kan worden na de toetsing of er wel of geen sprake is van directe of indirecte inmenging in het beheer van de dochteronderneming. Cornielje acht deze kans echter zeer klein.¹⁸⁵ De zaak MVM roept echter twijfels op. In die zaak is geoordeeld dat een holding die reeds aandelen hield in een energiebedrijf en die de aandelen verwerft van een ander energiebedrijf, en geen managementdiensten tegen vergoeding levert, geen economische activiteit verricht.¹⁸⁶ Dit zou een schoolvoorbeeld zijn van de toepassing van het verlengstukcriterium - het HvJ heeft echter dit arrest afgedaan met een beschikking, hierdoor lijkt het alsof niet tot het verlengstukgedachte toegekomen wordt indien geen sprake is van moeien in het beheer.

Het HvJ heeft dus geen duidelijkheid gegeven over de toepassing van het verlengstukcriterium. Ik ben het eens met Cornielje dat het HvJ waarschijnlijk niet de bedoeling heeft gehad om een rangorde te creëren bij het beoordelen of het houden van aandelen sprake van een economische activiteit is. Bij het lezen van de jurisprudentie aangaande de btw-positie van holdings heeft het HvJ de drie mogelijkheden tot het vallen in de werkingssfeer van de btw voor aandelentransacties aangegeven. Zo is bijvoorbeeld in rechtsoverweging 31 van het SKF-arrest te lezen dat drie mogelijkheden worden opgesomd. Indien het HvJ de bedoeling had om een rangorde te creëren lijkt het mij dat zij dit explicieter zouden aangeven in de bewoording van de rechtsoverwegingen.

Afgezien van de beoordeling van het verlengstukcriterium, is dit arrest naar mijn mening geen verrassende uitspraak. Veel was al duidelijk over de btw-behandeling van de aankoop van aandelen. In dit arrest wordt de aankoop van aandelen gecombineerd met de problematiek van niet doorgegangene activiteiten. Ook hier is niets nieuws verteld. Uit de arresten INZO, Rompelman en Iberdrola is reeds gebleken dat het recht op aftrek van voorbelasting in stand blijft. Het arrest is daarom ook redelijk beknopt en kort verwoord met

¹⁸⁵ S.B. Cornielje, 'Een goedkope vlucht naar een mooie bestemming: Ryanair', NTFR 2018/39.

¹⁸⁶ HvJ EU 12 januari 2017, nr. C-28/16, ECLI:EU:C:2017:7 (MVM).

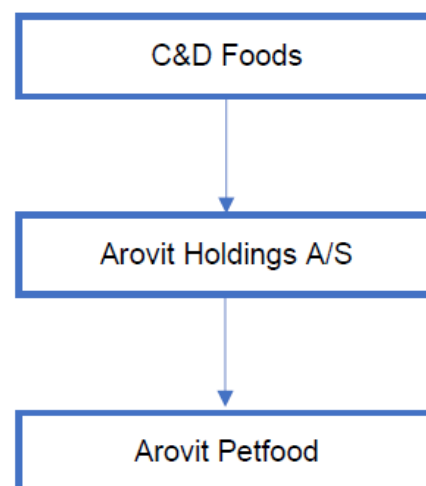
de verwijzingen naar de relevante arresten. De Redactie van Vakstudie Nieuws deelt mijn mening. Zij merkt op dat het HvJ kort, duidelijk en verassend snel tot zijn oordeel komt. De onderwerpen die voorheen veelal in de schijnwerpers stonden in arresten van het HvJ zijn namelijk reeds al duidelijk geworden. Zo is het begrip moeien namelijk al reeds verduidelijkt in de arresten Cibo, Floridienne en Berginvest en Marle Participations.

Cornielje heeft echter wel als opmerking dat het HvJ wel heel stellig heeft geoordeeld dat Ryanair recht heeft op volledige aftrek van voorbelasting van de verwervingskosten. Uit het Cibo-arrest is namelijk gebleken dat de verwervingskosten deel uitmaken van de algemene kosten. Indien de houdstervennootschap ook vrijgestelde prestaties levert moet de pro rata berekening toegepast worden. Het HvJ heeft namelijk niet onderzocht in hoeverre Ryanair prestaties levert die invloed kan hebben op de omvang van het recht op aftrek van de voorbelasting. Naar mijn mening heeft het HvJ niet bedoeld om Ryanair volledig recht op aftrek van voorbelasting te geven indien Ryanair ook handelingen verrichtte die geen recht op aftrek van voorbelasting leiden gezien de uitspraak in het Cibo arrest. Ik ben het echter eens met Cornielje dat de bewoording van het HvJ in dit arrest de twijfel wel kan doen oproepen.

5.3.2 C&D Foods Acquisitions ApS arrest

5.3.2.1 Achtergrond

C&D Foods is een Deense vennootschap die deel uitmaakt van een internationale groep, genaamd Arovit Groep. C&D Foods is de moedervernootschap van Arovit Holding A/S, dit op haar beurt weer alle aandelen in bezit heeft van Arovit Petfood. C&D Foods hield zich voor 1 maart 2007 voornamelijk bezig als moedermaatschappij van Arovit Holding. Op 1 maart 2007 sloot C&D Foods een managementovereenkomst met Arovit Petfood. C&D Foods leverde diensten op het gebied van beheer en ICT aan Arovit Petfood.



De voormalige eigenaar van de Arovit Groep had, wegens het niet nakomen van zijn betalingsverplichtingen, zijn aandelen overgedragen aan de IJslandse kredietinstelling Kaupthing Bank voor één euro. Kaupthing Bank was van plan om de kleindochter, Arovit Petfood, te verkopen om niet langer de schuldeiser te zijn van de groep. Om dit te verwezenlijken had Kaupthing Bank voor rekening van C&D Foods litigieuze diensten ingewonnen.

C&D Foods had de voorbelasting van de litigieuze diensten in aftrek gebracht. Het verkoopproces was echter beëindigd, er was namelijk geen potentiële koper gevonden. De Deense Belastingdienst had de aftrek van voorbelasting geweigerd. Uiteindelijk zijn vragen aan het HvJ gesteld.

5.3.2.2 Prejudiciële vragen

De eerste vraag die gesteld was aan het HvJ betrof de vraag of een houdstervennootschap recht op aftrek van de voorbelasting had bij een niet-gerealiseerde verkoop van aandelen. Vervolgens waren vragen gesteld over het belang van de prijs bij de bepaling of er sprake was van economische activiteit. Tenslotte werd nog ingegaan op de mogelijkheid om de consultancy kosten als algemene kosten op te nemen en onder welke voorwaarden.

Het HvJ had ook in deze zaak ervoor gekozen om de vragen gezamenlijk te onderzoeken. Ten eerste werd opgemerkt dat de verwijzende rechter geen vragen stelt over de afnemer van de litigieuze diensten. Kaupthing Bank nam de diensten af voor rekening van C&D Foods. Om recht te hebben op aftrek van voorbelasting moest C&D Foods de ontvanger zijn van de litigieuze diensten. Het HvJ stelde tevens dat uit de prejudiciële verwijzing bleek dat C&D Foods de afnemer was van de diensten en gaat hier dan ook niet verder op in.

Vervolgens werd onderzocht of de voorgenomen verkoop van aandelen een economische activiteit vormde. Het HvJ zette eerst uiteen in welke gevallen er sprake was van economische activiteit en haalde daarbij het SKF-arrest aan. In r.o. 33 van het voornoemde arrest is geoordeeld dat de verkoop van aandelen rechtstreeks en onmiddellijk samenhang met de belastbare activiteit van de betreffende moedermaatschappij; hierdoor vormde de verkoop van aandelen het noodzakelijke verlengstuk van de belastbare activiteit van de moedermaatschappij in de casus.

Om te oordelen of er sprake was van een rechtstreeks en onmiddellijk verband tussen de aangekochte goederen en diensten en de belastbare handelingen in het latere stadium, moest volgens het HvJ gekeken worden naar de objectieve inhoud. Dit was gebleken uit het Becker arrest. In het Becker arrest ging het over de aftrekbaarheid van de voorbelasting van advocaatkosten. Een advocaat was ingeschakeld omdat de heer Becker strafrechtelijk onderzocht werd; Becker zou namelijk giften gedaan hebben om voordelig een bouwcontract binnen te halen voor de GmbH waarvan hij een meerderheidsaandeelhouder was. In dit arrest was geoordeeld dat de voorbelasting van de advocaatkosten niet aftrekbaar waren bij

de GmbH, omdat deze diensten haar oorzaak vonden in de persoonlijke sfeer van Becker. Becker werd namelijk strafrechtelijk onderzocht en niet de GmbH.¹⁸⁷

5.3.2.3 Beslissing

In het C&D Foods moest onderzocht worden waarom de diensten zijn ingewonnen. Het HvJ concludeerde uit de gegevens waarover zij beschikte dat de verkoop van aandelen zijn oorzaak vond in het aflossen van schulden die de Arovit Groep had jegens Kaupthing Bank. Het HvJ oordeelde dat de verkoop van aandelen dus niet zijn oorzaak kon vinden in de belastbare activiteit van de Arovit Groep - hierdoor was de btw over de litigieuze diensten niet aftrekbaar. Tevens werd opgemerkt dat Kaupthing Bank het voornemen had om Arovit Petfood te verkopen; het feit dat C&D Foods wel of geen managementdiensten verleende aan Arovit Petfood zou hier niet aan af doen. Tenslotte merkte het HvJ nog op dat het feit dat de verkoop van aandelen niet is doorgegaan evenmin invloed heeft op de btw-behandeling van de litigieuze diensten.

5.3.2.4 Tussenconclusie

Merkx is van mening dat indien een schuld ontstaat door de economische activiteit van de onderneming en dat vervolgens een deelneming verkocht wordt om de schuld af te lossen, er wel sprake is van recht op aftrek van de voorbelasting. Dit lijkt mij ook het geval - in dat geval kan de oorzaak namelijk gevonden worden in de economische activiteit.¹⁸⁸ In dit arrest is het volgens Merkx niet duidelijk waarom de schuld is ontstaan, daarom het heeft HvJ niet kunnen oordelen over de oorzaak van de schuld.

Naar mijn mening doet deze uitspraak van het HvJ geen recht aan de economische werkelijkheid. Indien de activiteiten niet gesplitst waren in diverse concernonderdelen, maar allen waren opgenomen in een onderneming, en een deel van die onderneming wordt overgedragen door middel van een activa/passiva transactie, zou recht op aftrek wel in stand blijven. Het weigeren van het recht op aftrek bij een verkoop van een concernonderdeel doet daarom geen recht aan de economische werkelijkheid. Juridisch verschillen het concern en de onderneming, maar economisch niet.

Ervan uitgaande dat C&D Foods zakelijk heeft gehandeld zal de schuld ontstaan zijn in het kader van de onderneming. Het verkopen van de kleindochter om de schulden af te lossen moet naar mijn mening ook gezien worden als de aflossing van een schuld in het kader van

¹⁸⁷ HvJ EU 21 februari 2013, nr. C-104/12, ECLI:EU:C:2013:99 (Becker).

¹⁸⁸ HvJ EU 8 november 2018, nr. C-502/17, ECLI:EU:C:2018:888 (C&D Foods Acquisition), m.nt. M.M.W.D. Merkx.

de onderneming, de kosten die daaraan gemoeid zijn zouden dan ook aftrekbaar moeten zijn. Ook zou gesteld kunnen worden dat de aflossing van de schuld de netto schuld van de onderneming verlaagd en dit ten goede komt van de algemene activiteiten van de onderneming en dit verlaagt wellicht ook de rentekosten van de onderneming. De weigering van het recht op aftrek zou ik begrijpelijk vinden indien de schuld is ontstaan in een soortgelijke sfeer als in het Becker arrest. Dat is echter niet het geval in deze zaak.

De A-G meende dat door de verkoop van aandelen een van de laatste activiteiten was van de holding aan de dochter voor de beëindiging van de belaste inmenging in de kleindochter. Het HvJ oordeelde juist dat de verkoop van de dochter geen belastbare activiteit was, omdat de verkoop van aandelen niet zijn oorzaak kan vinden in de belastbare activiteit van de holding. Op dit punt verschillen het HvJ en de A-G van elkaar. De A-G concludeert tevens dat de kosten rechtstreeks en onmiddellijk verband houdt met de vrijgestelde verkoop van aandelen. Alhoewel de A-G en het HvJ verschillen van mening over de btw-behandeling, komen zij wel op dezelfde conclusie dat er geen recht op aftrek mogelijk is.

Koeprijanov en Wu merken op dat het C&D Foods arrest een nuance brengt aan de btw-behandeling van de verkoopkosten van een deelneming. Voorheen volgde uit het BLP-arrest dat indien het houden van de deelneming een economische activiteit was, de verkoop ook een economische activiteit was. Het HvJ kijkt in dit arrest echter ook naar de oorzaak van de verkoop van de deelneming. Dit lijkt dus te impliceren dat indien een passief gehouden deelneming verkocht wordt die verband houdt met de algehele economische activiteit van de moedermaatschappij de verkoop van aandelen aangemerkt kan worden als een economische activiteit.¹⁸⁹ Of dit ook daadwerkelijk de bedoeling was van het HvJ om deze mogelijkheid te geven moet maar blijken.

Na deze uitspraak lijkt het mij dat het Besluit aftrek voorbelasting op dit punt achterhaald is. In het besluit is namelijk opgenomen dat een moeiende houdstermaatschappij recht op aftrek van de voorbelasting heeft bij de verkoop van aandelen, de kosten die gepaard gaan met de verkoop worden aangemerkt als algemene kosten. Uit het C&D Foods arrest blijkt dat dit te kort door de bocht is. Het is namelijk ook van belang wat de achterliggende oorzaak was bij de verkoop van aandelen, indien de oorzaak niet in de belastbare activiteit van de moedermaatschappij te vinden is, bestaat er geen recht op aftrek van de voorbelasting voor de aangekochte adviesdiensten. Toet merkt op dat belastingplichtigen

¹⁸⁹ D.A. Koeprijanov en L.S. Wu, 'Btw-aspecten van handelingen inzake aandelen – Ryanair en C&D Foods nader beschouwd', WFR 2019/23.

zich nog steeds kunnen beroepen op het Besluit aftrek voorbelasting. Het is ook maar de vraag of Financiën de uitspraak van het HvJ in C&D Foods als voldoende aanleiding ziet om het besluit aan te passen of in te trekken.¹⁹⁰

Tenslotte wil ik de mogelijkheid bespreken van een andere uitkomst van het C&D Foods arrest indien de MVM-zaak anders was geweest. Zoals reeds aangehaald ben ik van mening dat de verlengstukgedachte toegepast had kunnen worden in de MVM-zaak. Indien die zaak inderdaad anders was geweest, zou dit ook invloed hebben op de zaken erop volgend, zo ook op de C&D Foods-zaak. Het houden van aandelen vormt een economische activiteit indien het houden het rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk vormt van de economische activiteit van de houdster vennootschap. Indien positief geoordeeld was dat de verlengstukgedachte toegepast kon worden in de MVM-beschikking zou deze gedachte naar mijn mening ook kunnen worden toegepast in het C&D Food-arrest. De verkoop van de deelneming komt ten goede van de C&D Foods groep als geheel en langs deze weg zou C&D Foods alsnog recht op aftrek hebben. Naar mijn mening zou een dergelijk oordeel de economische realiteit beter reflecteren.

5.4 Aftrekrecht voor niet-doorgegane activiteiten van holdings die onderdeel zijn van een fiscale eenheid

Zoals besproken is in paragraaf 4.4 maken de kosten voor het verwerven, houden en verkopen van aandelen deel uit van de algemene kosten van de fiscale eenheid. Het is de vraag of de kosten alsnog deel uit maken van de algemene kosten van de fiscale eenheid indien de activiteiten niet doorgedaan zijn. Uit onder andere het INZO-arrest is gebleken dat het aftrekrecht in stand blijft indien het recht op aftrek ontstaan was. Het besluit heeft tevens geen bepaling opgenomen dat het aftrekrecht van niet-doorgegane activiteiten bij fiscale eenheden beperkt wordt. Naar mijn mening kan daarom geconcludeerd worden dat ook het aftrekrecht voor niet-doorgegane activiteiten van holdings, die onderdeel zijn van een fiscale eenheid, in stand blijft. Ook hierbij kan gedacht worden aan de verlengstukgedachte. Het houden, aankopen en verkopen van aandelen hangt dan samen met de activiteit van de fiscale eenheid en vormt dan een belastbare activiteit van de fiscale eenheid, op die manier zou de fiscale eenheid recht op aftrek hebben.

¹⁹⁰ M.J.M.A. Toet, 'C&D Foods Acquisition: geen aftrek btw op kosten voor voorgenomen verkoop aandelen kleindochter', NTFR 2018/2886.

5.5 Aftrekrecht voor niet-doorgegane activiteiten van geknipte holdings

Geknipte holdings verrichten zowel economische activiteiten als niet-economische activiteiten. Uit paragraaf 4.5 is gebleken dat kosten die direct toerekenbaar zijn aan niet-economische activiteiten niet aftrekbaar zijn. Algemene kosten zijn echter wel (gedeeltelijk) aftrekbaar, voor deze kosten zal de pre pro rata van toepassing zijn. Zoals meerder malen aangehaald blijkt uit het INZO-arrest dat het aftrekrecht niet ontnomen kan worden als het aftrekrecht ontstaan is. Indien activiteiten niet doorgedaan zijn, maar het aftrekrecht wel reeds ontstaan is, kan het aftrekrecht niet ontnomen worden. De geknipte holding heeft dus slechts recht op aftrek bij niet doorgedaan activiteiten van de voorbelasting die rechtstreeks en onmiddellijk verband houdt met de economische activiteiten. Op de algemene kosten zal ook de pre pro rata van toepassing zijn.

5.6 Tussenconclusie

Ten eerste is het aftrekrecht bij niet doorgedaan activiteiten besproken bij zuivere holdings. In beginsel hebben zuivere holdings geen recht op aftrek, aangezien zij geen economische activiteit verrichten.

In het Ryanair arrest is geoordeeld over de afgebroken overname van Aer Lingus. Het HvJ heeft in dit arrest kort en bondig geoordeeld dat Ryanair recht op aftrek heeft op de advieskosten. Ingevolge het INZO, Rempelman en Iberdrola arrest is namelijk gebleken dat indien het recht op aftrek van voorbelasting in ontstaan, het recht op aftrek niet ontnomen kan worden door een afgebroken activiteit.

In het C&D Foods arrest is geoordeeld dat een moeiende holding geen recht op aftrek heeft bij de verkoop van aandelen. De beredenering van het HvJ is dat de verkoop haar oorzaak niet vond in de belastbare activiteiten van de belastingplichtige. Het beperken van het aftrekrecht bij het juridisch splitsen van activiteiten weerspiegelt naar mijn mening niet de economische realiteit.

De kosten voor het verwerven, houden en verkopen van aandelen maken binnen de fiscale eenheid deel uit van de algemene kosten. Net zoals bij moeiende holdings zal het aftrekrecht naar mijn mening niet vervallen als de voorgenomen aankoop of verkoop niet doorgaat. Ditzelfde geldt naar mijn mening voor niet-doorgedaan activiteiten bij geknipte holdings.

6. Samenvatting en conclusie

6.1 Samenvatting

In deze scriptie is de holdingproblematiek verdeeld over de hoofdstukken uitgebreid besproken. In het tweede hoofdstuk is een algemene beschrijving gegeven van de belastingplicht, het recht op aftrek en het recht op aftrek van voorbelasting bij niet doorgegangene activiteiten in de btw. Tevens is ingegaan op de systematiek van de Europese belasting. De Europese omzetbelasting is een belasting op goederen en diensten die de consumptie belast. De belasting wordt geheven in het land van verbruik op grond van het bestemmingslandbeginsel. Een ander beginsel dat een rol speelt in de Europese omzetbelasting is de economische neutraliteit, de juridische neutraliteit en de externe neutraliteit.

Een belastingplichtige in de btw is ieder die, ongeacht op welke plaats, zelfstandig een nader omschreven economische activiteit verricht, ongeacht het oogmerk of het resultaat van die activiteit. Om te kunnen spreken van economische activiteit moet het gaan om het duurzaam en tegen vergoeding verlenen van diensten en het leveren van goederen. De belastingplichtige heeft recht op aftrek van de voorbelasting indien de aangekochte goederen en diensten rechtstreeks en onmiddellijk toerekenbaar zijn aan belastbare prestaties waarop recht op aftrek bestaat. Indien dit verband er niet is, kan toch (gedeeltelijk) recht bestaan op aftrek indien de kosten deel uitmaken van de algemene kosten van de onderneming en dienstbaar zijn aan de gehele economische activiteit van de ondernemer. Uit de arresten INZO en Rompelman is gebleken dat indien het recht op aftrek is ontstaan, het recht niet ontnomen kan worden indien de activiteit niet is doorgegaan.

In hoofdstuk drie is ingegaan op de belastingplicht van holdings. Houdstervennootschappen kunnen op drie manieren belastingplichtig zijn voor de btw:

1. Het tegen vergoeding moeien in het beheer van de deelneming;
2. Aankoop, houden en verkopen vindt plaats in het kader van bedrijfsmatig handel in effecten;
3. Het houden van aandelen vormt het rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk van de economische activiteit van de houdstervennootschap.

Een zuivere holding is een holding die passief aandelen houdt en zich niet moeit in het beheer van de deelnemingen. Uit het Polysar arrest is gebleken dat een zuivere holding geen economische activiteit verricht en derhalve ook geen belastingplichtige is voor de btw.

Topholdings zijn holdings die een sturende en beleidsbepalende functie hebben in het concern. Deze topholdings mogen volgens het besluit van 1991 opgenomen worden in de fiscale eenheid in Nederland. Vervolgens bestaan nog de zogenaamde geknipte holdings; dit zijn holdings die zowel economische als niet-economische activiteiten verrichten.

Vervolgens is in het vierde hoofdstuk het recht op aftrek van de voorbelasting besproken van elk van de holdingsoorten. Een zuivere holding heeft geen recht op aftrek van de voorbelasting, zij verrichten namelijk geen economische activiteit. Holdings die economische activiteiten verrichten hebben recht op aftrek van voorbelasting bij het houden van aandelen. De kosten ten behoeve van de aankoop maken behoren tot de algemene kosten. De btw-behandeling van de verkoopkosten is echter iets onduidelijker. Het HvJ oordeelt dat er sprake is van een vrijgestelde prestatie en dat derhalve geen recht op aftrek bestaat. Het HR-arrest van 14 maart 2004 oordeelt echter dat de verkoopkosten deel uitmaken van de algemene kosten. De fiscale eenheid, waarin de holding is opgenomen, heeft bij de verkoop van een dochteronderneming recht op aftrek. De kosten worden gezien als algemene kosten.

Uit het *Securenta* arrest is gebleken dat een houdstervennootschap zowel een ondernemers- als een niet-ondernemersgedeelte kan hebben. De kosten die rechtstreeks en onmiddellijk toegerekend kunnen worden aan het niet-ondernemersgedeelte zijn niet aftrekbaar. De algemene kosten zijn beperkt aftrekbaar. Uit het *Securenta* arrest blijkt dat een *pre pro rata* toegepast moet worden. Punt 11 van de holdingresolutie stelt echter dat het recht op aftrek van voorbelasting niet aangetast kan worden door de aandeelhoudersactiviteiten.

Tenslotte zijn de voorgaande problematieken samengenomen en besproken. Zuivere holdings hebben ook bij niet doorgegangene activiteiten recht op aftrek van de voorbelasting. Over het aftrekrecht van niet doorgegangene activiteiten bij moeiende holdings zijn recent twee arresten geweest. Het *Ryanair* ging over de aftrekbaarheid van aankoopkosten bij een afgebroken handeling. In dit arrest is geoordeeld dat de houdstervennootschap recht op aftrek heeft omdat het aftrekrecht na ontstaan niet ontnomen kan worden. In het *C&D Foods* arrest is echter anders geoordeeld. Het HvJ overweegt in haar conclusie dat de oorzaak van de verkoop van aandelen in het arrest haar oorzaak niet kon vinden in de belastbare activiteit van de belanghebbende en weigerde de aftrek.

Een fiscale eenheid die kosten maakt voor het verwerven, houden en verkopen van aandelen kan de kosten (beperkt) in aftrek brengen, deze kosten maken namelijk deel uit

van de algemene kosten. Dat een activiteit niet is doorgedaan doet hier niet aan af, behalve in een soortgelijke zaak als C&D Foods waarin de verkoop van aandelen haar oorzaak niet kan vinden in de belastbare activiteit van de fiscale eenheid.

Aftrek van voorbelasting			
	Aankoop van aandelen	Houden van aandelen	Verkoop van aandelen
Zuivere holdings	Geen	Geen	Geen
Holdings die economische activiteiten verrichten	Kosten aftrekbaar indien kosten rechtstreeks en onmiddellijk verbonden zijn met de economische activiteiten. Zo niet dan algemene kosten en pro rata recht op aftrek.	Kosten aftrekbaar indien kosten rechtstreeks en onmiddellijk verbonden zijn met de economische activiteiten. Zo niet dan algemene kosten en pro rata recht op aftrek.	Nederlandse wetgeving: verkoopkosten maken deel uit van algemene kosten. HvJ: verkoop vrijgestelde prestatie dus geen recht op aftrek.
Geknipte holdings	Idem holding die economische activiteiten verricht, maar slechts voor deel economische activiteiten	Idem holding die economische activiteiten verricht, maar slechts voor deel economische activiteiten	Idem holding die economische activiteiten verricht, maar slechts voor deel economische activiteiten
Holdings in FE	Algemene kosten	Algemene kosten	Algemene kosten

6.2 Conclusie

De volgende probleemstelling staat centraal in mijn scriptie:

Wat is de invloed van de recent gewezen arresten op de btw-positie van houdstermaatschappijen?

Joosten en Tetteroo stelden na het verschijnen van de MVM-beschikking in dat HvJ een kans heeft gemist om duidelijkheid te verschaffen over het houden van deelnemingen waarin niet wordt gemoeid tegen vergoeding, indien de moederverenootschap reeds op andere gronden belastingplichtig is. Op dit punt bestaat tot op heden naar mijn mening nog onduidelijkheid. Daarnaast stelt Blokland over deze MVM-beschikking dat de verlengstukgedachte aangehaald had kunnen worden en dat hierover ook geen duidelijkheid over is verschaft. Hier ben ik het mee eens; over de implementatie van de verlengstukgedachte is namelijk nog veel onduidelijkheid, de MVM-zaak is naar mijn mening een schoolvoorbeeld van de verlengstukgedachte. De activiteiten van de dochter liggen

namelijk in het verlengde van de activiteiten van de moeder. Het HvJ heeft in dit arrest kortzichtig geoordeeld, daarnaast lijkt het mij dat de belanghebbende kansen heeft laten liggen in deze zaak.

Het Ryanair arrest zegt weinig nieuws maar bevestigt wel dat een houdstervennootschap recht op aftrek heeft bij niet doorgegane aankoop waarin het voornemen was om in de deelneming te moeien. Op zich was in dit arrest niet nieuws verteld, naar mijn mening was dit arrest een samenraapsel van reeds gepubliceerde arresten van het HvJ. Het HvJ haalde de arresten X en Larentia + Minerva en Marenave aan om te bepalen dat het direct of indirect mengen in het beheer van de vennootschap een economische activiteit was. Het INZO-arrest werd aangehaald om aan te tonen dat voorbereidende handelingen reeds tot de economische activiteit moest worden gerekend en indien het recht op aftrek was ontstaan blijft het ook in stand.

Het Ryanair arrest haalt voor belastingplichtigen wat onzekerheden weg. Maar zoals Cornielje al aanhaalt is het jammer dat de conclusie van de A-G niet wordt aangehaald in de conclusie van het HvJ. Op dit moment is de verlengstukgedachte nog niet helemaal duidelijk, alhoewel het wellicht overbodig was geweest gezien het feit dat Ryanair het voornemen had om te moeien in het beheer van de dochteronderneming. Al in al is het Ryanair arrest een vrij duidelijk arrest die vooral zekerheid geeft aan belastingplichtigen. Al had het HvJ wel een kans gemist om meer zekerheid te geven over de toepassing van de verlengstukgedachte, vooral gezien het feit dat de verlengstukgedachte wel genoemd is in de conclusie van de A-G.

Het C&D Foods arrest zorgt daarentegen naar mijn mening voor meer onzekerheid dan zekerheid. In het C&D Foods arrest is geoordeeld dat de belanghebbende geen recht heeft op aftrek van de voorbelasting, met als reden dat de verkoop van aandelen haar oorzaak niet kon vinden in de belastbare activiteit van de belanghebbende. Naar mijn mening weerspiegelt de uitspraak van het HvJ niet de economische realiteit.

Door de uitspraak van het HvJ in het C&D Foods arrest staat de Nederlandse wetgeving nu op losse schroeven. Moeiende houdstermaatschappijen hebben namelijk op grond van het Besluit aftrek voorbelasting recht op aftrek van de voorbelasting, de kosten die gepaard gaan met de verkoop worden aangemerkt als algemene kosten. Dit is niet meer in lijn met de Europese jurisprudentie, uit het C&D Foods arrest blijkt namelijk dat het slechts moeien in de deelneming niet zonder meer recht geeft op aftrek van de voorbelasting, er moet ook gekeken worden naar de oorzaak van de verkoop van aandelen. Het is nu maar de vraag of het Besluit aftrek voorbelasting aangepast wordt.

Veel was al duidelijk geworden over de btw-behandeling van houdstervennootschappen door de reeds gepubliceerde Europese jurisprudentie, zoals het begrip moeien en de behandeling van dividenden. Toch zijn er nog bepaalde aspecten van de holdingproblematiek die niet helemaal duidelijk en eenduidig zijn. Zoals de aftrek bij geknipte holdings; het Securenta arrest oordeelt dat de pre pro rata toegepast moet worden, terwijl de holdingresolutie de aandeelhoudersactiviteiten niet meerekent in de berekening. Daarnaast verschilt de Nederlandse btw-behandeling van verkoopkosten van aandelen met die van het HvJ. Ook de verlengstukgedachte blijft onduidelijk.

Naar mijn mening heeft het Ryanair arrest geen ingrijpende gevolgen voor de praktijk. Het C&D Foods arrest echter wel. Het slechts moeien in een deelneming geeft niet zonder meer recht op aftrek van de voorbelasting bij de verkoop van een deelneming, de oorzaak dient getoetst te worden. Het C&D Foods geeft dus een extra eis voor de aftrek van voorbelasting. Naar mijn mening doet dit arrest geen recht aan de economische realiteit, aangezien het goed denkbaar is dat de schulden zijn ontstaan in het kader van de ondernemingsactiviteiten en een beperking van het aftrekrecht derhalve niet gepast is. De recent gewezen arresten maken de holdingproblematiek er dus niet makkelijker op. Een deel van verwarring in de btw-behandeling van houdstervennootschappen komt naar mijn mening doordat de Nederlandse wetgeving op bepaalde vlakken niet (meer) aansluit op de Europese jurisprudentie. Het lijkt mij de taak aan de staatssecretaris van Financiën om ook de Nederlandse belastingplichtigen duidelijkheid en rechtszekerheid te geven door de besluiten conform de Europese jurisprudentie aan te passen. Daarnaast blijft er ook op Europees gebied nog veel onduidelijk, het zal blijken of bepaalde begrippen, zoals verlengstukgedachte verduidelijk wordt.

Literatuurlijst

Boeken

- Beelen, S.T.M. Aftrek van btw als (belaste) omzet ontbreekt, Deventer, Kluwer, 2009.
- Blokland, W.J. Omzetbelastingaspecten van ondernemingsfinanciering, Deventer, Kluwer, 2016.
- Braun, K.M. Aftrek van voorbelasting in de BTW, Deventer, Kluwer, 2002.
- Cornielje, S.B. Cursus Belastingrecht (Omzetbelasting), Deventer, Kluwer (losbl.) 2019, onderdeel OB.0.0.0.
- Cornielje, S.B. Cursus Belastingrecht (Omzetbelasting), Deventer, Kluwer (losbl.) 2019, onderdeel OB.2.4.4.
- Cornielje, S.B. Fusies en overnames in de Europese BTW, Deventer, Kluwer, 2016.
- Van Hilten, M.E. & van Kesteren, H.W.M. Omzetbelasting, Deventer, Kluwer, 2014.
- Norden, G.J. van Het concern in de BTW, Kluwer, Deventer 2007.
- Rookmakers-Penners, T.K.M. Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht), Deventer, Kluwer (losbl.) 2018, onderdeel 2.1.6.E.c2.
- Rookmakers-Penners, T.K.M. Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht), Deventer, Kluwer (losbl.) 2018, onderdeel 2.1.6.E.d.
- Rookmakers-Penners, T.K.M. Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht), Deventer, Kluwer (losbl.) 2019, onderdeel 2.1.6.I.a.
- Zadelhoff, B. van Belastingplichtige in de BTW, Deventer. Kluwer, 2016.

Zuidgeest, R.N.F. Verbondenheid in het belastingrecht, Deventer. Kluwer, 2008.

Artikelen

Belastingdienst Houdster- of financieringsmaatschappij, geraadpleegd op 30 april 2019,
https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/belastingdienst/zakelijk/winst/vennootschapsbelasting/verrekenen_van_verliezen/houdsterverliezen/houdster_of_financieringsmaatschappij

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

Bomer, A.H. en Kesteren, H.W.M. van De houdstermaatschappij: Geknipt voor de BTW, *WFR* 1999/264.

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

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

Chin-Oldenziel, M. Holdings en btw: ondernemerschap, aftrekrecht en fiscale eenheid, *WFR* 2016/44.

Cornielje, S.B. De toepassing van art. 37d Wet OB 1968 bij de verkoop van een (minderheids)deelneming, *WFR* 2012/403.

Cornielje, S.B. Een goedkope vlucht naar een mooie bestemming: Ryanair, *NTFR* 2018/39.

Cornielje, S.B. Een veelbetekenend zwijgen, *NTFR* 2019/21.

Cornielje, S.B. Houdstervenootschappen en het recht op aftrek van voorbelasting in de btw, *TFO* 2017.149.2.

Doesem, A.J. van	Het neutraliteitsbeginsel in de btw, Contractuele samenwerkingsverbanden in de BTW, (<i>FM nr. 133</i>) 2009/7.4.
Doesem, A.J. van en Kesteren, H.W.M. van	Aftrek van voorbelasting ter zake van handelingen buiten het kader van de onderneming, <i>WFR 2011/1465</i> .
Doesem, A.J. van en Kesteren, H.W.M. van	De onlosmakelijke samenhang tussen kosten en belastbare handelingen, <i>WFR 2012/885</i> .
Dongen, A. van	Spiegelbeeld van Cibo. Aftrek van voorbelasting bij verkoop aandelen, <i>BtwBrief 2003/18</i> .
Joosten, P. en Tettersoo, N.	De zaak MVM: een gemiste kans?, <i>Btwbrief 2017/28</i> .
Kesteren, H.W.M. van	Directe en algemene kosten in de btw, <i>WFR 2008/318</i> .
Kesteren, H.W.M. van	Overnames en BTW, <i>WFR 2014/21</i> .
Kesteren, H.W.M. van	Verkoop aandelen door moeiende houdster: een prestatie!, <i>NtFR 2004/1704</i> .
Kesteren, H.W.M. van en Merks M.M.W.D.	De zaak-Investrand en de grenzen van de belastingplicht, <i>WFR 2007/902</i> .
Koeprijanov, D.A. en Wu, L.S.	Btw-aspecten van handelingen inzake aandelen – Ryanair en C&D Foods nader beschouwd, <i>WFR 2019/23</i> .
Krusel, J.H.	Holdings en BTW: wordt vervolgd..., <i>MBB 2005/01-04</i> .
Lamers, J.J.M.	De etiquette van het aandeel in de BTW, <i>WFR 2005/828</i> .
Linssen, J.P.M.	'VNLTO: geen aftrek van btw ter zake van algemene belangenbehartiging', <i>BtwBrief 2009/11</i> , blz. 15-17.
Mierop, R en Bouwmeester J.	AB SKF: eindelijk duidelijkheid over btw-aftrek bij verkoop deelneming?, <i>WFR 2010/414</i> .
Molenaar, I.F.	De zaak ABSKF: antwoorden of nog meer vragen?, <i>BtwBrief 2009/37</i> .

Nieuwenhuizen, W.A.P.	Ondernemer, beetje ondernemer, privépersoon. Wie van de drie?, <i>BTW-bulletin</i> , 22.
Toet, M.J.M.A.	C&D Foods Acquisition: geen aftrek btw op kosten voor voorgenomen verkoop aandelen kleindochter, <i>NTFR</i> 2018/2886.
Wit, A.M.	Het arrest-gemeente Borsele: het laatste woord nog niet over gezegd, <i>WFR</i> 2018/175.
Wolf, R.A.	Btw en het doorberekenen van kosten, <i>Btwbrief</i> 2018/35.
Wulp, M.D.J. van der.	Btw-aftrek bij onbelastbare handelingen: zoeken naar verbondenheid, <i>TFO</i> 2017/ 149.3.
Wulp, M.D.J. van der.	'Doorbelasten van kosten en btw', <i>BtwBrief</i> 2015/79.

Jurisprudentie

Hof van Justitie Europese Gemeenschappen / Europese Unie

1982

HvJ EG 1 april 1982, nr. 89/81, ECLI:EU:C:1982:121 (Hong-Kong Trade Development Council).

1985

HvJ EG 14 februari 1985, nr. 268/83, ECLI:EU:C:1985:74 (Rompelman).

1987

HvJ EG 26 maart 1987, nr. 235/85, ECLI:EU:C:1987:161 (Commissie/Nederland).

1991

HvJ EG 20 juni 1991, nr. C-60/90, ECLI:EU:C:1991:268 (Polysar).

HvJ EG 11 juli 1991, nr. C-97/90, ECLI:EU:C:1991:315 (Lennartz), Jur. 1991, p. I-3795, *FED* 1991/647.

1995

HvJ EG 6 april 1995, nr. C-4/94, ECLI:EU:C:1995:107 (BLP).

1996

HvJ EG 29 februari 1996, nr. C-110/94, ECLI:EU:C:1996:67 (INZO).

HvJ EG 20 juni 1996, nr. C-155/94 ECLI:EU:C:1996:243 (Wellcome Trust).

HvJ EG 11 juli 1996, nr. C-306/94, ECLI:EU:C:1996:290 (Régie Dauphinoise).

HvJ EG 26 september 1996, nr. C-230/94, ECLI:EU:C:1996:352 (Renate Enkler).

1997

HvJ EG 6 februari 1997, nr. C-80/95, ECLI:EU:C:1997:56 (Harnas & Helm).

2000

HvJ EG 21 maart 2000, zaak C-110/98 – C-147/98, ECLI:EU:C:2000:145 (Gabalfrija), V-N 2000/22.12.

HvJ EG 8 juni 2000, nr. C-98/98, ECLI:EU:C:2000:300 (Midland Bank).

HvJ EG 14 november 2000, nr. C-142/99, ECLI:EU:C:2000:623 (Floridienne en Berginvest).

2001

HvJ EG 22 februari 2001, nr. C-408/98, ECLI:EU:C:2001:110 (Abbey National I).

HvJ EG 12 juli 2001, nr. C-102/00, ECLI:EU:C:2001:416 (Welthgrove).

HvJ EG 27 september 2001, C-16/00, ECLI:EU:C:2001:495 (Cibo).

2003

HvJ EG 26 juni 2003, nr. C-442/01, ECLI:EU:C:2003:318 (Kaphag).

2004

HvJ EU 29 april 2004, nr. C-77/01, ECLI:EU:C:2004:243 (EDM).

HvJ EG 29 april 2004, nr. C-152/02, ECLI:EU:C:2004:268 (Terra Baubedarf).

2005

HvJ EG 3 maart 2005, nr. C-23/03, ECLI:EU:C:2005:128 (Fini H).

HvJ EU 26 mei 2005, nr. C-465/03, ECLI:EU:C:2005:320 (Kretztechnik).

HvJ EG 2 juni 2005, zaak C-378/02, ECLI:EU:C:2005:335 (Waterschap Zeeuws-Vlaanderen), BNB 2007/220 (noot B.G. van Zadelhoff).

2006

HvJ EG 23 maart 2006, C-210/04, ECLI:EU:C:2006:196 (FCE Bank).

2007

HvJ EG 18 oktober 2007, C-355/06, ECLI:EU:C:2007:615 (Van der Steen).

2008

HvJ EG 13-03-2008, nr. C-437/06, ECLI:EU:C:2008:166 (Securenta), m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

2009

HvJ EU 12 februari 2009, nr. C-515/07, ECLI:EU:C:2009:88 (VNLTO).

HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-246/08, ECLI:EU:C:2009:671 (Commissie/Finland).

HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08, ECLI:EU:C:2009:665 (AB SKF).

2011

HvJ EU 15 september 2011, nr. C-180/10, ECLI:EU:C:2011:589 (Slaby en Kuc).

2012

HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-263/11, ECLI:EU:C:2012:497 (Rēdlihs).

2013

HvJ EU 21 februari 2013, nr. C-104/12, ECLI:EU:C:2013:99 (Becker).

HvJ EU 20 juni 2013, nr. C-653/11, ECLI:EU:C:2013:409, m.nt. J.J.P. Swinkels (Paul Newey).

2014

HvJ EU 13 maart 2014, nr. C-204/13, ECLI:EU:C:2014:147 (Heinz Malburg).

2015

HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14 en C-109/14, ECLI:EU:C:2015:496 (Larentia + Minerva en Marenace Schiffahrt). V-N 2015/44.18.

2017

HvJ EU 12 januari 2017, nr. C-28/16, ECLI:EU:C:2017:7 (MVM).

HvJ EU 14 september 2017, nr. C-132/16, ECLI:EU:C:2017:683 (Iberdrola).

2018

HvJ EU 5 juli 2018, nr. C-230/17. ECLI:EU:C:2018:537 (Marle Participations SARL).

HvJ EU 25 juli 2018, nr. C-140/17, ECLI:EU:2018:595 (Gmina Ryjewo).

HvJ EU 17-10-2018, nr. C-249/17 (Ryanair), FED 2019/8.

2019

HvJ EU 08 mei 2019, nr. C-566/17, ECLI:EU:C:2019:390 (Związek Gmina Zagłębia Miedziowego).

HvJ 13 juni 2019, nr. C-420/18, ECLI:EU:C:2019:490 (IO).

Hoge Raad

1984

HR 2 mei 1984, nr. 22 153, BNB 1984/295.

1998

HR 28 januari 1998, nr. 33 077, BNB 1998/116 m.nt. Simons.

HR 26 augustus 1998, nr. 33662, ECLI:NL:HR:1998:AA2556, BNB 1999/51, m.nt. J.M.F. Finkensieper.

2009

HR 14 augustus 2009, nr. 42.415bis, ECLI:NL:HR:2009:BJ5328 (VNLTO).

2012

HR 11 mei 2012, nr. 11/02840, ECLI:NL:HR:2012:BW5405, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

2015

HR 1 mei 2015, nr. 13/06113, ECLI:NL:HR:2015:1173 (Apothekersarrest).

2017

HR 29 september 2017, nr. 15/14199, ECLI:NL:2017:2461.

Gerechtshof

2009

Gerechtshof Amsterdam 26 november 2009, nr. 08-01220, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4863.

2015

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 28 juli 2015, nr. 14/00139, ECLI:NL:GHARL:2015:5738.

2018

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 juli 2018, nr. 160/0847 t/m 1600849

ECLI:NL:GHARL:2018:5626.

Rechtbank

2011

Rb. Haarlem 5 augustus 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BT2252.

Overig

Besluit van 18 februari 1991, VB91/347 (Holdingresolutie).

Besluit van 3 augustus 2004, nr. CPP2004/1709M.

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